

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL Y SU TRATAMIENTO PROCESAL *

José Manuel Chozas Alonso

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL. CONCEPTO Y CLASES.- III. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PENALES. 3.1. Generalidades. Inexistencia de sentencias absolutorias de la instancia en el proceso penal; 3.2. Tratamiento procesal de los presupuestos procesales durante la fase de instrucción; 3.3. Tratamiento procesal de los presupuestos procesales durante el juicio oral.

I. INTRODUCCIÓN

Afortunadamente, cada vez se va haciendo más difícil considerar al Derecho procesal penal como la Cenicienta del Derecho procesal¹. De todos es conocido el tremendo avance cuantitativo y, lo que es más importante, cualitativo que se ha producido en la ciencia procesalpenalista, tanto patria como extranjera, desde que el maestro Carnelutti retratara la paupérrima situación del estudio del proceso penal respecto al civil en los años cuarenta.

Sin embargo, si descendemos al estudio de las instituciones que conforman el Derecho procesal penal, todavía nos encontramos con importantes grietas o lagunas que sólo pueden ser paliadas volviendo la vista hacia la doctrina hermana del proceso civil, que, por las insoslayables diferencias entre ambos procesos, en muchas ocasiones resulta insuficiente. Este es el caso, a nuestro juicio, de los presupuestos procesales en el ámbito penal. En efecto, desde que otro maestro, Von Bülow, acuñara el término de «presupuesto procesal» dando a la imprenta su más importante obra científica², y, sobre todo, desde que la excelsa figura de Giuseppe Chiovenda nos ofreciera en sus *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* la moderna formulación y correspondiente estructuración de los presupuestos procesales³, los autores procesalistas posteriores

* Este trabajo constituye, con ligeras modificaciones, una parte del segundo ejercicio del autor en el concurso-oposición a la plaza de profesor Titular de Universidad, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña (enero de 1997).

¹ CARNELUTTI, F., «La Cenicienta», en *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, E.J.E.A., 1961, pg. 13 y ss.

² VON BÜLOW, O., *Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen*, Giesen, 1868. Nosotros hemos manejado la traducción de La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos procesales, realizada por Rosas Lichtschein, M.A., Buenos Aires, E.J.E.A., 1964.

³ CHIOVENDA, G., *Instituciones de derecho procesal civil*, (trad. de E. Gómez Orbaneja), Vol. I, Madrid, 1936, pg. 71 y ss.

poco o nada han innovado en este campo, y siempre en la órbita del Derecho procesal civil. Nadie, que sepamos, ha estudiado por extenso los presupuestos del proceso penal separadamente de sus homónimos del proceso civil, cuando, creemos, existen importantes diferencias entre unos y otros, sobre todo en cuanto a su tratamiento procesal.

En efecto, no se puede aplicar el mismo esquema procesal en uno y otro proceso por varias razones. Por una parte, porque el principio de oficialidad, que impregna todo proceso penal, exige la apreciación de oficio de la falta de todos los presupuestos procesales y en cualquier momento del juicio, cosa que no sucede siempre en el proceso civil; por otra, porque no existen, técnicamente, sentencias absolutorias de la instancia en el proceso penal (arts. 742 y 144 LECR); y, además, porque debido a su distinta naturaleza, hay presupuestos específicos del proceso civil desconocidos en el proceso penal: la falta de reclamación previa administrativa, defecto legal en el modo de proponer la demanda, el pacto de someter la controversia a arbitraje, etc, y viceversa, defecto en la proposición de la querrela, falta de denuncia, ausencia de suplicatorio, etc.

No es éste el lugar más adecuado para abordar in extenso toda la problemática que plantean los presupuestos procesales en el proceso penal, pero sí para ofrecer unas pinceladas acerca de su delimitación y de su tratamiento procesal a la luz de nuestra legislación al respecto.

II. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL. CONCEPTO Y CLASES

Concepto de presupuestos procesales

La íntima relación que existe entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal –*nulla poena sine previa lege penale*, pero además, como exige el artº 1 L.E.Cr., *nulla poena sine legale proceso previo*– dificulta la separación entre los presupuestos y/u óbices de procedibilidad, de una parte, y las denominadas condiciones de punibilidad, de otra.

En el proceso civil es relativamente sencillo para la doctrina distinguir entre los requisitos o presupuestos procesales, que condicionan el derecho al proceso, y los requisitos o presupuestos cuya ausencia provocan una absolución definitiva del demandado⁴. En efecto, de un lado, se suele hablar de presupuestos procesales, que son aquellas circunstancias que deben concurrir en un proceso para que el órgano jurisdiccional pueda dictar una sentencia sobre el fondo (jurisdicción y competencia del Juez o Tribunal, capacidad de las partes, representación, postulación, etc.), y de óbices de procedibilidad u óbices procesales, que son obstáculos que impiden la sentencia sobre el fondo (cosa juzgada, litispendencia, la falta de previa de reclamación administrativa, etc.). Presupuestos y óbices constituyen, pues, los requisitos del derecho al proceso civil –tantas veces mal llamados cuestiones de forma⁵–, de tal manera que caso de no concurrir alguno de los primeros o de existir alguno de los segundos, el órgano jurisdiccional debe dejar imprejuzgada la acción dictando una sentencia absolutoria de la instancia (que no entra en el fondo del asunto). Pero, por otro

⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., (con DE LA OLIVA, A.), *Derecho procesal civil*, Vol. II, 1995, pg. 49 y ss.

⁵ DE LA OLIVA, A. (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.), *Derecho procesal civil*, Vol. I, 1995, pg. 503.

lado, se encuentran los llamados requisitos o presupuestos materiales de la acción (legitimación⁶, accionabilidad e interés) cuya ausencia provoca una absolución definitiva en cuanto al fondo.

Sin embargo, en el proceso penal, tal y como hemos aseverado al principio, la íntima relación existente entre pena y proceso, unido a que en éste no se ventilan «acciones»⁷ en el sentido civil, puesto que el *ius puniendi* corresponde en exclusiva al Estado, no existe una nítida distinción entre condiciones objetivas de punibilidad (requisitos de fondo) y presupuestos o condiciones de procedibilidad (requisitos de forma)⁸. El artículo 666 L.E.Cr., que regula los llamados «artículos de previo pronunciamiento», puede servir de muestra para corroborarlo. En él se establece que, una vez abierto el término de calificación en el proceso ordinario por delitos graves, las partes podrán proponer (dentro de los tres primeros días de los cinco concedidos para calificar los hechos) alguna o algunas de las cuestiones o «excepciones» siguientes: declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto y falta de autorización para proceder. Pero, ¿todas estas «excepciones» sirven para denunciar la falta de condiciones de procedibilidad o, por el contrario, lo son de punibilidad?; ¿o quizás unas sean de forma y otras de fondo?; o, por último, ¿tienen un carácter mixto procesal-material? Para responder a estas cuestiones es preciso delimitar a qué llamamos presupuestos procesales penales (condiciones de procedibilidad) y a qué condiciones de punibilidad.

Debido a que en el proceso civil y penal imperan diferentes principios, dispositivo y oficialidad respectivamente, por mor de la distinta entidad de los intereses en juego en cada uno de ellos –estrictamente privado en un caso y eminentemente público en el otro⁹– no es muy recomendable para el estudioso del proceso la utilización y transposición, sin más, al proceso penal de conceptos e instituciones acuñados en el seno del proceso civil¹⁰. De todos es conocido que instituciones básicas del proceso civil como la acción, las partes, la cosa juzgada, la prueba, la congruencia de la sentencia, etc., sólo pueden ser «trasladadas» al proceso penal con muchísimas matizaciones, sin que en ningún caso puedan ofrecerse criterios unificadores de carácter general y válidos para los dos procesos. No obstante, en lo concerniente a los presupuestos procesales (igual que sucede en los ejemplos anteriores), es necesario partir del concepto ofrecido por la teoría general de los presupuestos procesales –acuñada, lógicamente, en sede civilprocesalista– para después acudir con él al proceso penal a fin de deslindar lo que sea requisito de procedibilidad de presupuesto de punibilidad.

Es comúnmente admitido que la teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar von Bülow¹¹. Para este autor, y para aquellos que enseguida se unieron a su opinión de que el proceso (civil) debía entenderse como una relación jurídica,

⁶ Aunque algunos autores, como el profesor MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil: intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, 1994, consideran que la legitimación no es un presupuesto material de la acción.

⁷ Acciones ni en sentido concreto (DE LA OLIVA), al que seguimos, ni en sentido abstracto.

⁸ MUÑOZ ROJAS, T, «Las “cuestiones previas” en el proceso penal», *R.D.Pr.* (1ª Época. Continuación), 1964, enero-junio, pg. 96.

⁹ Si en un proceso como el civil se ventila un interés privado renunciabile por las partes, es lógico que éstas desempeñen un papel protagonista y activo en el proceso y puedan disponer del mencionado interés. Por el contrario, si, como sucede en el proceso penal, no se ventila únicamente un conflicto entre particulares, sino un ataque a un bien jurídico general que afecta a la sociedad en su conjunto –interés público–, debe regir el principio de oficialidad con todas las manifestaciones inherentes al mismo: el inicio del proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia dependen fundamentalmente del órgano que administra justicia.

¹⁰ MUÑOZ ROJAS, T, *Op. y loc. cit.*

¹¹ *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos...* cit.

como Josef Kohler y Konrad Helwig¹², los presupuestos procesales constituían los «requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal»¹³, de tal forma que cualquier defecto respecto a dichos requisitos impediría el surgimiento del proceso. Para Von Bülow, que era un estudioso del proceso formulario romano, los presupuestos procesales eran aquellos que debían examinarse en la fase *in iure* ante el Pretor (trámite preparatorio anterior al trámite de fondo ante el *iudex* –*apud iudicem*–), «que estaba destinada exclusivamente a la determinación de la relación procesal, *ad constituendum iudicium*»¹⁴: competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; capacidad procesal de las partes (persona legítima *standi in iudicio*) y la legitimación de su representante, etc.¹⁵. Trasladando este esquema al proceso moderno, el maestro alemán mantenía que el órgano jurisdiccional no sólo debía decidir sobre la existencia de la pretensión jurídica deducida en el pleito, sino que, precisamente para poder hacerlo, debía constatar previamente si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo¹⁶.

Sin embargo, esta teoría de los presupuestos procesales como presupuestos de la relación jurídica fue muy pronto puesta en tela de juicio. Muchos autores, encabezados por Goldschmidt¹⁷, consideraron –con acierto– que los presupuestos no pueden serlo del proceso mismo. Siempre «hay proceso» con independencia de que concurren o dejen de concurrir todos los presupuestos procesales. El mismo Bülow reconocía que los presupuestos eran objeto de examen y resolución dentro de la relación jurídica (del proceso); pero, ¿cómo podían examinarse dentro del proceso si, según él, el proceso no había surgido? De ahí que pronto se impusiera la idea de que los presupuestos no lo son del proceso en sí mismo sino de la sentencia sobre el fondo del asunto; es decir, que la ausencia de presupuestos condiciona únicamente la sentencia sobre el fondo.

Esta es la idea que impera hoy sobre el papel que desempeñan los presupuestos procesales. Y siguiendo a Chiovenda, a quien suele atribuirse la formulación definitiva del concepto de presupuestos procesales¹⁸, podemos definirlos como «las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda. Para que se pueda tener una sentencia sobre la demanda (*rectius*: sobre el fondo del asunto), sea en un sentido o en otro, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción; es necesario que ese órgano sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla; es necesario que las partes tengan capacidad para ser parte y la capacidad procesal, etc.»¹⁹. No deben confundirse, pues, estos presupuestos con los de la acción. Mientras que los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustantiva que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son condiciones atinentes a que se pueda resolver sobre el fondo, acogiendo o rechazando la demanda. La consecuencia de todo ello es que la ausencia de alguno de los requisitos de la acción –por ser una cuestión de fondo– provoca la absolución definitiva del demandado; por el contrario, si falta un presupuesto

¹² Sobre la evolución histórica de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso civil, vid. DE LA OLIVA, A. (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.), *Derecho procesal civil* cit., pg. 321 y ss.

¹³ VON BÜLOW, O, *Op. Cit.*, pg. 5.

¹⁴ VON BÜLOW, O, *Op. Cit.*, pg. 7.

¹⁵ VON BÜLOW, O, *Op. Cit.*, pg. 5.

¹⁶ «Además del supuesto de hecho de la relación jurídica privada litigiosa (de la *res in iudicium* deducta) –afirma VON BÜLOW, *Op. y loc. ult. cit.* –, tiene que comprobar si se da el supuesto de hecho de la relación jurídica procesal».

¹⁷ GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage* (El proceso como relación jurídica), 1925.

¹⁸ MOJICA N., G.A., *Presupuestos procesales*, Bogotá, 1956, pg. 93.

¹⁹ CHIOVENDA, G., *Instituciones de derecho procesal civil*, (trad. de E. Gómez Orbaneja), Vol. I, Madrid, 1936, pg. 71.

procesal, la sentencia que ha de pronunciar el órgano jurisdiccional no es, strictu sensu, ni favorable ni desfavorable para ninguna de las partes, sino que deja imprejuizada la acción. A estas sentencias se las denomina absolutorias de la instancia y su virtualidad consiste en que el actor puede interponer de nuevo la misma demanda una vez subsanado el defecto procesal.

Si trasladamos este esquema al proceso penal, podemos distinguir entre condiciones de procedibilidad y condiciones de punibilidad. Las primeras vendrían a ser los presupuestos procesales, es decir, los presupuestos sin cuya concurrencia no se podría dictar una sentencia de fondo ya sea absolutoria ya de condena, mientras que las segundas condicionan, no que se entre en el fondo del asunto, sino la imposición de la pena. Sin embargo, el tratamiento de la ausencia de las condiciones de procedibilidad se complica considerablemente en el proceso penal al impedir la propia L.E.Cr. que puedan dictarse, a diferencia del proceso civil, sentencias absolutorias de la instancia (arts. 144 y 742); esto es, las sentencias tienen que ser siempre de fondo, debiendo absolver o condenar.

A estudiar el tratamiento procesal de los presupuestos procesales se quiere dedicar fundamentalmente este trabajo, pero para ello, una vez establecido el concepto, es necesario contar con una clasificación de los distintos presupuestos procesales en el proceso penal.

Clases de presupuestos procesales. Distinción entre requisitos de procedibilidad y de punibilidad

Al igual que sucede en la L.E.C., en la L.E.Cr no existe una regulación sistemática de los presupuestos procesales. Nuevamente, pues, hemos de tomar como punto de partida la clasificación que de los presupuestos procesales civiles ha elaborado la doctrina.

Siguiendo al profesor Fernández López²⁰, podemos distinguir entre presupuestos procesales propiamente dichos, esto es, las circunstancias que deben concurrir para que pueda dictarse sentencia sobre el fondo, y óbices procesales, cuya presencia también impide la sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Vienen a ser dos caras de la misma moneda: unos –los presupuestos en sentido estricto– deben estar; por el contrario, otros –los óbices– deben no estar para que pueda entrarse en el fondo. Al conjunto de presupuestos y obstáculos que condicionan el derecho al proceso los denomina requisitos procesales, en contraposición a los requisitos de la acción.

Los presupuestos procesales en sentido estricto, suelen dividirse en dos grandes grupos: a) los relativos al órgano jurisdiccional, y b) los relativos a las partes. Los primeros, que pueden englobarse bajo la rúbrica genérica de «Jurisdicción», hacen referencia a la competencia internacional de los Tribunales españoles, jurisdicción por razón del objeto, competencia objetiva, competencia territorial y competencia funcional. Los segundos, que pueden englobarse bajo la rúbrica «Personalidad», se refieren a la capacidad para ser parte, capacidad procesal, postulación, representación, y, cuando proceda, acreditamiento de la sucesión en la relación jurídica material deducida en juicio.

Pero, como afirma el profesor Fernández López²¹, si bien la presencia de todos los presupuestos procesales constituye un requisito necesario, no es suficiente para que

²⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., (con DE LA OLIVA, A.), *Derecho procesal civil*, Vol. II, 1995, pg. 49 y ss.

²¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., (con DE LA OLIVA, A.), *Op. Cit.*, pg. 51.

pueda el Juez dictar sentencia sobre el fondo. Para ello es preciso, además, que no exista ningún óbice u obstáculo procesal. Y son óbices procesales generalmente admitidos: la litispendencia, la cosa juzgada, la falta de previa reclamación administrativa, el defecto legal en el modo de proponer la demanda, el pacto de someter la controversia a arbitraje, etc.

Pues bien, la falta de alguno de los presupuestos procesales o la presencia de algún óbice, bien sea apreciada de oficio por el Juez, bien porque ha sido puesta de manifiesto por las partes²², según los casos, provocará una sentencia absolutoria de la instancia, dejando imprejuzgada la acción. La cuestión litigiosa puede ser conocida de nuevo por el mismo o por otro órgano jurisdiccional.

En el proceso penal, lo mismo que en el civil, los presupuestos procesales también constituyen las condiciones mínimas que han de darse para que pueda dictarse una sentencia condenatoria o absolutoria –de fondo– para el encausado. Sin embargo, en el ámbito penal, a diferencia del civil, no existe una mínima unanimidad en la doctrina a la hora de ofrecer un catálogo de estos presupuestos²³. Ante este negro panorama, agravado por la deficiente regulación de esta materia, proponemos una clasificación que, partiendo del esquema clásico del proceso civil antes apuntado, y teniendo en cuenta el importante dato de que el proceso penal por delitos se divide en dos fases fundamentales –sumario y plenario–, distingue entre presupuestos procesales propiamente dichos y óbices procesales .

²² Tradicionalmente se decía que la diferencia entre los presupuestos y los óbices procesales radicaba en que el Juez podía apreciar de oficio la existencia de los primeros, mientras que correspondía al demandado denunciar, mediante excepción, la presencia de los segundos. Esta distinción hoy en día no se tiene en pie, por cuanto el Juez puede apreciar de oficio tanto la falta de presupuestos procesales (no de todos) como de óbices, mientras que corresponde al demandado la denuncia de la falta de varios presupuestos procesales.

²³ Vid. VIADA, C., «Artículos de previo pronunciamiento», en N.E.J. SEIX, pg. 24. Otra clasificación de los presupuestos procesales la podemos encontrar en GÓMEZ COLOMER, J.L. (con MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y MONTÓN REDONDO), *Derecho jurisdiccional*, Tomo III, Barcelona, Bosch, 1991, pg. 273, donde llama poderosamente la atención la inclusión como presupuestos del proceso de «aquellos derechos fundamentales cuya vulneración afecte a la validez del proceso». Creemos que sólo una interpretación muy extensiva del concepto de presupuesto procesal abonaría que el respeto de los derechos fundamentales durante el desarrollo del proceso (fundamentalmente los recogidos en los arts. 14 y 24 CE) constituya un verdadero presupuesto. La vulneración de estos derechos por el propio órgano jurisdiccional podrá provocar la nulidad de parte (o de la totalidad) de las actuaciones, dicho vicio, a nuestro juicio, no puede equipararse ni por su naturaleza, ni por sus efectos, con la falta de un presupuesto procesal. Para GÓMEZ COLOMER, los presupuestos procesales pueden clasificarse de la siguiente manera:

«1º) Relativos al órgano jurisdiccional: La jurisdicción, la competencia genérica y los criterios de atribución de la competencia objetiva, funcional y territorial.

2º) Relativos a las partes: Capacidad (para ser parte y procesal), legitimación y postulación en los supuestos obligatorios, además de aquellos derechos fundamentales cuya vulneración afecte a la validez del proceso: Acceso a la justicia (artº 24.1 CE), igualdad (artº 14 CE) y contradicción o defensa (artº 24 CE).

3º) Relativos al procedimiento: Su adecuación.

4º) Relativos a los actos de iniciación: Querrela o denuncia del ofendido en los procesos privados o semipúblicos; antejuicio para exigir responsabilidad criminal a miembros del *Poder Judicial* (nota del autor: la necesidad del antejuicio para proceder contra estas personas ha sido eliminada tras la promulgación de la LOTJ, pero estaba vigente en el momento en que se publicó esta clasificación); excitación especial del Gobierno...; acto de conciliación previo a la persecución de los delitos privados; licencia del tribunal por injurias o calumnias causadas en el juicio y la autorización administrativa para procesar.

5º) Relativos a los efectos del proceso: La cosa juzgada y, por extensión, la litispendencia.

6º) De carácter mixto, procesal y material, que excluyen la punibilidad: Prescripción del delito, amnistía o indulto».

Curiosamente, esta enumeración de los presupuestos procesales ha desaparecido en la última edición del manual referido (1996).

A) Los primeros –requisitos de procedibilidad–, podemos dividirlos en tres grandes apartados: a) presupuestos o requisitos relativos al órgano jurisdiccional; b) presupuestos o requisitos relativos a las partes; y c) otros requisitos procesales:

a) presupuestos o requisitos relativos al órgano jurisdiccional, donde, a su vez, podemos distinguir entre los requisitos relativos a la competencia y/o jurisdicción del Juez o Tribunal (competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia, competencia objetiva, competencia territorial y competencia funcional) y los relativos a la legítima constitución del tribunal (reparto y abstención y/o recusación de Jueces y Magistrados).

b) presupuestos o requisitos relativos a las partes (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en juicio y, en causa por delito, representación a través de Procurador y asistencia de Abogado).

c) otros requisitos procesales, donde podríamos hacer referencia, a riesgo de preterir alguno, a los siguientes subdivididos en dos grupos: c') presupuestos exigibles, al igual que todos los anteriores, desde el comienzo del proceso: participación del Ministerio Fiscal, si se trata de un delito público o semipúblico²⁴; correcta utilización del tipo procedimental preestablecido en la ley para el delito perseguido²⁵; regular interposición de denuncia o querrela; interposición de la oportuna denuncia o querrela en caso de delitos semipúblicos o privados respectivamente²⁶; existencia de una persona imputada²⁷; autorización previa para procesar a ciertas personas aforadas (suplicatorio), y c'') presupuestos exigibles al abrirse el juicio oral: presencia física del imputado cuando la ley así lo establezca²⁸; solicitud de la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o por la parte acusadora (ratificación del ejercicio de la acción penal llevado a cabo con la querrela).

B) Los segundos –órbices de procedibilidad–, serían, siguiendo las pautas fijadas para el proceso civil: la litispendencia y la cosa juzgada. Ambas constituyen verdaderos óbices procesales puesto que deben no estar para que pueda desarrollarse el proceso y entrarse en el fondo del asunto.

Así pues, para que el reo pueda ser castigado penalmente (o absuelto) a través de una sentencia, se precisa la concurrencia de los requisitos de procedibilidad y, además, la ausencia de los óbices procesales. En definitiva, deben estar presentes todos los presupuestos procesales relacionados anteriormente. Pero no deben confundirse estos presupuestos de la sentencia sobre el fondo (favorable o desfavorable para el reo) con los elementos condicionantes de la imposición de la pena. Estos últimos, los presupuestos de punibilidad, no son necesarios para proceder sino para penar. En algunas ocasiones, entrando ya en el fondo del asunto, será preciso absolver por falta de pruebas y, en otras, habrá que absolver por concurrir alguna de las causas extintivas de la responsabilidad criminal que, según el artº 130 CP, y dejando al margen los números segundo y sexto que no vienen al caso (cumplimiento de la condena y prescripción de la pena), son: la muerte del reo, el indulto, el perdón del ofendido y la prescripción del delito.

²⁴ VIADA, C., *Op. y Loc. Cit.*

²⁵ Sobre este presupuesto procesal y su concreto tratamiento procesal, vid. ESPARZA LEIBAR, I., *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, Granada, Comares, 1996.

²⁶ VIADA, C., *Op. y Loc. Cit.*

²⁷ Si no hay imputación contra una persona determinada o, habiéndola, aquélla fallece o no existe identidad con la persona querrelada, faltaría un importantísimo presupuesto procesal.

²⁸ El principio de audiencia («nadie puede ser condenado sin haber tenido la oportunidad de haber sido oído y vencido en juicio») debe ser interpretado en el proceso penal en sentido estricto, aunque existen ciertos supuestos en que se permite la continuación del juicio si la incomparecencia es inmotivada. Así sucede en el juicio de faltas (artº 971 LECr), y en el procedimiento abreviado (artº 793.1.2º LECr).

En buena lógica procesal, la falta de aquello que condiciona la propia existencia de una sentencia sobre el fondo (los presupuestos procesales), debiera dar lugar a una sentencia absolutoria de la instancia, quedado imprejuizado el fondo del asunto en tanto en cuanto no se subsane, si esto es posible, el defecto de que se trate; mientras que, si de se presenta un óbice de punibilidad, una cuestión material, debiera dictarse una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Sin embargo, la LECr parece no distinguir entre lo que condiciona la pena y lo que condiciona la admisibilidad del juicio, puesto que sólo prevé sentencias absolutorias en todos los casos; o, lo que es lo mismo, se deduce del tenor literal de sus artículos 742 y 144 que no pueden existir sentencias absolutorias de la instancia.

Aunque lo hagamos incidentalmente a lo largo de este trabajo, no vamos a detenernos en el estudio de las desastrosas consecuencias que durante mucho tiempo conllevó este error legislativo, del que también fue participe la jurisprudencia, como acertadamente ha sido puesto de manifiesto principalmente por el profesor Montero Aroca²⁹. Así pues, dejando a un lado los presupuestos de punibilidad, y siguiendo con lo que es el objeto de nuestro estudio, los presupuestos procesales, nos vamos a centrar su tratamiento procesal.

III. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PENALES

Generalidades. Inexistencia de sentencias absolutorias de la instancia en el proceso penal

En el ámbito procesal civil depende fundamentalmente (aunque no exclusivamente) del actor la concurrencia de todos los presupuestos procesales en un proceso determinado. A él le corresponde presentar la demanda correctamente formulada ante el órgano jurisdiccional que considere competente, conjugando todos los presupuestos procesales. Pero en caso de faltar alguno de ellos, la LEC permite que se ponga de manifiesto a través de la oportuna excepción, bien interpuesta con carácter previo³⁰, bien en la contestación a la demanda (caso más habitual). Esto implica que su denuncia, como regla, corresponde al demandado y sólo en aquellos casos en los que un precepto legal (o la jurisprudencia del TS) lo autorice de modo expreso, podrá el Juez apreciar de oficio la ausencia de un presupuesto procesal o la presencia de algún obstáculo que impida la sentencia sobre el fondo. Excepciones y, en su caso, apreciación de oficio por el Juez constituyen, pues, el tratamiento procesal de los presupuestos (o mejor, de su no concurrencia) en el proceso civil. Con la particularidad de que la sentencia que estima una excepción procesal absuelve al demandado de la instancia sin entrar en el fondo del asunto (la acción queda imprejuizada). Por lo tanto, la cuestión litigiosa puede ser planteada nuevamente por el actor con posterioridad.

²⁹ MONTERO AROCA, J., «Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal. (Evolución jurisprudencial)», en *Rev. Justicia* 1981, pgs. 245-253. Afortunadamente el artº 245.1.b) LOPJ ha paliado en buena medida esta difícil situación, ya que ahora se ofrece al órgano jurisdiccional la posibilidad de pronunciarse de oficio –y, por lo tanto, también a excitación de parte– a través de una resolución que revista la forma de auto, siempre que aprecie la falta de algún presupuesto procesal.

³⁰ Sólo en el juicio ordinario de mayor cuantía y sólo si el demandado quiere plantear la excepción procesal como dilatoria dentro de los seis primeros días de los veinte de que dispone para contestar a la demanda.

En el proceso penal, sin embargo, nos encontramos con un insalvable escollo que impide aplicar aquí el esquema del tratamiento procesal diseñado por nuestro ordenamiento procesal civil y que provoca que las cosas sean sustancialmente diferentes. Nos estamos refiriendo a la inexistencia en el ámbito penal de las llamadas sentencias absolutorias de la instancia. En efecto, la propia LECr. prohíbe expresamente que una sentencia pueda absolver al encausado sin que el juez entre en el fondo del asunto. Todas las sentencias absolutorias deben entenderse libres en todos los casos, sin que pueda replantearse la cuestión litigiosa con posterioridad.

La propia Exposición de Motivos de la LECr. rezuma animadversión hacia las sentencias de contenido estrictamente procesal. Muy elocuentes son sus propias palabras: «Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de “liberto” de por vida, verdadero “siervo” de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código... De esperar es que las disposiciones de la nueva Ley sean bastante eficaces para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo a injerirse en forma más o menos disimulada en nuestras costumbres judiciales». Y efectivamente, siguiendo fielmente esta pauta, el propio texto de la LECr. corrobora con nitidez en dos de sus artículos la proscripción de las absoluciones en la instancia. De una parte, el artº 742.1 establece que la sentencia sólo puede ser condenatoria o absolutoria, y de otra, más contundente, el artº 144 dice que la absolución se entenderá libre en todos los casos.

A decir de Gomez Orbaneja, con estas estrictas previsiones el legislador trató de llevar hasta sus últimas consecuencias el principio *in dubio pro reo*. Lo que se tradujo en que la prueba insuficiente de las condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad equivalían a la prueba de su inexistencia y, por ende, a una libre absolución del procesado³¹. Pero la Ley de 1882, tan loable en otros aspectos, comete el error de no distinguir entre lo que condiciona la pena y lo que condiciona la admisibilidad del juicio³². No diferencia entre si el hecho enjuiciado encaja o no en alguno de los tipos penales (condiciones de punibilidad) y los presupuestos procesales para que pueda entrarse en el fondo del asunto (condiciones de procedibilidad). Al confundir estas dos cosas, ordenando que la sentencia debe ser siempre de fondo, absolviendo o condenando, la LECr. plantea numerosos problemas a los que deben enfrentarse reiteradamente tanto la jurisprudencia como la doctrina. Quizás el problema más importante, aunque tan sólo podamos apuntarlo al quedar fuera del objeto de nuestro estudio, sea el que no exista base legal para excluir que opere la cosa juzgada material de la sentencia que absuelva por faltar un presupuesto de procedibilidad como la interposición de la querrela por el ofendido en caso de delitos privados³³; lo cual parece agredir no sólo a la ratio de la cosa juzgada penal (y no penal), sino a su contenido y fundamento³⁴. Pero junto a este insoslayable inconveniente, nos encontramos con la difícil papeleta de dar un adecuado tratamiento procesal a la ausencia de uno o varios presupuestos procesales.

Quiérase o no, con independencia de que el legislador no distinga entre condiciones de procedibilidad y de punibilidad, lo cierto es que las cosas son tozudamente como son, y nadie puede negar que dentro de un proceso penal nos

³¹ GÓMEZ ORBANEJA, E. (con HERCE QUEMADA, V.), *Derecho Procesal Penal* ... cit., pg. 240.

³² MONTERO AROCA, J., «Presupuestos procesales... cit., pg. 246; y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Op. Cit.*, pg. 241.

³³ Gómez Orbaneja, E., *Op. y Loc. Ult. Cit.*

³⁴ *Sobre la cosa juzgada penal, vid. el interesantísimo trabajo del profesor DE LA OLIVA SANTOS, A., Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pg. 157 y ss.

podemos encontrar tanto problemas derivados de la ausencia de presupuestos procesales, como derivados de la falta de alguna condición objetiva o subjetiva de la pena. Y no es jurídicamente admisible que ambas cuestiones obtengan un mismo tratamiento. No es lo mismo que esté conociendo de un asunto un Juez incompetente, o que no se haya interpuesto la oportuna denuncia o querrela para perseguir delitos semipúblicos o privados, que un hecho delictivo haya sido cometido por una persona inimputable (menor de edad penal, incapaz, etc.). Puesto que se trata de cuestiones distintas, unas estrictamente procesales y otras de carácter netamente material, la respuesta no puede ser la misma (tal y como parece pretender la ley): absolución en cuanto al fondo. Debe, pues, articularse un tratamiento procesal diferenciado en función de que falte una condición de procedibilidad o de punibilidad.

De todos modos, de lo dicho hasta este momento no debe extraerse la conclusión de que la LECr se haya olvidado por completo de los presupuestos procesales, y que no existan cauces legales para que las partes o el propio Juez puedan poner de manifiesto su falta a lo largo del proceso. Algunos cauces de subsanación existen respecto a ciertos presupuestos, pero lo que la Ley no hace es, de una parte, regular conjuntamente todos los presupuestos estableciendo cuáles son y, de otra, ofrecer cauces procesales homogéneos para su tratamiento. Nos encontramos, pues, ante una regulación dispersa, fragmentada y heterogénea; muy difícil de sistematizar, máxime si tenemos en cuenta la división de todo proceso por delitos en dos fases procesales diferenciadas, la instructora y la de juicio oral. Y siempre partiendo de la base que la resolución de todas estas cuestiones no va a tener lugar en la sentencia.

Teniendo en cuenta este deficiente panorama legislativo, (y utilizando la clasificación de los presupuestos procesales que hemos dibujado anteriormente), veámos cuáles son las soluciones que el legislador ofrece dependiendo de la fase procesal en la que nos encontremos³⁵.

Tratamiento procesal de los presupuestos procesales durante la fase de instrucción³⁶

Como una plasmación más del principio de oficialidad imperante en el proceso penal (prevalencia del interés público que impone al Juez penal deberes y obligaciones distintos de los que soporta el Juez civil), absolutamente todos los presupuestos procesales deben ser examinados de oficio por el propio órgano jurisdiccional durante todo el proceso, con independencia de la fase procesal en que nos encontremos. Y puesto que de la fase de instrucción estamos hablando, le corresponde al Juez o Magistrado instructor velar porque estén presentes todos los presupuestos procesales. La norma que establece el artº 19, nº 2 de la LECr con respecto a uno de los presupuestos más importantes, la competencia del órgano, puede extenderse sin excepción al resto de presupuestos de procedibilidad. Así, debe inhibirse de oficio si considera que no es competente, por la razón que sea, para instruir la causa; debe abstenerse en caso de cumplirse alguna de las condiciones del artº 219 LOPJ (causas de abstención); debe comprobar si las partes actuantes cuentan con la capacidad procesal necesaria, etc.

³⁵ Nos referiremos exclusivamente a los procesos penales por delitos, dejando al margen los juicios de faltas, al no existir en estos últimos una división entre sumario y plenario, teniendo, por tanto, que resolverse toda cuestión incidental durante la vista.

³⁶ Por economía, vamos a referirnos únicamente a la fase de instrucción, pero cuanto se diga al respecto, puede aplicarse también a la fase procesal denominada por la doctrina período intermedio.

Ahora bien, para evitar que una posible omisión del Juez pudiera provocar que el proceso se desarrollase irregularmente por no concurrir alguno de los presupuestos que ya conocemos, se permite también a las partes poner de manifiesto los posibles vicios que puedan advertir. A esta posibilidad se denomina tratamiento o impugnación a instancia de parte de la ausencia de presupuestos procesales. Sin embargo, aquí reside uno de los principales defectos de la LECr, cuya regulación es más que deficiente. En efecto, por descorazonador e incomprensible que nos parezca, para la fase de instrucción, la LECr. no prevé ningún acto procesal específico del tipo de los artículos de previo pronunciamiento (en el proceso por delitos graves) o la audiencia saneadora del artº 793.2 para el procedimiento abreviado –ambos posteriores a la apertura del juicio oral–, en el que se puedan impugnar todos o, al menos, una buena parte de presupuestos procesales. Ello se traduce en que, para la impugnación de los presupuestos procesales durante a esta importantísima fase procesal, en caso de existir, debe atenderse a las propias normas particulares de cada uno de ellos

No vamos a exponer pormenorizadamente el procedimiento de denuncia de cada uno de los presupuestos procesales, lo cual excedería en mucho las pretensiones de este trabajo, sino simplemente apuntaremos los mecanismos que establece la Ley³⁷.

A) Respecto a los presupuestos referentes al órgano jurisdiccional, encontramos expresamente nuestro ordenamiento procesal penal, que no se circunscribe sólo a la LECr, las siguientes posibilidades:

– Si alguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, considera que el conocimiento del asunto corresponde a un órgano administrativo en vez de a un órgano jurisdiccional, o a la jurisdicción militar en vez de a la penal ordinaria, puede suscitar un conflicto de jurisdicción. Y si cree que el ilícito enjuiciado no es de naturaleza penal, con lo cual le correspondería conocer a otro orden jurisdiccional –civil, contencioso-administrativo o laboral– puede instar un conflicto de competencia. Los conflictos entre órganos jurisdiccionales y la Administración, son decididos, conforme a lo establecido en el artº 38 LOPJ, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción constituido por el Presidente del TS, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado, actuando como secretario el de Gobierno del TS³⁸; los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar se resuelven por la Sala de Conflictos de Jurisdicción prevista en el artº 39 LOPJ, compuesta por el Presidente del TS, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala del TS del orden jurisdiccional en conflicto y dos Magistrados de la Sala de lo Militar, todos ellos designados por el Pleno del CGPJ. Aquí también actuará como Secretario el de Gobierno del TS³⁹; y los conflictos de competencia entre órganos de distinto orden jurisdiccional se resolverán, según dispone el artº 42 LOPJ, por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. También actuará como Secretario, el de Gobierno del Alto Tribunal⁴⁰

³⁷ Estos mecanismos están regulados normalmente respecto al procedimiento ordinario para delitos graves, por lo que pueden aplicarse supletoriamente al resto de procesos. No olvidemos que el artº 780.1 LECr establece la aplicabilidad dicha regulación a todo aquello no previsto en otro procedimiento (y el artº 969 LECr, respecto al juicio de faltas).

³⁸ Sobre la constitución de este órgano colegiado, así como sobre los tipos de conflicto, y como debe procederse en cada caso, vid. Cap. I (arts. 1 a 21) de la L.O. 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

³⁹ Sobre tales conflictos, vid. arts. 22 a 29 de la LOJ.

⁴⁰ La tramitación de los conflictos de competencia es similar a la de los conflictos de jurisdicción; se encuentra prevista en los arts. 45-50 LOPJ.

– En caso que se impugne la competencia objetiva y/o funcional, el artº 23 LECr. dice que «si durante el sumario o en cualquier fase de instrucción de un proceso penal el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes⁴¹ entendieran que el Juez Instructor no tiene competencia para actuar en la causa, podrán reclamar ante el Tribunal superior a quien corresponda, el cual, previos los informes que estime necesarios, resolverá de plano y sin ulterior recurso». Hay que entender que este precepto faculta a las partes para dirigirse al Tribunal que puede fijar definitivamente la competencia, que puede no coincidir con el superior del juez de instrucción que consideran incompetente, sino el superior común de éste y del que estimen competente, el cual resolverá lo que proceda por medio de auto⁴².

– La competencia territorial puede objetarse a través del planteamiento de una cuestión de competencia en sentido propio⁴³. Al igual que sucede en el proceso civil, para promover una cuestión de competencia por las partes procesales, se abren dos vías alternativas⁴⁴: la declinatoria y la inhibitoria que, respectivamente, se plantean ante el órgano considerado incompetente que está sustanciando el procedimiento, o ante el que se reputa debe conocer del asunto (artº 26 LECr). Pero resulta que en la LECr no aparece regulado el procedimiento para plantear la inhibitoria ni la declinatoria durante la fase de instrucción –aunque se legitime para su promoción al MF y al acusador particular (artº 19 LECr⁴⁵)–, sino sólo durante la sustanciación del juicio. Por ese motivo, parte de la doctrina considera que estas dos vías están vedadas durante la instrucción⁴⁶. Argumentan los que así piensan que la inaplicabilidad de la inhibitoria y la declinatoria ante un Juez de instrucción se debe a la propia existencia de un precepto específico para la discusión de todo tipo de competencia durante la fase sumarial, el ya citado artº 23 LECr («si durante el sumario...el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes entendieran que el Juez Instructor no tiene competencia para actuar en la causa, podrán reclamar ante el Tribunal superior...).

No cabe duda que, desde un punto de vista estrictamente práctico, es mucho más ágil el procedimiento del artº 23: reclamar ante el Tribunal superior que corresponda, planteando directamente la incompetencia del Juzgado de instrucción, es menos costoso, en principio, que acudir a la vía de la declinatoria o de la inhibitoria, con los

⁴¹ No cabe, a nuestro juicio, duda de que cualquiera de las partes puede plantear, en fase de instrucción, la falta de competencia del juez instructor, aunque el desafortunadísimo, por imperfecto y asistemático, artº 19 LECr. pueda hacer pensar que sólo les cabe esta posibilidad al MF y al acusador particular.

⁴² Para determinar cuál sea el superior jerárquico para dirimir una cuestión de competencia, habrá que estar a lo establecido en los artículos 21 y 22 LECr, aunque actualizados de acuerdo con la nueva organización jurisdiccional tras la promulgación de la LOPJ y la LDyPJ.

⁴³ Por cuestión de competencia, en sentido amplio, se suele entender la duda jurídica sobre a qué órgano jurisdiccional le corresponde conocer de una materia, englobando tanto a la competencia objetiva, como a la funcional y a la territorial; aunque en sentido estricto o propio, sólo respecto a la competencia territorial cabe hablar de cuestiones de competencia (vid., por todos, ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (con DE LA OLIVA SANTOS, HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA y TOMÉ GARCÍA), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, CEURA, 1995, pg. 116).

⁴⁴ Aunque el legislador establece que el uso de uno de estos medios excluye absolutamente el del otro (artº 26,2 LECr), lo cierto es que esta norma no puede ser aplicada con absoluta rigidez, puesto que, como en puridad la cuestión de competencia se suscita entre dos órganos jurisdiccionales, ambos expedientes debieran surtir efecto. Otra cosa es que el que utilice estos dos mecanismos simultáneamente, sea condenado en costas, aunque se decida a su favor la competencia (artº 33 LECr).

⁴⁵ Incomprensiblemente este precepto margina a las otras partes, como el propio inculpado o al actor civil. Si el propio órgano jurisdiccional puede apreciar de oficio y requerir de inhibición a otro Juez o Tribunal, o inhibirse del conocimiento de un asunto del que está conociendo, según los casos, ¿por qué no van a poder todas las partes poner de manifiesto la falta del presupuesto procesal?

⁴⁶ Vid. FENECH, M., *Derecho procesal penal*. Vol. I, Barcelona, Labor, 1952, pg. 281. En el mismo sentido, ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (con DE LA OLIVA, HINOJOSA, TOMÉ GARCÍA y MUERZA), *Derecho procesal penal*, Madrid, CEURA, 1995, pg. 120.

posibles requerimientos de inhibición mutuos entre los órganos en conflicto, para que, al final, tenga que decidir el superior común. De ahí que en la práctica, se suela utilizar la vía del artº 23⁴⁷. Sin embargo creemos que existen razones suficientes para estimar que sí se puede acudir a los expedientes de la declinatoria o inhibitoria durante la fase de instrucción; y es más, pensamos que, precisamente, son los únicos cauces adecuados para manifestar durante esta fase procesal la falta de competencia territorial a instancia de parte. Veamos porqué. En primer lugar, porque es patente que el legislador de 1882 está muy mediatizado por las instituciones del proceso civil (es innegable el paralelismo que existente entre demanda y calificación provisional de las partes acusadoras; contestación a la demanda y calificación de las defensas; excepciones «dilatatorias» y artículos de previo pronunciamiento; escrito de conclusiones civil y las calificaciones definitivas en el orden penal, etc.), y precisamente unas de las instituciones más llamativas de nuestro proceso civil son estos dos medios alternativos de impugnación de la competencia territorial, la declinatoria y la inhibitoria⁴⁸. Y si estos dos mecanismos implican, en el proceso civil, la impugnación de la competencia en cuanto se advierta el error, normalmente al inicio del proceso, manteniéndose a continuación inactivo para evitar la sumisión tácita, ¿cómo no van a poder utilizarse en el proceso penal en la fase de instrucción si alguna de las partes piensa que el Juez de instrucción carece de competencia territorial? El legislador de 1882 está pensando en su utilización durante la fase de instrucción. De otra manera no se diría en el artº 45 LECr que la declinatoria se sustanciará como un artículo de previo pronunciamiento. Si estamos en la fase de instrucción se debería acudir a la declinatoria –que se sustanciará como artículo de previo pronunciamiento, artº 667 y ss.), o a la inhibitoria (artº 33 y ss.), porque para la impugnación de cualquier clase de competencia en el juicio oral se encuentra expresamente regulado el núm. 1º del artº 666 LECr, un artículo de previo pronunciamiento (en el juicio ordinario por delitos graves, y el artº 793.2 para el procedimiento abreviado, como tendremos ocasión de ver más adelante). En segundo lugar, porque, como ha señalado acertadamente Moreno Catena⁴⁹, el artº 23 LECr, que suele utilizarse para impugnar todo tipo de competencia, es un precepto que se refiere única y exclusivamente a la competencia objetiva y funcional, pero en modo alguno a la territorial, si no no tendría sentido la mención expresa a la declinatoria y a la inhibitoria. Y en tercer lugar, porque existe jurisprudencia que no deja lugar a dudas en su interpretación de la LECr, y permite utilizar la vía de la declinatoria o inhibitoria en la fase de instrucción⁵⁰. Así pues, no sólo creemos que pueden utilizarse estos mecanismos ante el Juez de instrucción, sino que, además, son los únicos que, en buena técnica procesal debieran ser admitidos para impugnar la competencia territorial a instancia de parte.

⁴⁷ MORENO CATENA, V., (con GIMENO, ALMAGRO y CORTÉS), *Derecho Procesal*. T. II. Proceso Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pg. 132.

⁴⁸ Este derroche de medios para un mismo fin ha sido muy criticado por los autores. Sólo razones de índole histórica y la supuesta comodidad para el demandado que supone el no tener que moverse de su domicilio, han impedido que el legislador haya simplificado este panorama. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con DE LA OLIVA SANTOS), *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pg. 420.

⁴⁹ *Op. Cit.*, pg. 132.

⁵⁰ La STS de 17 de febrero de 1995 (RA 1187), en su Fto. Jdco. 4º afirma: «La cuestión de competencia, por inhibitoria o declinatoria, puede proponerla cualquier parte ya en la instrucción ya en la fase de juicio oral.

En un proceso ordinario como el presente, en último término tenía que haberse propuesto como artículo de previo pronunciamiento al amparo de los artículos 666 y ss. LECr cuya resolución, en la declinatoria de jurisdicción, tiene abierta siempre la vía del recurso de casación (artº 676.3).

En el procedimiento abreviado cabe también el mismo artículo de previo pronunciamiento (artº 666.1º), pero a plantear en el turno de intervenciones que como pórtico del juicio oral aparece regulado en el artº 793.2 de tal Ley procesal» (el subrayado es nuestro).

– Cuando alguna de las partes⁵¹ considere que el Juez o Magistrado que está instruyendo la causa tiene una especial vinculación con ella, o con algún otro sujeto actuante en el proceso, o con el objeto de la causa⁵², de tal forma que suscite recelo sobre su imparcialidad, puede recusarle «tan luego se tenga conocimiento de la causa en que se funde» (artº 223.1 LOPJ). El complejo procedimiento para la recusación se encuentra regulado en los artículos 223-228 LOPJ y 57 y ss. LECr, en lo no derogado tácitamente por aquélla.

B) Respecto a los «presupuestos procesales referentes a las partes» la Ley es aún más parca, por cuanto sólo se regula, salvo error por nuestra parte, la falta de capacidad procesal por enajenación mental sobrevenida del imputado. De los artículos 380 a 383 LECr se desprende que el abogado defensor, si no lo acuerda de oficio el Juez, puede plantear esta falta de presupuesto (se entiende que a través de un escrito «ad hoc») en el mismo momento que se produzca el trastorno, y el órgano jurisdiccional debe ordenar la correspondiente diligencia pericial psiquiátrica y, de verificarse la incapacidad, suspender el proceso hasta que se produzca la sanación.

C) En el resto de los casos, no existen normas particulares que nos indiquen cómo deben ser resueltos los diferentes vicios derivados de la falta de un presupuesto procesal durante la fase del sumario. Pero ello, obviamente, no puede interpretarse como que no tengan un tratamiento a instancia de parte. Hay una norma interpretativa no escrita, pero de absoluta vigencia, que exige que todo aquello que pueda ser apreciado de oficio por un juez, puede ser puesto de manifiesto por alguna de las partes. De modo que, si el imputado, el MF, o cualquiera de las partes actuantes hasta ese momento, aprecian la falta de algún presupuesto procesal, y comprueban que el legislador no ha arbitrado ninguna solución específica al respecto, puede acudir a dos medios genéricos de subsanación: bien directamente a los recursos ordinarios, si ello es posible; bien a un escrito «ad hoc» a fin de excitar al órgano jurisdiccional para que actúe de oficio, y en caso de que el órgano responda negativamente a su petición a través de una resolución, impugnarla.

Este deficiente tratamiento procesal que la ley dispensa a los presupuestos procesales en la fase de instrucción (y que puede hacerse extensiva también a la denominada fase intermedia) no es un hecho casual e inexplicable, sino que, a nuestro juicio, se debe a dos razones fundamentales. La primera, y principal, porque, como ya ha sido advertido por algún autor, «los conceptos de la LECr son fruto de su época histórica, en la que la teoría sobre los presupuestos procesales no estaba lo suficientemente desarrollada, sin que hayan existido las profundas y necesarias reformas al respecto»⁵³; y, la segunda, que el legislador de 1882 estaba pensando en que la fase de instrucción, la preparatoria del «juicio verdadero» (plenario), fuese lo más breve posible, en torno a un mes, a lo sumo dos⁵⁴, en la que, salvo las cuestiones relativas a los presupuestos relativos al propio órgano jurisdiccional instructor (jurisdicción y competencia), no estaba indicado discutir ninguna otra cuestión de

⁵¹ A tenor del artº 218.2 LOPJ, «únicamente podrán recusar:...2º) en los asuntos penales, el Ministerio Fiscal, el acusador particular o privado, el actor civil, el procesado o inculcado, el querellado o inculcado, el querellado o denunciado y el tercero responsable civil».

⁵² Las causas de recusación, que lo son también, y en primer lugar, de abstención de oficio, se encuentran reguladas en el artº 219 LOPJ.

⁵³ GÓMEZ COLOMER, J.L. (con MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y MONTÓN REDONDO), Derecho Jurisdiccional. Vol. III. Proceso Penal., Barcelona, Bosch, 1991, pg. 273.

⁵⁴ Esta brevedad del sumario querida por el legislador, que hoy nos parece utópica, aunque no se plasmó en ningún precepto de la LECr –el sumario durará en cada caso lo que tenga que durar–, se hace patente en la Exposición de Motivos de Alonso Martínez: «...en todo caso, antes y después de los dos meses, el que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un proceso criminal gozará en absoluto de dos derechos preciosos...»

carácter formal; para eso se establecía un momento procesal posterior a la apertura del juicio oral, pero previo a la calificación provisional –los artículos de previo pronunciamiento–, para que se discutiesen las cuestiones «de forma». Esta carencia –para el imputado y para el resto de partes actuantes– de instrumentos específicos de denuncia, constituyen un obstáculo, no insalvable, como hemos visto, pero sí importante, que, en parte, también se palia con las posibilidades de impugnación de que disponen en el juicio oral.

Tratamiento procesal de los presupuestos procesales durante el juicio oral

Sin llegar a ser tan escaso y deficiente el tratamiento de los presupuestos procesales como en la fase sumarial, en el juicio oral tampoco existe, ni mucho menos, un tratamiento específico de todos los presupuestos. Como vamos a tener ocasión de comprobar, el legislador sigue confundiendo entre condiciones de procedibilidad y condiciones de punibilidad, y, además cuando se refiere a los presupuestos procesales, lo hace fragmentariamente, sin tener en cuenta muchos de ellos.

Ni que decir que a lo largo de todo el juicio oral, al igual que sucedía en el período instructorio, el órgano jurisdiccional debe, *ex officio*, apreciar la falta de algún presupuesto procesal y subsanar dicha deficiencia. Pero, si el Tribunal no lo hace de oficio, ¿qué pueden hacer las partes? A responder esta pregunta vamos a dedicar las próximas líneas.

En un principio, cuando se promulgó la LECr en 1882, tan sólo se regulaba un único proceso penal ordinario para enjuiciar los delitos (junto al juicio de faltas), el que hoy se denomina el proceso penal por delitos graves. Pero a lo largo de más de un siglo de avatares legislativos, tras una serie de apariciones y desapariciones de procesos, hoy nos encontramos, junto al proceso por delitos más graves –que sigue siendo el proceso ordinario tipo para el legislador– con otro proceso ordinario, el procedimiento abreviado para determinados delitos, para el enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza (artº 779 LECr). Y junto a estos dos procesos para delitos, tras la recentísima reinstauración del Tribunal del Jurado, aparece en nuestro ordenamiento un nuevo procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado⁵⁵. Y resulta que para cada uno de estos procesos, el legislador ha ofrecido una distinta solución al problema que nos ocupa; de ahí que nos encontremos con la dificultad añadida de un triple tratamiento según el proceso en que nos encontremos.

a) *En el proceso ordinario por delitos graves*

En el proceso por delitos graves –que es el proceso tipo en materia penal, no por ser el de más frecuente utilización, sino porque el legislador, al igual que sucede en el ámbito civil con el juicio ordinario de mayor cuantía⁵⁶, sigue queriendo que su regulación se aplique con carácter supletorio a todo lo no previsto en otro

⁵⁵ Compartimos la opinión de aquellos que consideran que el proceso ante el Tribunal del Jurado es de carácter especial, a diferencia del proceso por delitos graves y el procedimiento abreviado, ya que su aplicación no atiende a la mayor o menor gravedad de la pena, sino al tipo de delito cometido. Así, este proceso especial sólo se aplicará a aquellos delitos enumerados en el artº 1 de la LOTJ.

⁵⁶ A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Procesal 34/1984 pretendiera sustituir el carácter prototípico del juicio de mayor cuantía en favor del menor cuantía «de ritmo más rápido y sin mermas para la seguridad jurídica», creemos con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), *Derecho Procesal Civil* cit., Vol. II, pg. 484, que, de hecho, el juicio tipo sigue siendo el de mayor cuantía.

procedimiento (vid. artº 780,I LECr; artº 40.I LOTJ)–, la LECr, bajo la expresión «artículos de previo pronunciamiento» (artº 666), se refiere sólo a algunos –no a todos– los presupuestos procesales, junto a otras cuestiones de carácter material, que han de ser resueltas con anterioridad a la apertura de la vista⁵⁷.

Su tratamiento fue construido a imagen y semejanza de las excepciones «dilatorias» del juicio civil de mayor cuantía. Dicha similitud se manifiesta, aparte de en la propia terminología del artº 666 («...las cuestiones o excepciones siguientes:»), en que: a) han de proponerse dentro de los tres primeros días del plazo de cinco, del que disponen las partes para calificar provisionalmente la causa⁵⁸; y b) el proceso se paraliza y se abre un trámite incidental de previo y especial pronunciamiento: el proceso no continuará (se suspende el plazo para formalizar la calificación provisional) hasta que no esté definitivamente resuelta la cuestión que fue materia de previo pronunciamiento.

Las cuestiones que se regulan como «artículos de previo pronunciamiento», o «cuestiones previas» (denominación utilizada también por nuestra doctrina y jurisprudencia), en el artº 666 LECr son: 1º) Declinatoria de jurisdicción; 2º) Cosa juzgada; 3º) Prescripción del delito; 4º) Amnistía e indulto; y 5º) Falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las Leyes especiales.

b) En el procedimiento abreviado

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, introdujo como novedad un momento procesal potestativo para las partes que recuerda, mutatis mutandis, a la comparecencia previa del juicio civil de menor cuantía (arts. 691 y ss. LEC), concebida como expediente sanatorio de defectos en lo tocante a presupuestos procesales y otras cuestiones de diversa índole. Este momento procesal, al que el legislador denomina turno de intervenciones, y que ha recibido varias denominaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como audiencia saneadora⁵⁹, audiencia preliminar potestativa⁶⁰, audiencia alegatoria⁶¹, audiencia preliminar⁶², debate previo o preliminar⁶³, etc, tiene lugar en el mismo umbral del juicio oral. Dice el artº 793.2. LECr: «El juicio oral comenzará con la lectura por el secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte⁶⁴, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que

57 Una exposición pormenorizada del tratamiento procesal (y los problemas que se plantean) de los artículos de previo pronunciamiento, vid. MUÑOZ ROJAS, T., «Las “cuestiones previas” en el proceso penal», cit.

58 Las excepciones dilatorias deben ser propuestas por el demandado dentro de los seis primeros días de los veinte que tiene para contestar a la demanda (artº 535 LEC). Este esquema denota también el paralelismo que existe, para el legislador, entre demanda y contestación en el proceso civil y calificaciones provisionales de partes acusadoras y acusadas en el orden penal.

59 GÓMEZ-COLOMER, J.L., «El nuevo proceso penal abreviado (aspectos orgánicos y procesales)», en *Poder Judicial*, nº 26, pg. 20.

60 ALMAGRO NOSETE, J. (con MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA), *El nuevo Proceso Penal* (Estudios sobre la L.O. 7/1988), Tirant lo Blanch, 1989, pg. 204.145

61 LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (con MARCHENA GÓMEZ), *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, Comares, 1994, pg. 22.

62 STS de 23 de diciembre de 1994 (RA 10266).

63 ESCUSOL BARRA, E., *Manual de Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1993, pg. 586.

64 Que este precepto diga expresamente que la audiencia sólo pueda tener lugar a instancia de parte, no debe confundirnos, puesto que, por definición, en el proceso penal todos los vicios procesales pueden y deben ser apreciados de oficio. Por lo tanto, hemos de entender que junto a la actividad de control de las partes (y por encima de ella), se encuentra la del propio órgano jurisdiccional.

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. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas»⁶⁵.

De forma que esta audiencia saneadora (esta es la terminología que nos parece más correcta) sirve para depurar los posibles defectos relativos a presupuestos procesales, aunque, como señala Gómez-Colomer, la literalidad del precepto no parece referirse a todos los existentes, sino sólo al de la competencia del órgano judicial y a los comprendidos como artículos de previo pronunciamiento en el artº 666 de la LECr. Pero junto a la sanación de los presupuestos procesales, como señala el citado autor, la audiencia también puede servir para conseguir otros fines: en primer lugar, por su importancia, para reparar la posible vulneración de algún derecho fundamental que hasta ese momento se haya podido producir a lo largo del proceso⁶⁷; en segundo lugar, para eliminar las causas de suspensión del juicio oral, que hay que entender como las previstas en los arts. 745, 746 y 749 LECr⁶⁸; y finalmente, para valorar el contenido o finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto; es decir, permitir en esta audiencia la admisión de medios de prueba que, al formular el escrito de acusación, no pudieron proponerse por causa no imputable a las partes.

El Consejo General del Poder Judicial, al emitir su informe sobre el Anteproyecto de Ley 7/88, ya previó que este cúmulo de cuestiones diversas que pueden ser promovidas en este debate preliminar, iba a generar buen número de dificultades interpretativas. En efecto, el CGPJ afirmó que «la fórmula... es confusa e introduce una especie de antejuicio o fase preliminar de la vista para tratar sobre cuestiones muy diversas, alguna de las cuales o han debido plantearse con anterioridad –por ejemplo, contenido y finalidad de las pruebas propuestas– o pueden plantearse en el curso de los debates –por ejemplo, vulneración de algún derecho fundamental»⁶⁹. Y propuso en su Informe la supresión de este trámite, que calificó de «antejuicio»⁷⁰ o fase

⁶⁵ La cursiva, lógicamente, es nuestra.

⁶⁶ *Op. Cit.*, pg. 26.

⁶⁷ Sobre la función que la audiencia saneadora debe desempeñar respecto a vulneración de los derechos fundamentales teniendo en cuenta la doctrina del TC al respecto, vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (con MARCHENA GÓMEZ, M.), *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, Comares, 1994.

⁶⁸ GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal cit.*, pg. 458, sistematiza las causas de suspensión previstas en los arts. 745 y 746 LECr de la siguiente forma: A) atinentes al planteamiento de cuestiones incidentales: cuando el Tribunal tiene que resolver durante los debates alguna cuestión incidental que por cualquier causa fundada no pueda decidirse en el acto –746, 1º–; B) referentes a la prueba: cuando determinados acontecimientos pudieran menoscabar el «derecho a la prueba» de las partes o el que tienen a un «proceso con todas las garantías». Así, la suspensión puede obedecer a tres motivos: bien a la falta de de preparación de la prueba (artº 745), bien a la incomparecencia de algún testigo (artº 746.3º) o por la necesidad de practicar alguna prueba fuera de los «estrados» (artº 746.2º); y C) relativas al sistema acusatorio y al derecho de defensa: cuando, de celebrarse el juicio oral, se pueda flagrantemente vulnerar el derecho de defensa o el también constitucional principio acusatorio (incomparecencia del acusado –746.5º, en conexión con el artº 793.1– o la de su abogado defensor, de algún miembro del Tribunal o del representante del MF –artº 746.4º–; así como cuando ciertas «revelaciones o retracciones», realizadas en la ejecución de la prueba, hicieran necesarios «nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción complementaria» –artº 746.6º–).

⁶⁹ Vid. Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, 2ª época, año VIII, número extraordinario, octubre de 1988.

⁷⁰ Compartimos la opinión de MARCHENA GÓMEZ, M., que considera inadecuada la calificación de «antejuicio» que hace el CGPJ de esta audiencia preliminar puesto que, de hecho, el juicio ya comenzó con la lectura del Secretario de los escritos de acusación y defensa. Vid. MARCHENA GÓMEZ, M (con LOZANO-HIGUERO PINTO, M.), *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, Comares, 1994, pg. 21.

preliminar de la vista», y su sustitución por otra fórmula «en la que el Juez o Presidente pregunte a las partes por su orden si desean proponer nuevas pruebas o formular alguna cuestión previa que condicione la celebración de la vista, recogiendo en acta lo que manifiesten: el Juez o Tribunal resolverá lo que proceda y, en su caso, ordenará aplazar el juicio o se declarará incompetente por medio de auto en el que acordará remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional competente»⁷¹. Pero no todo fueron críticas negativas a la introducción de esta audiencia saneadora en el procedimiento abreviado. Por ejemplo, la Fiscalía General del Estado la consideró como un «debate preliminar, tomado de los sistemas procesales de países próximos a nuestra cultura jurídica (que) responde a los principios de concentración y oralidad y pretende acumular en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas, que dilatan el proceso»⁷².

Lo cierto es que hoy, como señala Marchena, al margen de las reacciones a favor y en contra que suscitó en el momento de su promulgación el artº 793.2 LECr, podemos constatar que, debido al cúmulo de cuestiones que pueden ser promovidas en y resueltas en ese debate previo, unido a la interpretación por parte de la jurisprudencia –sobre todo respecto a la posibilidad de fiscalizar la vulneración de derechos fundamentales durante la fase instructoria–, se ha «desmesurado el alcance que el legislador, con toda probabilidad, quiso atribuirle»⁷³.

Pero centrándonos exclusivamente en el objeto de nuestro estudio, los presupuestos procesales, dos son las cuestiones o problemas, que, a nuestro juicio, plantea la confusa regulación de la audiencia saneadora del artº 793.2 LECr; a saber: de una parte, ¿establece este precepto un *numerus clausus* de presupuestos procesales que pueden ser alegados y resueltos en ese debate?, y de otra, ¿cómo debe interpretarse la parte final del precepto que establece que «El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas»?

No puede ser calificado de modélico el artº 793.2 LECr que, a pesar de pretender que la subsanación de un buen número de cuestiones que pueden afectar a la validez del proceso o al normal desarrollo del juicio oral, en lo tocante a los defectos relativos a los presupuestos procesales, sólo se refiere expresamente al de la competencia del órgano judicial y a los comprendidos como artículos de previo pronunciamiento en el artº 666 LECr. Luego, ¿sólo la incompetencia del órgano y los presupuestos procesales que sean, a efectos legales, artículos de previo pronunciamiento pueden ser alegados en esa audiencia saneadora? No existe ninguna jurisprudencia al respecto, pero apoyamos las palabras del profesor Gómez Colomer cuando niega el carácter restrictivo (*numerus clausus*) que, aparentemente, parece desprenderse de la literalidad del precepto: «todos los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional, a las partes, al procedimiento, a los actos de iniciación y a los efectos del proceso, de carácter puro y mixto, sean o no a efectos legales artículos de previo pronunciamiento, que puedan tener cabida en esas expresiones normativas, por afectar a la competencia, a los derechos fundamentales de las partes, a la prueba, o ser susceptible de provocar la suspensión del juicio oral, y que no concurran o lo hagan defectuosamente, tienen que ser puestos de manifiesto en esta audiencia saneadora y depurarse...»⁷⁴.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Vid. Circular núm. 1/1989 de la Fiscalía General del Estado.

⁷³ Vid. el importante aparato jurisprudencial respecto a la vulneración de derechos fundamentales como contenido de la audiencia saneadora en MARCHENA GÓMEZ, M (con LOZANO-HIGUERO PINTO, M.), La vulneración de los derechos fundamentales ... cit., pg. 75 y ss.

⁷⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L. (con MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y MONTÓN REDONDO), *Derecho Jurisdiccional...* cit., pg. 277.

Tampoco nos parece acertado, porque es imposible su cumplimiento en todos los casos, lo preceptuado en la parte «in fine» del artº 793.2 LECr: que el órgano jurisdiccional tenga que resolver en el mismo acto sobre todas las cuestiones planteadas. La complejidad de las cuestiones que pueden plantearse en este debate previo, por ejemplo, la vulneración de derechos fundamentales, que puede acarrear la nulidad de los actos afectados, o de todo lo actuado, desde el momento en que se produjo el vicio, si causa indefensión, impide que el Juez o Tribunal, si quiere decidir con prudencia y valorando correctamente los hechos alegados, pueda dictar una resolución –un Auto– en el mismo acto. Pero no es preciso acudir a la alegación de hechos que hayan producido indefensión para comprender que el órgano jurisdiccional se encontrará en una situación muy difícil para poder dictar una resolución justa en el mismo acto (si no se quiere una justicia del cadí). La simple controversia acerca de la competencia del órgano, del tipo de procedimiento, y no digamos la alegación de alguna de las cuestiones reguladas en el artº 666 LECr, como la cosa juzgada, o la prescripción, harán necesaria irremediablemente una suspensión temporal del juicio oral hasta que el Juez o Tribunal esté en condiciones de resolver lo procedente. Por lo tanto, sólo cuando el Juez realmente pueda resolver lo procedente en el mismo acto, así lo hará; pero si por la complejidad de lo alegado en el curso de la propia audiencia, fuera necesario suspender el curso del proceso, así debería acordarlo el Juez o Tribunal⁷⁵.

Por último, sólo decir que la resolución que estime la falta de algún presupuesto procesal, igual que en el proceso por delitos graves, debe ser un Auto (artº 245 LOPJ), que tendrá los mismos efectos que para los artículos de previo pronunciamiento en el proceso ordinario por delitos graves. Y en general, contra las resoluciones que se adopten, si no implican la terminación anticipada del proceso (sobreseimiento), creemos no procederá otro recurso que el que se dé en su momento contra la sentencia, consignéndose en el acta la resolución adoptada y, en su caso, la oportuna propuesta⁷⁶.

c) En el juicio ante el Tribunal del Jurado

En este nuevo proceso, entre los diversos trámites que preceden a la celebración del juicio oral ante el Tribunal del Jurado, procede el planteamiento de una serie de «cuestiones previas» (artº 36LOTJ). Y para regular estas «cuestiones previas», el

⁷⁵ Algún autor, aunque sólo sea tímidamente, también ha apuntado la posibilidad de suspender «brevemente» el debate preliminar para que el Juez pueda resolver: CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (con VV.AA.), *La reforma del proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1990, pg. 190. Otros, por el contrario, precisamente para evitar la suspensión y no contrariar la literalidad del precepto legal, proponen que el contenido del turno de intervenciones sea anunciado por las partes en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales. Así, PORTERO, L. (con REIG, J.V. y MARCHENA, M.), *Comentarios a la Reforma Procesal Penal de la L.O. 7/1988 (procedimiento abreviado)*, Bilbao, 1989, pg. 88, dicen que «la adecuada efectividad del principio de contradicción y seguridad jurídica que informa la totalidad del proceso penal, impone la necesidad de que el contenido de ese turno de intervenciones sea anunciado en los respectivos escritos de conclusiones provisionales. No sería propio de un proceso respetuoso con las garantías constitucionales de facultar a la acusación o la defensa para mantener reserva mental sobre cuestiones previas que pueden llevar a hipotecar el resultado final del proceso. Además de esa razón de orden técnico, refuerza la solución propuesta un motivo esencialmente de orden práctico. La alegación «ex novo» de artículos de previo pronunciamiento, impugnaciones competenciales, causas de suspensión del juicio o vulneración de derechos fundamentales, puede conducir a ineludibles suspensiones, a fin de que la contraparte llegue a tener la oportunidad de aportar o sistematizar debidamente las razones de su oposición». Pero, a nuestro juicio, la razonabilidad de esta solución cuenta con un importante inconveniente, también atisbado por los autores proponentes, no existe previsión legal alguna al respecto. Y ante la falta de apoyo legal tanto respecto a la suspensión, si fueran preciso, del juicio hasta que el órgano resuelva acerca de las cuestiones planteadas en la audiencia sancionadora como respecto al anuncio previo en los escritos de calificación, creemos más correcto técnicamente optar por la primera solución.

⁷⁶ Vid., en este mismo sentido, CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (con VV.AA.), *La reforma del proceso penal*, cit., pg. 190.

legislador ha conjugado tres importantes elementos: de una parte, la regulación de los artículos de previo pronunciamiento prevista en el artº 666 LECr, a la que expresamente se remite; de otra, la jurisprudencia del TS que el propio artº 666 LECr ha ido generando en conexión con el artº 793.2; y, por último, la preocupación del legislador por potenciar el principio de contradicción en cuanto a la delimitación del objeto del proceso y a la proposición de la prueba que habrá de practicarse durante el juicio.

Así pues, al amparo de este artº 36 LOTJ⁷⁷, en el momento de la personación ante el Magistrado-Presidente, pueden plantearse como cuestiones previas, no sólo los tradicionales artículos de previo pronunciamiento (declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto y falta de autorización administrativa para procesar; y entre los que cabe incluir también cualquier controversia acerca de la competencia y de la inadecuación de procedimiento), sino también pedir la nulidad de actuaciones por haberse vulnerado algún derecho fundamental⁷⁸, así como discutir sobre cuestiones tan importantes⁷⁹ como la fijación del objeto del proceso y la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas (incluso la proposición de nuevas pruebas a la vista de las propuestas por las demás partes).

De modo que todos los presupuestos procesales, absolutamente todos, tanto los relativos a las partes, como al órgano jurisdiccional, al tipo de procedimiento, a los actos de iniciación, etc., que puedan tener cabida en las expresiones normativas, y que no concurran o lo hagan defectuosamente, tienen que se puestos de manifiesto al Magistrado-Presidente en este momento procesal, anterior a la constitución del Tribunal del Jurado y de la celebración de la vista, para su depuración mediante una resolución previa y específica.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento abreviado, en el que, por mor del artº 793.2 LECr, se exige que el Juez o Tribunal «resolverán en el mismo acto (audiencia saneadora) lo procedente sobre las cuestiones planteadas», el número 2 del artículo 36 LOTJ establece que tales cuestiones suspenderán el curso del proceso y se

⁷⁷ El artículo 36 LOTJ, que está intitulado «Planteamiento de cuestiones previas», establece:

«1. Al tiempo de personarse las partes podrán:

a) 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.

b) Alegar la vulneración de algún derecho fundamental.

c) Interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura el Juez de Instrucción.

d) Pedir la exclusión de algún hecho sobre el que se hubiera abierto el juicio oral, si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación.

e) Impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer nuevos medios de prueba. En este caso, se dará traslado a las demás partes para que en el término de tres días puedan instar por escrito su inadmisión.

2. Si se plantease alguno de estos incidentes se les dará la tramitación establecida en los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

⁷⁸ Aquí se incorpora una importantísima doctrina jurisprudencial que había extendido el alcance del artículo 666 LECr. En efecto, a pesar de la dicción literal de dicho precepto, la petición de nulidad de actuaciones «cuando se trate de vulneración de preceptos adjetivos de imperativa y estricta observancia y cuyo cumplimiento pueda acarrear indefensión o conculcar los principios de igualdad y dualidad de partes, trasgrediendo, al propio tiempo, sus garantías procesales... debe, de ordinario, articularse por la vía de los artículos de previo y especial pronunciamiento...» (STS de 7 de diciembre de 1984, R.A. 6251). Recordemos también que ésta jurisprudencia fue tenida en cuenta también por el legislador a la hora de regular la «audiencia saneadora», que ya hemos estudiado, para el procedimiento abreviado (artº 793.2 LECr): «... 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...».

⁷⁹ Letras c), d) y f) del artº 36.1. LOTJ.

sustanciarán conforme al procedimiento establecido en los artículos 668 a 677 LECr para la tramitación de los artículos de previo pronunciamiento en el proceso ordinario por delitos graves⁸⁰.

No obstante, a pesar de esta remisión en bloque a dicho procedimiento, existen ciertas especialidades derivadas de las modificaciones introducidas en los artículos 668 y siguientes de la LECr por la Disposición Final segunda de la LOTJ. De una parte, se ha modificado sustancialmente el régimen de recursos frente al auto que resuelve la cuestión previa planteada, toda vez que las decisiones del Magistrado-Presidente son apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma⁸¹; y de otra, se establece para el proceso ante el Tribunal del Jurado, a tenor del nuevo artº 678 LECr, que las partes no podrán reproducir en el juicio oral las cuestiones previas que hubiesen sido desestimadas, sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia.

La interpretación de este precepto sobre la preclusividad de su proposición ha suscitado algunos problemas entre los comentaristas de la LOTJ⁸², mas, a nuestro modo de ver, lo más correcto sería interpretar lo siguiente: como establece meridianamente la norma, si una cuestión previa ha sido planteada y resuelta definitivamente en su momento procesal oportuno, no podrán replantearla las partes en el juicio oral, al haber surtido efecto la cosa juzgada sobre dicha decisión (al contrario de lo que sucede en el proceso por delitos graves, en el que, salvo la de declinatoria, pueden ser reproducidas); pero no puede impedirse, aunque no esté previsto ningún cauce procesal al efecto, que se plantee por primera vez una de estas cuestiones en el juicio oral. Si se admitiera la preclusión de la alegación de alguna de estas cuestiones, sería tanto como reconocer que tampoco el Juez, en este caso el Magistrado-Presidente, pudiera, de oficio, apreciar alguna de dichas graves carencias del proceso mismo. Y aunque no esté prevista como causa de disolución del jurado la estimación de alguna de las «excepciones» que en el artº 36.1. a) y b) se regulan, lo cual denota la falta de previsión del legislador, es ésta una consecuencia obligada. Pongamos por ejemplo, la cosa juzgada. ¿Qué ocurriría si la alegación de la cosa juzgada no se ha producido en el momento procesal que establece la ley por una causa justificada, ya fuese por desconocimiento de la sentencia, por no haber ésta adquirido firmeza, o por cualquier otra causa razonable? Lo lógico es pensar que en estos casos, sin lugar a dudas, podría plantearse la cuestión durante el juicio oral. Pero aún en el caso de que, bien por negligencia, bien por mala fe de alguna de las partes, se esperara hasta este momento para plantear la cuestión en el juicio oral, debiera también surtir efecto la alegación en caso que se compruebe su exactitud, con independencia de la posible sanción que pudiera recaer sobre el que ha obrado de mala fe. La razón estriba en que si el Juez puede apreciar el vicio de oficio, ¿cómo no van a poder las partes alegarlo en cualquier momento del procedimiento? De no ser así, como afirmábamos implícitamente líneas arriba, se estaría negando un poder al Juez penal que le es absolutamente inherente: la apreciación de oficio de cualquier vicio procesal.

⁸⁰ Para algún autor, como el prof. TOMÉ GARCÍA, J.A., *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*, Madrid, Edersa, 1996, pg. 152, la remisión del artº 36.2 LOTJ a un procedimiento de tramitación escrita, frente a lo que sucede en el procedimiento abreviado, en el que tales cuestiones se plantean y resuelven oralmente al inicio de las sesiones del juicio oral, «puede originar ciertas dificultades pues dicho procedimiento está pensado básicamente para sustanciar los tradicionales artículos de previo pronunciamiento, y no para las demás cuestiones que se pueden plantear conforme al artículo 36 LOTJ». Sin embargo, creemos acertada y prudente la decisión del legislador de 1995 en este punto, puesto que es preferible una posible dilación del proceso principal, a que el Magistrado-Presidente tuviera que decidir precipitadamente —«en el mismo acto»—, cuando muchas de las cuestiones que tienen cabida en el artº 36 pueden revestir una extrema complejidad.

⁸¹ Artº 846 bis a) LECr reformado por la Disp. Fin. 15ª LOTJ.

⁸² TOMÉ GARCÍA, J.A., *Op. Cit.*, pg. 154.

O lo que es lo mismo, habría comenzado a quebrar, sin remisión, el principio de oficialidad que caracteriza a este tipo de procesos (salvo los llamados «procesos penales privados»)⁸³, y no creemos que eso sea lo deseado por el legislador. Así pues, coincidimos con aquellos que consideran, como Del Moral García⁸⁴, que el hecho de que la ley prevea un momento preclusivo para el planteamiento de esas cuestiones con el carácter de previas, no excluye en absoluto que puedan suscitarse, al menos muchas de ellas, en momentos posteriores pero sin exigencia de esa resolución previa y específica.

⁸³ No debemos olvidar que, de no mediar una rectificación del legislador, debe darse cumplimiento al mandato establecido en la Disp. Fin. Cuarta de la LOTJ: «en el plazo de un año, desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva».

⁸⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., (con VV.AA.), *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y la reforma de la prisión preventiva*, Granada, Comares, 1996, pg. 169.