

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 2/1994, de 28 de noviembre, sobre procedimiento idóneo para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia.

Referencia: FIS-Q-1994-00002

I

El núcleo de la consulta elevada puede enunciarse muy sintéticamente: determinar cuál sea el cauce procesal adecuado para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia contra particulares. El problema interpretativo emergió con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre que, para sustituir a los derogados procedimientos de urgencia y al denominado «monitorio», introdujo el procedimiento abreviado para determinados delitos. A raíz de tal reforma y como consecuencia de la superposición de normas nuevas a cuerpos legislativos antiguos sin la correspondiente y necesaria labor de acomodación para concordar las modernas disposiciones a las anteriores, en la praxis judicial y en la doctrina se dieron respuestas dispares al tema objeto de consulta. Para algunos la reforma no habría incidido en modo alguno en esa materia y los delitos de injuria y calumnia deberían seguir enjuiciándose a través de las normas del sumario especial regulado en el Título IV del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para otros, la nueva ordenación del proceso penal imponía el seguimiento de los trámites del procedimiento abreviado para el enjuiciamiento de esas infracciones, con una importante consecuencia que excede de lo meramente procedimental: la competencia para el fallo habría pasado a estar residenciada en los Juzgados de lo Penal y no en las Audiencias Provinciales, con las consiguientes repercusiones en orden al recurso procedente. Finalmente surgieron también posturas intermedias que, de una u otra forma, matizaban esas dos tesis contrapuestas.

La sencillez con que puede centrarse la cuestión contrasta con la dificultad de su resolución. En favor de cada una de las tesis posibles se agolpan muy variados y poderosos argumentos que hacen extremadamente tortuoso el camino para llegar a una solución exenta de objeciones y plenamente satisfactoria. Esa complejidad ha tenido también su reflejo en la Fiscalía consultante. Debatido el tema en Junta surgieron criterios discrepantes que quedaron plasmados en informes contrapuestos, meritorios por su profundidad, cuyas argumentaciones serán recogidas al hilo del análisis de cada una de las posibles soluciones.

La oscuridad con que se presenta la cuestión en el derecho positivo hace especialmente pertinente el planteamiento de la Consulta que, al margen de la solidez de las distintas interpretaciones, permite unificar el criterio a seguir con lo que ello comporta de robustecimiento de la seguridad jurídica.

II

En favor del mantenimiento del sumario especial para el enjuiciamiento de los delitos contra el honor se esgrimen, entre otras, las siguientes razones:

a) Desde el punto de vista de la interpretación gramatical se busca apoyo en el inciso inicial del art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que indica que la determinación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado lo es «sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales». El art. 779, por tanto, utilizaría dos criterios de delimitación del marco del

procedimiento abreviado. Uno, positivo, indicando en atención a la penalidad las infracciones comprendidas en su ámbito de aplicación. Otro, negativo, ordenando la exclusión del nuevo cauce procesal de todas aquellas infracciones para las que el legislador haya previsto otro tipo de «proceso especial». Sin entrar ahora en la conceptualización doctrinal de lo que debe entenderse por proceso especial, lo cierto es que la Ley configura el procedimiento abreviado como tal al incluirlo en su Libro IV, por más que de hecho funcione como un procedimiento ordinario o común. El procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia contra particulares (Título IV del mismo Libro) está situado al mismo nivel como otro tipo de proceso especial. Uno y otro conjunto de normas suponen regulaciones paralelas que no pueden superponerse. El legislador, con la utilización de ese inciso -«sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales»- dejó fuera del ámbito del procedimiento abreviado los delitos que son objeto de una normativa procesal específica en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, y entre ellos, los delitos de injuria y calumnia contra particulares.

Desde esta posición exegética, esa idea quedaría refrendada por la Circular 1/1989 de esta Fiscalía General que, aún no abordando expresamente esta cuestión, al aludir para fijar el cauce procesal adecuado no sólo a la pena sino también a la naturaleza del delito, se estaría implícitamente refiriendo a los delitos para cuyo enjuiciamiento se ha previsto en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal unos trámites especiales (delitos de injuria y calumnia contra particulares y delitos cometidos a través de la imprenta).

La normativa especial constituida por los arts. 779 y 804 a 823 (no derogados) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sería de aplicación preferente (*Lex specialis derogat legi generali*) a la norma general de atribución de competencias del art. 14 de la Ley. Y, de otra parte, las continuas referencias al procesamiento que se leen en esos preceptos, vendrían a confirmar esa conclusión: la institución del procesamiento es ajena al procedimiento abreviado y sólo se conoce en el sumario, ya sea ordinario o especial.

b) El elemento sistemático conduciría a la misma conclusión. De una parte, porque en todo el bloque de preceptos que la Ley destina a regular el procedimiento abreviado no existe la más mínima referencia a los delitos privados o perseguibles a instancia de parte, lo que parece dar a entender que el legislador dio por supuesta la exclusión de esas infracciones del procedimiento abreviado. Así los arts. 781 o 785 bis, destinados a fijar el alcance de la intervención del Fiscal, no establecen matización alguna respecto a los delitos privados, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos de la Ley como el art. 306 o el art. 627. De igual forma en el art. 790, en contraposición con el art. 649, no se hace salvedad alguna en cuanto a la posibilidad de no intervención del Fiscal por tratarse de una infracción privada (arts. 104 y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No existe, además, ninguna referencia a la acusación privada: se habla únicamente del Ministerio Fiscal y la acusación particular (arts. 790.3 o 790.6). Y muchas previsiones evidencian que se está pensando exclusivamente en delitos en los que interviene el Fiscal (arts. 789.3 y 4), lo que no sucede en los delitos de injuria y calumnia no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

De otra parte, porque de estimarse que el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia ha de seguir los trámites del procedimiento abreviado, se despojaría de sentido a un gran bloque de las normas especiales contenidas en el Título IV del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, singularmente la celebración del juicio para decidir sobre el procesamiento en las ofensas verbales. Ese planteamiento no es compatible con la realidad de que esas normas no han sido derogadas y han sobrevivido a la reforma.

c) Desde una perspectiva histórica la fórmula «sin perjuicio de lo establecido para los demás procedimientos especiales», heredada de la legislación anterior, siempre se interpretó como una exclusión del ámbito de aplicación de los procedimientos de urgencia. Aunque es cierto que bajo la vigencia de la legislación derogada la conclusión era indiscutible pues al fijarse la competencia para el enjuiciamiento de los Juzgados de Instrucción (art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 1º de la Ley Orgánica 10/1980, hoy derogados) se sentaba la necesidad de que se tratase de delitos perseguibles de oficio. Y, al mismo tiempo, se mencionaba expresamente a los delitos cuya persecución exigía querrela para excluirlos del procedimiento de urgencia.

d) El criterio lógico o teleológico milita en favor del mantenimiento de todas las especialidades procesales para el enjuiciamiento de estos delitos, muchas de las cuales, si se optase por el procedimiento abreviado, pasarían a desempeñar un mero papel ornamental al tener sentido únicamente si se trata de un sumario.

e) Los trabajos prelegislativos que también son señalados doctrinalmente como uno de los elementos que pueden ser tomados en consideración para una acertada exégesis de las normas, proporcionan nuevos argumentos en esa línea pues parecen revelar que el legislador no quiso incluir en el ámbito del procedimiento abreviado los delitos perseguibles a instancia de parte. Reproduciendo lo establecido en la legislación anterior el Anteproyecto de Ley limitaba la competencia para el enjuiciamiento de los Juzgados de lo Penal a los delitos perseguibles de oficio. Atendiendo a las sugerencias efectuadas desde diversos sectores, la mención se suprimió, pues hubiese supuesto, absurdamente, que los delitos de daños por imprudencia pasasen a ser enjuiciados por la Audiencia, dada la mutación en delitos semipúblicos que iban a sufrir esas infracciones en la reforma del Código Penal que paralelamente se estaba gestando y que culminaría con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Aunque esa fue la finalidad de esa rectificación del Anteproyecto, como de rebote, de forma ni buscada, ni posiblemente deseada, se originó, mediante la vigente redacción del art. 14.3º la duda de la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia.

f) Por último podrían invocarse otros argumentos de conveniencia. El relativismo que rodea los delitos de injuria y calumnia hace extremadamente aconsejable, más que en otros delitos, que pueda crearse una doctrina uniforme a través del recurso de casación. Esta posibilidad de unificación se excluye si se opta por el procedimiento abreviado, pues quedarían marginadas de la casación estas infracciones. Se acentúa el valor de esta consideración si se tiene en cuenta que en estas causas normalmente no se debaten temas probatorios (con acceso pleno a la apelación, pero sólo muy limitado a la casación), sino temas de contenido netamente jurídico (ponderación de los derechos en conflicto), especialmente aptos para pronunciamientos en sede de casación.

En otro orden de cosas, han sido ya denunciadas desde muy diversos sectores algunas de las imperfecciones del procedimiento abreviado. Entre ellas destaca la ausencia de filtros suficientes para evitar la apertura de juicios orales innecesarios hasta el punto de que ya se ha hablado muchas veces de la necesidad de reformar aunque sea puntualmente ese aspecto. Las disfunciones que se generan en la práctica son bien conocidas. Elocuente es el incremento absolutamente llamativo de las ocasiones en que el Fiscal entra en el juicio oral con conclusiones absolutorias. En el procedimiento abreviado es más fácil a las acusaciones obtener la apertura del juicio oral lo que, cuando se trata de acusaciones distintas de la pública y, por tanto, no sujetas al principio de imparcialidad, puede resultar distorsionador. Pues bien, ese efecto perturbador, que se evitaría si se opta por el sumario especial con necesidad de procesamiento para la apertura del juicio oral, puede aparecer con frecuencia sí el enjuiciamiento de estas infracciones se lleva a cabo a través del procedimiento abreviado. Al existir siempre en estos procesos, por su propia naturaleza una acusación no pública, no es aventurado prever que siempre concurrirá una solicitud de apertura del juicio oral y que, en consecuencia, este sistema propiciará la celebración de juicios orales que acabarán con sentencia absolutoria y a los que no se hubiese llegado si, siguiéndose el procedimiento especial, se exigiese antes la imputación formal que representa el procesamiento y que se erige en garantía del imputado (*denegatio actionis*) para evitar la apertura de un juicio oral innecesario.

III

Frente a estos argumentos, los defensores de la tesis contraria construyen su edificio argumental tomando como pilar básico el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que al dibujar el nuevo reparto de competencias en el orden penal atribuye a los Juzgados de lo Penal «el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir, cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años ...». Dada la penalidad que el Código señala para los delitos contra el honor, éstos deberán ser siempre enjuiciados por el Juzgado de lo Penal, salvo algún

supuesto extremadamente excepcional (petición de prisión mayor o confinamiento para delitos continuados de calumnia o injuria, respectivamente, por hacerse uso de la facultad agravatoria que prevé el art. 69 bis del Código Penal). Y como el Juzgado de lo Penal sólo puede conocer de delitos a través del cauce del procedimiento abreviado, es claro que tales infracciones habrán de juzgarse a través de esa modalidad procesal.

La distribución de competencias realizada en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite más que excepciones expresas y nunca implícitas, tal y como reza el comienzo del precepto: «Fuera de los casos que expresa y limitativamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados ...».

No es aceptable sostener que las alusiones al sumario y al procesamiento que se contienen en los Títulos IV y V del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 810, 812, 816, 823) suponen una soterrada atribución de competencias a las Audiencias, pues carecen del carácter explícito que se precisa en el art. 14 de la Ley Procesal Penal. La permanencia en la Ley de esas expresiones no obedece más que a un conocido defecto de técnica legislativa con el que estamos acostumbrados a convivir: la falta de una labor de adecuación de la terminología de la Ley. En la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el sumario, con sus variantes, era el único modelo procesal para el enjuiciamiento de delitos, exigiéndose siempre el procesamiento. El legislador ha olvidado en las sucesivas reformas concordar los demás preceptos de la Ley. Pero esa omisión es susceptible de ser corregida por vía interpretativa, de la misma forma que han de reinterpretarse las alusiones al procesado que se contienen al regular la rebeldía (arts. 834 y siguientes) o la extradición (arts. 824 y siguientes) para hacer viables esas instituciones también en el procedimiento abreviado.

Además el inciso inicial del art. 779 -«sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales»-, admite otro entendimiento. Con tal locución no se quiere expresar la exclusión del ámbito del procedimiento abreviado de los delitos para los que existen otros procedimientos especiales, sino únicamente el necesario respeto a esas normas específicas previstas en otros títulos del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De conformidad con esa interpretación el art. 779 impondría la aplicación concurrente de las normas del procedimiento abreviado con las disposiciones particulares dictadas para los delitos de injuria y calumnia contra particulares y los delitos cometidos a través de la imprenta. Unas normas no excluyen a las otras.

Esta segunda tesis supondría el seguimiento del procedimiento abreviado, sin perjuicio de aplicar también las normas particulares de los arts. 804 a 815, con las debidas correcciones derivadas de su adaptación al nuevo modelo procesal, adaptación no llevada a cabo legislativamente.

IV

Junto a estas dos claras y contrapuestas alternativas no han faltado posiciones intermedias apuntadas por algunos comentaristas.

Así en un intento de conciliar los arts. 14 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha sugerido la posibilidad de tramitar un sumario especial, si bien con la peculiaridad de atribuirse su enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal. El sistema no es asumible. A base de querer armonizar ambos preceptos se engendran unas dificultades prácticas mucho mayores. El Juzgado de lo Penal solo tiene facultades de enjuiciamiento a través del procedimiento abreviado.

Otros, introduciendo en el debate la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, discriminan entre las injurias y calumnias comprendidas en su ámbito de aplicación (las perpetradas a través de los medios descritos en el art. 3.1 de la Ley) y aquellas que siguen conceptuándose como delitos estrictamente privados. Para las primeras sería aplicable el procedimiento abreviado. Las segundas habrían de enjuiciarse a través de un sumario especial. Es ésta precisamente una de las tesis apoyadas en la Fiscalía de la que procede la consulta. Como el art. 2.3 de la Ley se remitía al procedimiento de urgencia para el enjuiciamiento de tales infracciones -se argumenta- y el procedimiento de urgencia ha sido sustituido por el abreviado, la remisión debe entenderse hecha hoy a éste. Pero a esta postura cabe oponer también sólidas objeciones. El art. 2.3 de la citada Ley 62/1978 no se remitía en bloque al procedimiento de urgencia, sino

exclusivamente a aquél cuya competencia se atribuía a la Audiencia Provincial (el denominado sumario de urgencia), pues se refiere expresamente al capítulo 3.0 del título III del libro IV («Del procedimiento para delitos competencia de las Audiencias»). Hoy ese capítulo está destinado a la regulación del juicio oral en el procedimiento abreviado. Sólo una difícilmente admisible interpretación voluntarista puede llevar a entender que la remisión ha de entenderse hecha a partir de la Ley Orgánica 7/1988 a todo el Título. Además no sería lógico que precisamente las injurias y calumnias más graves penalmente se enjuiciasen por un tipo de procedimiento menos complejo y garantista (abreviado) que las injurias y calumnias realizadas sin publicidad. Tal Y como entendió ya la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado no es acogible una interpretación según la cual la remisión procedimental de la Ley 62/1978 pueda referirse hoy al procedimiento abreviado.

V

En la jurisprudencia hasta fechas muy recientes no se había planteado explícitamente esta cuestión, aunque la existencia de numerosas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en los últimos años sobre delitos de injuria y calumnia podía hacer pensar en el sostenimiento por parte de nuestro Tribunal de Casación de la competencia de las Audiencias para conocer de esas infracciones. De entender otra cosa, se hubiese cuestionado la competencia objetiva, incluso de oficio (art. 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A comienzos de este año, sin embargo, se dictó la primera sentencia de casación en que el tema se aborda derechamente. Se trata de la sentencia 79/1994, de 24 de enero, que se decanta por el procedimiento abreviado como *iter* procesal idóneo para conocer de estas infracciones y, por consiguiente, atribuye la competencia a los Juzgados de lo Penal. La sentencia resalta la importancia de fijar con claridad la competencia dada la vinculación de esa materia con el derecho constitucional al Juez Ordinario predeterminado por la Ley y entiende que la clara dicción del art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede verse alterada por matizaciones implícitas extraídas de los términos («sumario», «procesamiento») que usan los arts. 804 y siguientes de la Ley y en las que no cabe ver más que consecuencias de una reforma legal no llevada a cabo con el necesario rigor en la tarea de concordancias. La atribución de la competencia al Juzgado de lo Penal, de otra parte, aún excluyendo la casación, refuerza el principio de la doble instancia que demandan las modernas exigencias procesales.

Según la doctrina establecida en la citada sentencia, el art. 779 ha de interpretarse en el sentido de compatibilizar las normas del procedimiento abreviado con las específicas del procedimiento especial por delitos de injuria y calumnia contra particulares. Estas no constituyen por sí propiamente un proceso completo y autónomo, sino unas meras peculiaridades procesales respecto del procedimiento ordinario. Ese carácter de ordinario, por más que sea otra la dicción legal, es predicable del procedimiento abreviado pues a través suyo se enjuician el mayor número de causas penales. Por fin, la simplicidad y brevedad de ese procedimiento y la potenciación del principio acusatorio que preside el mismo son otros argumentos de conveniencia que refuerzan esa estimación.

Unos meses más tarde y después de un amplio debate en el seno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, la sentencia 970/94, de 3 de mayo, vino a confirmar ese criterio reproduciendo en gran medida los mismos argumentos y dando prevalencia a las conclusiones a que se desemboca desde el examen del art. 14.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún reconociendo la dificultad de la solución y la fuerza de los argumentos esgrimidos en favor de una u otra postura.

Finalmente, y ya con una mera remisión a los pronunciamientos anteriores, la sentencia 1467/1994, de 16 de julio otorga nuevo refrendo al criterio por el que se ha decidido la jurisprudencia.

VI

Según se puede descubrir al hilo de la anterior exposición en el fondo de la cuestión planteada late una cierta antinomia entre los arts. 14 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sólo puede salvarse por vía interpretativa forzando uno de los dos preceptos. Según se dé prevalencia a uno u otro, se llegará a una u otra solución legal. Ahí radica la solidez de los

razonamientos que sirven de basamento a las distintas posturas: las dos tienen apoyo legal, pero al mismo tiempo ninguna es plenamente convincente.

En trance de optar por una de las posibles soluciones, la existencia en la actualidad de una bien definida orientación jurisprudencial se erige en el argumento definitivo para inclinarse por la solución asumida por el Tribunal de Casación, en aras de la seguridad jurídica y la deseable uniformidad en materia que, desbordando el campo de lo puramente rituario, afecta a temas de tanto fuste como la competencia objetiva o el sistema de recursos en esas causas.

Resulta aquí pertinente la cita de las consideraciones que sobre el valor de la jurisprudencia se contienen en la sentencia 788/94, de 6, de septiembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

«La jurisprudencia, aunque (obvio es decirlo) no es fuente del Derecho, si constituye un modo interpretativo esencial de las normas y de los conceptos que en ellas se contienen, sirviendo de guía principal a los que adecuadamente pretendan aplicarlas, y, por tanto, sirviendo también para establecer o, al menos, reforzar el principio de seguridad jurídica. Puede, eso si, merecer una crítica de carácter genérico y doctrinal, pues ello conduce a un indudable enriquecimiento de la labor hermenéutica de futuro, pero lo que no cabe, por inadmisibles, es conculcar esa jurisprudencia de modo frontal en cada caso concreto, pues de así aceptarse se provocaría, a través de un interés particularizado, una verdadera incoherencia interpretativa y un daño irreparable a ese principio general de la seguridad jurídica».

Por tanto, los Fiscales, en aquellas causas por delitos de injurias y calumnias en que está prevista su intervención (Consulta 2/1978 y Circular 2/79 de la Fiscalía General del Estado), solicitarán que se tramiten por los cauces del procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal, instando en su caso la correspondiente transformación del procedimiento (art. 780.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o promoviendo las cuestiones de competencia que procedan (art. 782). Igual posición deberán mantener en aquellas causas por delitos de injuria y calumnia no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978 en las que, aún no interviniendo con carácter general, ha de recabarse su dictamen para las cuestiones de competencia que se promuevan (art. 3.8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Lógicamente, aunque el tema se ha planteado respecto del procedimiento especial por delitos de injuria y calumnia contra particulares, los razonamientos y la solución son plenamente trasvasables al procedimiento especial por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación aunque no se trate de infracciones contra el honor. En tales causas también se determinará el procedimiento y la competencia objetiva con arreglo a las reglas generales de los arts. 14 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atendiendo exclusivamente al criterio de la penalidad.

VII

La tesis favorable al procedimiento abreviado genera ciertos problemas dignos de ser abordados.

Algunos con visos de permanencia y derivados de la necesidad de armonizar la normativa del procedimiento abreviado con las especialidades de los procesos por delitos de injuria o calumnia. Enseguida se hablará de ellos.

Otros, de tipo puramente coyuntural, dimanar de la divergencia que sobre esta materia se venía observando en los distintos territorios lo que provoca que puedan estar en tramitación sumarios por delitos de injuria y calumnia a los que hay que dar una respuesta ante la orientación marcada por la jurisprudencia.

Si en el procedimiento seguido como sumario especial no ha recaído todavía sentencia, el Fiscal, al amparo del art. 780.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá instar la transformación del procedimiento para que se adecue su tramitación a las normas del procedimiento abreviado, respetando el principio de conservación de los actos procesales consagrado expresamente en el citado precepto. Ello significa que, de haberse decretado el procesamiento, se solicitará que se deje sin efecto excepto en los particulares relativos a las medidas cautelares que habrán de mantenerse por economía procesal. Si el procedimiento

está tan sólo pendiente de juicio habrá que instar la inhibición en favor del correspondiente Juzgado de lo Penal, manteniéndose igualmente la validez de los escritos de conclusiones que se hayan evacuado, así como del auto de apertura del juicio oral.

Más problemática es la cuestión de aquellos procesos en los que ya ha recaído sentencia dictada por la Audiencia Provincial. El examen de la normativa procesal (arts. 19, 666, 676, y 849 a 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) evidencia que la cuestión de competencia que encierra el tema discutido, no podrá en principio plantearse en casación al haberse traspasado el momento procesal apto para suscitarse. No obstante el examen de los arts. 5.4º y 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 de la Constitución) podrían desvirtuar esa inicial conclusión. Se estaría ante un tema de competencia objetiva que, en principio, sería apreciable de oficio, incluso en casación, al estar consagrado como el primer motivo típico de nulidad de los enumerados en el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pese a ello, junto a obvias razones de orden práctico, existen otros argumentos para sostener la validez, en cuanto a este punto, de la sentencia por delitos de injuria o calumnia que haya sido dictada por la Audiencia Provincial por entender, al haberse dictado antes de la nueva jurisprudencia, que la competencia venía atribuida en primera instancia a tal órgano jurisdiccional. El art. 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial no consagra la nulidad en cualquier caso de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; sino sólo cuando esa ausencia de competencia sea manifiesta, es decir, aparezca como evidente, sin que ofrezca discusión alguna. Y no es éste el caso en que, como se ha visto y como reconoce en alguna de las sentencias citadas el propio Tribunal Supremo (sentencia 970/1994, de 3 de mayo), la cuestión de la atribución de la competencia es más que dudosa y la Ley deja margen suficiente para entender defendibles ambas posturas.

VIII

Como antes se anunciaba, la aplicación de las normas del procedimiento abreviado origina algunas cuestiones puntuales de acoplamiento que se analizan seguidamente:

a) En los delitos de injuria y calumnia cuyos requisitos de perseguibilidad están aligerados al bastar la simple denuncia en lugar de la querrela y el previo acto de conciliación (art., 4 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre) no existe ningún obstáculo legal para que la denuncia se formule ante el Ministerio Fiscal (arts. 259, 262, 264 y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, en ese tipo de infracciones, dado su carácter predominantemente privado, sus cortos plazos de prescripción y la imposición de una tramitación abreviadísima en los arts. 804 y siguientes de la Ley, el Fiscal habrá de limitarse a dar traslado de la denuncia a la Autoridad Judicial correspondiente. No parece que la apertura de diligencias de investigación al amparo de lo establecido en el art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se compagine bien con las peculiaridades que se acaban de enunciar.

b) Las referencias que se contienen en diversos preceptos de la normativa especial a la terminación del sumario (arts. 807, 810.2º y 812 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) habrán de ser entendidas como finalización de la fase de investigación propia del procedimiento abreviado a través de alguna de las resoluciones que prevé el art. 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) El juicio verbal, como forma de concentración de la fase de instrucción, previsto para las ofensas orales en los arts. 808 y concordantes mantiene su vigencia, aunque en el seno de las diligencias previas. Su finalidad no será ya, como en la concepción originaria de la Ley, la de proporcionar al Instructor los elementos necesarios para decidir sobre la procedencia o no del procesamiento; sino la de determinar cuál de las resoluciones previstas en el art. 789.5 (archivo o traslado para acusación, en los supuestos más habituales) debe adoptar. La doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, sentencia 186/90, de 15 de noviembre) ubicando en el auto de prosecución del procedimiento abreviado (art. 789.5.4ª) algunas de las funciones características del procesamiento en el procedimiento ordinario, abona ese entendimiento.

d) En lo que respecta a la necesidad de seguir ese juicio verbal en fase de instrucción es conveniente realizar algunas precisiones. El procedimiento especial por delitos de injuria o

calumnia contra particulares se bifurca en dos modalidades según las ofensas se hayan inferido por escrito o verbalmente. La distinción legal entre injurias o calumnias escritas o verbales a efectos de seguir uno u otro trámite ha de ser objeto de una reinterpretación teleológica que adecue la terminología legal a las nuevas realidades. La razón de esa distinción procedimental radica en la distinta forma de acreditamiento de uno y otro tipo de ofensas. En las emitidas oralmente no puede existir mas prueba que la confesión del autor o la testifical. En las inferidas por escrito existe un soporte documental que justifica la simplificación de la fase de instrucción que propugna el art. 807 de la Ley. En la medida en que algunas injurias y calumnias, aún siendo propiamente verbales, hayan tenido un inmediato reflejo documental acreditativo de su contenido, carecerá de sentido el procedimiento previsto para las injurias verbales (vista oral en el marco de la instrucción) y procederá la aplicación del art. 807. Así sucede particularmente con las ofensas realizadas a través de emisiones radiofónicas o televisivas que han quedado grabadas y, por tanto, recogidas en un soporte de carácter documental (sentencia del Tribunal Constitucional 128/88, de 27 de junio); con las ofensas verbales inmediata y fielmente transcritas (v.gr., entrevistas periodísticas publicadas o injurias o calumnias proferidas en una actuación judicial y, por tanto, reflejadas en la correspondiente acta bajo la fe del Secretario Judicial).

e) Por fin, para paliar algunos de los inconvenientes antes apuntados y derivados del seguimiento de los trámites del procedimiento abreviado, los Fiscales deberán utilizar todos los medios legales posibles para evitar la apertura de juicios orales que consideren innecesarios por aparecer claro desde el principio que los hechos carecen de relevancia penal al tener que darse preferencia en el caso concreto a las libertades de expresión o información, de acuerdo con la abundante jurisprudencia constitucional existente al respecto. No puede olvidarse que el Fiscal, por imperativo del art. 124 de la Constitución ha de ser un valedor de todos los derechos fundamentales y entre ellos, de los consagrados en el art. 20 de la Constitución que desempeñan un papel tan relevante en un Estado de Derecho. A tal fin cuando finalizada la fase de investigación el Instructor acuerde el seguimiento de los trámites de los arts. 790 y siguientes y el Fiscal considere que la resolución adecuada era, sin embargo, el archivo por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 789.5.1ª), no se limitará a solicitar el sobreseimiento libre de las actuaciones, pues en tal caso, de abrirse el juicio oral a instancia de la acusación privada, no podrá luego abortar el proceso al ser irrecurrible el auto de apertura el juicio oral (art. 790.7). El Fiscal valorará en ese momento la conveniencia de interponer los correspondientes recursos (reforma y queja: sentencia del Tribunal Constitucional 186/90, de 15 de noviembre) contra el auto ordenando la prosecución del procedimiento abreviado, interesando razonadamente que esa resolución sea sustituida por el auto de archivo por no ser los hechos constitutivos de delito que contempla la regla 1ª del art. 789.5 de la Ley.

Conclusiones

1.º De acuerdo con la jurisprudencia, el cauce procesal idóneo para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia es el procedimiento abreviado, cuyas normas habrán de combinarse con las específicas del Título IV del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sentencias 79/94, de 24 de enero, 970/94, de 3 de mayo y 1467/94, de 16 de julio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo). La competencia para el enjuiciamiento ha de determinarse conforme a la penalidad de tales delitos, lo que supondrá normalmente atribuir ésta a los Juzgados de lo Penal, con posibilidad de apelación ante la Audiencia Provincial.

2.º En los delitos cometidos a través de la imprenta u otro medio mecánico de publicación han de aplicarse iguales criterios: fijación del procedimiento y de la competencia objetiva con arreglo a las normas generales (penalidad señalada a la infracción).

3.º El procedimiento previsto en los arts. 808 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para las injurias o calumnias verbales, ha de considerarse vigente: el juicio verbal contemplado en tales preceptos habrá de celebrarse en su caso en el seno de las diligencias previas para decidir después sobre la resolución del art. 789.5 que resulte procedente. Tal procedimiento especial sólo será aplicable a aquellos supuestos en que el contenido de las injurias o calumnias no haya quedado inmediata y fielmente plasmado en un soporte documental, aunque éste no sea escrito.

4.º Cuando el Fiscal entienda que los hechos objeto de denuncia o querrela no son constitutivos de los delitos de injuria o calumnia por considerar, tras la necesaria ponderación, que han de prevalecer los derechos a la libertad de expresión e información, valorará la procedencia de interponer los recursos procedentes contra el auto que en su caso adopte el Juez ordenando la prosecución del procedimiento dando traslado para evacuar el escrito de acusación (art. 789.5.4ª y 790.1).

5.º En los sumarios en trámite por delitos de injuria y calumnia, los Fiscales solicitarán la conversión del procedimiento en abreviado (art. 780.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con declaración de validez de todo lo actuado que sea compatible y sin retroceder en la tramitación. Sin embargo, si la sentencia ya dictada por la Audiencia Provincial está pendiente de casación, no se considerará motivo de nulidad la circunstancia de que el enjuiciamiento en primera instancia no se haya atribuido al Juzgado de lo Penal.