

SECCION DOCTRINAL

La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado)

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de Derecho procesal en la
Universidad de Valencia

COMUNICACION AL IV CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL

(Cuernavaca, abril de 1969)

S U M A R I O

1. Los sistemas de principios procesales penales.
2. Breve recuerdo de los sistemas inquisitivos y acusatorio históricamente considerados.
3. Inquisitivo y acusatorio, en general, en la actualidad.
4. El sistema mixto.
5. La iniciación "ex officio" y la "acción penal popular" en el Ordenamiento español.
6. El interrogatorio del imputado o del acusado.
7. La "conformidad" del acusado (arts. 655 y 688 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal).
8. Conformidad y "plea guilty".
9. La "última palabra" del acusado en el juicio oral.
10. Resumen expositivo de la conformidad según la Lecrim. española.
11. Naturaleza jurídica de la conformidad del acusado.
12. La disposición por el acusado del derecho de defensa.
13. El carácter constitucional de la garantía de la defensa en juicio penal. Derecho de defensa y Derechos Humanos.
14. Conclusión.

S I G L A S

Rev. Jur. Cat. = Revista Jurídica de Cataluña.

Lecrim. = Ley de Enjuiciamiento criminal.

C. P. = Código penal.

T. S. = Tribunal Supremo.

MF = Ministerio Fiscal.

StPO. = Strafprozessordnung.

GVG = Gerichtsverfassungsgesetz.

RDPr. (o RDProc.) = Revista de Derecho procesal (Madrid).

R. Iberoam. DPr. = Revista Iberoamericana de Derecho procesal (Madrid).

RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).

RDPArg. = Revista de Derecho procesal (Argentina, Buenos Aires).

ARrgDPr. = Revista argentina de Derecho procesal (Buenos Aires, desde 1968).

ZZP. = Zeitschrift für Zivilprozess.

Archziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.

Riv. It. Dto. proc. pen. = Rivista Italiana di Diritto e procedura penale.

Rep. Ar. = Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

RB = Räfångsbalk.

“Los principios de la política procesal —dijo J. GOLDSCHMIDT (1)— de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su función, caracterizan la historia del proceso (2). El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.” Esto es, los principios políticos extraprocesales llevan su influencia hasta lo político y técnico-procesal (3).

Mas en la adopción a través de la Historia de estos principios y en su aplicación, los legisladores han debido tener en cuenta los más dispares puntos de vista en cuanto al tratamiento de una multiplicidad de intereses, verificando su peso respectivo. Así viene resultando históricamente que a los intereses que propenden hacia el reconocimiento de un determinado principio o sistema de principios procesal penal, se suelen oponer intereses contrarios que el legislador no puede dejar de tener en cuenta. Por ello, las excepciones juegan un papel de gran importancia en la polémica sobre todos los principios procesales (4).

2. Como se va a tratar con bastante profusión de los sistemas de principios inquisitivos y acusatorio, y sin pretender hacer Historia, sí que estimamos interesante recordar aquí, de modo sintético, cuáles fueron las características de cada uno de ellos en sendos arquetipos históricos.

A) En un momento histórico que puede fijarse sobre Diocleciano —y más tarde con penetración en el Derecho canónico (5)—, se han fijado como máximas integrantes del proceso penal inquisitivo:

(1) Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pág. 67.

(2) Cfr. Eberhard SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, trad. espa. NÚÑEZ, Buenos Aires, 1957, pág. 192. Con este nombre se ha traducido la I Parte de su *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, de la que en otras ocasiones manejamos la 2.^a edición, Göttingen, 1964.

(3) Cfr. también NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, págs. 16 y ss.

(4) Cfr. E. SCHMIDT, ob. cit., pág. 192; LÖWE-RODENBERG, *Die StPO und das GVG*, gran com., 21.^a ed., Berlín, 1963, pág. 25. También, sobre el problema en general, FAIREN GUILLÉN, *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en “Estudios de Derecho procesal”, Madrid, 1955, págs. 253 y ss., *passim*.

(5) Recordemos a Inocencio III: “Tribus modis procesit possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem.” En la práctica, por tratarse de un mejor instrumento de represión, la “inquisitio” se propagó, pasando a ser el procedimiento ordinario (Cfr. p. ej., MANZINI, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. española SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, s. a., T. I, págs. 50 y ss.

La “inquisitio”, la pesquisa hace que el juez abandone su posición de tal.

- a) La intervención "ex officio" del juez (6).
- b) El secreto del procedimiento no sólo en relación con el público en general, sino también con respecto al propio imputado.
- c) Procedimiento y defensa totalmente escritos.
- d) Disparidad de posición entre el juez acusador (reunidas ambas funciones).
- e) Plena libertad del juez en la búsqueda de pruebas.
- f) Ningún derecho del imputado a promover pruebas.
- g) Prisión preventiva del imputado (7).

Se llegó, en el medioevo, a extremos casi inverosímiles; por ejemplo, en los juicios del "Vehmgericht" alemán, en los que eran secretos el lugar y la forma del proceso, el acusador, los jueces y la misma sentencia (8). La Iglesia usó ampliamente del sistema inquisitivo.

La recepción produjo sus efectos en el Reino español de Castilla; en Las Partidas se hallan ideas que corresponden al sistema procesal inquisitivo: la "pesquisa" o "inquisitio" (Partida III, Tit. XVII, esp. Ley I); en procedimiento abierto "ex officio" (Ley XXVII, Título I, Partida VII) que va sustituyendo a la acusación (la cual subsiste Ley I Tit. I, Partida VII) (9); el tormento como sistema de adquisición probatoria (Título XXX, Partida VII). Este tipo de

y asuma la de inquiridos o inquisidor, actuando también como acusado; como el delito era un pecado y la sanción su penitencia, la "confessio" pasa a ser la clave del proceso; se regula la tortura para forzarla.

Se ha dicho, generalizando, que si en Roma el "crimen maiestatis" dio vida al procedimiento extraordinario —clave primitiva del inquisitivo—, el "crimen maiestatis divina" dio lugar a la "inquisitio", que se transformó paulatinamente en instrumento de dominación (Cfr. VÉLEZ MARICONDE, *El proceso penal inquisitivo*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero CALAMANDREI", II, Padua, 1958, pág. 509).

(6) Los poderes del Magistrado romano fueron invadiendo las atribuciones del acusador privado, hasta el extremo de reunirse juez y acusador en una sola persona; el Magistrado podía proceder "ex officio" aún sin existencia de una "acusatio" formal; instruir y dictar la sentencia; se introdujo la tortura, que se imponía ya en tiempo de Tiberio y que se reguló según la condición personal (Cód., 9, 41, 11) (Cfr. MANZINI, ob. cit., pág. 8, T. I).

(7) Cfr. p. ej., CONSO, *Istituzioni di Diritto y Procedura penale*, Milán, 1964 II ("Procedura penale"), pág. 6; también en "Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano", en Riv. It. Dto. proc. pen., 1958, I pág. 290.

(8) Cfr. p. ej., MANZINI, ob. cit., T. I, pág. 52.

(9) Manejamos habitualmente la edición de Las Partidas con la Glosa Magna de LÓPEZ DE TOVAR (ed. Madrid, 1611). Puede ser útil el saber que existe una edición de este Cuerpo con dicha Glosa Magna vertida al castellano e incrementada "con nuevas notas y comentarios y unas tablas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado" por SANPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA Y FERRER Y SUBIRANA, publ. en Barcelona, 1843.

Sobre este tipo procesal tratan casi todos los historiadores del Derecho españoles; especialmente —aunque con superficialidad— cfr. MARCOS PELAYO, *El Derecho judicial en las Partidas*, Madrid, 1930, passim. y esp. págs. 165 y ss., para el proceso penal.

proceso no desaparecería hasta siglos más tarde (10). Es el más conocido de los juristas de habla española en el extranjero (11).

[Por el contrario, suele pasar desgraciadamente casi desapercibido—injustamente desapercibido— el sistema procesal penal aragonés, opuesto a la “inquisitio”, al menos desde el Fuero “Privilegium generale Aragonum” de 1283, Libro I de la Recopilación, § 2, con ciertas excepciones debidas a determinados delitos y a determinadas personas, sobre todo funcionarios reales u otros (por ejemplo, Fuero “De inquisitione hacienda contra oficiales” de 1436, Libro IX de la Recopilación; Observancias “Articuli inquisitionis haciendas contra supraiuuctarios” y “Articuli inquisitionis haciendas contra Çalmedinam & alios oficiales Cesaraugustae et eorum Locumtenentes”, Libro IX de la Recopilación de Observancias de 1437), como también se pasa en muchas ocasiones por alto la existencia en Aragón de los procesos cautelares de amparo y de manifestación, en evitación de los excesos de la prisión preventiva (12) y, naturalmente, del antiforal tormento (13). Este sistema perduró intacto hasta fines del siglo XVI, y es injustamente preterido o incluso olvidado por quienes tratan de los recursos de amparo y de “habeas corpus”, muy posterior, por cierto, en cuanto a su formulación legal (Habeas Corpus Act, de 1679), a la aragonesa del proceso de manifestación (1428) (14) (15); eran dos formidables garantías del derecho de libertad individual, finalidad que perdura aún en diversas legislaciones americanas (16)].

(10) Cfr. sobre este interesante punto, TOMÁS VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en “*Anales de la Universidad de la Laguna*” (Facultad de Derecho), 1964, ed. sep., passim.

(11) Así, p. ej., VELEZ MARICONDE, en su ob. cit., al referirse al régimen inquisitivo español, se refiere tan sólo al de las Partidas y leyes sucesoras, pero no al sistema procesal penal aragonés, totalmente diferente; una alusión al mismo, la hace erróneamente a las “Observaciones” (que nunca existieron) y no a las Observancias del Reino de Aragón (que comprenden una de las partes de la Recopilación Foral de Dicho Reino español). Cfr. ob. cit., página 522, nota núm. 57.

(12) Cfr. el Fuero III “De accusationibus”, Libro IX de la Recopilación, de 1398, recordado en su vigor por otros posteriores, imponiendo que se pusiese en libertad al preso si en el plazo de tres días no se había formulado contra él alguna petición.

(13) Puesto que la “inquisición” constituía contrafuero y sobre el mismo conocía el Justicia Mayor de Aragón y su Corte o Tribunal.

(14) Sobre todo esto, cfr. FAIREN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de “manifestación de personas” y el británico de “habeas corpus”*, en Rdpr., 1963, I, págs. 9 y ss.

(15) Con la expresión “Carta de Amparo”, denominaban los “pragmáticos castellanos” al proceso cautelar aragonés de manifestación de personas. Cfr. RAMÍREZ, *Analyticus tractatus de Lege regia, qua in principes suprema et absoluta potestas translata fuit, etc.* Zaragoza, en la imprenta de Juan de Lanaja y Quartanet, 1616, pág. 155.

(16) Como autores que estudian el proceso mexicano de amparo y que aluden a su parentesco con la manifestación aragonesa, cfr. p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, en “*Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*”, México, 1948, págs. 26 y 33 y s.; *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México,

Frente al proceso inquisitivo, a través de la Historia, hallamos a su par dialéctico al proceso acusatorio.

Su esencia se halla en las épocas en que el delito era valorado solamente desde el punto de vista del interés privado, siendo nula la sensibilidad social o apareciendo su tutela ínsita en la del individuo (17).

Podrían trazarse las características de este sistema resumiendo una serie de tipos históricos desde Roma (18):

- a) Necesidad de una acusación propuesta y sostenida por persona diferente del juez.
- b) Publicidad.
- c) Oralidad consiguiente.
- d) Paridad de poderes total entre acusador y acusado (19).

1947, pág. 206; *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*. México, 1963, págs. 107 y s.; FIX ZAMUDIO, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, México, 1963, págs. 10 y s.; *El juicio de amparo*, México, 1964, págs. 210 y ss. y esp. 214; BURGOA, *El juicio de amparo*, 3.ª ed., México, 1950, T. I., págs. 92 y ss.; GONZÁLEZ FLORES, *Origen del amparo*, en "*Lecturas jurídicas*" (publ. trimestral de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua, octubre-diciembre 1951, pág. 44). Últimamente, FIX ZAMUDIO (Cfr. su interesantísimo trabajo, *La protección procesal de las garantías individuales en América latina*, en Rev. Iberoam. Dpr., Madrid, 1967-3, esp. págs. 441 y s.) vuelve a dedicar nobles y merecidas palabras a la Manifestación aragonesa y a la Magistratura que la administraba, al Justicia Mayor.

Sobre la relación de nuestro proceso aragonés con el "mandato de seguridad" brasileño, cfr. FIX ZAMUDIO, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, cit., y ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El mandato de seguridad brasileño*, cit.

Para la República Argentina, cfr. p. ej., GOROSTIAGA, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación: orígenes históricos*, Buenos Aires, 1944, págs. 9 y 71 y ss.

El que algún autor pase por alto la amplitud de la manifestación, calificándola de "privilegio especial a favor de determinadas clases sociales" (Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, *El Habeas Corpus, garantía de libertad*, Buenos Aires, 1956, pág. 18) cuando se extendió a todos los ciudadanos —probablemente desde 1348, dada la amplitud del Fuero rúbrica "De iis quae Dominus Rex, & alii successores ipsius", etc., Libro I de la Recop., de factura muy semejante a ciertos fragmentos de la Carta Magna inglesa— sólo cabe atribuirlo a un visible desconocimiento de la propia manifestación, de su evolución histórica y de su práctica, tal como nos la narró el propio Justicia Mayor Joan XIMÉNEZ DE CERDÁN en su *Litera intimata* a su sucesor en el Cargo, MARTÍN DÍEZ DAUX, el 25 de febrero de 1435 (esta carta se publica con todas las Recopilaciones de Fueros y Observancias; tla es la importancia que hay que atribuirle), exponiendo difíciles casos prácticos a él mismo ocurridos durante su Justiciazo, a fines del siglo XIV. Estos casos prácticos, los hemos reproducido de nuestro trabajo "Consideraciones", cit.

(17) Cfr. p. ej., CONSO, *Istituzioni*, cit., págs. 7 y ss.; MANZINI, *Tratado* cit., págs. 5 y ss.

(18) Predominantemente, en el último siglo de la República (MANZINI, ob. cit., loc. cit.).

(19) Es muy interesante el hecho histórico de tipo civilista, de que en este tipo procesal, aparezca la "litis contestatio", clave contractual o cuasicontractual del proceso civil. Sobre ello, en la Alta Edad Media, en Italia, MANZINI, ob. cit., págs. 38 y s. con ejemplos históricos. En Aragón también.

- e) Exclusión de la libertad del juez en la búsqueda de prueba, fuere en cargo o en descargo del acusado.
- f) Proposición de pruebas a cargo de acusador y acusado.
- g) Libertad personal del acusado hasta que se produjere la sentencia.

Es lógico, se ha dicho acertadamente (20), que cuando comienza a manifestarse el peso de la lesión social causada por el delito, el poder de acusar deja de estar atribuido al ofendido y sus allegados, y pasa, en primer lugar, a cualquier ciudadano —he aquí el sistema español— y después a un personaje especial, al acusador público. Y en este estado, se hacía difícil mantener el equilibrio entre la acusación y la defensa, sea porque juez y acusador, ambos órganos del Estado, se hallaban en posición muy cercana, sea por el fenómeno habitual de que, frente a los intereses de la sociedad, los del individuo tienden a pasar a una segunda línea; de aquí las infiltraciones del sistema inquisitivo.

3. De los principios del sistema inquisitivo cabe destacar —con subsistencia actual— el del secreto de la instrucción, el de la posible iniciativa judicial, y siempre el de la confusión entre juez y acusador.

Si en este último radica su defecto fundamental (21), no cabe dudar que el principio de la investigación de oficio de la verdad material fue “una gran conquista, de la cual no se puede volver atrás”.

Frente a él, anotemos las claves fundamentales del sistema acusatorio actual: acusación pública, popular (no simple denuncia, participación de la “notitia criminis”); sólo mediante la acusación formal pasa el proceso totalmente a manos del juez o tribunal; la actividad pre-acusatoria (instructoria) debe estar confiada a otra autoridad que

(20) Cfr. CONSO, ob. cit., págs. 9 y s. y *Accusa e sistema accusatorio*, en “*Enciclopedia del Diritto*”, Milán, I, 1958, pág. 336.

(21) Cfr. “Sólo un juez dotado de capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora. La literatura de reforma del siglo XIX, fue impulsada a formular esta pregunta cardinal: ¿Puede la situación psicológica del juez garantizar en el proceso inquisitivo el conocimiento de la verdad? Aún hoy resulta válida la rotunda negativa a que se llegara entonces” (Cfr. E. SCHMIDT, ob. cit., pág. 195; *Lehrkommentar* cit., I, pág. 197).

Efectivamente, “la investigación es un trabajo psíquico, y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo..., pero sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración” (Cfr. CARNELUTTI, *Lesioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, páginas 180 y s.).

no sea la del juez o tribunal que van a ver y fallar el asunto (22); la acusación vincula temáticamente al tribunal (23); sin acusación no puede haber condena. Sobre este punto, concretamente, volveremos.

En cuanto los principios de oralidad e intermediación, son compatibles con el sistema inquisitivo del Derecho común, no oponiéndose a ellos el principio de la instrucción oficial (24); en cuanto a la publicidad general, pese a sus inconvenientes extrínsecos claramente puestos de manifiesto por la doctrina, máxime con sus modernos excesos (25), no puede ser eliminada; la significación de la Justicia penal; el interés de la comunidad en su administración y en su espíritu, es tan grande (26); la situación de la administración de la Justicia en la totalidad de la vida pública es tan problemática, que sería imposible eliminar a aquélla de los debates. Si así ocurriera, se mos-

(22) Por ello calificamos de inquisitiva la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento criminal española —hasta entonces, seguidora del sistema mixto, mas con indudable predominio acusatorio en su período fundamental, en el "juicio oral"— por la Ley de 8 de abril de 1967, que crea un proceso para "delitos menores" (y no por el criterio de su tipología, sino por el de las penalidades, criterio incorrecto) en el cual, es el mismo juez instructor el que preside la celebración del juicio oral y dicta sentencia.

Sobre e.a., Cfr. FAJEN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, passim.

El principio de la confusión del poder instructor del juez con el sentenciador como manifestación notoria del sistema inquisitivo, es unánimemente aceptado por la doctrina como tal; cfr. p. ej., GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., páginas 112 y ss.; VIADA, *Curso de Derecho procesal penal*, I, Madrid, 1962, pág. 40; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal*, en RDPr., Madrid, 1967, II, pág. 115 y III, pág. 82; ZAFRA, *Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal*, en RDPr., Madrid, 1961-IV, págs. 65 y s.; VIADA, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, RDPr., cit., 1959-II, pág. 329; VÉLEZ MARICONDE, *El proceso penal inquisitivo*, cit., págs. 510 y ss.; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale* cit., I, pág. 185; la doctrina alemana, desde MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, 1865, págs. 269 y ss. y 272 y ss.; LÖWE-ROSENBERG, ob. cit., I, págs. 112 y s.; SCHMIDT, *Lehrkommentar*, cit., I, pág. 199 (2.ª ed.); ZU DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, Berlín, 1929, pág. 58; KERN, *Strafverfahrensrecht*, Munich-Berlín, 1956, 4.ª ed., págs. 148 y s., etc.

Cfr. también la Conclusión II-2.ª de los Profesores de Derecho procesal españoles, reunidos en Valladolid (mayo de 1967) "... el (proceso penal) establecido (por la Ley de 8 de abril de 1967) no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador, como consecuencia de la plena vigencia del principio acusatorio", por lo cual y por otros defectos denunciados, pedimos "que se reconsidere la posibilidad de dejar sin vigencia la reforma promulgada" (cfr. estas Conclusiones en RDPr., 1967-IV, págs. 9 y ss.).

(23) Cfr. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., pág. 198. Igualmente los arts. 650, 653, 732 y 733 de la Lecrim. española.

(24) Cfr. E. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., págs. 248 y s.; mejor estamos con él que con CONSO (Accusa e sistema acusatorio, en "*Enciclopedia del Diritto*", Milán, 1958, I, pág. 336).

(25) Cfr. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., pág. 237; PISAPIA, *Il segreto istruttorio*, Milán, 1960, passim.

(26) Cfr. NIEBE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen* cit., pág. 17.

traría temor de la justicia en su administración, a la crítica pública; la llamada "crisis de confianza" en la justicia se haría permanente (27).

En resumen, pues: una cuestión entre partes y un tercero que la resuelve, vinculado por ellas (o al menos por la acusadora).

4. Aparece, resultado de una combinación de principios correspondientes a cada uno de los dos sistemas citados, el "mixto"; denunciado por algunos como imposible (28); aceptado por otros como

(27) Cfr. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., pág. 237.

(28) Así, para FOSCHINI (*Sistema del Diritto processuale penale*, Milán, 1956, pág. 206) es imposible este "sistema mixto", ya que no se trata de una fusión o punto de equilibrio entre los acusatorio o inquisitivo, sino de una conjunción híbrida de principios e instituciones opuestos. Para él, la consecuencia de este error es la de perderse en vanas aspiraciones en sentido acusatorio; estériles y vanas, puesto que lo acusatorio y lo inquisitivo no son sino expresiones de la dialéctica entre lo social y lo individual, dialéctica que no podría tener en el proceso otra resultante, que la resultante del equilibrio hallado en la realidad del ordenamiento, del cual sigue el proceso la evolución político-jurídica.

Entendemos que a este autor, exactamente por esa "resultante" genérica, es por donde se le escapa la posibilidad de un sistema mixto, siempre que se entienda, no "mixtura", sino "combinación" con predominio de uno u otro sistema en cada tracto del proceso. Ello es exactamente lo que ocurre en el sistema español, que no ha examinado.

Por la misma razón —y aunque el título del trabajo excluye al olvido, puesto que se trata de "Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano", cit., págs. 295 y s. Conso, no puede admitir un proceso penal dispositivo, semejante al civil (en Italia). Lo que allí es cierto, no lo es en España, y justamente trataremos de demostrar cómo se puede "disponer" del derecho de defensa vinculando al Tribunal.

El examen del sistema procesal penal español —excluido el proceso sobre "delitos leves" de la Ley de 8 de abril de 1967, de tipo claramente inquisitivo, y alguno de tipo especialísimo, extraordinario— por su calidad de predominio en él de los principios que integran el sistema acusatorio, debería ser de gran interés para los estudiosos comparatistas. Algunos de ellos, "caen en la cuenta" del proceso acusatorio inglés, pero muy escasamente, del español (exceptuamos honrosamente a diversos procesalistas extranjeros, destacando, p. ej., a ALIMENA, estudiando *L'azione penale popolare*, típica del proceso español, en sus "*Studi di procedura penale*", Turín, 1906, págs. 204 y ss. esp.).

Y el no estudio de nuestro peculiar —por acusatorio y por otras particularidades— sistema, llega a provocar errores de enorme consideración, como el sufrido por el Maestro CARNELUTTI, confundiendo el proceso penal y civil de resarcimiento que puede ir acumulado a él, pero no necesariamente (arts. 106 y ss. de la Lecrim. española). Este error lo cometió dicho gran autor, en una postilla a PAOLI (*La nozione di lite nel processo penale*, Rid. Dir. Proc. Civ. 1930, I, pág. 63, y después lo reiteró en *Ancora sulla lite nel processo penale*, en la misma revista y año, I, pág. 245) y sólo lo reconoció en 1949 (*Lezioni sul processo penale*, I, pág. 49) diciendo que "tuvo el error de no saber distinguir entre proceso penal puro y el proceso penal que se puede llamar mixto (y por varias razones, realmente impuro), en cuanto se mezcla con la constitución de la parte civil un proceso civil...".

Estudiamos y resaltamos este error y su corrección —tardía— por el gran procesalista, en nuestro trabajo "La función del proceso como satisfacción jurídica" (RDPPr., Madrid, 1969, en prensa), para que se vean claramente las gravísimas consecuencias de la división de los estudios de Derecho procesal y la docencia de los mismos, entre dos Cátedras diferentes, arrastrando al

integrándose los referidos principios, o bien en la instrucción o bien en el juicio oral (29), delineado el total por otros como un compuesto de dos procesos distintos y enlazados en el tiempo: uno, de tipo inquisitivo (instrucción, el "sumario" español) y otro acusatorio (el "juicio oral" español) (30).

proceso penal juntamente con el Derecho penal, que puede muy bien oscurecerlo, transformarlo en otra "cenicienta", de la que el mismo CARNELUTTI y yo mismo hemos tratado en revistas italianas.

Con un régimen procesal penal como el español, y en un régimen docente en el que se encomienda a un mismo Profesor el estudio de *todas* las ramas del Derecho procesal, el error del gran maestro hubiera sido difícilísimo; y lo mismo, si hubiera examinado la *Leirim*, española.

[En el mismo error incurre CONSO, *Vero e falso*, cit., con respecto al que los italianos llaman "proceso mixto", págs. 294 y s.).

Pensando en el porvenir de los estudios de Derecho procesal comparado, comentamos este error carnelluttiano, en nuestro trabajo, dedicado a los "Estudios en honor del Prof. ALCALÁ-ZAMORA" (ya publicado en la "*Revista de Derecho Judicial*" española, Almansa-Madrid, 1966, núm. 26.)

Y, naturalmente, tampoco podemos compartir los temores, brillantemente expresados, de CONSO, en cuanto a la construcción de una doctrina general del Derecho procesal (Cfr. CONSO, *Vero e falso* cit., págs. 292 y s.), que ya hemos comenzado hace años [Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* cit., en nota 4 de este trabajo; *Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho procesal*, en "*Estudios de Derecho procesal*", Madrid, 1955; *Ideas sobre una teoría general del Derecho procesal*, en RDP., Madrid, 1965, III y IV. Sobre el estado de la cuestión, en la que colaboramos no poco los procesalistas españoles, cfr. últimamente, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal*, en *Rev. Iberoam. DPr.*, Madrid, 1968, *passim*; la ponencia de MIGUEL ALONSO a la IV Jornada de Profesores de Derecho procesal (Salamanca, 1968, RDP., Madrid 1968-II, págs. 17 y ss.); la Conclusión IV de dicha reunión, B) ("Que en la redacción de las Leyes de Enjuiciamiento, y por razones de economía y técnica legislativa, dado el estado actual de la doctrina, es aconsejable recoger como disposiciones generales los resultados alcanzados en la construcción de una teoría general del proceso en el tratamiento positivo de las instituciones que la misma comprende", en la misma RDP., y núm. de 1968); FAIREN GUILLÉN. Informe de la Universidad de Valencia al Ministerio de Justicia sobre la reforma del sistema procesal español. publ. en Valencia (1966) con el título "*Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*", Parte I Cap. único, págs. 9 a 23, proponiendo una Ley procesal general al frente de las especiales (o Códigos) correspondientes a cada orden (civil, laboral, contencioso-administrativo y penal y de seguridad); el "Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia" elaborado en 1968 por la Comisión General de Codificación, en el cual, se acepta parcialmente nuestro Plan; y por último, el Informe de la Universidad de Valencia, elaborado también por nosotros, en el que nos quejamos de que dicho Plan no haya sido aceptado por completo].

(29) Cfr. PISAPIA, *El segreto istruttorio* cit., págs. 52 y ss.

(30) La doctrina española mantiene diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica y función del sumario —entiéndase, en el procedimiento ordinario bipartido entre el Juez instructor y el Tribunal sentenciador, no en el de la Ley de 8 de abril de 1967, desarrollado totalmente ante el instructor, por razón de delitos cuya pena no exceda del arresto mayor (6 meses máx.), privación del permiso de conducir o multa no sup. a 50.000 ptas.—.

Así, FENECH (*Derecho procesal penal*, Barcelona, 1952, II, págs. 266 y ss.),

Un proceso de este tipo compuesto es el español ordinario —con la excepción del introducido en la Lecrim. por la Ley de 8 de abril de 1967 para delitos castigados con penas no superiores a arresto mayor, privación del permiso de conducir o multa no superior a

GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (*Lección de Derecho procesal penal*, Madrid, desde 1946, pág. 133), JIMÉNEZ ASENJO (*Concepción técnica-jurídica de la instrucción criminal*, RDPr., 1960-IV, pág. 875) afirman su naturaleza procesal —el último, de modo no muy claro—, y su función de preparación del juicio oral, la que le asigna expresamente el art. 299 de la Lecrim. (lo mismo, ahora, p. ej., CLARIA OLMEDO, *Criticas instructorias iniciales en el proceso penal*, "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba" (Argentina), núm. 4-5, págs. 11 y s. y TORRES BAS, *Anteproyecto de Código procesal penal* (provincia de Entre Ríos, 1967, página 46); para VIADA (*Curso cit.*, II, págs. 21 y s.) el sumario tiene naturaleza administrativa (excepto las actuaciones irreiterables).

Interesante es la posición JIMÉNEZ ASENJO (ob. cit., pág. 876): en el sumario habría "prueba", prueba eficaz y trascendente que decide la tesis del proceso; el juicio oral no haría sino homologar lo que proviene del sumario. Excesiva esta tesis, sin embargo, a nuestro juicio, como vamos a ver, tiene algo de aprovechable.

PASTOR LÓPEZ, considerando (cfr. *El sumario: su función y naturaleza jurídico*. RDPr., 1965-I, págs. 61 y ss.) que el proceso bien puede terminar sin apertura del juicio oral (mediante el sobreseimiento), llega a la conclusión de que se trata de un proceso con entidad propia (desarrolla así una tesis de FENECH, ob. cit., II, pág. 938 ed. 1960). Hace tiempo que estábamos de acuerdo con esta tesis; desde 1948, obra en los archivos del Ministerio de Educación y Ciencia nuestra "Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa de Derecho procesal" presentada para participar en las oposiciones a las Cátedras de Santiago y La Laguna, y allí, desde su pág. 136, la mantuvimos, fijándonos, efectivamente, en la posibilidad de que *todo* el proceso penal, termine por un sobreseimiento libre, con efectos de cosa juzgada.

Con lo cual, nos encontramos, en principio, dados los caracteres predominantemente inquisitivos del sumario, con un nuevo tipo de proceso español: de dicho tipo, y en el que no se produce un "cambio" hacia el sistema acusatorio, ya que ni siquiera llega a producirse la acusación formal (arts. 645 y 649 Lecrim.).

Pero examinando más a fondo el sumario, hallamos en él matices del contradictorio —propio del sistema acusatorio— que permiten llegar a la conclusión de que la tesis de considerar al sumario, en ciertos casos (en los de sobreseimiento libre a su final) como *todo* un proceso penal, no introduce la incoherencia en el sistema general procesal penal español, de tendencia mejor acusatoria —hasta límites desconocidos en casi todo el mundo, como veremos— (y salva la excepción del citado proceso para delitos leves, de la ley de 8 de abril de 1967, de cariz clásicamente inquisitivo, que sí es incoherente con el sistema de la Lecrim.).

Se ha dicho, contra el carácter procesal del sumario, que durante el mismo, el imputado no asume realmente la posición de parte, puesto que está sometido a toda una serie de restricciones en su libertad de acción y de defensa, que afectan gravemente a ésta (Cfr. p. ej., MORENO, *El principio de oficiosidad en el proceso penal*, en RDPArg., II (1944), núm. 3, págs. 253 y ss.; y la motivación de esta inferioridad está espléndidamente expuesta en la Exposición de Motivos de nuestra Lecrim.).

Mas frente a esto —que es evidente— resulta que el imputado puede requerir el auxilio de un técnico jurista para su defensa desde un momento muy temprano de la instrucción (art. 118 Lecrim. cuando hayan de "intentar algún recurso" y ya cabe la apelación contra el auto de prisión provisional, art. 518):

50.000 pesetas, en el cual la instrucción y el juicio propiamente dicho dependen del mismo juez y otro, esta vez para el castigo de ciertos delitos graves (Orden Público, Ley de 2 de diciembre de 1963), en el que pese a existir la bipartición en dos estadios, uno ante el juez

las actuaciones más importantes de la investigación sumarial, están sujetas a contradicción "a posteriori", protegida por todo un sistema de recursos (artículos 216 y ss.), y alguno de ellos, el de queja sin sujeción a plazo de interposición (arts. 213 y 235) demuestra que los autos del juez sumarial, por tratarse de su adopción en régimen inquisitivo, *no surten efectos de cosa juzgada formal*, exactamente como defensa contra dicho sistema (tesis que defendemos en nuestro trabajo "El sistema de recursos procesales de queja en España", en RGLJ, 1969 —en prensa—).

El imputado, puede declarar alegando cuanto considere conveniente para su defensa; el defensor puede promover actuaciones que le exculpen; el secreto sumarial, le afecta relativamente (art. 302) y también puede ser declarado secreto para el querellante particular (art. 316); además, la especial posición del Ministerio Fiscal, debe favorecerle en lo que sea justo, a través de la inspección de lo que el juez haga y de procurar reducir al límite exactamente admisible al ataque del acusador particular. (La Exposición de Motivos de la Lecrim., también se refiere a ello.) Además, que no se trata de meras diligencias preparatorias que luego "hayan de ser expurgadas en el crisol de la contradicción" (Cfr. Exp. de Motivos de la Lecrim.) lo muestra el hecho de que el juicio oral no se abre si se produce el sobreseimiento.

El sobreseimiento libre —como el provisional— está precedido de sendas actuaciones escritas del Ministerio Fiscal y del futuro acusador particular (sólo del acusador privado en los casos de delitos no perseguibles de oficio), en los cuales, evidentemente valorando las actuaciones sumariales, piden lo que estimen procedente; tras lo cual, el Tribunal (no el juez instructor, salvo en el procedimiento llamado "de urgencia", art. 795, y sólo el sobreseimiento provisional que supone la suspensión del proceso, pero no su resolución) resuelve.

Con el sobreseimiento definitivo, acaba el proceso, surtiendo el auto correspondiente, el efecto de cosa juzgada material (Memoria de la Fiscalía del T. S. de 15 de septiembre de 1908). Ello significa que se entiende que el sumario —algunas de cuyas actuaciones, las irreiterables más tarde, son plenamente contradictorias— ofrece suficientes garantías para poder valorar como pruebas las diligencias en él practicadas, y significa también, que *tiene lugar un verdadero juicio*, sin contradicción del procesado, sobre la base de dicho material sumarial.

Hay que entender que es el MF el que en estas actuaciones sin contradicción, debe asumir la defensa del procesado (ya que él mismo puede pedir al sobreseimiento, mientras el futuro acusador privado pide la apertura del juicio oral); la Exp. de Mot. de la Lecrim. le consagra en este papel de defensor del inocente.

Nos encontramos pues, que el sumario, cuando a su final se produce un sobreseimiento libre o definitivo, constituye, por sí solo, *todo* un proceso. Lo que ocurre es que sólo "a posteriori" podremos decir *si ha constituido todo un proceso*; pues en el caso de que no se produzca el sobreseimiento definitivo pasa a integrarse como preparación del juicio oral.

Nótese por último, que si hallamos que puede producirse *todo* un proceso regido por el sistema inquisitivo —el sumario—, este proceso como totalidad, *sólo puede terminar con una resolución absolutoria*. Es decir, el predominio del sistema inquisitivo sólo puede operar en favor del imputado, pero nunca en su contra.

He aquí el punto de congruencia entre este fenómeno y la vigencia general del sistema acusatorio a lo largo del proceso penal español (a salvo el de la Ley de 8 de abril de 1968, y alguno extraordinario).

instructor y otro ante el Tribunal sentenciador, por los hechos de admitir la prisión preventiva incondicional y la condena en rebeldía con muy escasa posibilidad de purgarla (31), no puede ser calificado de acusatorio—; nos limitaremos a examinar el proceso ordinario y el llamado “de urgencia” que deben resolver las Audiencias provinciales (arts. 793 y ss. del a Lecrim., reformada por la de 8 de abril de 1967), y especialmente, el primero, por razones que no escapan a quien continúe leyendo.

En la nota 30 de este trabajo se puede ver cómo el “sumario” el período de instrucción español, puede funcionar a título de proceso completo (cuando a su fin se dicta auto de sobreseimiento definitivo, que surte efectos de cosa juzgada, como si se tratase de una sentencia final sobre el fondo); cierto es que el “sumario” tiene características inquisitivas, pero su funcionamiento, como “totalidad” del proceso, sólo lo concibe la ley cuando termine con la absolución del imputado a través de dicho auto de sobreseimiento; esto es, trátase de un caso en que la “inquisitio”, considerada por sí sola, sólo puede operar en “favor rei” (32). Es posiblemente la escasa atención prestada a este fenómeno, la que hace dudar sobre el verdadero carácter del “sumario” como proceso (33), aunque ello sólo se pueda constatar “a posteriori”, cuando todo terminó mediante un sobreseimiento definitivo.

5. Particularidades del proceso penal español son, entre otras, la de poder comenzar “ex officio”, por iniciativa de los jueces, y también la de la existencia de la “acción pública”.

A) En cuanto al comienzo del proceso penal de oficio, aludida por los artículos 106, 303, 638 y 793 de la Lecrim., entendemos que su clave se halla en lo que hemos denominado “hallarse el Derecho en estado de necesidad”, por no haber llegado al juez la “notitia criminis” por ningún otro conducto que el de su propia percepción de la actividad delictiva; de aplicarse el principio procesal de la imposibilidad para dicho juez, de utilizar en el proceso su ciencia privada, el resultado sería, no habiendo ni denuncia ni querrela (ni del Ministerio Fiscal, ni de la autoridad administrativa, ni de los ciudadanos particulares), que el delito no perseguido, quedaría impune, lo cual es inadmisibles (34). Ciertamente que esta “oficialidad pura” del proceso tiene escasa duración temporal —y procesal—, ya que el juez, apenas incoado el sumario “ex officio” —como en el caso de querrela

(31) Sobre este último punto, Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español* cit., esp. págs. 66 y s.

(32) He aquí una interesante manifestación a la que no se dedica bastante atención en el interesante trabajo de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio “pro reo” en el Derecho y en el Proceso penal*, en RDPt., Madrid, 1966-II, págs. 77 y ss y esp., pág. 108.

(33) Cfr. p. ej., SERRA DOMÍNGUEZ, voz “Instrucción”, en NEJES, § II y III.

(34) Cfr. esta exposición en FAIREN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal, Derecho político*, en “Estudios de Derecho procesal”, Madrid, 1955, esp., páginas 117 y ss.

del particular o de simple denuncia—, debe “ponerlo en conocimiento del fiscal de la respectiva Audiencia” (art. 308 Lecrim.), el cual “se constituirá” (como inspector, dice la Lecrim., este es otro problema; en realidad, como parte instrumental) al lado del juez instructor, al cual podrá formular “pretensiones” (art. 306 de la Lecrim.) (35). No vemos otro medio de explicar este atentado contra categorías procesales que, por generalmente admitidas, son, en ocasiones, abusivamente arrastradas al proceso penal, la “acción”, la “demanda”, la “pretensión”. De aquí que parezca —y posiblemente lo sea— “forzada” esta construcción; mas si consideramos al sumario como una parte del proceso penal, *qué puede integrarlo totalmente*, ésta es la explicación de su origen en tales casos; repetimos que el negar la naturaleza jurisdiccional (36) —y procesal— del sumario pese a las manifiestas pruebas de ellos que suministran el hecho de que el juez se comporte como tal, protegido por la independencia e inamovilidad; de que exista una serie de recursos contra los actos del mismo —recursos jurisdiccionales, como lo es la apelación—; que la parte de las actividades sumariales no reiterables se celebre bajo el principio de publicidad y contradicción para el imputado (arts. 467 y ss., prueba pericial no reiterable en el juicio oral: nombramiento de peritos por el imputado, y presencia del mismo, “aun cuando estuviese preso”, artículo 476); esta negación olvida la posibilidad del sobreseimiento definitivo. Para quien tal piensa, resultaría que en España existe la posibilidad de un proceso penal puramente administrativo, en cuyo caso no se explicaría la razón por la cual los autos de sobreseimiento definitivo están amparados por la cosa juzgada material (37) (38).

Pero, para terminar con este punto, repetimos: se halla en el proceso ordinario español la posibilidad de que todo un período de predominio inquisitivo pase a constituirlo íntegramente; pero sólo

(35) Los Tribunales españoles también pueden actuar como simples denunci-ciantes. Véase un ejemplo en el art. 684 (III) Lecrim.:

“Podrá también acordar (el presidente del Tribunal juzgador) que se detenga en el acto a cualquiera que delinquiere durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente” (del competente para la instrucción sumarial); y para nosotros, cuando la denuncia se dirige a una autoridad judicial, éste, incluso para desestimarla debe producir un acto... procesal; luego hubo acción penal, en el sentido que nosotros le damos (Cfr. sobre esto, FAIREN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal y Derecho político*, cit., esp., págs. 112 y s.).

(36) Cfr. en este punto, MORÓN PALOMINO, *Sobre el concepto de Derecho procesal*, en RDP, Madrid, 1962-III, pág. 533.

(37) El recurso de casación que contra los autos de sobreseimiento libre concede el art. 636 Lecrim., también quedaría sin explicación. Siendo el sumario de naturaleza administrativa, o A) reducimos al Tribunal Supremo a la función de tribunal de primera instancia o B). Como —según algunos— “el proceso penal nace con la calificación provisional de las acusaciones”, este recurso de casación, o sería “preprocesal” —cosa muy bizarra para la casación— o bien una especie de “agotamiento de la vía administrativa”. Ambas tesis serían difíciles de mantener.

(38) Cfr. supra.

puede desembocar en una resolución absolutoria; el resto del proceso es de tipo acusatorio (39).

B) Especialidad de mayor interés del proceso español es el de conocer, para su iniciación, la "acción pública" o "popular" (40), no en el impropio sentido en que la conceden algunas legislaciones ("delitos de acción pública dependiente de instancia privada" u otras denominaciones) (41), sino en el propio y más correcto de que el Ministerio Fiscal no detenta la iniciativa del proceso penal él sólo, ni tampoco el monopolio de acusar en materia de delitos públicos; incluso —siempre en esta materia— el ciudadano español puede quedar

(39) Con excepción del repetido para delitos menores de la Ley de 8 de abril de 1967, y del Tribunal de Orden Público. En materia de faltas, también es el mismo, el juez instructor y el sentenciador.

(40) Artículo 101 de la Lecrim.: "La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley."

Art. 107: "La renuncia de la acción civil o de la penal renunciable no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere."

Art. 270: "Todos los ciudadanos españoles, hayan sido ofendidos o no por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley."

Art. 274: "... pero podrá (el querellante particular) apartarse de la querella en cualquier tiempo, quedando, sin embargo, sujeto a las responsabilidades que pudieran resultarle por sus actos anteriores."

Art. 649: "Cuando se mande abrir el juicio oral, se comunicará la causa al fiscal..., para que en el término de cinco días califiquen por escrito los hechos" (la acusación).

Art. 651: "Devuelta la causa por el Fiscal, se pasará por igual término y con el mismo objeto al acusador particular, si lo hubiere..."

Art. 734: "Llegado el momento de informar, el presidente concederá la palabra al fiscal, si fuere parte en la causa, y después al defensor del acusador particular, si le hubiere."

"En sus informes expondrán éstos los hechos que consideren probados en el juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los procesados..."

Art. 732: "Practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar sus conclusiones de los escritos de calificación" (acusación definitiva o retirada de la acusación).

(41) Cfr. p. ej., para Argentina, VÉLEZ MARICONDE, *Acción penal dependiente de instancia privada*, en Rev. Iberoam. DPr., Madrid, 1964-IV, páginas 745 y ss.; GUERRERO LECONTE, *Acción penal e instancia privada*, en RArg. DPr., 1968, núm. 2, págs. 27 y ss. y esp. 33.

En México, concretamente, no existe la "acción popular" concebida como independiente de la actuación del Ministerio Público (Cfr., p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Síntesis de Derecho procesal (Panorama del Derecho mexicano)*, México, 1966, págs. 204 y s. y varios lug.; FRANCO SODI, *El procedimiento penal mexicano*, México, 1946, págs. 36 y s. y 136, monopolizando la "acción penal" el Ministerio Público. Cfr. también RIVERA SILVA, *El procedimiento penal*, México, 1944, págs. 69 y s.

Según el primer autor citado (FRANCO SODI), la "acción popular" concedida para perseguir los delitos denominados genéricamente de abuso de autoridad, no puede ponerse en práctica, por estimar la Corte Suprema que es inconstitucional, según su interpretación del art. 21 de dicha Norma Fundamental.

sólo acusando ante el Tribunal, en el caso de que el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento (42) o de que, en pleno desarrollo del juicio oral, retire su acusación (43). Esto es lo que da al proceso español por razón de delitos públicos su cariz peculiar, tan semejante al del proceso penal inglés (ya veremos cómo esta semejanza se manifiesta también en cuanto a la “conformidad” del acusado).

Ello ocurre, claro está, en el campo de la acusación por delitos públicos; pues en cuanto a los delitos llamados “privados”, la “acción” penal está reservada a determinadas personas, fijadas por el Código penal, quedando excluido el Ministerio Fiscal (art. 105 Lecrim.), salvo ciertos casos (desvalidez, etc.).

Por tanto, se trata de un sistema plenamente acusatorio; en él, la llamada “acción popular” se manifiesta en toda su extensión genuina; no es éste el lugar de entrar en disquisiciones sobre el pro y el contra de ésta que estimamos excelente y democrática institución (44); lo hemos hecho en otro lugar, y a él nos remitimos. Baste recordar que la concebimos como un “status activae civitatis”, como el desempeño por el particular de una función pública —el “ius accusandi”— (45) (46); cualquier duda que en otros ordenamientos

(42) Art. 642 Lecrim.: “Cuando el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento de conformidad con lo dispuesto en los arts. 637 y 641, y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación, podrá el Tribunal acordar que se haga saber a los interesados en el ejercicio de la acción penal, para que dentro del término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno.”

“Si no comparecieren en el término fijado, el Tribunal acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal.”

Art. 643: Prevé el llamamiento por edictos a “los interesados en el ejercicio de la acción penal” de no conocerse su paradero.

Art. 644: “Cuando el Tribunal conceptúe improcedente la petición del Ministerio Fiscal relativa al sobreseimiento y no hubiere querellante particular que sostenga la acción...”

Art. 645: “Si se presentare querellante particular a sostener la acción... no podrá prescindir de la apertura del juicio.”

Con ref. a la doctrina jurisprudencial del TS sobre la retirada de la acusación por el Ministerio fiscal, Cfr. VIADA, *Curso*, II, págs. 292 y ss. La solución correcta, la da en la pág. 296.

(43) Cfr. sobre este punto, FAIREN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en “Temas del Ordenamiento procesal” (Madrid, 1969, en prensa) núm. 12 ad. A).

(44) Para LÓPEZ-REY ARROJO, y no sin razón, el monopolio de la “acción penal” (siempre entre comillas, pues muy otro es nuestro concepto de la misma, cfr. “Acción, Derecho procesal y Derecho político” cit., *passim*) por el Ministerio Público, es antidemocrático; se trata de una manifestación autoritaria procedente de la obra napoleónica (Cfr. LÓPEZ-REY ARROJO, *La reforma procesal penal en Bolivia*, Buenos Aires, s. a. (pero ulterior a 1947), páginas 117 y s.).

“En cuanto a nuestra construcción de la “acción popular”. cfr. FAIREN GUILLÉN, *Ideas sobre una teoría general del Derecho procesal*, en “Temas del Ordenamiento procesal” (en prensa, 1969), y en RDPPr., 1966-II, págs. 62 y s.: desarrollada en “El proceso como función de satisfacción jurídica” cit., loc. cit.

(45) Cfr. FAIREN GUILLÉN, ob. cit., en nota anterior.

(46) Esta concepción de la “acción popular”, muy fácil después de los

haya podido provocar, en el nuestro, a la vista de la Lecrim., se desvanecen (47).

Era fundamental exponer la concepción amplísima de la “acción popular” en el ordenamiento español, como base que es del sistema acusatorio que en él impera; de interés el recordar, a los efectos de que pasaremos a tratar —la conformidad del acusado— que éste, desde el principio del juicio oral y en su preparación, puede hallarse, frente a frente, no con el Ministerio Fiscal —que pidió el sobreseimiento libre, pues no iba a formular acusación—, sino con otro ciudadano, con el acusador particular.

Esta concepción tan liberal del proceso es la que ha de contribuir en no poco a aclarar la naturaleza jurídica de dicha “conformidad”, como clave igualmente del sistema acusatorio español.

6. Para centrar el tema, precisamos pensar sobre cuáles son los medios que la Lecrim. admite de intervención personal de la parte penal pasiva (exceptuando de aquí su participación en las demás actividades del juez o del Tribunal, como lo son, las de asistencia a la práctica de otras pruebas, las instrucciones dadas a su defensor para la proposición de diligencias en su defensa, etc.).

A) Su interrogatorio en dos momentos procesales: en el sumario y en el juicio oral.

B) Su participación en careos.

C) Sus declaraciones de conformidad o disconformidad con las calificaciones de la acusación.

D) Su respuesta a la “última pregunta” en el juicio oral.

A) El interrogatorio del sumariado o del acusado (art. 385 y ss.). La Lecrim. utiliza en alguna ocasión la palabra “confesión” (artículo 406), pero no se trata de ella. No se puede transponer la “confesión judicial” del proceso civil al penal en el sistema acusatorio. Dejó de ser la “regina probatorum” del sistema inquisitivo al desaparecer su antecedente formalista necesario —el juramento que la Lecrim. no admite, art. 387— y su corolario confirmativo, la tortura, terminantemente prohibida en todos sus matices, incluso en el del siniestro “tercer grado” (arts. 389, 391, 393 y 394); extinguidas dichosamente la violencia moral del juramento (48) y la física subsiguiente (49), no queda sino la discusión en torno a si se trata de un medio de

estudios de Derecho público de JELLINEK, ya era intuida en España por SILVELA, en 1888. Cfr. *La acción popular*, en RGLJ, T. 73 (1888), esp. pág. 483.

(47) Nos referimos a las dudas de la doctrina italiana, inaplicables al ordenamiento español, dada la meridiana claridad de éste. Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción* cit., núm. 12, ad. A), bibl. cit.

(48) Cfr. JIMÉNEZ ASEÑO, *La confesión del reo o inculpado*, en RDPProc., Madrid, 1945-III págs. 375 y s.

(49) Muy interesante sobre el final de esta trágica época —malgrado de que abusivamente se la pueda utilizar a título de corruptela, como “recurso utilizado en la persecución”, lo que los juristas no debemos permitir, pero tampoco

prueba, en grados diferentes, desde el simplemente informativo (50) o de defensa del propio declarante sujeto pasivo del proceso (51).

Pero en todo caso, queda excluido que se trate de un acto dispositivo (de los que GOLDSCHMIDT llamaría “de causación”) (52), de una participación de voluntad que vincule al Tribunal, el cual apreciará estas declaraciones del imputado o acusado en su sentencia, “según conciencia” (art. 741 Lecrim.); en tanto que la “conformidad” de los arts. 655, 688 y ss. y 800, surte efecto vinculante —dispositivo— sobre el Tribunal, como veremos.

El grupo B) sale de los límites de este trabajo; no se trata tampoco claramente de actos dispositivos, pues la declaración o intervención del imputado o acusado en ellos también han de ser apreciadas “según conciencia” por el Tribunal, en su sentencia; tampoco tienen relación con la “conformidad”.

El grupo D) será objeto de un examen especial, en el lugar en que corresponde, como eventualidad posible en el caso de que no haya

ignorar— TOMÁS VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en “Anales de la Universidad de La Laguna” (Facultad de Derecho) 1964, *passim*.

(50) Así, concretamente, SILVA MELERO, *El interrogatorio del inculpado*, en “Tres comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho comparado de Londres de 1950”, en RDPProc., Madrid, 1950-III, pág. 402.

Es una prueba para FENECH *Derecho procesal penal* cit., I, págs. 795 y ss. v II, 213 (sin perjuicio de considerar sus matices de medio de defensa); medio de prueba también para JIMÉNEZ ASENJO, ob. últ. cit., págs. 356 y s.; doble medio de defensa y de prueba para MUÑOZ ROJAS (*El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, pág. 71); y desde luego, no es un medio dispositivo del contenido material del proceso (FENECH, ob. cit., I, 797).

El legislador mexicano la mantiene como prueba plena (art. 249 del CPP) (Cfr. p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Síntesis* cit., pág. 219; FRANCO SODI, ob. cit., págs. 251 y s.; RIVERA SILVA, ob. cit., págs. 181 y ss.).

Entendemos que son compatibles las dos direcciones arriba citadas; el sujeto al proceso penal, toma parte en un medio de prueba de valor indiciario [art. 406 de la Lecrim.: La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de prácticas todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión...]; art. 746-6.º (en el juicio oral, la Lecrim. ha omitido el tratamiento de la declaración del acusado; mas la doctrina está conforme en su necesidad, cfr. por todos, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, V, —Madrid, 1914—, pág. 332): “Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria.”]; pero a través de él mismo, se defiende. La Lecrim. no le *obliga* a decir verdad (art. 387, “No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad...”).

No debe desconocerse que la Ley reconoce al acusado, y hasta el momento en que es condenado, un interés jurídico en su propia defensa (el que llamamos “interés de salvación”), y que el medio de exponerlo, es el de sus propias declaraciones; la Ley incluso le autoriza la auto-defensa (la “última palabra” en el juicio oral, de que más tarde hablaremos).

(51) Así, cfr. doctrina citada en nota anterior (muy interesante, FOSCHINI, *L'imputato*, Milán, 1956, págs. 25 y ss.) y art. 396 de la Lecrim.: “Se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación...”; el art. 739 (“la última palabra” en el juicio oral).

(52) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas* cit., pág. 63.

“conformidad” previa a las sesiones del juicio oral o al comienzo del mismo.

7. Vamos a examinar “la conformidad” del acusado en el sentido que le da la Lecrim. española.

El art. 655 de la misma reza así:

“Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional (53), al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida: expresándose además por el letrado defensor si esto, no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio”.

“Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.”

“Si ésta no fuese la procedente, según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.”

“También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.”

“Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.”

Esta es la primera ocasión en que el “acusado” (no el simplemente procesado, como dice la Lecrim. con manifiesto error de terminología, ya que se ha producido la acusación en la calificación de las partes activas, arts. 649 y ss.) puede conformarse con la pena contra él solicitada, siempre que ésta no exceda de una entidad temporal de seis años de privación de libertad (54).

(53) Estas penas, originariamente (Código penal de 1870) eran las de presidio y prisión correccionales, destierro, reprensión pública suspensión de cargo público, derecho de sufragio, profesión u oficio y arresto mayor. Hoy día, las más graves (presidio y prisión menores y destierro) tienen una duración de seis meses y un día a seis años como máximo (art. 30 C. P.).

(54) La doctrina procesal penal española, con justicia, se detiene en esta singular institución; un trabajo exhaustivo sobre la misma es el de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, en “Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional”, Buenos Aires, 1944, páginas 411 y ss.

En este trabajo se examina nuestra figura en toda la serie de jurisdicciones españolas existentes antes de 1936 —algunas de ellas, actualmente desaparecidas—, en las cubanas de la época, y los pocos datos de semejanza existentes en el derecho comparado. Para todos estos extremos, así como para el estudio de la

Nótese, para comenzar, que el que la voluntad conjunta del defensor técnico y del acusado, sin que se haya retirado la acusación (acaba de producirse a través de las calificaciones), impida al Tribunal el manifestar libremente su convicción —que no puede formar, pues con la “conformidad” se elimina la prueba posterior— sobre el fondo del proceso, se compagina de modo extraño con el carácter público de éste (55); muestra, a nuestro entender, de la potente influencia del principio dispositivo (56) que sólo dentro de un sistema acusatorio puede manifestarse.

En cuanto a su motivación, se dice que mediante la “conformidad” el acusado se desembarca definitivamente del proceso, incómodo, efectivamente, para él —amenazador de mayores males (57)—; que congestiona a los Tribunales de trabajo (58); que es “la aceptación de un mal menor” (59) mediante el que puede aprovecharse incluso un error cometido por la acusación al calificar (60). Así es; y todo esto responde a un sistema acusatorio llevado a sus más altos extremos, hasta el punto de que ha llegado a decirse que constituye un atentado contra el mismo si se le considera desde el ángulo visual del o de los acusadores (61).

La norma fundamental del art. 655 (en la que prescindimos del efecto negativo que produce en el caso que haya varios acusadores y algunos de ellos no “se conforma”, en cuyo caso, “continúa el juicio”, pero con las correspondientes diferenciaciones que la doctrina (62) y la jurisprudencia han hecho) supone, pues, la “confor-

figura en general, nos remitimos de aquí en adelante, a este notable trabajo, que no pretendemos enular; sólo se pretende examinar la naturaleza jurídica de la misma. Esta exposición previa, tiene solamente un carácter explicativo de la “conformidad”, sin otras pretensiones.

(55) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., núm. 65, págs. 460 y s.

(56) Más adelante expondremos este problema.

(57) Cfr. está arg. en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 462.

(58) Cfr. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios* cit., V, pág. 69; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 462.

(59) Cfr. AGUILERA DE PAZ, ob. cit., V, pág. 80; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 460 y s.

(60) Cfr. autores cit., loc. cit., en nota anterior.

(61) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 475 y s. y 480 y ss.

(62) Acertada la distinción de la “conformidad parcial” de FENECH (Cfr. su *Derecho procesal penal* cit., II, págs. 233 y s.); la hipótesis de lo que él llama “parcialidad subjetiva” —la más clara prevista por la ley— estimamos que constituye una restricción más, impuesta a la disposición sobre el derecho de defensa, en méritos de un procedimiento, contradictorio y exhaustivo —el juicio oral—, aunque plantea para los que se conformaron, el peligro de que, en dicho juicio oral y como consecuencia de la prueba practicada, la acusación (calificación) definitiva, sea más grave que aquélla con la cual se “conformaron”.

La hipótesis más espinosa, esto es, la que se trate de varios acusados por dos o más hechos diversos, es resuelta correctamente por el citado autor —que así matiza acertadamente la inexistencia de litisconsorcio necesario pasivo en el proceso penal—; el juicio continuará para aquellos que no se conformaron, dictándose sentencia desde luego, con respecto a los que le hicieron (así también la jurisprudencia del T. S.).

midad”, el acuerdo; supone estarlo con “la calificación” más grave; esto es, con todos los extremos contenidos en la misma (63), de los que la propia Ley destaca —pero sólo destaca— uno: “la pena” solicitada (64).

Es este “acuerdo” cuya naturaleza jurídica estudiaremos.

Pero antes debemos recordar que el art. 655 ha proporcionado no escasos problemas —como el 688 y ss.— (65).

Destaquemos que el Tribunal debe valorar la incongruencia de la calificación con la pena en ella solicitada solamente cuando el error suponga que debería imponerse una pena mayor, pero no cuando el error ha consistido en solicitar una pena inferior a la que correspondería (66); incluso puede absolver al acusado si lo estima inocente (67). En el primer caso, debe ordenar que continúe el juicio,

(63) La “calificación provisional” —la acusación—, según el art. 650 Lecrim., comprende los siguientes extremos:

1.º Los hechos punibles que resulten del sumario.

2.º La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan.

3.º La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios.

4.º Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.

5.º Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito”, etc.

Por lo tanto, yerra quien estima que “en el procedimiento del art. 655 no existe confesión de culpabilidad, sino conformidad con la penalidad” (Cfr. VIADA, Curso cit., II, pág. 297).

(64) Cfr. la nota anterior.

(65) Hay quien considerándolo como clave de un “proceso truncado” dice que “allí donde existe una organización judicial eficiente por su capacidad y suficiente por su número y distribución, el juicio truncado no tiene razón de ser, pues nunca ofrecerá las garantías del juicio completo. En cambio, en estados de características opuestas, con medios de comunicación rudimentarios o restringidos y tribunales recargados de trabajo, el allanamiento puede prestar grandes servicios...” (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado* cit., núm. 71, pág. 464).

Estimamos excesiva esta declaración del autor; por encima de las consideraciones de economía procesal que operan a favor del mantenimiento de la “conformidad”, se halla la del “favor rei”; con ella, el acusado “conforme” evita el riesgo de que, como resultado de la prueba que se practique en el juicio oral, la calificación definitiva de la acusación, agrave su situación; y que entre en acción el art. 733 de la Lecrim., que podría resultar catastrófico para su defensa.

(66) Cfr. AGUILERA DE PAZ, con ref. a Instrucciones de la Fiscalía del T. S., en *Comentarios* cit., V, pág. 80.

(67) Consulta de la Fiscalía del T. S., de 31 de mayo de 1898 y Exposición de la misma, de 15 de septiembre de 1896, pág. 138.

Esta posición es criticada por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (ob. cit., páginas 468 y ss.), entre otras razones, por estimarla “un desbordamiento inadmisibles de los principios inquisitivos y de oficialidad sobre una institución que precisamente se basa en los opuestos a ellos, o sea, el acusatorio y el dispositivo”, y que lesiona “gravemente los derechos de las partes acusadoras” (puesto que según la Fiscalía del T. S., no cabe recurso de casación contra la sentencia de “conformidad”).

y en el segundo, dictar sentencia recogiendo la conformidad (68). —siempre que la pena no exceda de la de prisión menor, naturalmente.

Otro problema planteado por el art. 655 es el de la no ratificación por el propio acusado, de la conformidad expresada por su letrado defensor, ya que la Lecrim. no habilita un momento procesal expreso para proponer prueba (puesto que el juicio debe continuar); la doctrina y la jurisprudencia resuelven el conflicto (69) provocado por esta defectuosa colocación del artículo (70), de modo que la proposición de prueba pueda ser formulada.

Otros problemas giran en torno a las facultades del Tribunal, fijadas "a máximo" por la Ley, pero "dentro" de la pena, que tiene una extensión máxima y otra mínima, naturalmente, según el C. P. (¿puede tener en cuenta agravantes, atenuantes o eximentes enunciadas en la calificación acusadora?) (71); en torno a la capacidad del acusado que

Estimamos que, si hay un desbordamiento de lo inquisitivo, se produce operando el "favor rei", por lo cual, es admisible.

En cuanto a la argumentación sobre la no constitución de prueba por el material sumarial —el cual constituye la única base en virtud de la cual, el Tribunal, apartándose de la conformidad, puede imponer una pena menor o incluso absolver—, no se trata de un caso tan excepcional; cuando el Tribunal sobresee definitivamente (art. 637), surtiendo este auto efectos de cosa juzgada material, como si se tratase de una sentencia, tampoco cuenta con otro material probatorio que el recogido durante el sumario. He aquí otro caso en el que opera la "inquisición" sumarial, *pero sólo en favor del procesado* (Cfr. supra, en el texto, núm. 4).

(68) Salvo el caso, citado en la nota anterior.

(69) Así, la Fiscalía del T. S., en su Instrucción de 1883 dijo que para conformarse, los letrados debían contar con previas instrucciones de sus defendidos, en sentido de hacerlo (lo que no consta en la ley); correcta jurisprudencia del Tribunal Supremo mismo, dice que en caso de esta disconformidad del acusado, los autos deben volver al mismo o a otro defensor. a efectos de dicha proposición de prueba (Sobre si debe ser el mismo defensor u otro nuevo cfr. p. ej., GONZALEZ DEL ALBA, *Observaciones al art. 655 de la Lecrim.*, en RGLJ, T. 67, 1885, págs. 141 y s.; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios cit.*, V, páginas 81 y ss.).

También se ha dicho (FENECH, *Derecho procesal penal cit.*, II, 223) que como la Ley no exige que la conformidad la preste el letrado en forma de "conclusiones", lo procedente es, en el caso de que su conformidad tropiece con la no ratificación del acusado, que vuelvan los autos al mismo o a otro letrado, para que califique contestando a la acusación y proponiendo prueba. Esto es lo correcto, y se mantiene por el T. S.

La verdadera solución legal, la daba el art. 796 de la Lecrim. (sobre el procedimiento especial a seguir en los casos de flagrante delito; cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 424) dando un plazo para articular la prueba en el caso de la no conformidad; pero este art. fue desdichadamente derogado por la llamada "Ley de procedimiento de urgencia", de 8 de junio de 1957, que vino a sustituir al Tít. III Libro IV de la Lecrim., y después, por la ya citada Ley de 8 de abril de 1967, igualmente incrustada en la Lecrim. Se ha sufrido pues, un importante retroceso.

(70) Así, GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. cit., págs. 141 y ss.

(71) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., págs. 475 y ss.

“se conforma” por tratarse de un acto “dispositivo” (72); en cuanto al carácter jurisdiccional o no de la sentencia que recoge la conformidad (73). Estos problemas también los plantean los arts. 688 y ss.

Pero, malgrado la entidad de estos problemas, es evidente que la “conformidad” del acusado —tanto en este momento del art. 655 como en el del 688 y ss.— es una declaración de voluntad en virtud de la cual, siempre que se halle dentro de los límites y requisitos legales, se produce el final del proceso, sin continuar el juicio oral, ni producirse la contradicción, ni prueba alguna ulterior.

El art. 688 y ss. de la Lecrim. recogen por segunda vez el fenómeno de la conformidad en un momento ulterior:

“Art. 688. En el día señalado para dar principio a las sesiones (del juicio oral propiamente dicho), el presidente, en el momento oportuno, declarará abierta la sesión.”

“Si la causa que haya de verse fuese por delito, para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, preguntará el presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación, y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios.”

“Art. 689. Si en la causa hubiere, además de la calificación fiscal, otra del querellante particular o diversas calificaciones de querellantes de esta clase, se preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave, y civilmente responsable por la cantidad mayor que se hubiese fijado.”

“Art. 690. Si fueren más de uno de los delitos imputados al procesado en el escrito de calificación, se les harán las mismas preguntas respecto de cada cual”.

“Art. 691. Si los procesados fueren varios, se preguntará a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido.”

“Art. 693. El presidente hará las preguntas mencionadas en los artículos anteriores con toda claridad y precisión, exigiendo contestación categórica.”

“Art. 694. Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el art. 655.”

“Art. 696. Si el procesado no se confesare culpable del delito que le fuere atribuido en la calificación, o su defensor

(72) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., págs. 477 y ss.

(73) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., págs. 472 y ss. y 480.

considerase necesaria la continuación del juicio, se procederá a la celebración de éste.”

“Art. 698. Se continuará también el juicio cuando el procesado o procesados no quieran responder a las preguntas que les hiciere el presidente.”

“Art. 699. De igual modo se procederá si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquél, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores.”

Estas son las normas de interés primario. Véase a su través que el sistema de prestar la conformidad —que la *Lecrim.* llama, impropia-mente, “confesión”, sin serlo (74)— se invierte con respecto al del artículo 655: allí era en primer lugar el defensor y después el acusado (que no el procesado, como toscamente dice la *Lecrim.*) los que se “conformaban”; aquí es primero el propio acusado y después su defensor quienes han de “conformarse” (75).

De “momento inoportuno” y de “poco ventajosa reiteración de la diligencia”, se ha calificado al art. 688 y ss. y a su impostación en la *Lecrim* (76). De acuerdo con el primer punto, no lo estamos con el segundo, pensando siempre que esta excepción al sistema acusatorio está justificada en el “favor rei”, que, como en el art. 655, puede evitar el peligro —aún más inminente— de que una acusación definitiva o la utilización por el Tribunal del art. 733 agrave su situación.

Aunque la *Lecrim.* utilice diversa terminología, estimamos que el art. 688 y ss. tienen el mismo contenido material que el 655: la conformidad con “el contenido” de la calificación acusadora, ya que si en el 655 se le preguntaba por “la pena” y en el 688 y ss. por “el delito”, ambos van unidos (salvo en los casos de excusas absolutorias). Diferente, es, por el contrario, el aspecto procesal que ofrece nuestra figura: se altera el orden de los factores (el orden de las contestaciones), pero no sustancialmente el producto: o continuación del

(74) Estamos de acuerdo con FENECH (*Derecho procesal penal* cit., II, 229 y ss.) en que sólo puede hablarse de “confesión” en el proceso penal, por parte del responsable civil; esto es, propiamente, en el proceso sobre resarcimiento, etc., que corre conjuntamente con el penal, de haberse ejercitado las pretensiones penal y civil conjuntamente, según el art. 111 de la *Lecrim.*

(75) Este trámite de la “conformidad” no ha desaparecido del “juicio correccional” instaurado por la Ley de 8 de junio de 1857 y renovado por la de 8 de abril de 1967; en efecto, el art. 795, si ha desaparecido, mas se refería a la misma oportunidad de conformarse del art. 655 para el proceso ordinario; pero el nuevo art. 800 de la *Lecrim.*, dice que “El juicio se celebrará en la forma ordinaria, con las modificaciones siguientes: Primera. A falta de conformidad del procesado...”. Opinaba por la derogación TORRES BAS, *Anteproyecto de Código procesal penal* (Provincia de Entre Ríos), 1967, pág. 73, sin tener en cuenta este nuevo art. 800 de la *Lecrim.*

(76) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 420 y ss.

juicio, o sentencia recogiendo la conformidad siempre que ésta fuere legal.

Nótese, sin embargo, que la vinculación del Tribunal a través del art. 655, lo es “con la pena” (pudiendo desviarse solamente, a nuestro entender, como ocurre en la práctica, en favor del acusado), y la del art. 688, lo es con “el delito” siempre que se pida la imposición de pena correccional y no más grave; luego queda bastante claro, que en el caso del art. 688 y ss. el Tribunal podía moverse con mayor soltura en la corrección de una calificación que pretendiese una pena erróneamente inferior (siempre que no rebasase los límites de la “correccional”, esto es, de seis años de privación de libertad, etc.); el Tribunal Supremo declara, en efecto, que el juzgador “puede moverse dentro del margen que limita el grado” de la pena pedida (77), pero relacionando el art. 694 con el 655, no puede imponer pena superior.

Y naturalmente, también puede incluso llegar a la absolución, siempre que aparezca evidente la falta de caracteres delictivos de aquellos hechos sobre los que hubo completo acuerdo (78).

Añadamos que en el nuevo proceso —inquisitivo, por dirigir la instrucción ver el “juicio oral” y sentenciar el mismo Juez (79)— para “delitos menores”, esto es, los públicos castigados con penas no superiores a arresto mayor (hasta seis meses de privación de libertad, con posibilidad de extinguirlos en libertad condicional, artículo 93 del C. P.), privación del permiso de conducir o multa no superior a 50.000 ptas., introducido en la Lecrim. por la de 8 de abril de 1967, debe considerarse que existe la posibilidad de “conformarse” correlativa a la del art. 688 y ss. de la misma Ley —esto es, al comenzar el juicio oral—, por la remisión que el art. 791-8.^o hace al 800, y tratarse en éste de dicha conformidad. No existe, por el contrario, oportunidad análoga a la del art. 655.

8. De los posibles antecedentes de esta “conformidad” española, habla ALCALÁ-ZAMORA (80); a él nos remitimos. Pero hallamos se-

(77) Cfr. la Sentencia del T. S., de 24 de abril de 1950, Ar. núm. 660; la de 22 de abril de 1966, Ar. núm. 1.881.

(78) Cfr. la Sentencia de 22 de abril de 1966, cit.

(79) Sobre ello, cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, cit., pág. 34 y bibl. cit.

(80) Cita este autor, además del “plea guilty” inglés, el Code d’Instruction Criminelle francés —nótese que el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA es de 1945 o anterior—, la Ley de Enj. criminal cubana, de ascendencia española; el monitorio o por decreto italiano (cfr. ob. cit., págs. 413 y ss. y 546 y s.). VIADA (“Curso” cit., II, págs. 297 y ss.) alude también a las “Strafbefehl” de la StPO alemana, § 407 a 412 y a algunas otras figuras europeas, de las que ciertas ya están transformadas.

Por nuestra parte, hallamos otro proceso —éste, de tipo administrativo-penal— análogo a algunos de los citados: el de las órdenes punitivas (Straf-förelägganden) del RB de Suecia (Kap. 48).

Para casos de pequeñas infracciones que pueden ser castigadas sólo con pena pecuniaria a imponer discrecionalmente, el Ministerio Fiscal, en lugar

mejanza muy notoria entre esta nuestra "conformidad" —sobre todo, en la del art. 608 y ss.— y el "Plea guilty" inglés (81).

Recuérdese que consiste en la posibilidad del acusado, de responder a la acusación, declarándose culpable ("plea guilty") o inocente ("not guilty"). (Nótese que se trata de una confesión de culpabilidad). En el caso de que confiese, no ha lugar a constituir el Jurado, y el confeso es sentenciado por su propia confesión ("en confesión"). No hay limitación en cuanto a la gravedad del delito de que el acusado

de acusar, dirige al inculcado una orden para que se allane reconociendo el hecho y admitiendo las consecuencias jurídicas del mismo que debe enumerar. Esta orden punitiva debe contener el nombre del inculcado, la expresión de los hechos y de las consecuencias jurídicas que surgen para el mismo (la pena); el allanamiento debe ser consignado por escrito al dorso de la orden, y debe expresar que el inculcado reconoce los hechos y se somete a la pena y demás consecuencias jurídicas (§§ 1 y 3, Kap. 48).

Si el allanamiento no se produce inmediatamente, se ha de notificar la orden al inculcado en la forma prevista para las notificaciones en el proceso penal, requiriéndole para que la devuelva, con dicho allanamiento, en un plazo no superior al de dos semanas a partir de la notificación; advirtiéndole de que, en caso contrario, se presentará querrela contra él (§ 3-2).

En los casos en que el mandato punitivo no exige ser confirmado por el Tribunal, una vez reconocido por el inculcado, surte efectos de cosa juzgada (§ 5).

Si el inculcado se allana a un mandato punitivo de entidad superior a 100 coronas, éste mandato es sometido al Tribunal; al mismo que sería competente para conocer de la querrela. El MF debe remitir inmediatamente nota de los autos, la orden punitiva y una exposición de la investigación preliminar, si es que ésta tuvo lugar. Si para resolver sobre esta orden precisa el Tribunal interrogar al inculcado u otra persona, se ordena su comparecencia del modo ordinario.

Si la orden es congruente con la ley y el castigo impuesto no es notoriamente muy alto o muy bajo, el Tribunal así lo constata y aprueba; si es muy alto, lo rebaja. En los demás casos revoca el mandato punitivo, sin que quepa recurso alguno contra el auto que el Tribunal dicta, más que el extraordinario del Kap. 59 (Kap. 48-§ 4).

El MF no puede recurrir, pero sí presentar querrela ante el mismo Tribunal.

Este proceso lo estimamos de carácter bastante semejante al de los monitorios, pero con la particularidad de que es el mismo Ministerio Público el que, en caso de incumplimiento de la orden, se querrellará; esto es, respetando el papel de "demandado" del condenado sin que la "posición" clásica de los monitorios (§ 409 de la StPO alemana) haya de producirse.

De otro lado, el que el allanado por razón de pena pecuniaria superior a 100 coronas pueda incluso ser beneficiado por diligencias probatorias ante el Tribunal (la de su interrogatorio o el de otras personas), recuerda en algo al "Plea guilty" inglés.

En todo caso, en un sistema en el que el proceso principal se desarrolla bajo el sistema acusatorio (no puro, pues interviene el Ministerio Público como querellante), como lo es el sueco, este "truncamiento del juicio" muestra una clara disposición por parte del inculcado.

Sobre este proceso, cfr., p. ej., GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil procedure in Sweden*, La Haya, 1965, págs. 69 y ss.; SIMSON, *Einleitung*, a la trad. alemana del RB sueco (Berlín, 1953, pág. 14).

(81) Sobre esta figura, cfr., p. ej., JACKSON, *The machinery of justice in England*, Cambridge, 1953, pág. 119; AMOS, *British justice*, Edinburgh, 1944, pág. 32.

se declare culpable; por lo cual, en casos de concurrir dicha gravedad, el juez o Tribunal tienen la facultad de aconsejar al confeso que se retracte, a fin de que el asunto sea plenamente debatido (82).

El "plea guilty", cierto es, se halla "más cerca del art. 694 que del 655"; que en él se "confiese" la culpabilidad y no la penalidad, es, a los resultados, casi lo mismo; lo que sí es diferente, es el freno lógico que al sistema acusatorio pone la *Lecrim. española*, frente al gravísimo y extenso poder de disponer que el derecho inglés concede al acusado, hasta el extremo de haber de corregirlo mediante la intervención judicial para que retire su "confesión". Merced a que la conformidad española es imposible —ni se solicita, en el caso del art. 688— cuando se trata de penas que acarreen privación de libertad por más de seis años (83).

9. En la "conformidad" de los arts. 655 y 688 y ss., concurren dos voluntades: la del acusado y la de su defensor (en cuanto al primero, a la inversa).

Pero cualquiera de las dos conformidades, supone el que el acusado, entre otras actuaciones procesales contradictorias y públicas —nada menos que la prueba— dispone y renuncia a su "auto-defensa".

Esta se halla consagrada por el art. 739 de la *Lecrim.*:

"Terminadas la acusación y defensa (acusación y defensa definitivas, fundamentadas por los respectivos "informes") el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal."

"Al que contestare afirmativamente le será concedida la palabra."

"El presidente cuidará de que los procesados, al usarla, no ofendan la moral ni falten al respeto debido al Tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario."

Es la "última palabra", conocida en casi todos los Ordenamientos procesales penales; el acusado (no es el procesado, como toscamente dice la *Lecrim.*), no cuenta para nada con su defensor (84).

(82) En España, se recuerda el "plea guilty" en relación con la "conformidad del acusado", por GOLDSCHMIDT *Problemas jurídicos y políticos* cit., página 59 (núm. 25, c); ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., núm. 3, págs. 413 y s.; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios* cit., V, pág. 315, etc. Últimamente, con acierto, PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés*, en RDPProc., Madrid, 1967-II, págs. 87 y s..

Es grande la cantidad de autores extranjeros que citan el "plea guilty" y que pese a su garrulería no se asoman a la *Lecrim. española*.

(83) Sobre la comparación, cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 414.

(84) Se ha dicho que la estructura de la defensa exige que la responsabilidad penal se declare, no sólo en función de un criterio individual, sino también

Es evidente que "la última palabra" concedida al acusado ya definitivamente, es un medio de defensa del mismo (85), probablemente el más intenso que aquél pone en juego al servicio de su interés de salvación frente a la expectativa de una sentencia desfavorable. Pues bien, la conformidad del acusado supone el renunciar a este medio.

10. En resumen, la conformidad, impide que el Tribunal pueda enmendar un error cometido en las calificaciones acusatorias (86); impide que el mismo utilice el art. 733 (auto-freno del Tribunal, en favor del sistema acusatorio, para cohonestar la necesidad de no condenar por una calificación totalmente errónea, con la de que se produzca una nueva acusación en virtud de otra que el mismo Tribunal sugiere como acertada) (87); el error interno de la calificación acusatoria, opera solo efectivamente "por defecto", esto es, cuando se pide erróneamente una pena inferior a la que correspondería según el propio contexto de la acusación (88), pero no cuando se cometió "por exceso", solicitándose una pena mayor que la que correspondería; ello es lo que constituye una desviación del sistema acusatorio puro (89) triunfando el "favor rei", ya que el Tribunal, como se ha visto, puede incluso absolver al acusado (90).

11. Nos hallamos, pues, no ante declaraciones de conocimiento (o de defensa, el interrogatorio del inculcado y del acusado, la "última palabra" en el juicio oral), sino ante declaraciones (manifestaciones, para J. GOLDSCHMIDT) (91) de voluntad del acusado, de "confor-

del de la colectividad social; a ello responde el que la defensa esté integrada por dos elementos: el abogado (elemento público) y el propio acusado (elemento privado) (FOSCHINI, *L'imputato*, Milán, 1956, págs. 26 y ss.).

(85) V. gr., FENECH, *Derecho procesal penal* cit., I, pág. 693; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios* cit., V, pág. 550: "Nueva garantía del derecho de defensa del acusado" dice; veremos cómo en esta explicación hay una gran dosis de intuición.

(86) Cfr., p. ej., GONZÁLEZ DEL ALBA, *Observaciones al art. 655 de la Lecrim.* cit., RGLJ, T. 64 (1884) pág. 115.

(87) Cfr. GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. cit., págs. 115 y s.

Sobre el bienintencionado art. 733 de la Lecrim., pero defectuoso en expresar lo que el legislador quiso, esto es, que el Tribunal no saliese del sistema acusatorio so pretexto de calificaciones acusatorias erróneas en bloque, cfr., por ejemplo, VIADA, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, en RDPProc., Madrid, 1959-II, págs. 319 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio* (arts. 505 y 506 Cód. penal de 1932 y arts. 733 y 912 núm. 4 Lecrim.), en RDPProc., Madrid, 1946-II, págs. 121 y siguientes.

(88) Cfr. las notas, núm. 66 y ss. supra y la bibl. allí cit.; GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. últ. cit., págs. 116 y s.; J. B. ESTEVE, *El artículo 655 de la Lecrim.*, en RGLJ, T. 65 (1885), págs. 575 y ss. y esp. 581.

(89) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado*, cit., págs. 475 y s. y 480 y ss.; ESTEVE, ob. cit., págs. 581 y s.

(90) Cfr. la jurisprudencia del T. S. cit., en notas núm. 77 y 78, supra; la bibl. cit.; y p. ej., también JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, Madrid, s. a., II, pág. 159.

(91) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., pág. 63.

marse” con peticiones del o de los acusadores (92); declaraciones de voluntad sin fundamentación expresa alguna (93).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el art. 655 se refiere a “la calificación mutuamente aceptada”; se habla de “conclusiones convenidas por las partes” (94).

Se ha querido ver en la misma figura, trasplantada al proceso penal cubano, una transacción (95), a lo que cabe responder que no cabe transigir sobre el derecho de acusar y de penar (96); también se ha querido ver una “confesión” (97), o se la ha confundido con la misma (98). Aparte de que estimemos que no existe la confesión en el proceso penal español (99), faltaría el juramento —no admitido por el artículo 387 Lecrim. que debe aplicarse analógicamente— y el mismo interrogatorio; la “confesión” sólo versaría sobre hechos, y aquí se trata de contestar a una sola pregunta sobre el derecho —el aplicado por los acusadores en sus calificaciones y sus consecuencias—; no se trata, pues, de un “interrogatorio probatorio” —o defensivo (100)—.

Se llega a la conclusión, de que se trata de “una forma autocompositiva” (101), de un allanamiento (102), que implica nada menos que

(92) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., II, pág. 225.

(93) “En cuanto a los móviles de esta singular institución, pueden variar mucho y hallarse faltos de altruismo que de acuerdo con su naturaleza jurídica debiera motivarla: cabe así que obedezca al deseo de ahorrarse gastos y molestias procesales en caso de que la pena probable esté cubierta mediante el abono de la prisión preventiva o beneficio de la condena condicional; puede responder también al propósito de librar de castigo, por afecto, precio, etc., al verdadero culpable, o bien a querer aprovechar una errónea calificación acusadora en beneficio del reo, o al temor de que la prosecución del juicio aporte retractaciones o revelaciones que comprometan más la situación del procesado, o tener como fin desviar la acción de la justicia, apareciendo como culpable de una infracción menos grave y distinta de la efectivamente cometida, etc.” (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso. autocomposición y autodefensa*, México, 1947, página 82; “El juicio penal truncado”, cit., núms. 65 y 66, págs. 460 y ss.; GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. cit., pág. 115 y s.

(94) Cfr., supra, en el texto.

(95) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ricardo Dolz y Arango*, Buenos Aires, 1943, páginas 12 y s. (también repr. en “Ensaños”).

(96) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado*, cit., núm. 39, págs. 439 y siguiente.

(97) Así lo estimaron SOLER y VÉLEZ MARICONDE, cit., por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso autocomposición y autodefensa*, cit., pág. 81.

(98) JIMÉNEZ ASEÑO, *La confesión del reo o inculpado, esbozo de una lección*, en RDProc., Madrid, 1945-III, págs. 359 y s.

(99) Salvo para el que sea responsable civil.

(100) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado*, cit., § 41, páginas 441 y ss.

(101) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado*, cit., § 42 y ss., págs. 443 y ss.; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios*, cit., V, pág. 66; siguiendo al primero. VIADA, *Curso*, cit., II, pág. 298 y I, 257: “Una cierta facultad de disposición (del acusado) conjuntamente con las partes acusadoras, si la pena pedida no excediere de prisión menor...”. También, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Teoría general del proceso y enseñanza del mismo*, en RIberoam. DProc. Madrid, 1968-I, págs. 20 y s. y 61.

(102) Puesto que hay audiencia de la parte y manifestación de conformidad con la petición dirigida.

una derogación de los principios de oficialidad del proceso penal, por reconocer la disponibilidad de la parte acusada respecto del proceso (103) —y de algo más, añadimos nosotros—. “De un acto de disposición o de renuncia de derechos” se dice también (104).

Naturalmente, la noción de “allanamiento” no se puede trasplantar total, brutalmente, del campo del proceso civil, al penal; por hacer una crítica excesiva en este sentido, se exceden algunos autores, a nuestro entender (105).

Para FENECH, no puede tratarse de un allanamiento (según ya lo veía la Memoria del Ministerio Fiscal de 15 de septiembre de 1883); el allanamiento en lo civil, supone disposición de las partes sobre el contenido *material* del proceso, en tanto que en el proceso penal, las partes no tienen tal derecho de disposición (106).

“Pero si en lugar de hablar de una disposición material —sigue diciendo— nos referimos a una *disposición procesal*, estaremos más cerca de la verdad; no sobre el contenido sino sobre el desarrollo del proceso mismo. Cuando el imputado se conforma con la calificación más grave... dispone del proceso por cuanto que su acto tiene como efecto la no celebración del debate del juicio oral como etapa procesal más importante, juzgando el Tribunal sólo a base del material que le proporciona el sumario o etapa preprocesal, y las alegaciones de los acusadores. Ahora bien, esta disposición sobre el proceso no significa una disposición sobre las normas procesales que... son de naturaleza pública... y como tales se hallan incluidas en el “*ius cogens*”, sustraído a la disposición de las partes” (107).

(La conclusión a que llega este autor, de que se trata “de un procedimiento especial, concediéndose al acusado que no pueda ser sujeto de pena superior a la de prisión menor, etc., la posibilidad de optar por el ordinario —continúa el juicio oral— o este otro, mucho más rápido, nos devuelve al umbral del problema, ya que también el allanamiento civil tiene su procedimiento.”) (108)

Conformes con estos dos autores (ALCALÁ-ZAMORA y FENECH) en que se trata de “un acto de disposición” estimamos, frente al segundo, que no es una simple “disposición procesal” sobre el tipo de procedimiento a seguir en el futuro, por parte del acusado; éste decide más allá, sobre el contenido material-penal de la sentencia (dejemos aparte la cuestión de su responsabilidad civil), en cuanto que para forjarla, no se podrá tener en cuenta una prueba —que no se celebra— de la que podría resultar muy bien una acusación más grave; evita

(103) Cfr., la bibl. de la nota núm. 101, e infra.

(104) Cfr. VIADA, ob. cit., II, pág. 298.

(105) Así, JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, cit., II, pág. 157, en donde parece estimar exclusivo del proceso civil al principio dispositivo. Ahí está su error; otra cosa es que la “disposición” que supone la conformidad esté rodeada de garantías por la Ley.

(106) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., II, pág. 214.

(107) Cfr. FENECH, ob. cit., loc. cit.

(108) Cfr. FENECH, ob. cit., pág. 215.

que el Tribunal pueda utilizar el art. 733 de la Lecrim.; dispone del contenido defensivo de la actividad de su defensor y de la suya, propia (la "última palabra"). Lo que era provisional —la acusación— pasa, por su voluntad, a ser definitivo.

Y la acusación, tiene un contenido jurídico-material.

Hay en las dos "conformidades", a nuestro entender, una doble disposición por parte del acusado: A) sobre el proceso; B) sobre el derecho material (delito-pena) ya que por su voluntad impide no sólo que se agrave la acusación, sino incluso que se produzca otra nueva —la correspondiente al art. 733—.

Se trata, pues, de una manifestación del principio dispositivo, "indicio el más característico del predominio del principio acusatorio" (109).

¿En qué medida hay que considerar "dispositivo" el acto de la conformidad del acusado? Se trataría de encuadrar este acto en el marco de la doctrina —cara a CARNACINI— que, acertadamente, diferencia dos planos: el del régimen de tutela de los intereses materiales por medio del proceso (proceso o no proceso, visto de modo previo, categoría que si bien es aplicable al proceso civil, no lo es al penal por razón de delitos públicos) y el del régimen de la organización interna del proceso (110).

Entendemos que para él, que, desgraciadamente, no se ha asomado al proceso penal, y menos a un tipo acusatorio como el español, se trataría de una "dispositividad" de doble carácter; el acusado, al conformarse, "dispone" sobre la estructura del proceso, que se acorta sensiblemente, eliminándose en una de sus más importantes partes —el juicio oral—; de otro lado, "dispone", dentro de los límites legales, sobre su propia defensa; y para el citado profesor italiano —que no llega a extraer las últimas consecuencias de su investigación (111)— el principio (en este caso, también aplicable al proceso penal español) "de la dependencia de la tutela, de la voluntad del interesado" (112) (al menos, cuantitativamente, en virtud de su renuncia a defenderse en los momentos en que se le ofrece el contradictorio para hacerlo), se hallaría en la teoría general del derecho. Pena es que no haya profundizado más en este aspecto; no es suficiente al sentirnos tan especialistas, que hayamos de abandonar a otros la tarea de encau-

(109) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., págs. 58 y s.; también SILVA MELERO, *La estructura del proceso penal en relación con el concepto de parte*, en RDPProc., 1946-II, pág. 255.

(110) Cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Enrico Redenti", II, Padua, 1951, págs. 705 y ss. esp.

(111) Su trabajo, queda pues, con un resultado parcialmente negativo; no sólo por cerrar los ojos al proceso penal —que hubiera proporcionado harto que pensar al distinguido procesalista-civilista de Bologna— sino por desembarazarse de parte del "dispositivo" para no decir exactamente en dónde debe impostarse.

(112) Cfr. CARNACINI, ob. cit., pág. 744.

drar al principio en dicha teoría general (113), máxime si es un principio que se pone de manifiesto con ocasión del proceso (114); antes bien, nos corresponde el contribuir a encuadrarlo dentro de la misma, que es lo que aquí trataremos de hacer (115).

Se trataría, para nosotros, de lo que NIESE hubiera denominado un “acto procesal con doble función” (y efectivamente, en su obra, aunque muy de pasada, trata sobre el allanamiento, aunque sólo desde el punto de vista civil, el más claro (116); de una “disposición” sobre el proceso; pero que supone, con anterioridad y superioridad, una “disposición” —aunque limitada por la Ley— del derecho de defensa; he aquí cómo en un solo acto confluirían la disposición procesal y la material. Volveremos sobre ello.

[Observamos que NIESE no observó el proceso por “Strafbefehl”, que tiene alguna semejanza —no excesiva— con la conformidad (§ 409 StPO) (117)].

No se trata de un simple acto de obtención, de una petición simple, ya que vincula al Tribunal (siempre que se halle dentro de los límites de no producirse fuera y sobre la prisión menor como pena); por ello, es acto dispositivo (118).

12. Nos encontramos, pues, con un acto dispositivo de doble actuación —una especie del allanamiento—; veamos cuál es el contenido del mismo en concreto.

(113) Esta objeción, en otra ocasión, hubimos de hacerla a un colega español que concluía con la necesidad de “abandonar a la doctrina del derecho civil o del derecho político” la construcción del concepto de acción —para nosotros, derecho político (Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal y Derecho político*, en “Estudios de Derecho procesal”, Madrid, 1955, pág. 88)—.

(114) A ellos alude —aunque no en concreto al que citamos— CARNACINI, ob. cit., pág. 744.

Anotemos que ya llamamos la atención sobre el hecho de que, en gran parte de los procesalistas —por no decir en casi todos— se advierte cómo la excesiva preocupación por la iniciativa del proceso (acción, pretensión, etc.), llega a oscurecer la figura de la “resistencia” en lo contencioso; de aquí una fuente de posibles errores. Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica* (RDProc., Madrid, 1969, en prensa); “El proceso como satisfacción jurídica”, Comunicación al V Congreso Nacional (argentino) de Derecho procesal (Salta, julio de 1968), en “La Ley” (Buenos Aires), 6 de agosto de 1968 y en las “Actas” de dicho Congreso; también en la Rev. Jur. Cat., octubre-diciembre 1968.

(115) La tarea ya se halla facilitada desde hace muchos años; en 1950, el Prof. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO publicó (en la Universidad de Honduras), un trabajo titulado “Principios técnicos y políticos de una reforma procesal”, que da la clave general del encuadramiento para el fenómeno de la “conformidad”.

(116) Cfr. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, cit., págs. 54 y s.

(117) Cfr., p. ej., PETERS, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1952, págs. 450 y ss.; BE-LING, *Derecho procesal penal*, trad. esp., FENECH, Barcelona, 1943, págs. 357 y ss.; FENECH, *Nuevas orientaciones del Derecho procesal penal*, en RGLJ (170), 1942-II, pág. 77.

(118) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., pág. 63.

La misma clasificación de los actos procesales “Erwirkungshandlungen” y “Bewirkungshandlungen” la hallamos después en NIESE, ob. cit., págs. 52 y s. y BRUNS, *Zivilprozessrecht*, Berlín y Frankfurt, 1968, págs. 150 y s. y 154.

El acusado, no dispone del derecho de acusar ni del de penar; “dispone del derecho de defensa, que no es un derecho autónomo, sino un derecho-réplica o reverso del de acusación y un instrumento para tratar de evitar o de disminuir la condena. Al acusado, titular, incluso forzoso, de ese derecho, se le permite, por excepción, en estos casos, renunciarlo o más exactamente: renunciar a los actos procesales posteriores del juicio en que aquél habría de manifestarse... (119) (120). Así se expresa ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO.

Ni con él ni con FENECH (121) estamos de acuerdo en cuanto al alcance de las “conformidades”: mediante ellas, se autolimita el derecho de defensa, ya que sólo se extiende a lo que vaya por encima de la acusación —provisional, no lo olvidemos— que entraña una pena superior a la de prisión menor, etc.; y este modo de administrar el derecho de defensa, supone el disponer *cuantitativamente* —ya que no de la idea genérica— de la “pena” que se acepta, de la “condena”: luego se trata de una disposición que tiene también alcance jusmaterial.

Puede oscurecer esta idea, el hecho de que, inmediatamente, el acusado que se conforma con la pena solicitada para él por la acusación —que de provisional que era, él, por medio de su conformidad “dispone” transformar en definitiva, no lo olvidemos—, de lo que dispone es, en efecto, del proceso normal, de la dialéctica del juicio oral (122), de “los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad” (Exposición de Motivos de la Lecrim.); del juicio oral, “crisol de la contradicción” en el que han de depurarse los elementos sumariales adquiridos de modo predominantemente inquisitivo (arg. en la misma Exposición de Motivos) (123): ya vemos cómo comienza a disponer,

(119) Cfr. *El juicio penal truncado*, cit., núm. 48, pág. 449.

(120) Cfr., la nota núm. 114, supra.

(121) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., I, pág. 798.

(122) La importancia de ello puede verse, últimamente, p. ej., en JURGEN MEYER, *Dialektik im Strafprozess*, Tübingen, 1965 (no hay alusiones al proceso español, probablemente desconocido por el autor. Sobre este desconocimiento general, por parte de los juristas alemanes —con alguna excepción— del ordenamiento y de la doctrina española e hispano-americana, cfr. nuestra reseña al “Zivilprozessrecht” de BRUNS, en RDPProc., 1968-IV).

(123) “Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público. Y a tal punto lleva la nueva ley su espíritu favorable a los fueros sagrados de la defensa, que prescribe y condena una preocupación hasta hoy muy extendida que... implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio, con el cual es incompatible. Alude el infraescrito a la costumbre... de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza

nada menos que de principios de orden supra-procesal, constitucional, como lo es, p. ej., el de publicidad (124); y del de contradicción.

Dispone el acusado, de toda la prueba a celebrar en el juicio oral; intentando evitar que la acusación provisional, como resultado de aquélla, se transforme en otra más grave, dispone también del principio "pro reo" —penal, con manifestaciones procesales (125)—, clave del derecho del acusado al contradictorio (126); al conformarse, dispone, renuncia el acusado a un derecho suyo, personalísimo, de auto-defensa (127): del de hablar por última vez ante el Tribunal en su propio favor; "indisputable derecho a hacerse oír; y precisamente la sentencia que ponga fin a los debates, ha de fundarse sobre las manifestaciones que ante el Tribunal hiciere el acusado. Es por tanto un derecho personalísimo, preestablecido en la ley, renunciable sólo por la voluntad de a quien se otorga" (128).

Toda esta renuncia "procesal" tiene claramente un fondo de derecho material; una "conformidad", una disponibilidad del proceso, no puede dejar así de estar vinculada con la conformidad sobre el resultado del proceso, que la acusación previó provisionalmente.

En este cuadro, la única disponibilidad relativa, es la del "pro reo" o "favor rei" que, como se vio, el Tribunal puede aplicar pese a la conformidad del acusado (129).

[Antes de terminar con este punto, hemos de agregar que existen en el sistema procesal penal español, otras posibilidades dispositivas del proceso.

Aparte la posible resignación pre-procesal de los ofendidos por delitos privados (art. 105 de la Lecrim.) y de su posible renuncia al proceso (art. 106) (130) es posible que el mismo Ministerio Fiscal

sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal..." (Exposición de Motivos cit.).

Es evidente que cuanto así no ocurra, es contrario a la Ley (Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, voz *Instrucción*, en NEJES).

(124) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en "Temas del Ordenamiento procesal" (en prensa, Madrid, 1969), y en "Estudios procesales en memoria de Eduardo J. COUTERE, Madrid, 1958, passim.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Principios técnicos y políticos*, cit., páginas 21 y s.; VIADA, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, cit., pág. 433.

(125) Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio "pro reo" en el derecho y en el proceso penal*, en RDPProc., 1966-II, passim. Y la observación que se hace, en el texto, super nota núm. 129.

(126) Cfr. CONSO, *Procedura penale*, cit., Milán, 1964, págs. 83 y s.

(127) Cfr., la doctrina general —no se alude al derecho español— en FOSCHINI, *Sistema di Diritto processuale penale*, Milán, 1956, I. pág. 236; "L'imputado", cit., págs. 25 y s.; FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., páginas 57 y s.

(128) Cfr. GONZÁLEZ DEL ALBA, *Observaciones al art. 655 de la Lecrim*, cit., en RGLJ, T. 67 (1885), pág. 141.

(129) Cfr. la jurisprudencia del Tribunal Supremo cit., en las notas número 77 y 78, supra.

(130) Este proceso penal por "delitos privados" suministraría un claro ejemplo de aplicabilidad de la doctrina sustentada por CARNACINI, de que se hizo mención (Cfr. supra texto y nota 110).

solicite el sobreseimiento libre o definitivo (con efectos de cosa juzgada) antes de comenzar el juicio oral (art. 642) y que a ello se unan los querellantes particulares (art. cit., por analogía) (131). Cabe igualmente que la acusación sea retirada en el acto del juicio oral (arts. 732 y 741 en rel. con el 851 de la Lecrim.); trátase aquí claramente de un acto unilateral de carácter dispositivo de la pretensión punitiva por estimarla el acusador infundada, en vez de ser el acusado el que “se conforme” con ella por estimarla fundada, según ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (132) (133).]

13. Hemos dicho que la conformidad (mejor, las conformidades) del acusado con la acusación provisional, suponen una disposición por parte del mismo, de su derecho de defensa, y en dos intensidades: procesal y jusmaterial.

Hemos de examinar ahora, brevemente, el principio del derecho de defensa, encuadrándolo en donde procede; esto es, en el Derecho Constitucional.

Debemos comenzar por examinar las Declaraciones y Convenciones sobre Derechos y Libertades humanos —Derecho internacional Público—: allí campea el derecho a la defensa en juicio.

Declaración de Derechos del Hombre, formulada por la O. N. U. el 10 de diciembre de 1948:.

“Art. 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales:

“Art. 6. 3. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

c) A defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección o si no tuviera medios para remunerar a un defensor, a

(131) Aquí se manifiesta una vez más la fuerza del sistema acusatorio español, pues como ya se indicó, supra, el Tribunal “debe buscar” alguien que acuse; si no lo halla, no puede abrir el juicio oral (arts. 642 y ss. Lecrim.).

(132) Cfr. “El juicio penal truncado”, cit., § 49, pág. 449.

(133) Alude también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (ob. cit., § 50, págs. 449 y s.) al fenómeno de la “conformidad relativa” del art. 652 Lecrim. según el cual, el acusado, en respuesta a la calificación acusadora, puede manifestar “si está o no conforme con cada una”; pero se diferencia de la “conformidad total” de los arts. 655 y 688 y ss., en que la primera, no vincula al Tribunal, de modo que aun siendo completa, el Tribunal debe ordenar la continuación del juicio y dictar sentencia. Es el formalismo de la “conformidad” del art. 655 lo que le atribuye fuerza dispositiva.

También alude, como figura afin a nuestra “conformidad”, la de la auto-denuncia y presentación espontánea del culpable a las autoridades (art. 9-9.º del Código penal), que beneficia de una atenuante; disposición parcial del derecho de libertad personal contra una ventaja penal posible (ob. cit., § 52, página 450).

que se le otorgue uno cuando los intereses de la Justicia lo requieran.”

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (O. N. U., 16 de diciembre de 1966, sometido a la firma y ratificación de los Estados):

“Art. 14. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías siguientes mínimas:

c) A hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección...

Pasando al Derecho interno, veamos algunas Constituciones:

Constitución francesa de 24 de junio de 1793.

“Art. 14. Nadie puede ser juzgado y castigado, sino después de haber sido oído o legalmente llamado...”

Constitución francesa del 5 de Fructidor del año III (22 de agosto de 1795):

“Art. 11. Nadie puede ser juzgado y castigado, sino después de haber sido oído o legalmente llamado.”

Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947.

“Art. 24-II: La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento.”

Ley Fundamental Alemana (occidental) de 23 de mayo de 1949:

“Art. 103. Cada uno tiene derecho a ser oído jurídicamente ante el Tribunal” (134).

Constitución de Yugoslavia, de 7 de abril de 1963.

“Art. 50 (4). El derecho a la defensa está garantizado” (5). En el curso del procedimiento criminal, el inculcado tiene derecho de tomar un defensor que tiene la posibilidad, según la ley, de defender y de proteger los derechos del mismo. La ley prevé en qué casos debe tener un defensor el inculcado en el procedimiento criminal.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (enmienda 6.^a, de 1791).

“En toda persecución criminal, el acusado disfrutará del derecho... de tener la asistencia de un abogado para su defensa.”

Entre las Constituciones de las Repúblicas Centro o Sudamericanas, vemos, por ejemplo:

La Constitución mexicana vigente:

(Título I, Capítulo I, “De las garantías individuales”).

“Art. 20. IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad...”

(134) En relación con el art. 1.^o (protección de la dignidad humana) y 20 (3) —Poder ejecutivo y jurisprudencia, vinculados a la ley y al derecho—.

Se trata, según la doctrina, de un derecho fundamental y de una norma de procedimiento constitucional (Cfr. DAHS, *Das rechtliche Gehör im Strafprozess*, Munich-Berlín, 1965, págs. y ss.) de vigencia inmediata (Cfr. BAUR, en *Archiv. Pr.*, Vol. 53, págs. 393 y 395; HABSCHIED, *Der Anspruch auf Rechtspflege*, en *ZZP*, 67 (1954), pág. 197).

La Constitución de Nicaragua, de 1950:

(Título IV, "Derechos y garantías"):

"Art. 49. A nadie se puede privar del derecho de defensa."

La Constitución de Guatemala, de 2 de febrero de 1956.

(Capítulo I, "Garantías individuales", del Título IV, "Derechos humanos"):

"Art. 60. Es inviolable en juicio la defensa de la persona y de sus derechos."

La Constitución de la República del Ecuador, de 25 de mayo de 1967.

(Título IV, "De los Derechos, Deberes y Garantías"; Capítulo II, "De los Derechos de la Persona".)

"Art. 18. d) Nadie puede ser penado sin juicio previo, ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del juicio, ni de la facultad de ser oído el último."

La Constitución de la República Argentina vigente, de 25 de mayo de 1853.

(I Parte, Capítulo único, "Declaraciones, Derechos, Garantías"):

"Art. 18. "... es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos."

Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945.

(Título I, Capítulo I, "Deberes y derechos de los españoles".)

"Art. 19. Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado."

La doctrina "no discute ya, por fortuna, que la defensa sea o no un verdadero Derecho originario del Hombre, y que en su manifestación externa tiene toda la sociedad un interés directo" —dice SILVA MELERO (135)—; la asistencia procesal técnica, continúa, tiene carácter de derecho individual insoslayable; el derecho a defenderse es "de carácter irrenunciable" (136) (137).

Ya hemos visto cómo hay excepciones a esta irrenunciabilidad, sin embargo, como concesión al sistema acusatorio que nunca cabría pensar en el marco del inquisitivo penal.

Más correctamente entendemos que debería calificarse a la defensa en el juicio penal, como una garantía que contribuye a asegurar el derecho de libertad individual (138) (entre otros varios, como lo son

(135) Cfr. SILVA MELERO, *Derechos de defensa ante el juez de instrucción*, en "Tres comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho Comparado que tendrá lugar en Londres del 31 de julio al 5 de agosto de 1950", en RDProc., 1950-III, págs. 407 y 409.

(136) Cfr. SILVA MELERO, ob. últ. cit., loc. cit.

(137) Para VIADA (*La ausencia del acusado en el proceso penal*, RDProc., 1962-III, pág. 137). No puede ser una obligación perfecta, si, como hemos visto es parcialmente renunciable en cuanto a su contenido.

(138) Cfr. por todos, FIX ZAMUDIO, *La protección procesal de las garantías individuales en la América latina*, en Rev. Iberoam. DPr. (Madrid), 1967-III, págs. 9 y ss.

los correspondientes al "habeas corpus" o a la "manifestación" aragonesa hasta fines del siglo XVI (139) (140) (141).

Estamos de acuerdo con que el concepto de garantía consiste en que "en las Declaraciones de Derechos hay una esquemática enume-

(139) Cfr. FIX ZAMUDIO, ob. cit.; sobre la Manifestación, FAJEN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de "Manifestación de personas"* en relación con el "Habeas corpus" británico, en RDP., 1963-II, pág. 9 y ss.

(140) COUTURE (Cfr. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en sus "Estudios de Derecho procesal", Buenos Aires, 1948, págs. 60 y ss.) hablaba de la "garantía de defensa en juicio, no sólo mediante actos de obtención (siguiendo a GOLDSCHMIDT), esto es, mediante peticiones afirmaciones, pruebas, sino también a través de actos constitutivos; convenios procesales, conciliación, transacción, declaraciones unilaterales de voluntad y participaciones de voluntad, diferentes de las anteriores en que la voluntad manifestada no tiene por qué coincidir con el efecto producido (allanamiento a la demanda, confesión, juramento). Véase que cerca estaba del proceso penal español.

La conformidad, constituiría, como acto dispositivo, una renuncia a la garantía de defensa más importante; a la de tomar parte en el juicio oral.

(141) La situación en España en cuanto a la calidad de derechos de los contenidos en el Fuero de los españoles de 1945, no es satisfactoria (Cfr. últimamente, TORRES BOURSALT, *Cara y cruz de los Derechos del Hombre*, en "Cuadernos para el diálogo" (núm. especial de diciembre de 1968, dedicado a los "Derechos Humanos y Democracia", págs. 20 y ss.), pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante.

Así, la Sala VI (Social) del mismo, en un caso de despido, conflicto laboral colectivo, huelgas, ilegalidad, ha declarado que "los principios morales, religiosos o de derecho natural o internacional, aparte de su razonable imprecisión y de su obligado carácter admonitivo y no normativo, no son en sí mismos fuente jurídica en sentido propio que pudiera ser aplicable en instancia invocable en casación, sino fuente mediata, y en tal concepto, inspiradora de la normativa estatal, pero carentes de idoneidad para ser hechas valer ante los Tribunales, aunque su alegación se haga en conexión con normas positivas de referencia y enlace, como medio de entronque con aquellos principios, ya que los intermedios preceptos positivos de rango constitucional a que se alude para ensamblar en nuestro ordenamiento las normas extranacionales son enunciación de compromisos o de propósitos legislativos y no dirigidos al juez, sino al legislador para el dictado de futuras leyes en revisión, actualización y perfeccionamiento de las actuales, sin que por ello puedan vincular al órgano jurisdiccional en su genuina misión de aplicar el derecho positivo en su país".

(Nótese que esta S. no se refiere directamente al Fuero de los españoles, sino a la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 1968 y a la Ley Orgánica del Estado; no obstante, su influencia sobre la aplicabilidad de dicho Fuero, puede ser grave.)

(Sentencia de 18 de marzo de 1968, Rep. Ar., núm. 1.258.)

La Sala II (Penal), por su parte, ha declarado que "si bien el art. 12 del Fuero de los españoles (derecho de libertad de expresión) permite a éstos expresar libremente sus ideas, la condiciona (y en exacto según su texto, interpolamos nosotros) a que en el uso de este derecho no atenten a los principios fundamentales del Estado".

(Sentencia de 16 de febrero de 1968, Rep. Ar., núm. 953.)

Más claras son estas dos sentencias, también de la Sala II (Penal) del Tribunal Supremo:

No hay coacción al impedir que obreros y técnicos municipales entren en una casa alquilada a realizar obras "porque si bien impidió la entrada a

ración de derechos fundamentales, de ordenario, brevísima —tal la del art. 2.º de la Declaración de 1789: “La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”— y todo el resto de sus artículos es una organización de garantías, ligadas en el fondo a cada uno de esos derechos. Es más, en la mayor parte de estos textos declarativos se suprime la enunciación de aquellos derechos, y éstos resultan reconocidos al darse el fundamento orgánico de las garantías que los han de proteger. Por consiguiente, las garantías institucionales no son ciertas formas artificiales de protección de unos derechos que no son fundamentales, sino que constituyen piezas decisivas de la vida social, en las que se dan importantes cruces de aquellos derechos” (142).

Refiriéndose concretamente el autor a quien citamos, al artículo 19 del Fuero de los Españoles (repr. supra. coincidente en mucho con toda una serie de Constituciones de otros países, también repr. en el texto), comenta la frase, “previa audiencia y defensa del interesado”, en estos términos:

“Prevía audiencia y defensa del interesado.” “Ya que tenga que ser oído el inculpado requiere una formalidad procesal insoslayable.

técnicos y obreros lo efectuó por estar legítimamente autorizado, ya que el art. 13 del Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945 establece que nadie podrá entrar en el domicilio de un español sin su consentimiento o con mandato de la autoridad competente y en la forma que establecen las leyes... la actitud negativa por el acusado observada no es la positiva que el precepto penal exige, máxime cuando la *oposición era en el presente caso también ejercicio de un derecho* que sólo debe ceder ante otro preferente reconocido y declarado por la autoridad competente”.

(Sentencia de 7 de octubre de 1961, Rep. Ar., núm. 3.351.)

Y de referencia muy interesante para nosotros, por rozar el tema de las conformidades:

Aun cuando el art. 655 de la Lecrim., a diferencia de lo que establecen los arts. 692 y 700 del mismo ordenamiento, no prevé el caso de que en las calificaciones se atribuya responsabilidad civil a persona distinta de aquella a quien se impute la criminal, no por eso puede prescindirse de la conformidad de dicha persona, y sin ella, considerarla como responsable civil subsidiario, porque ello “supondría la flagrante violación del art. 19 del Fuero de los españoles, que elevó al rango de norma institucional el antiguo principio de que nadie puede ser condenado sin su previa audiencia y defensa.”

(Sentencia de 14 de noviembre de 1964, Rep. Ar., núm. 4.810.)

Es evidente que si se llegare a instituir en el Tribunal Supremo español el organismo de las “Salas reunidas” que hemos propugnado, para conocer, entre otros asuntos, aquéllos en que una Sala se vea en el trance de haber de dictar una sentencia divergente de un criterio adoptado por la otra, estas lamentables discrepancias entre las Salas II y VI del T. S. no se hubieran producido (Cfr. sobre este tema, FAIREN GUILLÉN, *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Valencia, 1966, páginas 237 y s. y bibli. cit.: últimamente (enero de 1969), FAIREN GUILLÉN, *Informe de la Universidad de Valencia sobre el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia*, comentario y sugerencias sobre su Base 13-3.

(142) Cfr. MARAVALL, *El proceso judicial penal como garantía política*, en “Información jurídica” (Madrid), núm. 49, 1947, pág. 17.

(Se está refiriendo al art. 1.º de la Lecrim., de fundamental significación política.)

Pero tengamos en cuenta que audiencia y defensa no son dos palabras de equivalente significación que se yuxtaponen con el fin de dar mayor realce e intensidad al concepto. Defensa en el procedimiento es mucho más que dejarse oír o tener posibilidad de ser oído el inculpado. La defensa supone el que se dé conocimiento al presunto reo de la acusación que se le imputa, que la imparcialidad del juzgador esté firmemente asegurada (143), que se le tome a aquél como persona en el juicio y no como simple objeto o medio para lograr el esclarecimiento de los hechos, que se le concedan amplias posibilidades en materia de prueba, que cuente con medios eficaces para defenderse, etc." (144).

Así, pues, el "derecho a la defensa", es un principio político del proceso penal, característico del sistema acusatorio; principio político fundamental, plasmado en las Constituciones.

Y el acusado, al "conformarse" de acuerdo con los artículos 655 o 688 y ss. de la Lecrim., dispone de ese derecho de defensa; procesalmente, pues inmediatamente, se dicta sentencia, suprimiéndose el juicio oral; materialmente, pues, las actuaciones procesales renunciadas están cargadas de contenido penal.

Esta disponibilidad del derecho a la defensa es limitada objetivamente (en cuanto al máximo de la pena a "conformarse" con su imposición) y subjetivamente (conurrencia de dos voluntades; la del defensor y la del verdadero titular de la defensa, del acusado) (145); extensible del defensor al acusado y recíprocamente (146). Si en abstracto, el derecho a la defensa es irrenunciable, en cada caso en concreto, y siempre que la pena solicitada por la acusación no exceda de los límites marcados por la Lecrim., el acusado puede renunciarlo.

¿Podrá tratarse de un derecho de defensa ejercitado negativamente (esto es, el acusado se defiende declarando que no quiere defenderse, orientando así su defensa) (147)?

En caso de admitirse esa posición podría pensarse, a lo sumo, que la "conformidad" supone un ejercicio negativo de la defensa de modo formal; pero sustancialmente declinada. Y es esta "declinación" la clave —que no la forma— de la figura, como formidable manifestación del sistema acusatorio.

14. Llegamos, pues, a la conclusión de que mediante la "conformidad del acusado" en el proceso español, aquél dispone del proceso y del contenido material del mismo, al menos en parte, siempre que esa

(143) Anotemos que pudiendo proponerse la recusación de los Magistrados que integren el Tribunal "en cualquier estado de la causa, pero nunca después de comenzado el juicio oral" según el art. 56 de la Lecrim., el acusado conforme, también dispone de su "chance" de recusar.

(144) Cfr. MARAVALL, ob. rit., págs. 10 y s.

(145) Interesante al respecto, CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Nápoles, 1967, esp. pág. 179.

(146) Cfr. CARULLI, ob. cit., pág. 73.

No hace referencia al proceso español.

(147) Interesante, también CARULLI, ob. cit., págs. 55 y s.

disposición no exceda de los límites penales cuantitativos fijados por la ley; que tal disposición lo es del "derecho a la defensa", el cual, a su vez, es una garantía constitucional.

He aquí cómo la influencia del sistema acusatorio llega, pues, hasta el mismo seno de la Constitución de los países (*).

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación en la Universidad del Ministerio español de Educación y Ciencia.