

El momento procesal para plantear las cuestiones previas en el procedimiento penal: un estudio crítico

JUAN RAMÓN MEDINA

Doctor en Derecho procesal
Profesor de la Universidad Internacional de Cataluña

1. PRECISIONES PREVIAS

El objeto de estas líneas es analizar críticamente el momento procesal que eligió nuestro viejo legislador procesal penal para resolver sobre las llamadas *cuestiones de previo pronunciamiento* recogidas en los artículos 666 a 678 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como es de sobra conocido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal diseña un régimen procesal que mantiene, a efectos prácticos, el principio inquisitorio en la fase instructoria, abriendo tan sólo la causa a la parte acusada una vez que se llega al juicio. Este concepto que la Ley procesal de 1882 tiene sobre el sumario, lleva al legislador a trasladar estos artículos de previo pronunciamiento al juicio. Es decir, retrasa el momento procesal de los artículos de previo pronunciamiento a un momento posterior al de haberse dictado el auto que pone fin a la fase sumarial y que no es otro que el auto de apertura del juicio. En el diseño del sumario que presenta la Ley de 1882, el Juez instructor no está facultado para resolver por sí mismo aquellas cuestiones que pudiesen hacer referencia al fondo de la causa y que hicieran imposible el ejercicio de la acción penal. Ello hace inviable que el Juez instructor pueda resolver sobre estas cuestiones previas articuladas como artículos de previo pronunciamiento porque el legislador entiende que hacen referencia a cuestiones de fondo y si conociese de las mismas se

produciría una merma de las garantías procesales. La razón: el poco desarrollo del Derecho procesal penal en 1882 que hace que el legislador se guíe por el proceso civil a la hora de regular el proceso penal.

Repasando un poco nuestra historia procesal, debe señalarse que en el procedimiento de la Ley procesal de 1872 y de la Compilación de 1879, una vez que se terminaba la práctica de las diligencias sumariales acordadas por el Juez o Tribunal que instruía la causa, se remitía ésta al Ministerio fiscal y al acusador privado, sin declaración previa alguna sobre la conclusión del sumario, para que sin fundar su juicio, expusieran las conclusiones siguientes: 1.º la calificación que, a su juicio, merecía el delito, examinados los hechos justiciables; 2.º los distintos grados de participación que cupiese atribuir, a su juicio, al procesado o a cada uno de los procesados si fueran más de uno; 3.º si en su opinión había razones fundadas para pedir la responsabilidad civil subsidiaria contra alguna o algunas personas, o el resarcimiento a todas aquellas personas que se hubiesen aprovechado económicamente de la comisión del delito objeto de la causa; 4.º si era procedente elevar la causa al plenario o bien debía sobreseerse y en qué términos debía hacerse; 5.º si en caso de que estimase procedente elevar la causa al plenario, renunciaba a la prueba y la ratificación de los testigos del sumario, o si, por el contrario, pretendía el recibimiento de la causa al trámite de la prueba y la ratificación de todos o de algunos de los testigos indicados en el sumario. En este último caso debía proponer, a través de otrosíes, la prueba que fuese a utilizar en el juicio y la lista de testigos expresando en qué calidad eran presentados.

Una vez que el Juez recibía este escrito, que venía a ser algo parecido a lo que entendemos en la Ley procesal de 1882 por escrito de calificación de los hechos justiciables y que es entendido como una demanda judicial o un acta de acusación, se decretaba en una vista previa el sobreseimiento o bien la elevación de la causa al plenario, según lo que estimase conveniente a la vista del escrito elaborado por el Ministerio fiscal y el acusador privado y de las diligencias practicadas durante el sumario. Si el Juez instructor determinaba que la causa penal debía elevarse al plenario a través del llamado auto de apertura del juicio, mandaba que se comunicase la causa al procesado o procesados y a las personas que hubiesen sido designadas como responsables civiles, para que manifestaran, a tenor de lo prevenido en el artículo 834 de la Compilación general, que quedaban enterados de la calificación hecha por el Ministerio fiscal y el acusador privado y si se mostraban o no conformes con las declaraciones de los testigos. En caso de que se manifestasen de acuerdo con las declaraciones de los testigos, debían manifestar si omitían el trámite de su ratificación y si

renunciaban al trámite de la prueba. En caso de que no estuviesen en desacuerdo con las declaraciones de los testigos, debían manifestarlo para que se procediese a la ratificación de uno o varios testigos y para que se recibiera a prueba.

Ya durante el juicio, se recibía la causa a prueba si alguna de las partes lo solicitaba; y una vez que había sido practicada toda la propuesta que hubiese sido admitida, la causa entraba dentro de los períodos fijados para la acusación y la defensa. Finalmente, recaía la sentencia, que debía ser consultada, en todo caso, con la Audiencia correspondiente.

Pero lo verdaderamente interesante para la materia objeto de nuestra investigación, es que los artículos de previo pronunciamiento debían proponerse en el término de tres días a contar desde el de la entrega de la causa para calificación de los hechos, tal y como se preveía en el artículo 581 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y en el artículo 818 de la Compilación general. Estos artículos de previo pronunciamiento podían ser propuestos y resueltos antes de que la causa se elevase a juicio.

Sin embargo, ello no significaba, en absoluto, que estas cuestiones previas tuviesen un tratamiento más adecuado que el que se desprende de la legislación procesal de 1882. Y ello porque al permanecer el sumario cerrado para la parte acusada, ésta no podía expresar procesalmente la existencia de cuestión previa alguna. En realidad, era el fiscal el dueño del proceso penal y el que decidía si el juicio debía ser abierto o no en vista de las acusaciones formuladas. Como, además, las cuestiones previas no podían ser manifestadas tampoco en el juicio puesto que los artículos de previo pronunciamiento, único trámite procesal previsto para tal fin, habían de resolverse durante la fase sumarial, la parte acusada no tenía posibilidad alguna de alegarlas en momento alguno. No es extraño que el legislador de 1882 se enorgullezca de haber acabado con el esquema inquisitorio predominante en nuestra Ley procesal penal, al diseñar un juicio contradictorio en que estas cuestiones previas pudiesen ser planteadas por todas las partes intervinientes en el proceso penal, incluyendo también a la parte acusada.

En efecto, en la LECrim de 1882 el trámite de calificación, que en la legislación anterior era el que determinaba el sobreseimiento libre de la causa, o bien su elevación al plenario, es aplazado a un momento procesal posterior al auto de apertura del juicio, si bien es anterior a la apertura del juicio oral o plenario. Los artículos de previo pronunciamiento quedan situados, asimismo, en esta fase del proceso penal, que no tienen carácter necesario, sino contingente.

Tal fase judicial entre instrucción y juicio oral suele denominarse «fase intermedia». Si bien parece claro que el legislador no quiso dar carta de naturaleza a la llamada fase intermedia, es indudable que tiene caracteres y finalidades propias que le diferencian tanto del sumario como del juicio.

Para nuestro legislador, todo lo que no es sumario, es juicio verbal, aunque hay que advertir ya aquí que ello no quiere decir que todos los actos que se realicen en este juicio oral tengan carácter verbal, sino que en él predomina el principio de oralidad.

Recordemos que las fases procesales están constituidas por actuaciones procesales que tienen una misma finalidad y generalmente poseen una misma naturaleza. Así, podemos decir que el proceso civil declarativo consta de tres fases: expositiva o de alegaciones, probatoria y de decisión, que, en realidad, pueden reducirse a dos: instructoria y decisoria. Por su parte, el proceso penal ordinario por delitos, según la doctrina mayoritaria, como veremos, se halla integrado por tres fases fundamentales: sumario o fase de instrucción, fase intermedia y juicio oral, sesiones, debates o plenario.

A nuestro modo de ver, la regla fundamental para encuadrar los actos procesales en una u otra fase es, sin duda, el de la finalidad que persiguen dichos actos. Sin embargo, y es de advertir, que esta regla no es la panacea porque hay actos procesales, como por ejemplo, los actos adicionales de hechos nuevos o desconocidos (*nova et reperta*) o la prueba anticipada que siempre desbaratan todo esquema fijo que se quiera hacer del proceso penal y es que los actos humanos siempre han sido difícilmente encuadrables. Pero, al menos, esta regla fundamental puede ser un criterio de gran utilidad en muchas ocasiones.

Ante la posición mayoritaria de la doctrina procesal que incluye los artículos de previo pronunciamiento en la llamada fase intermedia del proceso penal, Viada (1) considera que los artículos de previo pronunciamiento no pueden ser incluidos dentro de la fase intermedia. Este autor considera que la fase intermedia tiene una función delimitada y concreta, que es la de servir de tamiz, para evitar que pasen a juicio aquellos procesos en los que no existan motivos suficientes en cuanto a la responsabilidad criminal, bien por ausencia de requisitos objetivos, bien por ausencia de requisitos subjetivos. Esta fase, para este autor, se reduce a la petición por parte de los acusadores del sobreseimiento o de apertura de juicio y a la resolución por el Tribunal sobre dicho particular, con arreglo a las normas prescritas por la Ley. Por tanto, una vez acordada, en el caso de la existencia de acusador, la

(1) Vid. VIADA, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, Madrid, 1950, p. 478.

apertura del juicio, concluye totalmente la fase intermedia. Al concluir ésta, afirma Viada, se da traslado para los escritos de calificación, con lo que se entra en el juicio, al dar a las partes el momento procesal oportuno para hacer sus primeras alegaciones en dicho juicio oral. Es en los primeros días de evacuar este traslado del escrito de calificación, cuando se pueden presentar los artículos de previo pronunciamiento.

Viada afirma que siguiendo el legislador el criterio de considerar el escrito de calificaciones como análogo a los de demanda y contestación del proceso civil (como afirma en la Exposición de Motivos), concede a semejanza del proceso civil, dentro del plazo total, un primer plazo para la oportuna alegación, en el que pueden plantearse estas excepciones o artículos de previo pronunciamiento. La misma ley, sin darle de una manera bien concreta y detallada la naturaleza de excepciones, en su artículo 666, al referirse a los artículos de previo pronunciamiento, dice que sólo serán objeto de los mismos las «cuestiones o excepciones siguientes». Se ve, pues, a juicio de este autor, que el legislador, pensando en el trámite del escrito de calificación, como análogo a los de demanda y contestación, estableció un primer momento para la alegación de las oportunas excepciones. Sin embargo, la alegación de estas excepciones no quiere decir que no se esté ya en plena fase del juicio, pues desde que el Tribunal decretó la apertura del mismo, se entra en él, siendo ésta una fase previa, sí, pero ya del juicio.

Sin embargo, y a pesar de estas consideraciones de Viada, la fase intermedia, según lo acepta la mayoría de la doctrina, comienza con la llegada de las actuaciones sumariales al Tribunal competente. Tanto Hercé Quemada como Fenech (2) afirman con rotundidad que deben ser situadas en esta fase intermedia. Estiman dichos autores que la fase intermedia es divisible en la fase intermedia necesaria y la fase intermedia contingente. La primera está compuesta por los trámites de estudio de la procedencia de la conclusión del sumario, del sobreseimiento o apertura del juicio oral. La segunda está integrada, como puede suponerse, por la existencia de los artículos de previo pronunciamiento porque no se dan en todos los procesos penales.

Esta fase intermedia tiene dos finalidades: examinar y, en su caso, ampliar o rectificar las diligencias sumariales y, en consecuencia rati-

(2) Vid. GÓMEZ ORBANEJA-HERCÉ QUEMADA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, I, 1947, pp. 143 y FENECH, *El proceso penal*, AGESA, Madrid, 1986, p. 990.

ficar o revocar el auto, que la práctica forense denomina «de conclusión del sumario» (finalidad retrospectiva); y, por otra parte, analizar si, en virtud de las actuaciones del sumario, procede la petición y decisión de la apertura del juicio o si, por el contrario, lo procedente en virtud de la ley, es pedir y decretar judicialmente el sobreseimiento (finalidad previsor) (3).

Con el objeto de cumplir la primera finalidad, las partes y el Tribunal comprueban las actuaciones que han sido practicadas en la fase sumarial y, como consecuencia de este examen, o se revoca el auto de conclusión del sumario y se mandan practicar nuevas diligencias, tal como señalan los artículos 627-631 de la LECrim, o bien se ratifica y confirma dicha resolución, en cuyo caso y, mediante resolución independiente, el Tribunal decreta la apertura del juicio oral o el sobreseimiento definitivo o provisional de la causa penal.

Según indica Gómez Orbaneja (4) la solicitud de apertura del juicio oral viene a significar una petición dirigida al Tribunal para que reconozca el derecho de acción penal. Si el Tribunal decreta la apertura del mismo, ello equivale a confirmar la existencia del derecho a perseguir judicialmente el hecho y al procesado por ese mismo hecho. En sentido contrario, si se pide y se dicta el auto de sobreseimiento, ello equivale a una renuncia o denegación, ya sea definitiva o provisional al objeto del proceso, de forma similar a la *datio denegatio actionis* del Derecho romano clásico (5).

Por tanto, este sistema desempeña una función parecida a la que en los sistemas procesales más modernos se asigna al llamado «juicio sobre la acusación» para la *datio o denegatio actionis* en el proceso penal, es decir, para la concesión o denegación definitiva del derecho de acusar. Esta función es la que venía tradicionalmente atribuida en Inglaterra al «Gran Jurado» hasta que fue suprimido en 1933, pasando a ejercer sus funciones el Magistrado, unipersonalmente o en órgano colegiado, y la que todavía tiene este órgano judicial en algunos de los Estados Unidos de Norteamérica donde sigue vigente (6), y la que se

(3) PIETRO-CASTRO y G. DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1976, pp. 285 ss; FENECH, *El proceso penal*, cit. edición 1978, pp. 303 ss. núms. 278 ss. al 291, que propone la doctrina de los diversos «enjuiciamientos» que se realizan en el curso del proceso penal, singularmente del llamado «proceso instructorio» y del «proceso decisorio».

(4) Vid. GÓMEZ ORBANEJA-HERCÉ QUEMADA, *Comentarios*, ob. cit., p. 1.985 ss.

(5) Vid. COSTA, *Perfil storico del processo civile romano*, Roma, 1918, pp. 365 ss.; SCIALOJA: *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos.*, Traducción de Sentis, Buenos Aires, 1954, p. 214.

(6) Vid. sobre esta interesante materia MORENILLA RODRÍGUEZ, *La organización de los Tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Madrid,

otorga a la moderna «Cámara de acusación» del nuevo Código procedimental francés de 1958 (7).

El legislador de 1882 estimó, sin duda, que era un adecuado planteamiento del proceso penal el que el Tribunal de juicio se enfrentase con el caso por primera vez, habiéndose situado hasta ese momento al margen de la causa para que nada pudiese influirle psicológicamente a la hora de juzgar. Para que ello fuese así, era indispensable que las decisiones que hasta ese momento se hubiesen tomado durante el curso de la causa, correspondiesen a un órgano jurisdiccional diferente. De esta forma, entendía el legislador de 1882 que se aseguraba la imparcialidad del Tribunal que, a fin de cuentas, era el que verdaderamente iba a juzgar sobre los hechos justiciables y las responsabilidades que de los mismos pudiesen derivarse (8).

2. DOCTRINA CLÁSICA

2.1 Procedimiento ordinario

De todo lo expuesto, se desprende con claridad que el legislador entienda como el criterio más correcto para proponer las llamadas «cuestiones previas» el establecido en la LECrim. En ésta, una vez abierto el juicio, que no el juicio oral o plenario, el Juez o Tribunal que conozca de la causa penal tras la elevación de la misma a su conocimiento por el Juez instructor, comunica la causa a las partes acusadoras y al actor civil para que califiquen los hechos en el plazo de cinco días. A continuación y una vez recibida la calificación hecha por dichas partes, debe dar traslado del escrito de calificaciones por el mismo plazo de tiempo a los acusados y a las terceras personas civilmente responsables para que manifiesten por conclusiones numeradas, correlativas a las de la acusación, si están o no conformes con las con-

1968, p. 71, nota 126; RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, Madrid, 1958, p. 105. Una descripción del procedimiento inglés puede seguirse en GILES, *The criminal law* (traducida al castellano con el título de «El Derecho Penal inglés y su procedimiento», Barcelona, 1957) y en PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés*, *Revista de Derecho Procesal*, 1967, 1, pp. 67-124 y 2, pp. 43-100.

(7) Vid. STEFANI y LEVASSEUR, *Procédure Pénale*, París, Dalloz, 1971.

(8) En este sentido, la Exposición de Motivos señala, refiriéndose al sistema de la anterior Ley procesal de 1872 que «el proceso llegaba al plenario y cuando quiere defenderse (el acusado) no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado».

clusiones que se hacían en el escrito de calificación elaborado por la contraparte y, en su caso, expresen los puntos en los que difieren.

Estos escritos de calificación provisional constituyen actos procesales preparatorios de las sesiones, debates, plenario o juicio oral, en sentido estricto, que no tendrá lugar si se produce, por las partes acusadas, la conformidad a que se refiere el artículo 655 de la LECrim.

Pero, tampoco tendrá lugar el juicio oral, en sentido estricto, si, propuestos en tiempo y forma, se formulan por las partes alguno o algunos de los artículos de previo pronunciamiento recogidos en el artículo 666 de la LECrim y son estimados por el Tribunal que debiese conocer de ellos.

Por tanto, este es el momento que la LECrim asigna a la proposición de los artículos de previo pronunciamiento. Así pues, las cuestiones o excepciones que pueden ser objeto de artículos de previo pronunciamiento, principal objeto de nuestra investigación, sólo pueden ser propuestas en el término de tres días a contar desde el de la entrega de los autos para su calificación, tal y como expresa el artículo 667 de la LECrim. La proposición de los artículos de previo pronunciamiento en este trámite procesal es absolutamente imprescindible, ya que si se promoviesen después, debería denegarse su admisión (9).

En efecto, el Tribunal Supremo, expresaba de forma taxativa, que «se debe estimar como ineficaz, en cuanto a sus efectos, como cuestión previa, la interposición de las excepciones, que se citan en el recurso de casación que a este Tribunal se eleva, en el acto del juicio, ya que no han sido objeto de las conclusiones definitivas» (10) e insiste en que no habiéndose deducido los artículos de previo pronunciamiento dentro del término fijado por el expresado artículo 667, y no siendo reproducibles en el juicio en el caso de que se resolvieran negativamente, no pueden ser discutidas en casación las excepciones que hubieran podido motivarlos (11).

De lo que se expresa en los preceptos de la LECrim y de la práctica judicial más cercana a su publicación, se deduce claramente lo que la doctrina clásica ha venido expresando hasta aquí sobre el momento procesal en que caben alegar estas excepciones como artículos de previo pronunciamiento. Es decir, que éstos sólo pueden ser

(9) Con claridad se expresa la STS de 19 de febrero de 1986 al señalar al respecto que «deben ser desestimadas las cuestiones de declinatoria de jurisdicción y de cosa juzgada propuestas como artículo de previo pronunciamiento con arreglo al artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se deducen fuera del término de los tres días que fija el artículo 667 de la misma.»

(10) SSTS de 16 de junio de 1909 y de 25 de noviembre de 1911.

(11) STS del 20 de enero de 1906 y de 12 de febrero de 1908.

propuestos en tal concepto en el trámite referido de la calificación de los hechos justiciables. Por ello, se estima que cuando se propusieran por primera vez dentro del juicio oral, o cuando, promovidos en su debido tiempo, los desestimara el Juez o Tribunal que conociese de la causa y fuesen propuestos posteriormente en ese juicio oral, no podrán dar lugar a incidentes previos, sino que constituirán una cuestión de fondo o de defensa para oponerse a la acusación o a las razones jurídicas que en esa acusación se contemplan. Hay que advertir, además, señala Aguilera de Paz (12), que esta cuestión de fondo no resultaría estimada en la mayoría de los casos si en la causa no obrasen las debidas razones que justificaran los hechos por los que se había reservado la cuestión previa para este momento procesal tan tardío cuando podría haber constituido un artículo de previo pronunciamiento y haber evitado el juicio oral.

Los motivos que llevan a este autor a afirmar lo anterior se basan, como venimos diciendo, en la naturaleza atribuida a estas cuestiones previas. Como puede fácilmente comprenderse, si se dejara su planteamiento para después del trámite de calificación, no podrían ser planteadas en el juicio oral porque, así lo entiende, es la calificación hecha por todas las partes intervinientes en la causa penal la que plantea la *litis* del juicio. En este escrito de calificaciones es donde se realizan las conclusiones provisionales que deberán ser refrendadas posteriormente en el plenario o juicio oral y es éste el momento adecuado para oponerse mediante las oportunas excepciones a estas conclusiones provisionales. Esperar para excepcionar en el juicio oral no es posible porque no hay términos hábiles para ello dentro del juicio oral.

Como vemos, en realidad, la tramitación de estas cuestiones previas como artículos de previo pronunciamiento en la llamada fase intermedia, trasluce que para el legislador de nuestra vigente LECrim, el sumario presenta una importancia, finalidad y naturaleza jurídica muy distinta a la admisible actualmente, algo ya sospechado por leyes más recientes como el Código de Justicia Militar de 1945 (13).

(12) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Tratado, cit.*, p. 463.

(13) El Código de Justicia Militar de 1945, a diferencia de la LECrim, regula el sobreseimiento libre, definitivo le denomina el artículo 719, II del Código de Justicia Militar, incluyendo entre sus motivos, además de los recogidos en el artículo 637 LECrim, la cosa juzgada, la muerte del procesado y las causas de la extinción de la acción penal. La estimación judicial de estos motivos dan lugar al sobreseimiento «definitivo» y, por consiguiente, a la exclusión del plenario. El Auditor, a la vista de la causa propondrá al Tribunal una de las resoluciones siguientes: 1.º la conclusión del sumario y la elevación al plenario, si hubiese motivos para ello; 2.º el sobreseimiento de las actuaciones en cualquier de sus formas y por los motivos que establece el CJM. En el plenario, a tenor del artículo 738 del CJM, el fiscal o el defensor pue-

2.2 Juicios de faltas

A juicio de Aguilera de Paz, el artículo 969 de la LECrim no deja lugar a dudas sobre el momento en que deben proponerse estas cuestiones previas en el juicio de faltas. El procedimiento por faltas, subraya este autor, tiene la clara intención de no desviarse del procedimiento seguido en los juicios por delitos. Así se establece que «el juicio será público, dando principio por la lectura de la querrela o de la denuncia, si las hubiere, siguiendo a esto el examen de los testigos convocados y practicándose las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante y el Fiscal, si asistiere, siempre que el Juez las considere admisibles. La querrela habrá de reunir los requisitos del artículo 277, salvo que no necesite firma de Abogado ni Procurador. Seguidamente se oír a acusado, se examinarán los testigos que presente en su descargo y se practicarán las demás pruebas que ofrezca y fueren pertinentes, observándose las prescripciones de esta Ley en cuanto sean aplicables». Como puede verse, afirma, el proceso penal por faltas tiene su modelo en el proceso penal por delitos. La remisión al artículo 277 y el carácter supletorio que se da a las demás prescripciones de la Ley en cuanto sean aplicables muestra bien a las claras esta intención (14).

Por tales razones, entiende que no hay razón jurídica alguna que pueda llevar a pensar que en los juicios de faltas no son aplicables los

den alegar incompetencia de jurisdicción, excepción de cosa juzgada, prescripción, amnistía, indulto o cualquier otra causa de exención de la responsabilidad o artículo de previo pronunciamiento y, en este caso, se abstendrá de formular el escrito de «conclusiones provisionales» hasta que se resuelva el incidente. Anteriormente, en el período sumarial, artículo 556 CJM, el encartado y su defensor podrán promover escrito al Juez instructor en petición de pruebas conducentes al descargo de las responsabilidades imputadas o con alegación de excepciones de que se crea asistido el primero. El instructor resolverá de arbitrio sobre la admisión y práctica de la prueba. Si se tratara de excepciones, cual las de cosa juzgada, prescripción, incompetencia jurisdiccional, amnistía e indulto, el Juez instructor elevará consulta sobre ellas a la autoridad judicial, sin paralizar el curso del procedimiento. Como vemos, la tramitación de estos artículos de previo pronunciamiento en el juicio en la LECrim de 1882 es diferente a este regulación posterior del Código de Justicia Militar. En éste, los artículos de previo pronunciamiento pueden alegarse por las dos partes contendientes en el proceso durante la fase sumarial y deberán ser resueltos antes de que se abra el juicio, sin perjuicio de que las excepciones propuestas durante el sumario, sean luego reproducidas como cuestiones o excepciones de fondo en el juicio oral. Ciertamente son tratadas como «excepciones» y conservan los defectos de su concepción privacista, pero al menos pueden ser planteadas y resueltas antes de la apertura del juicio.

(14) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Ibidem.*, p. 465.

artículos de previo pronunciamiento. Le parece que en estos juicios pueden aplicarse, sin restricciones, todo lo prevenido respecto a estos incidentes procesales siempre y cuando se acomoden a las especiales características que poseen los juicios por faltas, es decir, a su carácter verbal. La única diferencia contemplable entre los juicios por delitos y los juicios por faltas es que en éstos el procedimiento es oral. No le parece que haya dificultad alguna en que los artículos de previo pronunciamiento puedan respetar este requisito esencial que se da en los juicios de faltas.

Así pues, entiende el referido autor que si en algún juicio por faltas, las partes que intervienen en él consideraran que puede alegar excepciones procesales utilizando este trámite procesal que son los artículos de previo pronunciamiento por alguno de los motivos que se relacionan en el artículo 666 de la LECrim, la parte a quien interese hacerlo podrá promoverla sin dificultad alguna. Tan sólo deberán respetar, a la hora de ser alegadas, el carácter oral e inmediato que deben observar en su alegación, es decir, que deben ser alegadas en el mismo acto del juicio oral y de forma verbal, para respetar la naturaleza propia de estos juicios de faltas. Los efectos que la alegación de estos artículos de previo pronunciamiento en un juicio de faltas son los mismos que respecto a la alegación de éstos en un juicio por delitos: la suspensión del procedimiento penal mientras no sean resueltas las cuestiones que, con carácter previo, se hayan alegado. Por tanto, tendrán el mismo carácter de excepciones y, por consiguiente, los mismos efectos que se derivan de la interposición de éstas (15).

Todo ello es, en efecto, avalado por la práctica judicial en antiguas sentencias del Tribunal Supremo y en la misma práctica judicial. No es precisamente escasa la jurisprudencia que hay sobre casos en que estas excepciones procesales fueron propuestas como artículos de previo pronunciamiento en juicios de faltas, especialmente la excepción por prescripción de delito. Las resoluciones del Tribunal Supremo son diáfanas y van todas en la misma dirección y sostienen, de forma taxativa, que las excepciones mencionadas en el artículo 666 de la LECrim son aplicables a los juicios de faltas, aunque con las modificaciones a la hora de tramitarse que exige la naturaleza de estos juicios, «por cuanto en ellos cabe que se susciten las mismas cuestiones que se ventilan en los que se celebran ante las Audiencias Provinciales, y, una vez planteadas, es forzoso resolverlas con sujeción a las reglas generales establecidas en la propia ley» (16).

(15) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Ibidem.*, p. 466.

(16) Vid. por todas, la STS de 21 de diciembre de 1904.

2.3 Procedimiento por jurados

La doctrina clásica se planteó el problema de si las cuestiones de previo pronunciamiento podían o no ser propuestas ante el Tribunal del Jurado.

Afirma Aguilera de Paz que algún autor sostuvo que sí era posible, basándose en artículos generales que establecían la posibilidad genérica de que estos artículos de previo pronunciamiento pudiesen ser propuestos en el proceso por jurados. Sin embargo, la doctrina tradicional mayoritaria, entre la que el referido autor se incluye, sostiene que una cosa era permitir que estos artículos de previo pronunciamiento sean propuestos en el proceso por jurados, y otra muy distinta que puedan ser propuestos ante el Tribunal del Jurado.

En efecto, la Ley del Jurado remitía siempre al Título II del Libro III de la LECrim, es decir, que debían ser propuestos en el término de tres días a contar desde la entrega de los autos para la calificación de los hechos. Por tanto, estos artículos de previo pronunciamiento debían ser propuestos antes de presentarse el escrito de calificaciones por la parte que los promoviera. Resulta evidente, que en ese estado de la causa, aún no ha podido conocer de la misma el Tribunal del Jurado y, por tanto, es del todo imposible que tales cuestiones pudiesen suscitarse ante este Tribunal, ya que éste no asume sus funciones hasta el momento del juicio oral.

Sin embargo, Aguilera de Paz admite que estas cuestiones previas alegadas como artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento por jurados, pudiesen ser alegadas ante el Tribunal del jurado como cuestiones de fondo o medios de defensa, como expresaba el artículo 678 de la LECrim (17).

Por tanto, y en conclusión, para la doctrina tradicional no es posible que ante el Tribunal del Jurado puedan suscitarse cuestiones previas, independientemente de que ante él puedan reproducirse como cuestiones de fondo o medios de defensa.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

3.1 Procedimiento ordinario

Debe afirmarse con fuerza que las cuestiones previas no son excepciones procesales, sino presupuestos procesales de carácter público,

(17) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Tratado, cit.*, pp. 467-468.

que afectan de raíz al proceso. En consecuencia, deben poder ser propuestas o estimadas de oficio en cualquier momento del procedimiento. No se trata de ejercitar un «derecho particular privado», sino de poner de manifiesto un óbice de procedibilidad que, en caso de apreciarse, provocaría que los actos judiciales fuesen nulos.

Por tanto, si el Juez o Tribunal advirtiese en cualquier momento del procedimiento que éste se halla viciado por la ausencia de algún presupuesto procesal debe investigarlo de oficio y en el momento en que tuviese constancia fehaciente de su existencia, suspender el proceso penal para, según sea el óbice procesal, subsanarlo si es posible o sobreseer provisional o definitivamente la causa, en función del momento procesal en que fuese apreciado, si tal subsanación no es posible. Si la ausencia de presupuestos procesales se pone de manifiesto tras la sentencia definitiva el camino procesal a seguir es el del recuperado incidente de nulidad de actuaciones.

Se ha venido sosteniendo tradicionalmente que si la inexistencia de un presupuesto procesal se produce o advierte en la llamada fase intermedia, los artículos de previo pronunciamiento son un trámite procesal válido para poner de manifiesto este vicio procedimental. Asimismo, se ha subrayado que si la ausencia de este presupuesto procesal se origina o conoce durante el juicio oral, la sentencia definitiva al final del mismo es el momento más adecuado para resolverlo.

Por supuesto, no somos de la misma opinión. Los artículos de previo pronunciamiento adolecen de defectos excesivamente graves para que puedan estimarse hoy un trámite legal adecuado. No pensamos que el clásico trámite de los artículos de previo pronunciamiento sea, en modo alguno necesario ni conveniente ni siquiera para resolver cuestiones planteadas una vez abierto el juicio, ya que estimamos que en el seno del mismo, el «sistema de nulidades», diseñado por los artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el cauce adecuado para ello.

Asimismo, no consideramos que una vez abierto el juicio oral, esperar a la sentencia sea lo más correcto para apreciar un presupuesto procesal. No se entiende por qué ha de practicarse, por ejemplo, toda la prueba y formularse la calificación definitiva si se produce o tiene conocimiento, con anterioridad o durante estos trámites procesales, de la ausencia de un presupuesto procesal. Resulta claro que si consta fehacientemente esta circunstancia y no es subsanable el sobreseimiento libre de la causa debería ser inmediato sin llegar a una sentencia definitiva. Por otra parte, si el óbice procesal es tan sólo un defecto formal subsanable debe procederse a la sanación del proceso desde el presente, es decir, observando siempre el principio de conservación de lo actuado.

Respecto a los motivos históricos que llevaron al legislador de 1882 a incluir los artículos de previo pronunciamiento, esta original figura de nuestro Derecho procesal, tras la apertura del juicio debe afirmarse una vez más que proviene de un diseño anacrónico del proceso penal en el que la fase instructoria estaba cerrada a las defensas.

Tras las modificaciones constitucionales y procedimentales, debe admitirse que las cuestiones previas, presupuestos y no excepciones procesales, podrán estimarse en cualquier momento del procedimiento, aun sin alegación previa de parte y deberán ser resueltas mediante auto de sobreseimiento si son apreciadas o auto de desestimación si son rechazadas.

Por tanto, a nuestro juicio no deberían asignárseles un momento procesal concreto ni para su alegación, ni para su resolución, ya que al tratarse de cuestiones de carácter público han de ser planteables en cualquier momento del proceso, ya sea a instancia de parte o de oficio, y resueltas por la autoridad judicial competente con la prioridad y diligencia que tal carácter necesariamente impone.

3.2 Juicios de faltas

Como hemos visto, la doctrina clásica sólo se planteaba el problema de si podían o no utilizarse estos artículos de previo pronunciamiento y resolvía positivamente al respecto, aduciendo algunos preceptos legales y alguna sentencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, estas cuestiones previas tienen singular relieve en estos juicios de faltas, especialmente respecto a la cosa juzgada y a la prescripción de delito, ya que no existe fase de instrucción, ni fase intermedia ni se establece un momento específico antes del juicio oral o al inicio del mismo para que se puedan plantear de oficio estos presupuestos especiales, que la LECrim concibe como excepciones. Ello se debe fundamentalmente a que el juicio de faltas está concebido como un procedimiento acelerado y rápido, con concentración de las actuaciones en la vista oral. Por esta razón, el legislador se ha limitado a establecer en el artículo 962 de la LECrim, que tan pronto el Juez tenga noticias de haberse cometido un hecho que pueda ser calificado como falta, mandará convocar al Ministerio fiscal y a las demás partes, testigos y peritos al juicio oral, fase única de este juicio por faltas.

La LECrim no dice nada al respecto, pero la práctica jurisprudencial es muy clarificadora y muestra múltiples supuestos en que las partes alegan presupuestos procesales como la prescripción y la cosa juzgada, en momentos procesales diferentes.

Así, antes de la celebración del juicio oral, es decir, en fechas ante-

rios al día señalado para la celebración de la vista oral, e incluso antes de que se haya realizado el señalamiento de la vista oral, puede ser planteada la cosa juzgada o la prescripción de delito, mediante escrito dirigido al Juez de Instrucción el cual deberá resolver mediante auto motivado estimando o no esta cuestión.

Por tanto, y como puede verse, la práctica judicial, esta vez sin las limitaciones que le impone las normas del juicio ordinario, considera estas cuestiones previas como presupuestos procesales de carácter público y, por tanto, alegables en cualquier momento del procedimiento. Cuando hablamos de alegación por las partes, entendemos que ello no es óbice para que el órgano judicial pueda intervenir de oficio en caso de conocer la posible existencia de uno de estos presupuestos procesales.

Contra la resolución estimatoria cabe interponer recurso de reforma por aplicación de las disposiciones generales de los Títulos IX a X del Libro I de la LECrim supletoriamente de los artículos 780 a 787. Contra la desestimación de este recurso de reforma cabe interponer el de apelación por aplicación analógica de los artículos 789.5 y 790.6 y 7 de la LECrim, teniendo en cuenta que dicha resolución produce además los mismos efectos de cosa juzgada que la sentencia contra la cual se establece el recurso de apelación puede interponerse sin previa interposición del de reforma.

Contra la resolución desestimatoria podría sostenerse que no puede admitirse recurso alguno, por aplicación supletoria del artículo 676.3 de la LECrim, sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición en la misma vista oral (art. 678 de la LECrim). Sin embargo, entendemos que cabe recurso de reforma y contra el auto desestimatorio del mismo recurso de queja, careciendo este último de efectos suspensivos, por aplicación de las disposiciones generales del Libro I de la LECrim y de los artículos 780 a 787.

En el juicio oral, una vez abierto y con carácter previo, el Ministerio fiscal o el denunciado suelen plantear ante el Juez la cuestión previa. Las actuaciones del mismo pueden ser diversas, como apuntamos. Puede no admitir el planteamiento de esta cuestión previa con carácter previo al interrogatorio de las partes y la práctica de la prueba por estimar que, al no estar específicamente previsto este trámite en el juicio de faltas, debe ser alegada como cuestión de fondo en el informe final de las partes. Esta es la postura sostenida recientemente por la Audiencia Provincial de Bilbao al señalar, en un caso de alegación de prescripción, que «a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario (arts. 666 y 667 de la LECrim) y en el procedimiento abreviado (art. 793.2 de la LECrim) no se prevé en el juicio de faltas un

momento procesal concreto de resolución previa de la prescripción alegada y ello ha de llevarnos a la conclusión procedimental [artículos 962 y 973 de la LECrim y 245 c) de la LOPJ] de que la alegación de la prescripción en el acto de juicio de faltas no debe resolverse con carácter previo por medio de auto, sino que debería continuar el Juicio con la práctica de las pruebas, y resolverse, eso sí, con carácter previo en la propia Sentencia que ponga fin al pleito» (18). Como vemos, se estima que es en la sentencia y previamente a la resolución objeto del juicio donde deberá resolverse sobre estas cuestiones previas, siendo susceptible la decisión de estimación o no de éstas, en cuanto se incorporan a la sentencia, de recurso de apelación en ambos efectos (art. 976 de la LECrim). Sin embargo, esta sentencia, cuando en ella se absuelve al denunciado por estimar la causa extintiva de la responsabilidad criminal, conlleva un serio problema en cuanto a la redacción de la misma, en relación con los hechos que el juzgador debe estimar probados. También suele sostenerse que el Juez debe recoger como hechos probados los relativos al fondo del asunto en cuanto hayan quedado acreditados a través de las pruebas practicadas en el juicio, sin perjuicio de que en los fundamentos jurídicos de la sentencia se contengan los razonamientos por los que el Juez estima este presupuesto procesal.

Como cabe deducir de lo que venimos exponiendo en estas páginas, consideramos preferible resolver la cuestión previa planteada en un auto se sobreseimiento libre, y no en una sentencia. En dicho auto deben recogerse aquellos hechos probados que permitan al Juzgador estimar la prescripción sin aludir a los del fondo del asunto que hayan motivado el juicio de faltas.

Asimismo, puede que el Juez admita el planteamiento de la cuestión con carácter previo, abriendo a tal efecto un turno de intervenciones a modo y semejanza de lo que ocurre en el debate preliminar de la vista oral del procedimiento abreviado, pudiendo el Juzgador diferir su resolución al momento de dictar sentencia, en cuyo caso tendrían plena validez las consideraciones expuestas o resolver en el mismo acto de la vista oral, documentando brevemente su resolución en el acta del juicio. Esta resolución puede considerar que no ha lugar a la cuestión previa planteada, sin perjuicio de que los fundamentos expuestos en Sala se recojan debidamente precisados en sentencia, pudiendo entonces recurrirse dicha resolución al recurrirse la sentencia en apelación o, por el contrario, que sí ha lugar a la cuestión previa planteada, por lo que se procede a la suspensión del juicio al objeto de

(18) Auto de 13 de julio de 1992.

dictar un auto motivado contra el que cabría interponer directamente el recurso de apelación, al producir este auto los mismos efectos de cosa juzgada que la sentencia, sin perjuicio de que previamente interpusiere el recurso de reforma. También podría suspender el juicio al objeto de estudiar la cuestión planteada y resolver sobre la misma mediante auto motivado contra el que cabrían los recursos que acabamos de mencionar si esta resolución fuera estimatoria de la cuestión previa; si, por el contrario, el auto desestima la cuestión previa estimamos que no cabría recurso alguno por aplicación supletoria del artículo 767.3 de la LECrim, sin perjuicio de interponer en su día el recurso de apelación contra la sentencia que se dicte.

Por tanto, según la LECrim, el auto de sobreseimiento que estime una cuestión previa es una resolución firme, mientras que el auto de sobreseimiento que la desestime sería tan sólo una resolución definitiva ante la que caben los recursos pertinentes.

3.3 Procedimiento por jurados

Como es conocido, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, pone en funcionamiento de nuevo este discutido cauce procedimental. En esta Ley Orgánica se regulan las cuestiones previas en el artículo 36. En él se especifica que al tiempo de personarse las partes ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento y antes de que se constituya el Tribunal del jurado podrán «plantear alguna de las cuestiones o excepciones previstas en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento». En su párrafo 2.º el referido artículo 36 señala que «si se plantease alguno de estos incidentes se le dará la tramitación establecida en los artículos 688 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Por tanto, parece que lo que verdaderamente ha interesado al legislador de la Ley del Jurado ha sido simplemente dejar fuera del juicio oral estas cuestiones previas que podrían entorpecer la labor encomendada a los jueces legos.

Esto parece confirmarse al leer el contenido de la disposición final segunda que modifica algunos aspectos de la LECrim y que en su disposición octava establece que el tercer párrafo del artículo 676 quede redactado de la siguiente forma: «contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2, 3 y 4 del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime, no se da recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678» para añadir en el siguiente punto que este artículo queda modificado añadiéndosele lo siguiente: «lo

anterior (es decir, la posibilidad que tienen las partes de reproducir en el juicio oral, como medios de defensa, las cuestiones previas que se hubiesen desestimado, excepto la de declinatoria) no será de aplicación en las causas competencia del Tribunal del Jurado, sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia».

El procedimiento por jurados deja abierta en la fase de instrucción la posibilidad de que intervengan todas las partes en ella. Por tanto, entendemos que si se observara cualquier ausencia de presupuestos procesales podrán todas las partes ponerlo de manifiesto. La misma Ley del Jurado, como apuntamos, establece que en fase sumarial debe darse una «oportunidad de debate entre las partes». Pero, no sólo esto, sino que señala que «sea este Juez (el de instrucción) así preservado en una cierta imparcialidad, el que controle la procedencia de la apertura del juicio oral, de manera positiva y no sólo negativa, con precisión del objeto del juicio y decisión de la información necesaria a remitir al Tribunal del Jurado».

Resumiendo, la Ley del Jurado no concreta en absoluto la forma de tramitación y apreciación de estos presupuestos procesales. La situación es parecida a la del juicio de faltas: una indeterminación hasta cierto punto beneficiosa por la libertad de acción que deja a los órganos judiciales.

Sin embargo, lo que resulta claro es que las cuestiones previas deberían ser resueltas antes de entrarse en el juicio. En este procedimiento por jurados las cuestiones previas, a causa de la constitución del propio jurado, nunca van a ser tratadas con posterioridad a la apertura del juicio, es decir, siempre van a ser previas. No obstante, esta sensible mejora dimanante de las peculiaridades del propio procedimiento por jurados, resulta insuficiente, puesto que las cuestiones previas siguen siendo tratadas como meras excepciones procesales con todo lo que ello conlleva.

3.4 Procedimiento abreviado

La regulación legal de estos artículos de previo pronunciamiento en el llamado procedimiento abreviado introducido en nuestra legislación procesal por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, es sustancialmente mejor a la que la LECrim presenta en el procedimiento ordinario.

El artículo 793.2. ha regulado una audiencia saneadora, que debe celebrarse al inicio del acto de la vista, después que el Secretario haya dado lectura a los escritos de acusación y de defensa. Este acto es muy similar al que la LEC regula en sus artículos 691, 692 y 693 en los jui-

cios civiles de menor cuantía concediendo una audiencia preliminar a las partes.

Esta audiencia saneadora establece que las partes puedan «exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto».

Debe observarse que esta audiencia saneadora previa al juicio oral, no revisa, en absoluto, la naturaleza de las cuestiones previas que siguen tratadas como meras excepciones procesales. Se alegan con anterioridad al juicio oral por el mismo carácter de celeridad que se le quiere conferir a dicho procedimiento, pero ni siquiera está claro que deban resolverse con anterioridad a la entrada en el plenario.

En efecto, así como en el procedimiento por jurados el tratamiento y resolución de las cuestiones previas se sitúan en un momento procesal anterior al juicio oral o plenario por la poca preparación de los jueces legos para abordar estas materias y no son reproducibles en el plenario por esa misma razón, en el procedimiento abreviado la celeridad con que se ha querido dotar este nuevo cauce procesal ni ha variado su situación procesal respecto al procedimiento ordinario, ni impide su planteamiento en el juicio oral. Por otra parte, el concepto y naturaleza de estas cuestiones previas sigue siendo el mismo, así como sus consecuencias sobre las partes que pueden alegarlas, su apreciación de oficio, sus efectos principales y el *onus probandi*, que recae sobre el «excepcionante».

En resumen, en el procedimiento abreviado, estas cuestiones previas siguen situadas en el mismo momento procesal previsto en el procedimiento ordinario: una vez cerrada la instrucción y antes de abrirse el juicio oral o plenario. Asimismo, su resolución en la sentencia definitiva no va a ser una mera posibilidad concedida al Juez o Tribunal, sino la práctica habitual, con la consiguiente desvirtuación de su carácter previo.

4. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AUDIENCIA SANEADORA COMO MOMENTO CONCENTRADO Y PRECLUSIVO PARA FISCALIZAR LA LABOR INSTRUCTORA

La LO 7/1988, recogiendo la herencia histórica del procedimiento ordinario, diseñó una audiencia saneadora como momento concen-

trado y preclusivo para fiscalizar la labor instructora. Sistema que se perpetúa, asimismo, en nuestra reciente Ley del Jurado de 1995 y que, en definitiva, no hace sino reproducir el viejo esquema que para el procedimiento ordinario diseñó la LECrim de 1882.

Consideramos que es imprescindible en estas páginas, analizar la actual vigencia de esta audiencia saneadora, camino procesal elegido tradicionalmente por nuestro legislador para resolver las cuestiones previas, a la luz del sistema de nulidades diseñado por la LOPJ.

Para ello hemos intentado una somera revisión a sistemas procesales de Derecho comparado que ofrezcan alguna vía alternativa al sistema preclusivo y cerrado que ofrecen nuestras normas procesales.

A nuestro entender, es de gran importancia determinar la verdadera naturaleza y el ámbito específico que deba atribuirse a esta audiencia saneadora. De admitir una dimensión preclusiva del trámite concebido por el legislador en nuestras normas procesales, podría deducirse la existencia de momentos hábiles e inhábiles para resolver acerca de la inobservancia de un presupuesto procesal, algo que, como ya hemos dicho, cabe situar en la órbita de la vulneración de derechos fundamentales, puesto que el derecho a un proceso debido lo es. Ello lleva a considerar la preclusión en su dimensión clásica: acumulativa (operatividad del principio de acumulación eventual) y consuntiva (extintiva de una oportunidad procesal).

Como ha señalado Gimeno Sendra, las preclusiones procesales reflejan la voluntad del Estado de vertebrar, ordenar y determinar el desarrollo del proceso de acuerdo con criterios de mínimo dispendio y celeridad procesal (19). Ya señalaban autores clásicos que «las preclusiones consisten esencialmente en impedimentos puestos por la ley al libre desenvolvimiento de actividades procesales por parte de los sujetos del proceso después de un cierto momento o en ciertas condiciones, y determinados por la inactividad anterior de los sujetos o por la irregularidad de su acción o de su conducta» (20). Esta forma de entender la preclusión no cabe, a nuestro entender, ser trasladada al proceso penal. En efecto, la actividad de los sujetos en orden a la aportación probatoria debe ir orientada hacia la búsqueda de la verdad real que debe presidir la labor instructora. Ello va a provocar una necesaria intervención de oficio por parte del órgano judicial en la indagación

(19) Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, Tomo I, vol. I, Parte General, Proceso Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 345.

(20) Cfr. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. de Sentís, Tomo I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 278.

del hecho imponible, lo que conlleva el no poder rodear a la aportación probatoria de ninguna limitación preclusiva (21).

Podemos decir que nos parece distinto el efecto preclusivo cuando no va referido a la prueba, sino a otras actividades del proceso penal, como las consecuencias de las decadencias asociables a la inobservancia de los plazos para formular un recurso, pero tratándose de la alegación de óbices de procedibilidad, tales como la prescripción, la cosa juzgada o la competencia material, no puede sostenerse ninguna consecuencia preclusiva, si ello implica admitir que la reclamación sólo conoce un período hábil, fuera del cual se agota la posibilidad de alegación (22).

No obstante, y con respecto al momento adecuado para la alegación de una vulneración de derechos fundamentales, el Tribunal Su-

(21) «La idea de preclusión es algo consustancial a todos los sistemas procesales modernos (operando en forma más o menos atemperada), sin que esté ligada necesariamente a la escritura; de la misma manera que tampoco los principios de unidad de vista o causa, de secuencia discrecional, de libertad o inarticulación, lo están, de forma definitiva y excluyente, al sistema oral». Cfr. MILLAR, *Los principios formativos del Procedimiento Civil*, trad. de Grossmann, prólogo de Couture, Buenos Aires, 1945, p. 96, donde la describe como idea ineludible y que, como tal, está presente en todos los sistemas. «El prescindir totalmente de la preclusividad produce incertidumbre acerca del momento en que se podrá decir que la causa se halla del todo instruida; sabemos que los sistemas de oralidad toman medidas para impedir las aportaciones dolosamente extemporáneas, que no pueden ser ni son tan drásticas que nieguen el principio en su raíz, de suerte que, fundamentalmente, las contrariedades de esta clase no se eliminan». Cfr. PIETRO CASTRO, «Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones», en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, p. 696. Lo que es inconciliable con un sistema oral es el efecto acumulativo de la preclusión, máxime cuando «una consecuencia inmediata del principio de oralidad es la falta de toda disposición rígida de la materia procesal en el debate oral (...). La libertad natural del debate oral no puede amoldarse a la regla fija y mecánica de un principio de eventualidad». Cfr. WACH, *Conferencia sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, trad. KROTOSCHIN, Buenos Aires, 1958, p. 7.

(22) Sobre el significado del término sentencia definitiva como límite preclusivo a la invocación y declaración de las nulidades procesales puede verse MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, *La nulidad de actuaciones en el proceso civil (análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial)*. Edit. Colex. 1991, pp. 230 ss. Recuérdese, sin embargo, que la sentencia 110/1988, calificada por MORENO CATENA en *Derecho Procesal*, AA.VV., Tomo I, Vol. I, Madrid, 1990, p. 217 de «heterodoxa y descabellada», no llegó a servir de punto de arranque para la consolidación de la doctrina que la misma proclamaba. Al contrario, sentencias posteriores del mismo Alto Tribunal, como vimos en su momento, han revisado la interpretación que dicha sentencia auspiciaba, situando las facultades rescisorias del órgano sentenciador en sus justos términos (STC 212/89, de 19 de diciembre, 45/90, de 15 de marzo, 8/91, de 17 de enero o 91/90, de 15 de noviembre).

premo, en auto de 3 de febrero de 1993 y refiriéndose de forma especial a la audiencia saneadora del denominado procedimiento abreviado, ha reiterado la naturaleza de ésta como momento hábil ideado por el legislador para resolver determinadas quejas acerca de la violación de derechos fundamentales que haya podido ocasionar la investigación judicial. Puede ser interesante recorrer los racionamientos de la Sala Segunda para admitir la referenciada preclusividad (23).

Señala dicha Sala Segunda que «respecto a la denunciada vulneración de normas esenciales del procedimiento en el desarrollo y obtención de pruebas practicadas (...) cualquier decisión que en este momento pudiera tomarse carecería, en principio de la suficiente apoyatura o justificación. El tema de la nulidad de la prueba (que, a su vez, ofrece, como es bien sabido, categorías distintas; nulidades absolutas, relativas, irregularidades procesales, etc.), con diferentes efectos, según las circunstancias, no puede ser resuelto en este momento procesal. En principio, y existe ya jurisprudencia de la Sala en este sentido, la decisión a este respecto tiene su ubicación en el mismo acto del juicio oral. Cuando el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula específicamente un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento (ver artículo 666), causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicar en el acto, está exteriorizando y fijando el camino más idóneo y general para depurar una serie de cuestiones que, de no resolverse previamente, enturbiarían, y a veces gravemente, el posterior desarrollo del proceso y una pérdida no razonable de tiempo y esfuerzos. Este camino no es, desde luego, el único, pero es el ordinario. En efecto, si el Juez o Tribunal, no verifica, por unas u otras razones, esa audiencia preliminar, constata después la nulidad radical de la prueba o la incompetencia, tendrá así que declararlo en cualquier otro momento posterior, siempre que al hacerlo se cumpla la exigencia de contradicción, uno de los principios esenciales del proceso. Es decir, este trámite no

(23) La resolución transcrita sistematiza la doctrina ya proclamada con anterioridad por el auto del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 1992 (causa especial 610/90, Caso Naseiro) en el que, en la línea argumental defendida por el Instructor de aquella causa –auto de 24 de julio de 1990–, se sostuvo la idoneidad del turno de intervenciones para pronunciarse sobre las peticiones de nulidad que deduzcan algunas de las partes. Tal criterio ha sido ratificado por resoluciones posteriores dictadas en la causa especial núm. 880/91 (Asunto Filesa), tales como los autos de fecha 25 de marzo de 1993 o 18 de diciembre de 1992.

es preclusivo. En cambio, antes de ese momento, salvo circunstancias muy excepcionales, que desde luego no son del caso, tales como los supuestos de infracciones procesales y constitucionales que impliquen efectiva indefensión (art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), relativas a diligencias no reproducibles o no subsanables en el juicio oral, es decir, en los supuestos de las llamadas pruebas preconstituidas (*vid.* arts. 448, 467, 471, etc.), no es procedente pronunciarse (...). Por otra parte, que no se estudie la pretendida nulidad de la actividad investigadora en este momento procesal, no significa indefensión alguna, que es lo que proscribe nuestra Constitución. Las impugnaciones y recursos entablados demuestran que las partes han estado constante y perfectamente defendidas».

A nuestro modo de ver, cabe mantener una posición crítica ante esta doctrina del Tribunal Supremo y el efecto aplazatorio de la decisión sobre la alegación de presupuestos procesales que vulneran claramente el derecho fundamental al proceso debido (24).

Como vemos, las resoluciones del Tribunal Supremo que proclaman la concentración –mejor acumulación– en el turno de intervenciones o audiencia saneadora de cualquier alegación sobre la inobservancia de presupuestos procesales, descansan, en esencia, sobre tres razonamientos. A saber:

- a) El tema de la nulidad de la prueba (que, a su vez, ofrece categorías distintas: nulidades absolutas, relativas, irregularidades procesales, etc.), con diferentes efectos, según las circunstancias, no puede ser resuelto durante la instrucción.
- b) Si falta la instancia de parte para verificar esa audiencia saneadora, es decir, si el turno de intervenciones no llegara a motivar debate acerca de ello, pero el órgano judicial constata después la nulidad radical de la prueba o la incompetencia, tendrá que

(24) Esta posición crítica ya fue puesta de manifiesto en el Voto Particular que en los autos de fecha 18 de diciembre de 1992 y 3 de febrero de 1993 formuló el Magistrado DE VEGA RUIZ, al señalar que «la audiencia de proporcionalidad en la investigación procesal significa la posibilidad de causar indefensión a la parte (...). La determinación de su existencia ha de tener en cuenta la influencia que haya podido tener en el acto resolutorio la omisión que se denuncia, esto es, si hubiere variado o no el curso del proceso como consecuencia de la inobservancia de aquello que la parte está exigiendo. Con base en todo lo anteriormente expuesto creemos imprescindible estudiar ahora, en este momento procesal, las cuestiones de nulidad denunciada, para estimarlas o para desestimarlas. En ambos supuestos se aclarará el procedimiento y se afianzará su credibilidad, porque en cualquier caso –cualquiera que fuere la resolución a recaer– no cabe entonces hablar de indefensión si se ha posibilitado el ejercicio legítimo de cuantas excepciones sean de alegar por los presuntos acusados».

declararlo así en cualquier otro momento posterior, siempre que al hacerlo se cumpla la exigencia de contradicción. Se sostiene la no preclusividad de este trámite.

- c) Con anterioridad al turno de intervenciones, salvo circunstancias muy excepcionales, tales como los supuestos de infracciones procesales y constitucionales que impliquen efectiva indefensión (art. 238.3 de la LOPJ) relativas a diligencias no reproducibles o no subsanables en el juicio oral, es decir, en las llamadas pruebas preconstituidas (*vid.* arts. 448,471, etc.) no es procedente pronunciarse.

Resulta claro, pues, que determinadas cuestiones relativas a la alegación de derechos fundamentales van a merecer la atención fiscalizadora del órgano judicial, mientras que otras habrán de esperar la llegada de la audiencia saneadora. Podemos seguir buceando en otras resoluciones para intentar delimitar con precisión cuáles son unas y otras.

El Auto de 25 de marzo de 1993 (25) aporta importantes matices al respecto. Con ocasión de la alegación por parte de los recurrentes de una posible vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, con origen en el acuerdo del Instructor para la práctica de diligencia de investigación que, según se argumentaba, no tenían conexión con

(25) Este auto fue dictado por la Sala transitoriamente actuante hasta la resolución del incidente de recusación formulado contra el Tribunal originario. Estaba integrada por los Magistrados MONTERO FERNÁNDEZ-CID (ponente), MONER MUÑOZ y GRANADOS PÉREZ. En auto de la misma fecha puede leerse «esta Sala (...) distingue en cuanto a las facultades de fiscalización de la Sala a través de los recursos jerárquicos la existencia de dos supuestos: a) los de ostensible y patente falta de relevancia y, desde luego, de nulidad por afectar ya *ab initio* a la esfera prevista en el artículo 11.1 de la LOPJ; b) aquellos que no presentando en su formulación una ostensibilidad de signo contrario, es decir, no pareciendo en principio útiles o pertinentes para los fines de la instrucción que es, se insiste una vez más, una simple preparación del proceso propiamente dicho y, también ello se reitera, una mera aportación de líneas de investigación tendentes a posibilitar en su caso la acusación y casi nunca constitutivas de diligencias de prueba valorables con arreglo a lo dispuesto en el artículo 741 de la LECrim; estimándose (...) que las actuaciones situables en el primero de dichos supuestos eran absolutamente revisables y anulables en esta fase procesal por estimación del recurso jerárquico, en tanto que las encuadrables en la segunda de tales hipótesis no lo eran, sin perjuicio de que en el momento procesal oportuno el órgano jurisdiccional competente, que no es otro en definitiva que el encargado del enjuiciamiento, adoptase la decisión de otorgarles absoluta irrelevancia en los supuestos del artículo 793.2 de la LECrim o, en cualquier caso, añadiese a la hora y trance de valorar la prueba conforme al artículo 741 de la referida Ley un plus a la ya inicial carencia de consideración de prueba a las diligencias de investigación practicadas en la fase instructoria: el consistente en la invalorabilidad como actividad probatoria de la obtenida en la fase previa de forma que violentase directa o indirectamente los derechos fundamentales conforme a lo establecido en el citado artículo 11 de la LOPJ.»

el objeto de la investigación, este Auto señala que «puede y debe el Tribunal que conozca de un recurso de apelación o queja dejar sin efecto el acuerdo del Instructor de practicar determinadas diligencias de investigación (que no, en principio, de prueba, no se olvide) cuando tal acuerdo sea *ex se ipso*, es decir, de modo patente y notorio desde el acuerdo mismo, inútil o irrelevante para los fines y objeto de la concreta instrucción de que se trate y, desde luego, cuando lo acordado incida en la zona de inflexión directa o indirecta sobre derechos fundamentales cuya interdicción se establezca en el artículo 11 de la LOPJ. Contrariamente, cuando lo acordado no ostente tales características, el acuerdo tomado por el órgano encargado de la instrucción, desde su propia responsabilidad, es irreversible mientras subsista la instrucción; sin perjuicio obviamente de que en su día el Tribunal encargado de enjuiciar pueda declarar nulas tales diligencias o inapropiadas para enervar la presunción de inocencia».

Puede apreciarse que la resolución funde en un solo razonamiento problemas tan dispares como el juicio de pertinencia y relevancia acerca de un determinado acuerdo probatorio del Instructor, el significado procesal de actos de investigación a la hora de enervar la presunción de inocencia y, como no, el momento de apreciación de las nulidades en que haya podido incurrir el órgano instructor. El Auto respalda su razonamiento con una fundamentación no conciliable con el Auto de 3 de febrero del mismo año. Por un lado, no orienta su lógica hacia el régimen de nulidad de los actos procesales (art. 238.3 LOPJ), sino hacia la proscripción de cualquier validez probatoria de toda prueba obtenida violentando, directa o indirectamente, los derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ). De otra parte, parece sugerir una atípica clasificación, de singulares efectos, procesales en orden al momento de evidenciarse, diferenciando aquellas nulidades notorias o patentes y aquellas otras que no lo son.

Si seguimos repasando la historia jurisprudencial, podemos señalar que la concepción que concentra en el trámite del artículo 793.2 el análisis y, en su caso, atendimiento de la alegación sobre vulneración de derechos fundamentales, entre los que cabe situar la inobservancia de presupuestos procesales básicos, ha forjado un cuerpo de doctrina rápidamente asimilado por otros órganos judiciales inferiores.

A él se adscribe incondicionalmente el auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1993 (26). Esta resolución declara la

(26) Sala de lo Penal, Sección Segunda, el procedimiento abreviado 14/1993, rollo 25/1993 (caso «Gorostiza»), tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2.

nulidad de la intervención de las comunicaciones orales que uno de los reclusos, condenado por su pertenencia a una banda terrorista, mantiene con su Abogado. El contenido del auto, intachable desde el punto de vista de su rigor jurídico en su resolución sobre el fondo, patentiza las poco deseables consecuencias que la tesis jurisprudencial puede traer consigo respecto a la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

Así, en el Fundamento Jurídico Primero, la Audiencia Nacional afirma que «es de tener en cuenta, que al dar una nueva redacción al Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la articulación del denominado “Procedimiento Abreviado para determinados delitos”, se instauró siguiendo precedentes del Derecho comparado, una audiencia preliminar al inicio de la vista y antes del comienzo de la práctica de la prueba, en la que a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones, para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental (...), puntualizándose que “el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas” (art. 793.2 LECrim)».

La intachabilidad técnica en la solución interpretativa que la Audiencia Nacional proclama del artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se convierte en confusión cuando el órgano judicial se ocupa del análisis de los principios que informan el procedimiento abreviado y de la naturaleza a que responde la llamada «audiencia preliminar». Señala la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que «conforme a los principios inspiradores de la regulación del predicho proceso, a saber: oralidad, intermediación, concentración, preclusión y publicidad, muy vario es el contenido de las posibles cuestiones a plantear, lo que lógicamente incidirá en la manera y efectos de su resolución. Se ha establecido, pues, un trámite o espacio procesal, previo a la práctica de la prueba, en el que el órgano jurisdiccional ha de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean, referidas a la misma, decidiendo de forma definitiva sobre su admisión, y a ello se refiere la Ley Rituarial al decir que se resolverá en el mismo acto, es decir, en el trámite procesal, y no en el instante de su planteamiento. Interpretación ésta que resulta fundada de la articulación lógica del propio precepto y de los principios a los que responde, (concentración y no de sucesión, como acontece en el proceso ordinario), sino también del precedente que representa el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, en la Causa Especial 610/90 –Caso Naseiro–, tramitada conforme al Procedimiento Abreviado».

El razonamiento jurídico refleja, a nuestro modo de ver, una incorrecta intelección de los principios que han de inspirar una solución

que respalde el atendimiento de la queja por vulneración de un derecho fundamental que, según la solución jurisprudencial apuntada, no debe hacerse «en el instante de su planteamiento», sino en el espacio procesal especialmente habilitado para ello por el artículo 793.2 de la LECrim.

Su restrictiva visión de los principios inspiradores del procedimiento abreviado se confirma cuando afirma que «así como de las cuestiones hoy planteadas y sometidas a nuestro enjuiciamiento, que por afectar a derechos fundamentales en la obtención de unas pruebas a practicar, requieren un reflexionado estudio que, de por sí, precisa un tiempo ponderado para una resolución a insertar procedimentalmente en el trámite establecido, sin que ello suponga ruptura alguna en la continuidad procedimental del juicio oral, interpretación ésta que, en el sentir de la Sala, es la más conforme al precepto transcrito, de redacción poco feliz, que propicia las encontradas opiniones existentes en la doctrina científica».

Si ya nos parece que no es sostenible una argumentación basada en principios supuestamente inspiradores del procedimiento abreviado, menos aún podemos considerar acertada una justificación basada en la necesidad de un tiempo para la reflexión.

La declaración de nulidad de las pruebas obtenidas mediante la intervención de las conversaciones entre el recluso y su Abogado, se produce después de una medida cautelar privativa de libertad sufrida por éste de más de medio año de duración. ¿Cómo se puede justificar la prolongación de una medida restrictiva del derecho a la libertad en función de la interpretación suscrita acerca de determinados principios procesales o de la exigencia de un tiempo de estudio para responder a la queja? ¿Puede sostenerse cabalmente que el procedimiento abreviado impedía sanear su mismo decurso en el momento en el que la nulidad de las pruebas fue peticionada? ¡*Vae victis!*

Y el Tribunal Constitucional ¿ha respaldado dicha interpretación particular? Aunque de la lectura del Auto 13 de diciembre de 1993, parezca deducirse una respuesta afirmativa, nos parece que no es así.

En efecto, el Auto de 13 de diciembre de 1993 –registro 597/93–, dictado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional puede ser mantenido como un ejemplo confirmatorio de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En el caso sometido a la consideración del Alto Tribunal, el demandante de amparo, que es miembro electo del Congreso de los Diputados, se dirige al Tribunal poniendo de manifiesto que, desde la fecha de admisión a trámite de la querrela interpuesta contra él y otros, la instrucción de la causa especial 880/91 se había venido desarrollando ininterrumpidamente sin que, cons-

tando su condición de Diputado, el Magistrado Instructor hubiera creído oportuno solicitar de la Cámara el suplicatorio. Y ello pese a haberle reiterado diversas peticiones en tal sentido al entender que tenía la condición de imputado en el proceso en cuestión. En concreto, el recurrente, al acceder a lo practicado por el Magistrado Instructor durante el período comprendido entre el 21 de septiembre y el 25 de noviembre de 1992 –período en el que fue declarada secreta la investigación y se practicaron diversos registros domiciliarios y acopio de material documental –interesó del Instructor mediante la interposición del pertinente recurso de reforma, la declaración de nulidad de todo lo actuado, por considerar, en esencia, que aquél había obviado el mandato constitucional y legal referente a su inmunidad parlamentaria y, además, había traspasado el umbral de lo que representa un proceso con todas las garantías.

Ante la desestimación del recurso de reforma, por Auto de 30 de diciembre de 1992, el demandante de amparo interpuso recurso de queja ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el cual corrió una suerte desestimatoria al confirmar la resolución impugnada.

El Tribunal Supremo, mediante el Auto de 3 de febrero de 1993 rechazó la petición de nulidad al estimar que el momento procesal oportuno para esos fines era el acto del juicio oral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 793.2 de la LECrim. De otra parte, y por lo que se refiere a la alegada necesidad de pedir el suplicatorio, la Sala entendió conveniente interesar del Magistrado Instructor un informe acerca de los indicios racionales de criminalidad existentes en la causa contra los querrelados aforados y, en consecuencia, que propusiera razonadamente a la Sala lo procedente en orden a la solicitud de suplicatorio, sobre todo, teniendo en cuenta que a los aforados «se les ha recibido declaración, diligencia esencialísima (por lo que) es indudable que el Excmo. Sr. Magistrado Instructor puede contar o estará a punto de hacerlo (...) con un material suficiente para resolver sobre el suplicatorio en los términos que pide la Defensa».

La discrepancia del recurrente respecto de la solución aplazatoria del Tribunal Supremo lleva a aquél a acudir en amparo al entender que el Auto de la Sala Segunda de 3 de febrero de 1992 había incurrido en infracción de los derechos a obtener una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE).

La alegada vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2) se invoca por el recurrente partiendo del análisis jurídico del artículo 71.2 de la CE. En él se sienta un supuesto espe-

cial de aforamiento *ratione personae* que contiene un claro mandato para Jueces y Magistrados: los Diputados y Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. El instante de amparo alega que, pese a su condición de inculcado o imputado, el Magistrado Instructor no ha solicitado el correspondiente suplicatorio, razón por la cual se está produciendo una clara vulneración del artículo 71.2 de la CE y, con él, del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. En apoyo de su línea argumental, el recurrente sostiene que el *status* de imputado, como situación desencadenante de la solicitud de suplicatorio, se adquiere «desde el mismo momento de la admisión a trámite de una querrela por la autoridad judicial, pues ello implica una evaluación de los hechos a que se refiere y de las personas supuestamente protagonistas».

A juicio del recurrente no es admisible la identificación que ha hecho la Sala Segunda entre procesamiento e inculpación pues, de una parte, para adquirir el *status* de inculcado no es necesaria la existencia de «indicios de criminalidad» y, de otra, es voluntad y sentido teleológico del precepto constitucional –art. 71.2– que la decisión sobre la autorización y la obtención del presupuesto de perseguibilidad se produzca, a ser posible, en los albores de la instrucción y no en su finalización.

Entiende el recurrente que el Magistrado Instructor ha realizado «inequívocos actos de inculpación». Sólo así pueden calificarse diversos registros de entidades bancarias a la búsqueda de datos correspondientes a la esfera de actuación personal del recurrente, la investigación de diversos instrumentos de pago, la petición a la Dirección General de Transacciones Exteriores de los datos referentes a las adquisiciones de divisas para pagos al exterior y, en fin, la solicitud del Instructor a la Agencia Estatal Tributaria de todo lo referente a la «vida tributaria del demandante de amparo». Para reforzar su argumentación acerca de la atribución de un verdadero *status* de imputado, el recurrente formula dos afirmaciones, extraídas de la secuencia misma de los acontecimientos, que son de especial interés por su alcance y significado: el Magistrado Instructor «ha reconocido expresamente la condición de imputado del hoy recurrente al trasladarle la existencia de la querrela, instruyéndole del contenido del artículo 118 LECrim y permitiéndole ejercitar su derecho de defensa a través de Abogado y Procurador (...). El ahora recurrente fue invitado a declarar en calidad de imputado, citado en tal concepto, interrogado en calidad de inculcado e instruido de los derechos constitucionales que asisten a aquéllos, asistido de Abogado, y todo ello reconociendo que el suplicatorio no había sido pedido».

A las alegaciones precedentes que pretendían respaldar la petición de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), se añadían las que perseguían justificar la existencia, además de vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). Aquí es donde el recurrente se equivoca en sus alegaciones y donde se va a basar la sentencia del Alto Tribunal.

En apoyo de su tesis, razona el recurrente que la vulneración de este derecho fundamental sería un corolario de la falta de observancia del requisito de solicitud de suplicatorio. Tanto el artículo 71.2 CE como los artículos 750 ss. de la LECrim y los preceptos de la Ley de 9 de febrero de 1912, establecen criterios y reglas procesales para extender la competencia de los Jueces intervinientes en un proceso contra un Diputado. Se trata —según se afirma— de normas de reglamentación del proceso y, por ende, de la competencia, en las que se hace depender de una autorización la posible inculpación de aquél y la consiguiente sustanciación del proceso. Teóricamente, la Cámara podría denegar la autorización y, con ello, el Tribunal Supremo dejaría de ser órgano competente. Por otra parte, la sanción de vulneración de esas normas sería evidente: procesal y materialmente las pruebas obtenidas carecerían de legitimidad al haber sido obtenidas por un órgano incompetente con violación de un mandato constitucional y, por lo tanto, debería declararse la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto de admisión de la querrela, debiendo retrotraerse el proceso al momento en el que se tuvo que solicitar el obligado suplicatorio.

Como tercer argumento impugnativo, el recurrente invoca la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Se sostiene que el Magistrado Instructor está realizando una *inquisitio generalis* ordenando la obtención de pruebas «indiscriminadamente», sin explicar qué busca y por qué lo busca, con clara vulneración del principio de proporcionalidad. Como consecuencia de todo ello, el demandante interesó del Instructor, primero, y de la Sala Segunda, después, la nulidad de las actuaciones practicadas. La decisión de la Sala de postergar el conocimiento y pronunciamiento sobre las invocadas causas de nulidad vulnera el derecho fundamental a la obtención de tutela efectiva de Jueces y Tribunales a un proceso público con todas las garantías y sin que se produzca indefensión.

La discrepancia del recurrente respecto de la decisión del Tribunal Supremo se funda, además de en las consideraciones expuestas, en

que el solo hecho de que el artículo 793.2 de la LECrim contenga una previsión legislativa por la cual al comienzo del juicio oral el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno sobre determinados supuestos (violación de derechos fundamentales, cuestiones de competencia, etc.), no impide considerar que existan otros momentos anteriores igualmente válidos para obtener esos pronunciamientos, pues ningún precepto excluye tal posibilidad y, por tanto, no existe impedimento legislativo. De ahí que, al denunciarse una pretendida nulidad, ésta debe ser resuelta al afectar a toda la validez del proceso, a toda la obtención de una prueba, que pueda estar viciada de nulidad, a todo lo que afecta a la legitimación del Instructor para investigar más allá de los límites establecidos. En el presente caso, el Tribunal Supremo, al no resolver sobre las causas de nulidad denunciadas –alega el recurrente– ha dejado vacío el contenido del artículo 240 de la LOPJ, privándole de uno de los remedios más valiosos a su alcance para preservar sus derechos fundamentales, con infracción del derecho fundamental del artículo 24.1 CE.

A la vista de tales antecedentes impugnativos, el recurrente sistematiza su *petitum* en los siguientes términos: que el Tribunal otorgue el amparo y, en su virtud:

- a) declare que el procedimiento especial 880/91 es nulo de pleno derecho a partir del momento en que debiendo haber pedido la Sala Segunda del Tribunal Supremo el obligado suplicatorio del Congreso de los Diputados se omitió tal requisito, ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente posterior a aquel en el que el ahora demandante de amparo adquirió la cualidad de inculpado, esto es, al momento en el que se dictó el auto de admisión de las querellas;
- b) declare, alternativamente, que el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1993 es lesivo de los derechos fundamentales del recurrente, en la medida en que difiere la resolución del incidente de nulidad de actuaciones a un momento procesal posterior.

Debe observarse que la petición de amparo se basa en dos pilares. En efecto, de un lado, se pide de aquél una resolución declaratoria de nulidad del procedimiento especial 880/91 por haber sido irrespetuoso con la vigencia de los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la Ley. De otra parte, se insta con carácter alternativo que se declare contrario al derecho a la tutela judicial del impugnante el Auto de 3 de

febrero de 1993, en la medida en que difiere la resolución del incidente de nulidad de actuaciones a un momento procesal posterior.

Sin embargo, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, proclamada por los artículos 43.1 y 44.1 *a*) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (27), impiden el examen de una petición de nulidad sobre la que, todavía, no ha existido un pronunciamiento de los Tribunales ordinarios. Ello trastoca la lógica expositiva del recurrente y obliga a primar el examen de lo alternativo sobre lo principal. En ausencia de una decisión judicial que dé respuesta a la petición de nulidad del recurrente, la revisión para la que está autorizado el Tribunal Constitucional se centra, tan sólo, en si la interpretación del Tribunal Supremo consistente en aplazar su decisión al momento procesal habilitado por el artículo 793.2 de la LECrim es o no vulneradora del derecho a la tutela efectiva.

Como puede apreciarse, ello supone una renovada delimitación del objeto del recurso de amparo frente a los términos en que fue plantado por el recurrente. Estas palabras del Tribunal Constitucional: «este Tribunal no entra en las vulneraciones constitucionales denunciadas salvo en lo referente al momento en el que esas eventuales infracciones deben ser resueltas por el Tribunal Supremo» dejan al descubierto que la pretensión del actor solicitando la declaración de nulidad de la causa especial 880/91 fue, cuando menos, prematura.

Delimitado el objeto del recurso de amparo en sus justos términos, la resolución denegatoria del Tribunal Constitucional discurre a través de la siguiente argumentación (FJ 3): «la decisión del Tribunal Supremo de posponer hasta el acto de la vista el examen de las tachas de nulidad puestas de manifiesto por el recurrente, no es modo alguno contraria a ninguno de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Con independencia de que el marco apropiado para el examen de las nulidades denunciadas sea el previsto en el artículo 793.2 de la LECrim, la lectura del acto impugnado pone de manifiesto que la decisión de posponer el examen y resolución de la nulidad de actuaciones ha sido adoptada tras apreciar que durante la instrucción de la causa se habían observado los requisitos más esenciales de las actuaciones procesales cuya nulidad se propugnaba, y sobre todo, teniendo en cuenta que un análisis más detallado y exhaustivo sólo será posible —como se dice en el auto recurrido— una vez que la Sala tenga “un conocimiento en profundidad del tema, que ahora no

(27) Puede consultarse sobre el fundamento político y técnico de la subsidiariedad del recurso de amparo, GIMENO SENDRA-CASCAJO CASTRO, *El recurso de Amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 145-148.

se tiene". Esto es, la Sala no se ha negado de plano a verificar la regularidad procesal de lo actuado, sino que —realizando un primer análisis— se ha negado a pronunciarse sobre cuestiones acerca de las cuales sólo podrá tener conocimiento fundado una vez le hayan sido remitidas todas las actuaciones, circunstancia necesariamente propuesta al momento de conclusión de la instrucción y la apertura del juicio oral. En consecuencia, la negativa del Tribunal Supremo no puede ser tenida por contraria al artículo 24 de la Constitución, pues se ha basado en una interpretación no irrazonable y arbitraria del régimen procesal regulador del procedimiento abreviado y se fundamenta en razón tan concluyente como la imposibilidad de pronunciarse sobre la nulidad de una instrucción a la que no ha podido tener aún acceso directo. Esto sentado, es preciso concluir que la demanda de amparo se ha interpuesto sin agotar todos los recursos existentes dentro de la vía judicial».

Los argumentos del Tribunal Constitucional no suponen, a nuestro modo de ver, que entienda que la adecuada defensa de los derechos fundamentales, en este caso la inobservancia de un presupuesto procesal, en el marco del procedimiento abreviado, sólo puede ser válida y atendible cuando se verifica en el momento habilitado por el legislador en el artículo 793.2 de la LECrim. El Tribunal Constitucional no ha dicho que el sujeto pasivo de un proceso penal abreviado haya de esperar expectante y paciente hasta la llegada de aquel trámite procesal. Afirmar lo contrario habría sido tanto como dejar sin contenido el verdadero imperio de los derechos fundamentales afectados por el proceso penal. La mención que el artículo 793.2 hace de la vulneración de derechos fundamentales como posible contenido de la audiencia alegatoria, no pospone el obligado saneamiento del proceso a ese único y excluyente momento.

En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha llegado a asociar a la alegación tardía de un derecho fundamental su inatendibilidad por pérdida del objeto del recurso de amparo (28). Así acontece, por ejemplo, en los supuestos de alegación de vulneración a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) cuando el órgano judicial reanuda su actividad con posterioridad a la demanda de amparo. Pero no sólo la alegación tardía de algunos derechos podría desnaturalizar su verdadero contenido, sino que el mismo Tribunal Constitucional, apartándose de la solución anterior, ha entendido que de la autonomía del derecho al proceso sin dilaciones indebidas se deriva también la posibilidad de su ejercicio en relación al reconocimiento de la lesión por una tardanza excesiva e irrazonable con referencia al momento en que

(28) *Vid.* STC 40/1982 y 15/1990.

se formuló la demanda (29), de forma que, si bien el cese de la inactividad antes de la demanda repara la lesión (30), la resolución posterior no repara una dilación que ya está producida (31). De conformidad con esta última concepción, reconoce la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas generadas en la fase de instrucción de un procedimiento abreviado, vulneración «que no puede ser reparada, en cuanto consumada, por la realización de actividades procesales posteriores a la interposición (del recurso)» (32).

La solución del Tribunal Constitucional acogida en el Auto de 13 de diciembre de 1993 no legitima, en modo alguno a asignar a la reparación por el menoscabo de derechos fundamentales tales como la inobservancia de presupuestos procesales, un momento privativo e incompatible con cualesquiera otras fases del proceso en que la vulneración sea detectada.

Son muchas las resoluciones del Alto Tribunal estimatorias de la alegada vulneración de derechos fundamentales, en el marco de un procedimiento abreviado y cuya atendibilidad no hubo de esperar al «turno de intervenciones.»

Así, la STC 128/1993, de 19 de abril (Sala Primera) estima el recurso de amparo interpuesto contra el auto de apertura del juicio oral del Juez de Instrucción, con fundamento en la alegación de la parte actora de que se produjo vulneración del derecho de defensa, pues, a su juicio, dicha lesión se generó ante la omisión por el Juzgado de un trámite esencial, cual es el de ser informado de su condición de imputado y de los correspondientes derechos que de ella se derivan. La estimación del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional se produce pese al dictamen contrario del Abogado del Estado –Antecedente 8– que entendía que «en el procedimiento no ha recaído sentencia y cualquier posible indefensión de carácter formal puede ser subsanada en las fases procesales ulteriores». La sentencia citada declara la nulidad de los autos que omitieron la atribución del *status* de imputado y retrotrae las diligencias al momento anterior a dictarse el auto de conclusión de las diligencias previas, a fin de que por el órgano judicial se verifique la citación en calidad de imputado con ilustración de sus derechos constitucionales (33).

La sentencia 125/1993, de 3 de mayo vuelve a otorgar el amparo y,

(29) Vid. STC 61/1991.

(30) Vid. STC 151/1990.

(31) Vid. STC 10/1991.

(32) Vid. STC 69/1993.

(33) La misma argumentación de la Abogacía del Estado en el sentido de no precipitar una solución reparadora que pueda producirse en fases ulteriores del proce-

en su consecuencia, a anular el auto del Juez de Instrucción por el que se acordaba la apertura del juicio oral y se establecían determinadas medidas cautelares de responsabilidad civil. La infracción del derecho a la tutela judicial y a no sufrir indefensión (art. 24 CE) provoca el efecto radical de retrotraer la instrucción al momento en el que el menoscabo de aquellos derechos fue advertido y denunciado.

Por tanto, no debe entenderse como doctrina consagrada el Auto de 13 de diciembre de 1993. No proclama ahora, ni había proclamado antes el Tribunal Constitucional, que la apreciación de la nulidad de una resolución judicial del órgano instructor por vulneración de un derecho fundamental deba condensarse en el trámite habilitado por el artículo 793.2 de la LECrim. Por otra parte, confiar absolutamente en el trámite del artículo 793.2 de la LECrim como el momento exclusivo y excluyente para atender las quejas por vulneración de derechos fundamentales, supondría retrasar, con cierto optimismo, el atendimiento de aquélla a un momento posterior que puede no llegar a nacer.

La resolución del Tribunal Constitucional que se comenta no es sino consecuencia obligada de una desatendible petición de nulidad por parte del recurrente, a la cual responde de forma esquiva –no arbitraria o irrazonada– el Tribunal Supremo. En realidad, un análisis de las vulneraciones alegadas por el demandante de amparo permite apreciar, incluso con las prevenciones debidas, que ninguna de ellas tiene en la nulidad de lo actuado la forma adecuada de reparación. Así, la pretendida vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, con origen en la falta de autorización de la Cámara respectiva, admite otras formas de reparación menos drásticas que la nulidad interesada por el demandante. En ausencia de indefensión material –el recurrente ha estado asistido en todo momento por letrado–, impulsar al Instructor a la efectiva petición, en su caso, de suplicatorio habría supuesto una aceptable forma de restablecer el imperio del derecho que se dice menoscabado.

La vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y la correlativa declaración de nulidad de lo actuado como su adecuada terapia, la derivaba el recurrente del hecho de que «teóricamente, la Cámara podría denegar la autorización y, con ello, el Tribunal Supremo dejaría de ser órgano competente (...). Procesal y

dimiento, fue desoída por el Tribunal Constitucional en su sentencia 129/1993, de 19 de abril. En ella, se declara la nulidad de los autos que decretaron la incoación del procedimiento abreviado, primero, y la apertura del juicio oral, después. Vuelve a insistir el Alto Tribunal que al omitirse por el órgano judicial trámite procesal de tanta relevancia, como es el del que el recurrente adquiriera la condición de imputado, se produce indefensión por vulneración del artículo 24 CE.

materialmente las pruebas obtenidas carecerían de legitimidad al haber sido obtenidas por un órgano incompetente con violación de un mandato constitucional, y, por lo tanto, debería declararse la nulidad de lo actuado». Tal razonamiento confunde las nociones de competencia judicial e inmunidad parlamentaria. En efecto, el órgano competente para conocer las causas contra Diputados y Senadores es la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La falta de autorización parlamentaria no afecta, por tanto, a la competencia objetiva, sino a la perseguibilidad del ilícito atribuido al aforado.

La vulneración del principio de proporcionalidad y, con ella, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión, no puede encontrar, tampoco, en la «nulidad de las actuaciones practicadas» su fórmula rehabilitadora. Y es que la desproporción será más fácilmente detectable en la admisión y práctica de actos de investigación concretos y específicos que en el todo de la labor instructora desplegable por un órgano judicial. La quiebra de la proporción se produce por actos instructorios concretos, no por la propia instrucción.

Por tanto, el Auto del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993 no hace sino aquello que estaba obligado a hacer, ante la falta de pronunciamiento previo por parte del Tribunal Supremo y por ello no da respuesta a la demanda entablada.

5. CONCLUSIONES FINALES

Como punto y final de este estudio, ofrecemos las siguientes conclusiones a título de resumen:

1.º En presupuesto metodológico se impone a fin de evitar el forzado mimetismo entre instituciones procesales no idénticas que provoquen un desenlace interpretativo apoyado en conclusiones inadmisibles a la vista de nuestro sistema constitucional.

2.º En efecto, tras la construcción jurisprudencial que concentra en una audiencia saneadora del proceso penal –piénsese que en tales términos están concebidos los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario como las audiencias preliminares en el procedimiento abreviado y en el de jurados– el momento hábil para la postulación de la nulidad de algunos de los actos probatorios verificados en la instrucción, se esconde de forma indisimulada una rígida identificación entre el referido turno de intervenciones y la audiencia preliminar que, para el juicio de menor cuantía, prevén los artículos 691 a 693, tras la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

3.º Dicha asimilación en el entendimiento de ambas incidencias previas ha sido insinuada por algunos autores (34). En efecto, la íntima conexión e interdependencia entre los conceptos de preclusión y comparecencia saneadora en el proceso civil ha sido citada y puesto de manifiesto, de forma reiterada, por la doctrina (35). Ello implica que la comparecencia del juicio de menor cuantía albergue en sí un momento preclusivo con finalidades depuradoras y de saneamiento de irregularidades procesales de distinto signo.

4.º Es dudoso que tal línea de razonamiento sea exportable al proceso penal, con la consiguiente inferencia de que, hasta el momento en que tiene lugar la audiencia alegatoria, el proceso, a través del sistema de recursos, no puede depurar sus propias irregularidades.

(34) ALMAGRO NOSETE, «El nuevo proceso penal», en *Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Valencia, 1989, p. 204, en tal sentido, señala que «las exposiciones previas de las partes acerca de la concurrencia o no de determinados presupuestos procesales, de vulneraciones de derechos fundamentales (...) recuerdan el sentido de la audiencia preliminar, aplicada en este caso, al proceso penal». También puede citarse en el mismo sentido a GÓMEZ COLOMER, «Apunte sobre las reformas de la Ley Orgánica 7/1988», en *La Ley*, núm. 24, mayo 1989, p. 73.

(35) Para un detallado análisis de la interrelación aplicable entre preclusión en el proceso civil, la comparecencia preliminar del juicio de menor cuantía y la función saneadora de ésta, puede verse LOZANO-HIGUETO PINTO, «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», en *Justicia*, 86-IV, esp., ps. 855 ss., donde sienta el principio que denomina preclusividad sanatoria, que conecta a los de autoridad de saneamiento del proceso (el Juez debe apreciar de oficio las nulidades), p. 857. La preclusión adopta diversas formas, proyectándose en distintas vertientes: a) por no haberse observado el orden y oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad —consumación propiamente dicha—. La primera se produce por el transcurso infructuoso de los plazos procesales; la segunda corresponde al denominado principio de eventualidad o acumulación eventual; la tercera se refiere a situaciones en las cuales se ha operado la cosa juzgada. Cfr. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Ed., Buenos Aires, 1958, pp. 196-197. En idéntico sentido ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Derecho Procesal Penal*, II, Buenos Aires, 1945, pp. 228-229. Debemos advertir que la relación entre preclusión y saneamiento es indudable, como hemos dicho, en uno de los principios funcionales de las nulidades procesales: el de preclusividad sanatoria que se concreta en fases o secuencias preestablecidas para atacar las nulidades procesales, e incluso, específicamente, para sanear el proceso subsanando las mismas. Cfr. LOZANO-HIGUERO, *Notas sobre la preclusión...*, ob. cit., pp. 853-854.

5.º La afirmación jurisprudencial, supone, con matices que no han sido debidamente dibujados por el propio Tribunal Supremo, que quien es objeto de investigación penal, ha de soportar resignado una instrucción preparatoria que reputa contraria a su círculo de derechos fundamentales, una llamada fase intermedia preparatoria del juicio oral —con formulación de acusación en su contra— y la apertura del juicio para poder alegar en un momento procesal y preclusivo conocido con el nombre de «turno de intervenciones», la vulneración de algún derecho fundamental, la existencia de algún artículo de previo pronunciamiento (!), así como todo lo que deba decir sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan (prueba ilícita).

6.º Si bien en el proceso civil de menor cuantía, la comparecencia o audiencia preliminar se lleva a efecto inmediatamente después de contestada la demanda y permite la formalización definitiva del objeto del proceso, en el proceso penal abreviado, en un esquema perfectamente identificable en los otros dos procedimientos penales, la audiencia saneadora se materializa, sólo si alguna de las partes lo insta, ante el órgano decisorio, rebasada ya la actividad investigadora y superada la etapa del llamado juicio de acusación. Debemos sostener aquí que tras la expresión «vulneración de algún derecho fundamental» empleada por el artículo 793.2, el legislador ha pretendido dar cabida a un debate contradictorio sobre prueba prohibida (art. 11 LOPJ) o nulidad de actos procesales que impliquen infracción de las normas esenciales del proceso o lesión de los principios de audiencia, asistencia o defensa, siempre que, además, se haya generado efectiva indefensión (art. 238.3 LOPJ). Tal debate puede verificarse en la audiencia saneadora, mas no tiene necesariamente que ser aplazado hasta que se lleve a efecto aquélla (36).

7.º Repárese, en que el artículo 793.2 de la LECrim agrupa en el contenido de la misma audiencia saneadora la posibilidad de alegación por las partes de aquello que estimen oportuno en orden a la «comparecencia del órgano judicial» o «existencia de artículos de previo pronunciamiento».

Si se postula una filosofía legislativa de concentración (acumulativa) incondicional en aquella audiencia saneadora de todas las mate-

(36) Tratándose de prueba de escuchas telefónicas, RODRÍGUEZ RAMOS, invocando razones de conveniencia procesal, advierte del riesgo que supone («absurdo contrario a la economía procesal»), limitar el juicio sobre la eficacia de una prueba de aquella naturaleza, obtenida en el seno de un procedimiento abreviado, al momento que ofrece el artículo 793.2 de la LECrim. *Vid.* «Intervenciones telefónicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*; «La prueba en el proceso penal», *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, p. 459.

rias que en el mismo precepto se enumeran, habríamos de llegar al absurdo de que, en el proceso penal abreviado, e igual esquema procesal encontramos en el procedimiento ordinario y en el reciente recuperado procedimiento por jurados, las impugnaciones de la competencia objetiva por razón de las personas o por razón de la naturaleza del ilícito y las reclamaciones con origen en la falta de competencia territorial, habrían de verse demoradas hasta el momento mismo de la apertura del juicio oral. Tal deducción no se concilia, por ejemplo, con el contenido mismo del artículo 782 de la LECrim que se ocupa de reglamentar las cuestiones de competencia y arbitra soluciones de distintos signos según la verdadera naturaleza de aquélla. El legislador no exige, pues, la dócil actitud procesal de quien ve infringido su derecho al Juez determinado por la Ley, sugiriéndole una paciente espera hasta la llegada a la ausencia saneadora.

Algo semejante, como hemos ido señalando a lo largo de estas páginas, puede decirse respecto al momento idóneo para la alegación de «artículos de previo pronunciamiento». El artículo 666.3 de la LECrim, como sabemos, enumera entre aquellos la «prescripción del delito». De aplicar la misma lógica que se sostiene respecto del período procesal hábil para atender la queja por la vulneración de algún derecho fundamental habría que concluir que la prescripción del hecho ilícito, en cuanto artículo de previo pronunciamiento tratable durante el turno de intervenciones, sólo sería susceptible de alegación en tal momento. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo se ha encargado de precisar que la prescripción ha de ser declarada de oficio, como hemos visto con detalle en páginas anteriores, incluso «por encima de las deficiencias procesales que hayan provocado la paralización» (37), «en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible» (38) y «aunque la petición no se ejercite con la precisión o con la corrección ajustada a los cauces y exigencias procesales formales» (39).

8.º Con lógica insistencia distintos preceptos legales señalan la ineludible necesidad de que la infracción del derecho fundamental, y recordemos que el derecho a un proceso con las debidas garantías lo es, sea denunciada en el momento en que aquélla acaece. Así, por tanto, el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal (artículo 795.2, párrafo 2), como el recurso de casación ejercitable frente a la sentencia de la Audiencia Provincial (art. 855.3) o el recurso

(37) STS de 4 de junio de 1993 (RA 5.360).

(38) STS de 1 de febrero de 1968 (RA 721).

(39) STS de 31 de mayo de 1976 (RA 2.492).

de amparo habilitado constitucionalmente [art. 44. b) y c) de la LO 2/1.979, de 3 de octubre] exigen constancia en la causa de la reclamación practicada para subsanar lo que se reputa contrario a las garantías jurisdiccionales o la invocación formal del derecho constitucional vulnerado tan pronto como, conocida la violación, hubiera lugar a ello (40).

9.º Las audiencias saneadoras contempladas en la LECrim pretenden rendir tributo, cierto es, a principios básicos del proceso penal, tales como el principio de concentración (en realidad, el legislador aquí confunde acumulación con concentración) como fórmula para la vigencia de los de celeridad y economía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya ha afirmado el distinto rango axiológico e inferioridad del principio de economía procesal al de defensa (41). Por ello, la presencia en el proceso penal de actos procesales viciados otorga especial pujanza a otros principios constitucionales, tales como los de audiencia y tutela jurídica cuyo vigor, desplaza el imperio de aquéllos, demandando la plena aplicación del principio de saneamiento (42).

10.º Así pues, constatada la vulneración de algún derecho fundamental, así como cualquier óbice de procedibilidad en fase de investigación se impone sanear el proceso, liberarlo de sus defectos, aliviar los escollos que pudieran representar un obstáculo para llegar al pronunciamiento sobre el fondo (43). Se trataría, en fin, de filtrar el proceso penal a través de lo que denominamos «principio de inmaculación» (44). La heterodoxia en la fase de investigación por las razones históricas ya

(40) Respecto a la invocación formal previa del derecho menoscabado, su sentido y la exigencia de flexibilidad en el entendimiento de tal requisito pueden verse, además de la STC 1/1981, las SSTC 126/89, de 12 de julio, 162/90, de 22 de octubre, 182/90 de 15 de noviembre, 116/91, de 23 de mayo y 126/91, de 6 de junio, entre otras.

(41) STC 30/1981, de 24 de julio en su Fundamento Jurídico número 4, *in fine*.

(42) En llamativa explicación naturalista LOZANO-HIGUERO, *Apuntes sobre la preclusión, ob. cit.*, p. 853, distingue un momento fisiológico (normalidad del acto), patológico (anormalidad), quirúrgico (punibilidad del acto, nulidad como sanción) y terapéutico (sanabilidad del acto). Lo cierto es que el legislador, en ningún momento se ha referido a la tempestividad exclusiva y consuntiva (preclusión del «turno») para sanear el proceso. Ello no es sino derivación errónea y limitativa del sistema de tutela de los derechos fundamentales, construida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, olvidando el carácter expansivo del vicio generado, cuya sanción, contra todo principio de saneamiento procesal, se posterga o «aparca» para un momento ulterior con rigidez no explicable.

(43) *Vid.* al respecto ODERIGO, *Lecciones de Derecho procesal*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 102.

(44) Sobre el principio de inmaculación, *vid.* AYARRAGARAY, *El principio de la inmaculación*, Buenos Aires, 1.959, p. 47. Acerca de su vigencia en el proceso civil

expuestas genera su propia fuerza expansiva, multiplicando sus poco deseables efectos.

11.º Como se viene repitiendo, una de las piedras angulares de esta, a nuestro juicio, equivocada línea jurisprudencial es el verdadero alcance y entendimiento del término concentración procesal y su delinde y relación con otros como preclusión y acumulación. En efecto, ya se ha glosado, el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 que, en su fundamento de derecho séptimo, indica que el momento procesal adecuado para alegar la vulneración de los derechos fundamentales, y la ausencia de presupuestos procesales básicos, no es otro que el habilitado en el artículo 793.2 de la LECrim. Se adscribe así (llegando a una reproducción textual) a la línea sentada por la Circular de la Fiscalía General del Estado cuando trata ese momento bajo el epígrafe debate preliminar. Recuerda ahora el Tribunal Supremo que «responde a los principios de concentración y oralidad y que pretende acumular en dicho debate previo (el auto emplea este término frente al de incidente utilizado por la Fiscalía), una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas que dilataban el proceso». El poco rigor terminológico utilizado (concentración, oralidad, acumulación) ha contribuido a consolidar una línea jurisprudencial anclada en la imprecisión. Como se ha dicho, del entendimiento de la concentración y la acumulación como términos sinónimos, se ha dado el salto a principios como la preclusión y la acumulación eventual. Sin embargo, el esquema procesal civil no es exportable al proceso penal, porque a diferencia de lo que acontece en los procesos civiles orales en los que la preparación del debate es mínima cuantitativa y cualitativamente (escritos preparatorios que no fundamentan la pretensión), la preparación en el proceso penal español no responde a tal trazado, al permanecer obediente aún al esquema acusatorio formal o inquisitivo reformado (anglo-francés), como hemos indicado.

12.º Ya se anticipó cómo la idea de concentración procesal puede ser entendida en un doble sentido: amplio o impropio y estricto o propio. En el primero, próximo al lenguaje vulgar, nos referimos a la agrupación de la máxima cantidad de material instructorio en el mínimo espacio de tiempo. Tal es la terminología seguida por la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado y por el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, equivalente a la empleada cuando se refiere al método concentrado. Quiere decirse, pues, que en un momento

español, LOZANO-HIGUERO, «Apuntes sobre la preclusión...», *ob. cit.*, p. 233. También del mismo autor, *Introducción al Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, p. 199.

procesal se concentra (agrupa, reúne, condensa) la mayor cantidad de actividad procesal posible. En el segundo sentido, propio o estricto, se alude a un principio del procedimiento por el que se pretende la economía temporal y aceleración del mismo y se articula con los vocablos proximidad y continuidad. Con él se pretende evitar la existencia de lapsos o etapas muertas en el procedimiento (45) siendo más importante para la economía temporal del proceso la concentración que la oralidad.

Acertadamente Couture define el principio de concentración como «aquel principio procesal por virtud del cual los actos del juicio deben realizarse con la máxima aproximación posible en el tiempo, contribuyendo de esta forma a la más rápida solución del conflicto que motiva el proceso» (46). Del mismo enunciado de este principio (sentido propio o estricto), se deriva o deduce su manifestación impropia: agregación o reunión material en la mayor cantidad posible, en el menor número de actos o momentos (47).

Sostuvo Chioventa que con el fin de hacer posible la aplicación de los otros tres principios (oralidad, intermediación e identidad del Juez) se impone la reunión de todas las actividades procesales dirigidas a la instrucción de la causa (pruebas y discusión de las pruebas) en una sola sesión o en limitado número de sesiones en todo caso próximas unas a otras (48). Ahora bien, fijémonos en que uno de los principios a que liga necesariamente Chioventa la concentración procesal es el de la identidad del Juez. Obviamente, interpretando ese razonamiento en su recto sentido, la argumentación del auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 cae por su base, pues el Juez que conoce en las «audiencias preliminares» no es el Juez que ha podido conocer de las infracciones cometidas en la instrucción. Nótese, además, que la labor instructora puede no haber desembocado necesariamente en el juicio oral, impidiéndose así, con arreglo a ésta, a nuestro juicio, errónea doctrina, una resolución específica sobre la transgresión invocada o prolongándose largamente en el tiempo hasta perpetuar la vulneración,

(45) Vid. ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General*, II, Buenos Aires, 1945, pp. 22, 23, 26 y 562.

(46) COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1976, p. 158.

(47) Vid. Proyecto COUTURE, basado en el principio de concentración, donde se afirma que «los actos procesales efectuados por los órganos de jurisdicción deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos y concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar.» Vid. en el mismo sentido el artículo 10 del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del Código de Procedimiento Civil Uruguayo de 1989*.

(48) CHIOVENTA, *Instituciones de Derecho Procesal*, Vol. I, trad. Gómez Orbeja, Madrid, 1954, p. 60.

infringiendo con ello la proscripción constitucional de las dilaciones indebidas.

13.º En suma, esta traslación de las categorías del proceso civil, sin las necesarias atemperaciones y la oportuna diferenciación entre las dos vertientes de la concentración (propia o principio de concentración, impropia o concentración en sentido lato –del material instructorio–) ha conducido a las consecuencias aquí criticadas. El procedimiento se rige, cierto es, por los principios de economía, celeridad y concentración (entendiendo éste en su acepción propia), siendo obligado admitir que las audiencias sanatorias de la LECrim pueden suponer un mecanismo de concentración procesal (en sentido lato), pero ni la LECrim dice que tenga carácter consuntivo ni excluyente ni, de hecho, puede decirlo.

14.º La concentración procesal, en sentido lato, no está reñida con la posibilidad de que en momentos precedentes se hayan podido abordar las materias recogidas en la audiencia saneadora. Si ello es así en el plano teórico, otro tanto puede decirse del práctico y el positivo. En este último, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), prevalente en materia de infracciones de los derechos fundamentales, exige [art. 44.1. c)], para la viabilidad del recurso de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales con origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial «que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello». La locución señalada es inequívoca, implicando un término aceleratorio (49) que expresa bien a las claras cómo, en la mente del legislador, se preveía la reparación autónoma y acelerada del derecho fundamental menoscabado. De seguirse la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se incurriría en una contradicción con la finalidad y el espíritu de la tutela reforzada y privilegiada de estos derechos, además de una dicotomía de tratamiento de estas vulneraciones: las de los demás procesos, regidas por el artículo 44.1.c) de la LOTIC que postula una alegación elástica, libre, *in continenti*, frente a la alegación rígida, preclusiva y excluyente para el «turno de intervenciones» del procedimiento penal abreviado con su poco idóneo resultado dilatorio. Ello supone, en fin, admitir que durante la instrucción del procedi-

(49) Vid. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, p. 502 donde se indica que «según la función, los términos se dividen en dilatorios y aceleratorios: los primeros tienden a alejar los actos, y los segundos, a aproximarlos, y, por tanto, aquéllos a disminuir la marcha del proceso introduciendo en él una pausa y estos otros a acelerarla.»

miento abreviado, la vigencia de los derechos fundamentales o los presupuestos procesales estarían como aletargados o adormecidos, recobrando su nervio y potencia expansiva en el turno de intervenciones (50).

15.º Respecto a los sujetos que pueden alegar presupuestos procesales, debemos señalar, a modo de conclusión, que es necesario articular un adecuado sistema de tutela de los derechos fundamentales, en el que debe incluirse la posibilidad de alegación en cualquier momento del proceso de cuestiones previas tales como la ilicitud de la prueba, la cosa juzgada, la prescripción del delito o la falta de competencia. Esto exige un amplio poder saneador de oficio por el Juez y una mayor intervención del mismo Ministerio fiscal, dado su papel de garante de la justicia, incluso desde la Instrucción (51). Esto debe ser admitido, al menos hasta la llegada de una reforma legislativa que señale en un

(50) Se puede argumentar en contra afirmando que el objeto procesal carece de concreción hasta el momento en que se formula la acusación. Ya advertía GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1986, p. 234, que «al situar la proposición y decisión de las excepciones después de la apertura del juicio oral, impidiendo que puedan plantearse en el sumario, el legislador (ya desde la LECrim de 1872, de donde la regulación vigente procede) ha tenido en cuenta que durante la instrucción no ha terminado de delinearse el hecho porque se procede, ni ha sido jurídicamente encuadrado sino muy provisionalmente, por ejemplo, a efectos de la prisión preventiva», pero debe advertirse que si bien ello es posible no siempre, ni mucho menos, será así, sino que en no pocas ocasiones los contornos del hecho pueden estar perfectamente claros antes de iniciarse las diligencias y que sólo resten por determinar aspectos accesorios. Como dice ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1987, p. 125, «dificultad no significa imposibilidad. Porque cabe también que los contornos del hecho resulten claros al poco de iniciarse las diligencias y sólo reste esclarecer lo relativo a la culpabilidad, participación, etc., del imputado. En todo caso, cuando el hecho aparezca suficientemente perfilado en el transcurso de la instrucción parece que lo procedente es archivar la causa sin necesidad de continuar las actuaciones.»

(51) «¿No es acaso el que puede no admitir a trámite una querrela, o dictar auto de archivo, por no considerar delictivos los hechos descritos en la querrela, bien tan pronto como la lea, bien tras la práctica de algunas diligencias? ¿No es acaso la admisión o inadmisión de una querrela, incumbencia del Juez de Instrucción, un trance en el que está en juego, en el ámbito penal, una de las más claras manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva? ¿Es pura mecánica investigadora, que no requiere jurisdicción y el ejercicio de la misma expresado en enjuiciamientos fácticos y jurídicos, la autorización judicial de intervenciones telefónicas o de entradas y registros en lugares cerrados, etc.? ¿Acaso no le corresponde al Juez Instructor el enjuiciamiento fáctico y jurídico conducente a procesar o a denegar el procesamiento, o a decretar medidas cautelares como libertad o prisión provisional, fianzas, embargos, etc.?». DE LA OLIVA, Cfr. *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, p. 183.

texto procesal penal una norma que acoja este principio de saneamiento del proceso penal, oficioso, a cargo del Juez que vivifique nuestras normas procesales penales. Debe, pues, establecerse el deber judicial de sanear el proceso, sin necesaria alegación de parte, a fin de evitar nulidades. Por supuesto, tanto la ausencia de presupuestos procesales como la existencia de pruebas ilícitas o de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales podrá ser puesta de manifiesto por cualquiera de las partes intervinientes en el proceso.

16.º Así pues, abogamos por un amplio y flexible uso de la facultad saneadora contenida en el artículo 24.2 de la LOPJ que rompa con el rígido sistema clásico, que hemos puesto de manifiesto en el estudio de la jurisprudencia citada, basado en una preterición de principios tales como el de tutela efectiva, saneamiento y moralización procesal debida a un incorrecto entendimiento de principios tales como preclusión, acumulación eventual, concentración y economía procesal.

17.º Si bien debe reconocerse la incuestionable vigencia de la necesaria separación del que instruye y del que juzga (52), entendemos que la imparcialidad del proceso no se ve afectada por una necesaria decisión del Juez instructor sobre la pertinencia de las cuestiones previas (53).

(52) Ya señaló de forma magistral BECCARIA que el soberano no puede juzgar «porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación del Derecho, y otra por el acusado que la niega. Es, pues, necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho». *De los delitos y las penas*, Madrid, 1968, p. 30.

(53) Respecto a esta posibilidad, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ *El período intermedio del proceso penal*, cit., p. 121), señala recientemente con gran acierto que «parece conveniente (...) facultar al instructor para ordenar el archivo de la causa tan pronto como constase la ausencia de un presupuesto de admisibilidad. Archivo contra el cual, por supuesto, las partes deberían poder reaccionar mediante el correspondiente recurso devolutivo ante el Tribunal supraordenado. A dicha conclusión no cabría objetar una supuesta idoneidad del Tribunal del juicio respecto del instructor para asumir dicho control; ¿acaso no es más complejo resolver sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad, comprobación que siempre recae sobre el órgano instructor? Tampoco cabría argumentar que nuestras leyes de enjuiciamiento atribuyen las funciones reservando al Tribunal del juicio la resolución de cuestiones jurídicas, y al instructor el puro cometido de indagar los hechos. Actividad de enjuiciamiento, de calificación jurídica, la hay en ambos supuestos y, por cierto, más importante y compleja en el caso del instructor que en el del Tribunal cuando conoce sobre las cuestiones previas o los artículos de previo pronunciamiento.»

