

## ESTUDIOS

---

### EL ORIGEN HISTÓRICO DE LAS CUESTIONES O ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO: EL POR QUÉ DE UNA FIGURA JURÍDICA OBSOLETA

JUAN RAMÓN MEDINA CEPERO

*Profesor Titular*

*Universidad Internacional de Cataluña*

*SUMARIO: 1. Presentación.—2. Nacimiento histórico de las cuestiones o artículos de previo pronunciamiento.—3. Diferencias esenciales entre el esquema de la Compilación y la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.—4. El origen de la confusión sobre la naturaleza jurídica de las cuestiones previas: análisis crítico y conclusiones.*

#### 1. Presentación

Sin duda, el estudio del origen de toda figura jurídica ayuda siempre a comprender el por qué de su configuración presente y sus posibles errores legislativos <sup>(1)</sup>. Esta vieja premisa de la necesidad de comprender el «ayer» para entender el «hoy» cobra especial relevancia si analizamos el por qué de los artículos de previo pronunciamiento, esa original figura de nuestra ley procesal penal, contenida en los artículos 666 a 678. El objeto de estas páginas es presentar un breve estudio histórico de los artículos de previo pronunciamiento y ofrecer algunas matizaciones críticas al hilo de la exposición. La finalidad puede ser adelantada: demostrar el carácter obsoleto que los artículos de previo pronunciamiento presentan en nuestro ordenamiento jurídico, en general, y en el ordenamiento procesal penal, en particular <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Vid. VICENTE GIMENO SENDRA, VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, pág. 621 y ss. Este último autor señala en el capítulo dedicado a la finalización definitiva del proceso que «en los supuestos que estamos contemplando (supuestos especiales de sobreseimiento libre entre los que incluyen los artículos de previo pronunciamiento), nuestra legislación arrastra un error desde la promulgación de la Ley 1882.»

<sup>(2)</sup> Aunque en esta exposición histórica vamos a seguir tanto los *Comentarios* como el *Tratado* de AGUILERA DE PAZ por ser casi contemporáneos a la publicación de nuestra LECrim, no pueden dejar de leerse -con la admiración de siempre- las brillantes páginas de la *Introducción* a los *Comentarios* a la LECrim de GÓMEZ ORBANEJA, especialmente el epígrafe II, págs. XXI-XXXII, donde el autor ofrece unas insuperadas consideraciones sobre la evolución histórica de nuestra ley procesal penal.

## 2. Nacimiento histórico de las cuestiones o artículos de previo pronunciamiento

Las cuestiones de previo pronunciamiento son introducidas por primera vez en nuestra legislación a raíz de una reforma de nuestro procedimiento penal que se lleva a cabo el 22 de diciembre de 1872<sup>(3)</sup>. Sin embargo, hay que señalar que la práctica jurídica había ido una vez más por delante de la Ley y se utilizaban ya como recurso resolutivo de ciertas circunstancias extrañas que acompañaban con frecuencia a la causa principal. Era el camino habitualmente seguido para purificar un proceso que presentaba determinadas irregularidades<sup>(4)</sup>.

Si nos empeñásemos en buscar los precedentes legales de estas cuestiones de previo pronunciamiento, nuestra búsqueda sería vana. Como se ha recordado en más de una ocasión, nuestra legislación procesal penal se jacta de haber dado un giro copernicano en cuanto al tratamiento que la ley procesal dispensaba al acusado, superando procesos inquisitivos pretéritos<sup>(5)</sup>. En efecto, el proceso penal, que es hijo de diferentes sistemas y que responde a muy variados principios legales no raramente contradictorios, no reconocía ningún derecho al procesado que debía contemplar pasivamente el desarrollo del procedimiento procesal inquisitorio sin poder intervenir en el mismo. No sólo el inculpado, sino tampoco las otras partes que pudiesen tener interés en la causa podían intervenir en ella. De esta forma, no podían nunca proponer cuestiones que impidiesen la celebración del juicio oral. La instrucción permanecía siempre oculta y secreta para el inculpado hasta el momento de la acusación misma y de la defensa en el que, por primera vez, podía intervenir para declarar su inocencia y presentar alegaciones que pudiesen exculparle del delito que se le imputaba. Este momento procesal único en el sumario en el que se intentaba la llamada confesión con cargos —verdadero suplicio para el inculpado— no era más que la transición desde la instrucción al juicio. En este momento del sumario simplemente se fijaban los hechos justiciables sobre los que debía centrarse la causa y debían establecerse los cargos que se imputaban al inculpado y lo que éste alegaba en su descargo<sup>(6)</sup>.

Tan sombrío cuadro inquisitorio había llevado ya a las Cortes de Cádiz a establecer disposiciones que perfeccionasen el sistema judicial español y que corrigiesen los abusos inherentes al sistema. Muestra de esta voluntad de los congresistas fueron el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, la Real Orden de 4 de julio de 1849, la Ley de 18 de junio de 1850 para la aplicación del Código Penal, el Reglamento de 23 de ju-

---

<sup>(3)</sup> «De la Ley del 72, sin proclamarlo, tomaba el compilador el capítulo referente a los artículos de previo pronunciamiento, que carecía de otros precedentes legales.» GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, Introducción, pág. XXVII.

<sup>(4)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Tratado sobre las cuestiones prejudiciales y previas*, editorial Reus, 1.905, pág. 312.

<sup>(5)</sup> Son clásicos estos aleccionadores párrafos de la Exposición de Motivos de nuestra LECrim: «El Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1.835 y las disposiciones posteriores publicadas durante el reinado de la Augusta Madre de V.M. introdujeron, como ya se ha dicho, evidentes mejoras en el procedimiento criminal, pero no alteraron su índole esencialmente *inquisitiva*. Las leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872, inspirándose en ideas de libertad proclamadas por la resolución de 1868, realizaron una reforma radical de nuestro sistema de enjuiciar con el establecimiento del juicio oral y público, pero mantuvieron el principio *inquisitivo* y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo. El Ministro que suscribe, de acuerdo con sus colegas, no ha vacilado en aconsejar a V.M. que dé un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema *acusatorio* al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia» M. ALONSO MARTÍNEZ, *Exposición de Motivos de la LECrim de 1.882*, en Ley de Enjuiciamiento Criminal, Cuarta Edición, Ed. Colex, Madrid, 1992, pág. 18.

<sup>(6)</sup> En este sentido, vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pág. 165.

nio de 1854, que señaló el orden según el cual debía proceder el Tribunal Correccional de Madrid, que vio la luz por el Real Decreto de la misma fecha, y otras disposiciones marginales de mayor o menor enjundia legal. Sin embargo, la legislación estaba claramente desperdigada y precisaba, por tanto, de una unificación, como tantas veces sucede. Los preceptos que contemplaban estos esperanzadores cambios no eran precisos y claros, careciendo además de todo plan sistemático, lo que, sin duda, desmerecía del rigor de otros códigos legales como eran, a la sazón, el francés y el alemán principalmente. Además, como suele ser frecuente, estas desperdigadas disposiciones obedían a principios generales abstractos que, en muchas ocasiones, no eran asumidos por los Tribunales de justicia que seguían enjuiciando conforme a una práctica cada vez más irreconciliable con estos nuevos principios de carácter liberal <sup>(7)</sup>.

Así las cosas, la reforma procesal se presentaba como inevitable y necesaria para poner orden en tan anacrónico ordenamiento legal, mucho más tras la revolución liberal de 1868. En efecto, la Gloriosa significó el pistoletazo de salida para encauzar el deseo reformista del legislador. Los congresistas de las nuevas Cortes de 1870 intentaron plasmar prácticamente estos modernos ideales de la ciencia jurídica, proponiendo como primera medida, en espera de la deseada reforma del procedimiento penal, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Para dar curso adecuado a este recurso y para establecer unas vías adecuadas que encauzaran la futura reforma procesal, ve la luz la Ley de 18 de junio de 1870 que establecía una auténtica reforma en el plenario del proceso y otorgaba a los indicios una eficacia probatoria absolutamente desconocida hasta ese momento. No obstante, y a pesar de los evidentes avances, seguía predominando el sistema inquisitorio en el proceso penal. El inculpado debía reservar para el plenario, o juicio oral, sus medios de defensa. De ello puede deducirse claramente la imposibilidad de que pudieran ser alegadas cuestiones previas en fase distinta al propio juicio oral <sup>(8)</sup>.

Aún así, y a pesar de no haber ningún trámite legal que permitiese el que estas cuestiones previas fuesen planteadas, la práctica jurídica, como suele suceder a menudo, superó la propia Ley y fue abriéndose en la doctrina y práctica jurisprudencial un camino racional que permitiese la alegación y resolución de estas cuestiones previas de forma incidental. Por tanto, al entrar en vigor con arreglo a la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872, nacieron como institución procesal los llamados, desde entonces, artículos de previo pronunciamiento. Incluidos en el Título II del Libro II se señalaban las disposiciones que habrían de acompañarlos. El artículo 580 de esta Ley Provisional ceñía estas cuestiones previas de previo pronunciamiento a cuatro únicos casos: la declinatoria de jurisdicción, la excepción de cosa juzgada, la prescripción de delito y la amnistía o indulto <sup>(9)</sup>.

Tras la I República (1873-74), y tras el golpe de estado del General Pavía, la llamada Restauración de 1874 presenta una momentánea interrupción en este proceso. Así el Ministerio de la Regencia a través del Decreto de 3 de enero de 1875 suspende la eficacia de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal en cuanto al jurado y al

<sup>(7)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, págs. 313-314.

<sup>(8)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, pág. 314.

<sup>(9)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, pág. 314.

juicio oral y público. Como el juicio oral y público venía regulado en el Libro II y, como ya hemos señalado, en dicha sede se situaban estas cuestiones previas o artículos de previo pronunciamiento, esta suspensión gubernativa los deja en una posición oscura. Las dudas sobre su articulación procesal se hacen palpables. En efecto, no se sabe si el Decreto elimina estas cuestiones previas de previo pronunciamiento o si, por el contrario, permanecen vigentes. Lo mismo sucede respecto a otras disposiciones de esta Ley Provisional que, aunque situadas en este Libro II, parecen no afectar a la celebración del juicio oral ni ante el Tribunal del jurado ni ante el Tribunal de derecho. Tal es la perplejidad, que el Tribunal Supremo se pronuncia en alguna sentencia declarando que el Decreto suspende tan sólo el juicio oral y público y los juicios por jurados, pero que las demás disposiciones establecidas por la Ley Provisional permanecen, sin duda, vigentes <sup>(10)</sup>.

Sin embargo, y a pesar de las intervenciones del Tribunal Supremo, la inseguridad jurídica propiciada por el Decreto de 1875, de forma especial en el período de transición de uno a otro sistema, es tal que el Ministerio de Gracia y Justicia se vio obligado a intervenir con la Ley de 30 de diciembre de 1878. En ella el Ministerio establece que debía publicarse urgentemente una compilación general de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal tras consultar a la Comisión de Códigos. Esta Compilación se publicaría casi un año después con fecha 16 de octubre de 1879. En ella, y siguiendo lo reiteradamente expuesto en la doctrina del Tribunal Supremo, la Sección de la comisión de Códigos, a la que se asigna la tarea de elaborar dicha Compilación, incluye en el capítulo XIV del Título III los artículos de previo pronunciamiento, con todas las disposiciones que los acompañan para su eficacia. Sin embargo, y esto es importante, los incluye en una fase del procedimiento diferente a la que tenían en la Ley Provisional, como consecuencia de la supresión del juicio oral y de la reserva al Tribunal de lo criminal del fallo de la causa. Se reconocen, por tanto, la subsistencia de estos artículos de previo pronunciamiento, pero se les otorga un nuevo momento procesal: el sumario. Sin embargo, como en el sumario no pueden intervenir las partes acusadas, éstas no pueden alegar la existencia de cuestiones previas en momento alguno del proceso <sup>(11)</sup>.

Esta Compilación, con alguna reforma posterior, es el punto de mira de la práctica jurídica hasta que entra en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Esta Ley mantuvo en su artículo 666 las únicas cuatro excepciones que podían ser consideradas como artículos de previo pronunciamiento, como establecían ya el artículo 580 de la Ley de 22 de diciembre de 1872 y el artículo 817 de la Compilación de 16 de octubre de 1879, 807 de la Compilación reformada. En última instancia se añade a estos cuatro la falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que fuese ésta necesario con arreglo a la Constitución y las Leyes <sup>(12)</sup>. Asimismo, se les retorna a su originario momento procesal de alegación: el juicio.

A título de resumen podemos decir que las cuestiones de previo pronunciamiento no forman parte de nuestra tradición legislativa. Por primera vez se habla de ellas, a título simplemente general tratándolas indiferenciadamente en el orden civil y en el

---

(10) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.876.

(11) Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Tratado, cit.*, pág. 315.

(12) Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, págs. 315-316.

penal, en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, al señalarse en el número 3.º de su artículo 48 que no se admitirán otros artículos de previo pronunciamiento que los establecidos en las leyes, y tan sólo en el tiempo y en la forma que estas leyes determinen. En materia penal no se incluyen hasta la Ley procesal criminal de 1872. De esta Ley pasan a la Compilación de 1879, pero su situación procesal varía. De su original planteamiento y resolución una vez abierto el juicio se deriva a su necesario planteamiento durante el sumario al haber sido suprimida la eficacia del juicio oral y público por el Decreto de 3 de enero de 1875. De esta Compilación pasan, a su vez, a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme a su antigua naturaleza y momento procesal, así como con la adición respecto a la ausencia de autorización administrativa <sup>(13)</sup>.

Por tanto, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 los artículos de previo pronunciamiento forman parte del juicio. Es decir, deben ser planteados una vez terminada la instrucción y después de abierto el juicio oral. Su inclusión en el Libro II de esta Ley, que corresponde al juicio oral es indicativo de lo que venimos diciendo. Sin embargo, los legisladores de la Compilación situaron los artículos de previo pronunciamiento en el capítulo XIV y último del Título III, es decir, durante la instrucción.

Este cambio originó que la doctrina, que sin duda interpretaba correctamente el sentir que predominó en la Comisión de Códigos, entendiéndose que estos artículos de previo pronunciamiento podían ser interpuestos antes y después de que la causa fuese elevada al juicio. La doctrina sostenía que los artículos de previo pronunciamiento eran comunes a todos los juicios penales, tanto en primera como en segunda instancia, tanto en los Juzgados de partido, como en las Audiencias y en el propio Tribunal Supremo, cuando el conocimiento de la causa correspondiese a jueces o Tribunales de la jurisdicción penal. La explicación de ello, según Aguilera De Paz, es que en base al régimen procesal vigente en esos momentos no hay plena separación entre la fase sumarial y el juicio tal como ahora lo entendemos. En efecto, el Decreto-ley de 18 de junio de 1870 separa el sumario de la acusación, de la defensa y del fallo y divide la primera instancia del juicio penal en dos fases diferentes: sumario y plenario o juicio oral <sup>(14)</sup>.

Se sigue explicando que en el sistema antiguo, anterior a la Ley procesal de 1872, el sumario ocupaba un lugar central en el procedimiento procesal penal, un carácter que permanece invariado con la publicación de la Compilación general. Pero, el panorama sufre un cambio radical con la publicación de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de la entrada en vigor de ésta, en el juicio y no en el sumario es donde deberán dilucidarse todos los hechos justiciables y abordarse todas las cuestiones relacionadas con la causa. El sumario cambia totalmente de función y objeto: queda reducido a la reunión de elementos que deberán estudiarse con posterioridad en la fase plenaria o juicio oral. Se recogerán en él sólo aquellos que sirvan para esclarecer la existencia del delito, tipificarlo y establecer responsabilidades <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, pág. 316.

<sup>(14)</sup> AGUILERA DE PAZ cita en la página 167 de sus Comentarios en apoyo de esta concepción el *Tratado general de procedimientos criminales* de D. Hermenegildo Ruiz Rodríguez, tomo II, página 490.

<sup>(15)</sup> Nuevamente, la Exposición de Motivos nos hace partícipes de las intenciones del legislador de 1882. Con un gran optimismo, su redactor afirma que «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 tar-

Esta función de mera preparación del juicio que tiene la fase sumarial hace de todo punto imposible que los artículos de previo pronunciamiento sean admitidos en él. Se razona que el Juez que se encarga de la instrucción, figura ante la que se muestra la desconfianza propia de una sombría historia inquisitorial, no tiene atribuciones para resolver sobre el fondo de la causa y, por ello, no puede atribuírsele potestad resolutoria sobre las cuestiones jurídicas que se plantean en los artículos de previo pronunciamiento<sup>(16)</sup>. Es decir, no puede quedar al arbitrio del Juez instructor la terminación o prosecución del procedimiento, que es a lo que llevaría el reconocerle la facultad de poder entender sobre estas cuestiones<sup>(17)</sup>.

En efecto, los comentaristas, según Aguilera de Paz, celebraron la inclusión en el juicio de los llamados artículos de previo pronunciamiento porque creyeron advertir un claro peligro en la posibilidad de que pudiesen ser abordados en la fase sumarial. Así, se señala que al retrotraer los legisladores de la Compilación General el ordenamiento legal a las disposiciones que establecía el Decreto-ley de 18 de junio de 1870, conservaron el plenario o juicio oral en la forma que establecía esta disposición legal y, con ello, restablecieron el secreto y el procedimiento inquisitivo de su instrucción. Consecuentemente, dado que el Ministerio fiscal, y las demás partes acusadoras, debían calificar provisionalmente los hechos con anterioridad al juicio, no podía por menos de admitirse que en este período anterior se pudiesen alegar cuestiones de previo pronunciamiento. Sin embargo, no sucedía lo mismo para el procesado, ya que como consecuencia del secreto del sumario y del sistema inquisitivo, no podía tener ninguna intervención en la causa ni conocer nada de ella hasta que ésta entrase en la fase plenaria o judicial. Esto le conducía a una inaceptable indefensión, ya que ni siquiera podía oponerse a las cuestiones que se hubiesen propuesto por parte de las partes acusadoras o el propio Ministerio Fiscal<sup>(18)</sup>.

En efecto, el legislador de la Compilación señala que una vez fuesen practicadas todas las diligencias del sumario que acordase el Juez, se hará entrega de la causa al Ministerio fiscal y al acusador privado en su caso para que en el término que debía señalárseles, según el volumen y complicación del proceso, manifestasen por escrito, pero sin razonar ni fundar su juicio:

1.º La calificación que mereciera el delito, con arreglo a los hechos que resultasen del sumario;

---

de 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 proscribe y condena una preocupación hasta ahora muy extendida, que, si pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en su auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio con el cual es incompatible. Alude el infrascrito a la costumbre tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado» M. ALONSO MARTÍNEZ, *Exposición de motivos de la LECrim de 1882*, ob. cit., pág. 19.

<sup>(16)</sup> « El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte.» M. ALONSO MARTÍNEZ, *Exposición de motivos de la LECrim de 1882*, ob. cit., pág. 19.

<sup>(17)</sup> AGUILERA DE PAZ, *Comentarios... cit.*, pág. 168 explica la función del sumario en la LECrim con estas palabras: «...el carácter (del sumario) de mera preparación del juicio hace imposible la admisión durante él de los artículos de previo pronunciamiento, porque el Juez Instructor carece de facultades resolutorias en cuanto afecte al fondo de la causa, y no puede en su virtud considerarse facultado para resolver las cuestiones jurídicas que son objeto de los mismos, y tampoco es posible que quede a su arbitrio la terminación o la prosecución del procedimiento como resultaría si pudiese resolver por sí en uno u otro sentido los artículos previos mencionados.»

<sup>(18)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Tratado, cit.*, pág. 318.

2.º La participación que en él hubiera tenido el procesado o cada uno de ellos, si fuesen más de uno;

3.º Si resultaban méritos para exigir responsabilidad civil subsidiaria contra una o más personas, o el resarcimiento, por el que, a título lucrativo, hubiera participado de los efectos del delito;

4.º Si procedía elevar la causa a juicio o sobreseerla, y en qué términos, y

5.º Si renunciaban la prueba y la ratificación de los testigos del sumario, o si, por el contrario, convenía a su derecho el recibimiento a prueba y la ratificación de todos o de algunos de los testigos citados, proponiéndose, en dicho caso, a través de otrosíes la prueba que les interesaba practicar, en la forma prevenida en el artículo 792 de la Compilación.

Una vez que las partes acusadoras habían redactado el escrito de calificaciones, la causa era devuelta al Juez. Éste podía, según su criterio, sobreseer la causa de forma provisional o libre. En caso de que sobreseyera de forma libre, debía especificar si el sobreseimiento era total o parcial. También podía elevar la causa al juicio porque estimaba que había indicios racionales de delito por medio de auto motivado. Entonces, y sólo entonces, se comunicaba la causa al inculpado o inculpados y, como resulta claro, a los posibles responsables civiles. Estos debían estudiar la causa y presentar un escrito firmado por abogado o procurador que se cifiese únicamente a lo establecido en el artículo 824 de la Compilación. Este escrito debía señalar:

1.º Que se habían enterado de la calificación hecha por el Ministerio fiscal y por el acusador privado si lo hubiese;

2.º Si se conformaban con las declaraciones de los testigos del sumario al efecto de omitir su ratificación y renunciaban a la prueba, o si pedían, en otro caso, la ratificación de todos o de algunos de dichos testigos y el recibimiento a prueba de la causa, proponiendo también a través de otrosíes las que intentasen utilizar.

Una vez que se había practicado la prueba o se hubiese renunciado a ella por ambas partes, se daba traslado de los autos a la acusación y a la defensa. Tras ello se declaraba concluida la causa quedando ésta vista para sentencia, la cual se dictaba en presencia de las partes, pudiendo asistir tanto los defensores de ambas partes como el Ministerio fiscal. Dicha sentencia debía ser posteriormente remitida a la Audiencia correspondiente porque la sentencia dada en primera instancia carecía de fuerza ejecutoria<sup>(19)</sup>.

De este rápido esbozo del procedimiento penal puede observarse que las partes acusadoras, al tener que satisfacer el trámite de la calificación y entrar en contacto con la causa, así como los inculpados y posibles responsables civiles al dárseles traslado de ésta, podrían encontrar motivos racionales para interponer alguna de las excepciones legalmente admitidas como cuestiones o artículos de previo pronunciamiento. Pero, si bien el artículo 808 de la Compilación establecía, por esta razón, que estas alegaciones podían hacerse en el plazo de tres días a contar desde la entrega de los autos para que se procediera a la presentación del llamado escrito de calificaciones, este ar-

---

<sup>(19)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, págs. 318-319.

tículo, como hemos señalado ya, había sido situado en la fase sumarial, en la que, como ha quedado dicho, no podían constituirse como parte ni el inculpado ni el responsable civil en la proposición de estas cuestiones previas de previo pronunciamiento.

Por tanto, si bien era ya un contrasentido que la proposición de los artículos de previo pronunciamiento debiese preceder a la calificación, lo más grave era la imposibilidad por parte de los inculpados de impugnar las cuestiones previas interpuestas por los actores en el procedimiento penal. En efecto, de la redacción del referido artículo 808 se deducía claramente que sólo las partes acusadoras podían formular cuestiones previas de previo pronunciamiento, ya que a los acusados no se les remitía la causa para que la calificasen, sino simplemente para que se diesen por enterados de la calificación hecha por las partes acusadoras y para pedir o no la ratificación de los testigos presentados en la fase sumarial y el correspondiente recibimiento a prueba. Por tanto, no estaban en condición de señalar conclusiones distintas a los hechos justificables procesales consignados por parte de las partes acusadoras. Sin embargo Aguilera de Paz, y obsérvese el loable intento de nuestros viejos procesalistas por superar el injusto proceso inquisitorial, ya sostenía con contundencia que «esto no podía autorizarlo la ley porque hubiera constituido la más irritante injusticia el privar del indisputable derecho de oponerse a la calificación en tales condiciones hechas, y del medio de defensa que dicha impugnación constituye, a aquellos a quienes la ley debía amparar y proteger»<sup>(20)</sup>.

Es el afán de salvar esta evidente injusticia la que lleva al legislador a intentar reconocer el derecho que asiste al inculpado y al responsable civil, en su caso, no sólo para oponerse a las cuestiones planteadas por la acusación, sino de plantear las excepciones que considerase necesarias para oponerse a la acción acusadora. Para dar cauce a este derecho debía permitirse la alegación de estas cuestiones de previo pronunciamiento por parte de los inculpados una vez acabada la fase sumarial y antes de que se elevase al Juez los escritos de calificaciones. Por ello, la Sección de la Comisión de Códigos que redactó esta parte de la Compilación a la que nos venimos refiriendo, acogió las disposiciones que hacían referencia a los artículos de previo pronunciamiento antes de entrar en el Título IV, referente al plenario o juicio oral. De esta forma, reconocía a ambas partes la posibilidad de interponer cuestiones previas de previo pronunciamiento antes de formularse la calificación y antes, por tanto, de elevar estos escritos al Juez para que declarase mediante auto motivado sobreseída la causa o abierto el juicio oral o fase plenaria<sup>(21)</sup>.

Esta es la interpretación correcta, cifiéndose al espíritu que parece dominar la Compilación, aunque de su interpretación literal pudiese sacarse contraria impresión. En efecto, de su lectura no puede dejar de colegirse que el derecho a interponer cuestiones de previo pronunciamiento vienen concedidas a las dos partes esenciales del procedimiento penal. Este criterio, asimismo, era el seguido por la práctica judicial, en base al cual si el Ministerio fiscal o el acusador privado proponían estas cuestiones previas, una vez tramitadas y suspendido momentáneamente el curso normal del proceso penal, se trasladaban tanto al procesado como al responsable civil estas cuestiones, viniendo a constituirse como parte en el proceso penal de forma excepcional. En caso, a su vez,

---

<sup>(20)</sup> AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios...cit*, pág. 169.

<sup>(21)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Tratado, cit.*, págs. 320-321.



de que las partes acusadoras no propusiesen cuestión de previo pronunciamiento por no encontrar razones que les condujesen a plantearlas, éstas podían ser alegadas por el procesado o el responsable civil tras abrirse el plenario o juicio oral <sup>(22)</sup>.

### 3. Diferencias esenciales entre el esquema de la Compilación y la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal

Si realizamos una comparación entre la regulación de la Compilación con la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal actualmente vigente, podemos advertir que los artículos de previo pronunciamiento presentan un carácter ciertamente diverso en ambas normativas legales.

En efecto, según ha señalado algún autor <sup>(23)</sup>, en el régimen de la Compilación son considerados como meros incidentes procesales. Estos incidentes procesales pueden ser promovidos con anterioridad a que se hubiese iniciado el juicio, es decir, antes de que se elevase la causa al Juez de la causa, ya que se considera que sólo en este momento puede realmente conocerse si la causa debe ser sobreseída y, como consecuencia, si debía tener lugar o no el juicio oral. Por tanto, no puede hablarse de verdaderas excepciones, sino de meros incidentes, a diferencia de la legislación de la LECrim en la que sí tienen este carácter.

Tampoco constituyen cuestiones prejudiciales, ya que, como ya hemos indicado, no son, en modo alguno, anteriores al juicio, sino que forman parte de él. De esta forma, no pueden ser propuestas hasta que se hubiese abierto el juicio oral. Esta naturaleza diferente de la de las cuestiones prejudiciales, explica que se haya reservado para la proposición de estos artículos de previo pronunciamiento un momento procesal posterior a la apertura del juicio oral, justo después de haberse entregado a las partes la causa para que presenten sus escritos de calificaciones, ya que todo lo que se ha actuado hasta entonces no es más que una preparación de ese juicio oral y es sólo tras la apertura de éste cuando aparece ejercitada y sustentada la acción penal. Se entendía que la demanda, aunque fuese formulada, no quedaba formalizada hasta que no se presentase por parte del Ministerio fiscal y demás partes acusadoras, en su caso, el escrito de calificaciones que calificaba provisionalmente el hecho justiciable y determinaba la responsabilidad del inculgado <sup>(24)</sup>.

Los comentaristas clásicos de la LECrim aprueban la situación de los artículos de previo pronunciamiento por considerar que responde perfectamente a su naturaleza procesal. Afirman que la posibilidad por parte de las partes acusadas de poder contestar el escrito de calificaciones redactado por las partes acusadoras es equiparable al trámite de contestación de la demanda. Así, por tanto, al entenderse los artículos de previo pronunciamiento como verdaderas excepciones procesales que se oponen a la acción penal, a imagen y semejanza de lo que sucede en el proceso civil, entienden que la lógica jurídica lleva a sostener que el momento adecuado para poder ser propuestos por las partes acusadas es, sin duda, después de mantenida en el juicio la ac-

---

<sup>(22)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, pág. 321.

<sup>(23)</sup> AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios...cit.*, pág. 169.

<sup>(24)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Tratado, cit.*, pág. 322.

ción penal a través del escrito de calificaciones y antes de que éste sea elevado a su estudio por parte del Juez, ya que una vez que éste lo haya estudiado deberá proceder mediante auto al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral, que podría ser innecesario en caso de que realmente existiesen algunas de las cuestiones de previo pronunciamiento que podrían proponerse. Para evitar esto, estos autores entienden que es totalmente adecuado que las cuestiones de previo pronunciamiento se promuevan antes de darse traslado al escrito de calificaciones. Por tanto, se felicitan de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 haya restablecido la normativa de la llamada Ley Provisional y superado las imprecisiones de la Compilación. Es decir, consideran que el momento procesal adecuado para estos artículos de previo pronunciamiento es, sin duda, tras la apertura del juicio y antes de entrar en el plenario o juicio oral <sup>(25)</sup>.

Por tanto, la razón de que los artículos de previo pronunciamiento sólo puedan proponerse una vez abierto el juicio oral es simplemente un paso hacia la intervención de la parte acusada en el proceso penal. El esquema de la Compilación ciertamente posibilitaba que pudiesen sustanciarse durante la instrucción del sumario, pero sólo para la parte acusadora, no para la acusada que no sólo no tenía posibilidad de alegar dichas cuestiones en fase sumarial, sino que tampoco podía hacerlo antes de que se iniciase propiamente el juicio oral. La regulación de la LECrim permite lo segundo, pero no podía plantearse siquiera el abrir el sumario a las partes acusadas. En 1882 esa posibilidad no era ni siquiera sospechada. Ha habido que esperar casi un siglo para que la apertura del sumario a la parte acusada haya sido una realidad. Resulta claro que hoy la regulación de la LECrim resulta anacrónica, pero, justo es reconocer que en su momento supuso un gran paso adelante en las garantías de defensa. Sin embargo, actualmente, tras la aprobación de una Constitución que eleva el derecho de defensa a la categoría de derecho fundamental y tras la apertura del sumario a las partes acusadas a través de la creación de la figura del inculpado no puede por menos que apuntarse que si la no existencia de indicios racionales de criminalidad excluye el juicio oral, la existencia de una circunstancia que excluye de raíz la misma acción penal, como ocurre por ejemplo con la cosa juzgada, debería ser razón más que suficiente para excluir también la apertura del juicio. En efecto, no se comprende por qué hay que abrir el juicio para poder estimar a través del correspondiente auto de sobreseimiento la existencia de una cuestión previa que excluye el propio juicio que se acaba de abrir si ya es conocida esta cuestión durante el sumario.

#### **4. El origen de la confusión sobre la naturaleza jurídica de las cuestiones previas: análisis crítico y conclusiones**

Por tanto, los avatares históricos han provocado que tengamos en nuestro Derecho esta original figura sin parangón en el Derecho comparado. Sin embargo, no queremos cerrar este estudio histórico sin preguntarnos por las razones más profundas de ello. Ciertamente es interesante reflejar un hecho jurídico, pero penetrar en la mente del legislador a través de la historia para comprender sus razones es una tarea imprescindible en toda investigación. Vamos a intentarlo.

---

<sup>(25)</sup> Vid. AGUILERA DE PAZ, E., *Ibidem.*, págs. 322-323.

A nuestro modo de ver, los artículos de previo pronunciamiento confunden la verdadera naturaleza de las cuestiones previas mezclando supuestos muy heterogéneos, pretendiendo alcanzar una homogeneidad imposible. Ello provoca una regulación incompleta y muy confusa. Asimismo, la LECrim establece un inaceptable cauce procesal para las cuestiones previas, como es el de los artículos de previo pronunciamiento, paralelo al de las excepciones dilatorias del proceso civil <sup>(26)</sup>.

Sin embargo, y dejando aparte los graves inconvenientes prácticos que conlleva la no inclusión de numerosas cuestiones previas en el cerrado elenco del artículo 666 de la LECrim, lo más grave, a nuestro juicio, de la actual regulación de la ley procesal es la indefensión que sufren las partes acusadas en la fase sumarial, ya que la LECrim no prevé, momento procesal alguno para que puedan plantear cuestiones previas, que, en caso de ser estimadas, hubiesen hecho innecesaria la apertura del juicio. ¿Por qué posponer la alegación, investigación y resolución de estas cuestiones previas a un momento procesal posterior a la instrucción si ya desde el mismo se tiene conocimiento de su existencia por el Instructor? Si, por ejemplo, la prescripción del delito o la cosa juzgada pueden ponerse de manifiesto en la instrucción ¿por qué deben resolverse en juicio cuestiones previas planteadas o planteables en la instrucción?

A nuestro juicio, la explicación es sencilla: la mala intelección por parte de nuestro legislador del llamado «sistema o principio acusatorio» <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> «Dicha similitud se manifiesta, si se piensa que al igual que las referidas «excepciones dilatorias» a) han de plantearse dentro de los primeros tres días del plazo de cinco, concedidos a las partes para formular sus respectivas calificaciones provisionales; b) se sustanciarán como incidentes de previo y especial pronunciamiento, con suspensión del curso del proceso principal, y c) provocan también la suspensión del plazo para formular la calificación provisional, reanudándose con la desestimación de la excepción (art. 679).» V. GIMENO SENDRA, *ob. cit.*, pág. 410.

<sup>(27)</sup> Personalmente, consideramos imprescindible seguir la exposición que de la LECrim hicieron nuestros viejos comentaristas para entender la regulación procesal de 1882. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ DEL CAMPO, E. en sus clásicas *Notas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tras un brillante recorrido por la historia del proceso penal de recomendable lectura (págs. 5 a 26), señala con vigorosos trazos las razones que movieron al legislador de 1882 a promover una ley, ciertamente muy innovadora en su tiempo. Dice el referido autor respecto a la LECrim de 1882, en un optimista texto de obligada referencia que «Ella, como la de 1872, consagra con parsimonia, sin duda, pero con preferencia declarada, el sistema acusatorio, cuya lógica no extrema, y siguiendo ambas en general las doctrinas predominantes en la mayoría de los países civilizados, establecen los principios cardinales de un procedimiento que ha cambiado de raíz el antiguo. Desde la primera parcialmente, y desde la de 1882, como hecho general, quedan separadas las funciones instructoras, más que judiciales en su esencia de mera policía, de las verdaderamente propias de los Tribunales, de las en cuya virtud absuelven o condenan. Ha parecido peligroso para la imparcialidad del fallo que el Juez del sumario intervenga en aquel; sus naturales esfuerzos para la investigación y el esclarecimiento de los hechos se creen ocasión de prejuicios o de preveniciones que, aunque honrados, puedan ser parte a alterar la necesaria frialdad de ánimo y el espíritu tranquilo del llamado a juzgar. Se destierra de la práctica, de la ley no era preciso por no originarse en sus preceptos, la absolución de la instancia en casi todas sus formas, para impedir la amenaza y la vejación de un proceso siempre pendiente de responsabilidades nunca definidas, con ofensa del honor privado. Proclámase también en principio el valor exclusivo de las actuaciones practicadas en el juicio, y su mera preparación del sumario, en donde se recogen aquellos elementos influyentes que el tiempo o la malicia, o naturales impulsos de defensa pudieran borrar, desvanecer o desfigurar, con perjuicio de los intereses de la justicia; y así, aún cuando ciertos actos sumariales, como el procesamiento, solamente en ese estado posible, sean de trascendencia grave, y su falta afecte al ulterior curso del proceso, el plenario es la base fundamental del juicio, no limitado, como antes generalmente a ratificar declaraciones de testigos, sino como la legítima amplitud que le otorga el ser la pertinente ocasión del suministro de las pruebas adversas y favorables al acusado. La acción, hasta estas leyes libérrimas, de los Tribunales para sustanciar procesos, para abrir juicios, para dictar condenas, no alcanza ya más que a la primera de esas facultades, a la de prevención de los sumarios; exigiendo la apertura del juicio, acusación más o menos revocable, sobre delito no juzgado que circunscriba a sus términos la potestad judicial. El sistema acusatorio pide más sin duda; pide mayor pasividad de los Tribunales; que sólo les mueva especial solicitud; que sus fallos respondan congruente y estrictamente a la petición del acusador(...) A ella se dirigen en tenaz porfía, por rumbos distintos, sobre todo desde el último siglo, en cuanto al derecho penal toca, numerosísimas escuelas dedicadas por esfuerzo colectivo al descubrimiento de los dogmas de la ciencia, cuyos progresos en lo sustantivo desde el ilustre Becaria, y en lo procesal desde la Revolución francesa son bien notorios. Las antiguas fórmulas del Enjuiciamiento ya no sirven; lo secreto, la pesquisa, la oculta o encubierta delación; la confesión como fin del proceso; el odioso y cruel tormento; la amplitud de los Jueces para juzgar como les pareciera y lo

Como es de sobra conocido, nuestro legislador quiso con la LECrim de 1882 resolver problemas y abusos en la administración de justicia, centrados en torno al sistema inquisitivo<sup>(28)</sup>. Para ello diseñó un sistema procesal caracterizado por las siguientes notas:

1. Separación de funciones de instrucción, acusación y decisión.
2. Principio acusatorio: sin acusación no puede haber juicio ni condena.
3. Del resultado de la instrucción depende que haya o no juicio. Esta es la función que se otorga al sumario.
4. Juicio será oral y público. Las pruebas serán valoradas libremente por el Tribunal.

Por tanto, el legislador opta por un sistema mixto<sup>(29)</sup>, en el que intenta armonizar el sistema inquisitorio<sup>(30)</sup> y el acusatorio<sup>(31)</sup>. Es el llamado sistema de la «acusación

---

que creyeran juzgable; la escasa eficacia de los recursos contra las decisiones, han desaparecido; la omnipotencia real del poder público, fuera o no legal, se combatió y venció por el alzamiento de la individualidad humana, por la proclamación de los derechos a ella inherentes; y el Estado se ve ahora enfrente del ciudadano con derechos, no del súbdito puesto a su merced. La ley penal disminuye y suaviza los castigos y define el delito en sí y con relación al delincuente; y la ley procesal provee a éste de medios de defensa que concilian los intereses generales y las necesidades de la represión, con los del acusado, con los fueros de la inocencia y los respetos también debidos al culpable; armonía realizada en parte principal por la nuestra, que si como obra humana no es perfecta, marca un adelanto que no deja a España rezagada en el camino del progreso seguido por las naciones civilizadas.» Cfr. MARTÍNEZ DEL CAMPO, *Notas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Madrid, 1885, págs. 28 y 31.

<sup>(28)</sup> En la Exposición de Motivos, se señala la situación a la que se intenta hacer frente: «En sentir del que suscribe, sólo por la costumbre se puede explicar que el pueblo español, tan civilizado y culto y que tantos progresos ha hecho, en lo que va de siglo, en la ciencia, en el arte, en la industria y en su educación política, se resigne a un sistema semejante (en referencia al sistema inquisitorio), mostrándose indiferente o desconociendo sus vicios y peligros, como no los aprecia ni mide el que habituado a respirar en atmósfera malsana, llega hasta la asfixia sin sentirla. El extranjero que estudia la organización de nuestra justicia criminal, al vernos apegados a un sistema ya caduco y desacreditado en Europa y en América, tiene por necesidad que formar una idea injusta y falsa de la civilización y cultura españolas.» *Ibidem.*, pág. 32.

<sup>(29)</sup> Sobre las características fundamentales de los sistemas procesales que se han presentado a lo largo de la historia de la humanidad, puede consultarse: MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*, Segunda Ed., Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1966, Tomo I, págs. 443 y ss; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D. y ARROYO GUTIÉRREZ, J.M. *Los principios del sistema procesal penal mixto moderno*, Ilanud, San José, Costa Rica, 1991 y CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Nociones fundamentales, Ediar S.A. Editores, Córdoba-Argentina, págs. 159 y ss.

<sup>(30)</sup> Los rasgos definidores del sistema inquisitorio, según las exposiciones de VAN ASPEN son: a) el principio cardinal es el poder del Juez para proceder de oficio, sin esperar la reclamación de alguien como acusador; b) ello se traduce en una atenuación o postergación de la figura del acusador, que pasa a un segundo plano, y que no se elimina totalmente ya que su «colaboración» es admisible junto a los poderes oficiales del Juez; c) el sistema exige la creación de un oficio público, estatal, encargado de la persecución penal; se implanta y generaliza la figura del Ministerio Público o Fiscal con precedentes en algunos oficios introducidos bajo el sistema acusatorio (*curiosi, etationarii*); d) la Justicia se tecnicifica, porque para que el Juez pueda proceder de oficio es preciso que esté establecido de antemano y disponga de los correspondientes medios y preparación, apareciendo el Juez profesional o de carrera frente al Juez elegido o popular; e) También se tecnicifica la Justicia penal en cuanto la inquisición, conducida en riguroso secreto por el Juez, no atiende debidamente a las garantías del imputado, para lo cual se eleva el rango del antiguo escribiente o amanuense convirtiéndolo en Escribano, dotado de fe pública, bajo la cual ha de actuar siempre el Juez; f) Los principios de la escritura y del secreto dominan el procedimiento, al menos en la fase inicial. g) La antigua libertad en la valoración de las pruebas es sustituida por la libertad en la práctica de las pruebas, adecuadamente documentadas en la causa y valoradas de antemano por el legislador en modo vinculante para el Juez, mediante las reglas de la prueba «legal» o «tasadas»; h) El reo puede estar preso mientras el juicio se prepara y para obtener su confesión, si hay elementos probatorios adecuados, puede emplearse un medio de prueba que es el tormento, acordado con rigurosa sujeción a la regulación legal como medio de una sentencia interlocutoria ordenando darlo; i) El procedimiento consta de dos grandes fases: la Instrucción o indagación sumaria, denominada *inquisitio*, y el Juicio propiamente dicho o plenario, cuya significación como momento central del proceso cede ante la significación teórica o práctica atribuida a la encuesta inicial o sumario, la cual puede ser una *inquisitio generalis*, realizada *in rem* y *erga omnes*, *in incertam personam* o una *inquisitio specialis*, realizada *in personam*, contra un sujeto concreto y determinado; j) Se admiten recursos contra la sentencia dictada. VAN ASPEN, *Ius Ecclesiasticum Universum Matriti*, 1778, t. II, parte 3, pp. 142 y ss.

<sup>(31)</sup> Los rasgos fundamentales del sistema acusatorio, según CONSO son: a) el poder de la decisión o la jurisdicción pertenece a un órgano estatal; b) el poder de iniciativa o poder de acusar correspondía al ofendido o a su familia o incluso a los ciudadanos (acción popular); c) el proceso penal no podía comenzar sin acusación, lo que comportaba la absoluta imposibilidad para el Tribunal o Magistrado de proceder por su propia iniciativa aun en los casos de gran rumor o conmoción ciudadana; d) una vez investido de la

formal» que trata de mejorar la administración de justicia en base a una compatibilización de los principios de autoridad y libertad<sup>(32)</sup>.

Sin embargo, la construcción artificial, en palabras de Fenech<sup>(33)</sup>, de este sistema acusatorio formal se encuentra con la gran dificultad de explicar la doble naturaleza de la intervención del Estado en el mismo<sup>(34)</sup>. Por un lado, el Estado es el único titular del *ius puniendi* y, por otro lado, deberá promover la acción penal ante sus propios Tribunales. Gómez Orbaneja señala al respecto que esta dificultad se explica porque el Estado retiene su derecho de penar y la titularidad de la Jurisdicción, pero lo condiciona al ejercicio previo de otro derecho, el de acusar, que conduce al juicio y a la sentencia<sup>(35)</sup>.

Así, se muestra la dificultad de reconducir el proceso penal, bajo el sistema de acusación formal, a los principios constitutivos y a las categorías jurídicas del proceso civil. Nuestro legislador, que se jacta de haber llevado el «principio acusatorio» al propio sumario «en cierta medida» se equivoca porque confunde la intelección de este principio. Ya Gómez Orbaneja advertía, con estilo incomparable, que «hay que saber previamente lo que sea ese ente majestuoso que nuestro legislador invoca tan omnipresente como incierto de contornos, conocido bajo el nombre de principio acusatorio»<sup>(36)</sup> para señalar en otro lugar que «es chocante que a los sesenta y cuatro años que lleva de vigencia la Ley de Enjuiciamiento criminal no haya sido analizado con un poco de rigor ese famoso principio que, según el propio legislador, informa todo el sistema. Por descontado, lo que interesa averiguar no es la idea que tuviese de él el autor de la Ley, sino el alcance de los preceptos en que se articula. O en otros términos: no lo que haya querido o creído hacerse, sino lo que efectivamente se hizo». El insigne procesalista advertirá que nuestra Jurisprudencia define el derecho del Tribunal a plantear la llamada «tesis de oficio» como una «facultad» de la que el Tribunal debe usar «con moderación» y en los casos previstos y concretos determinados por la ley<sup>(37)</sup>.

---

acusación el Magistrado no estaba condicionado en el ulterior desarrollo del proceso a la iniciativa o voluntad del acusador, incluso en el caso de voluntario abandono de la acusación; e) el Juez carecía de libertad en la averiguación de los hechos, habiéndose de limitar a valorar sólo las pruebas producidas por la acusación y la defensa (*iusta probata partium*); f) el proceso se desenvolvía según los principios de contradicción o confrontación entre las partes, con entera igualdad entre ambas, en un juicio oral y público; g) el acusado se encontraba en libertad durante todo el juicio y hasta la sentencia irrevocable. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio* en «Enciclopedia del diritto», v. I, 1958, págs. 337 y ss.

<sup>(32)</sup> Sobre la correcta intelección del llamado principio acusatorio y la necesidad de no exralimitar su virtualidad, a través de una recta intelección de su verdadera esencia, vid. el magnífico artículo de ARMENTA DEU, T. «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no es)» en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, págs. 265 a 291.

<sup>(33)</sup> Vid. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, págs. 67 y ss.

<sup>(34)</sup> Véanse las críticas que se formulan a las funciones del Juez de Instrucción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en Argentina, puesto que por intervenir en la investigación se estima que el nuevo texto «...no ha superado el modelo inquisitivo de la legislación derogada...» CHERNAVSKY, Nora y LÓPEZ, Mirta, «La instrucción» en *El Nuevo Código Procesal de la Nación. Análisis Crítico*. Julio Mayer, compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 141 y ss. Resultan, asimismo, interesantes las observaciones de OSTOS, José Martín; CAMPOS VENTURA, José David; ARRIETA GALEGOS, Manuel; y CAFFERATA NORES, José I. «Instrucción preliminar; ¿Responsabilidad del Juez o del fiscal?» en *Memoria de la II Conferencia sobre reforma de la justicia penal*, San Salvador, 1992, págs. 65 y ss. Para una breve panorámica de derecho comparado europeo, especialmente las recientes reformas procesales al respecto en Alemania, Portugal e Italia, puede consultarse el trabajo ampliamente documentado de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El período intermedio del proceso penal*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, págs. 4-6.

<sup>(35)</sup> «El sistema acusatorio no significa que el Estado confie al acusador el ejercicio judicial de su derecho de castigar al culpable; significa únicamente que lo condiciona, condicionando el proceso a la acusación misma.» GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...cit.*, pág. 188.

<sup>(36)</sup> Vid. el histórico artículo de GÓMEZ ORBANEJA, «Delito continuado y principio acusatorio» en *Revista de Derecho Procesal*, 1946, págs. 121-130, donde el autor advierte por primera vez del erróneo entendimiento del «principio acusatorio» tanto del autor de la LECrim como de la Jurisprudencia.

<sup>(37)</sup> GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...cit.*, tomo I, vol. I, págs. 196 y ss.

Nuestro legislador confunde en la LECrim el alcance de este «principio acusatorio» y ello le lleva a una errónea equiparación entre los procesos civil y penal<sup>(38)</sup>. Yerra cuando afirma haber llevado al sumario las garantías propias que el principio acusatorio concede al procesado porque, en realidad, se mantuvo el secreto sumarial como regla general para la sociedad y el imputado, aunque se establecieron determinadas excepciones a este principio como consecuencia de la pretensión de limitarlo o reconducirlo únicamente a la necesidad de asegurar el éxito de la instrucción. Así pues, el secreto sumarial no era concebido como una norma absoluta de operatividad mecánica, puesto que se establecían algunas excepciones, tales como:

a) Necesidad de notificar el auto de procesamiento, que, en tanto motivado, suponía transmitir al imputado una necesaria información de los actos de investigación hasta ese momento realizados y de su resultado.

b) Potestad del Juez instructor de informar al procesado de determinados actos instructorios para facilitar al inculpado el ejercicio de algún derecho siempre que no resultara perjudicada la instrucción de la causa.

c) Necesidad de levantar el secreto sumarial una vez transcurridos dos meses desde el auto de procesamiento, salvo que se pudiera poner en peligro la investigación.

d) Concesión al procesado de la posibilidad de intervenir él mismo o por medio de representante en ciertos actos de la instrucción, fundamentalmente el reconocimiento judicial y los periciales<sup>(39)</sup>.

Por tanto, siguiendo la tradición liberal, la LECrim no sancionó la defensa con carácter obligatorio y como obligación del Estado hasta el momento de la apertura del juicio oral, excepción hecha de la prueba anticipada<sup>(40)</sup>. Se limitó, en lo que significó un avance respecto del sistema inquisitivo, a autorizar que el imputado pudiera ser asesorado por Abogado desde el momento de dictarse auto de procesamiento (art. 384 de la LECrim) y, como consecuencia de esta afirmación, se afirmó la posibilidad de nombrar Abogado desde ese momento o de solicitar la designación de uno de oficio (art. 118 de la LECrim).

La lectura de estas prerrogativas nos hacen comprender que lo que el legislador llevó al sumario fueron los principios de publicidad y de contradicción, que son propios del sistema acusatorio, pero no concuerdan con una recta intelección del principio acusatorio propiamente dicho<sup>(41)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Como muestra, este célebre texto de GÓMEZ ORBANEJA: «La equiparación le hizo equivocarse mucho al Sr. ALONSO MARTÍNEZ o a la pluma que firmó con ese nombre. Y nos ha hecho errar mucho después a todos nosotros -más habituados a las nociones del proceso civil que del penal-». «El legislador de 1.882, en su Exposición de Motivos, con ejemplar seriedad y buena prosa, se pone a explicarnos el sistema que implanta: el proceso penal acusatorio. Nos dice lo que, según él, fundamentalmente lo constituye. Lo curioso es que cuando hemos acabado de leer la explicación (como el que lee el argumento de la ópera antes de levantarse el telón) y recorremos la ley misma, nos encontramos con que la explicación y lo explicado, en lo fundamental, se parecen muy poco o no se parecen en nada.» *Prólogo a La cosa juzgada penal*, de CORTES DOMÍNGUEZ, Bolonia, 1975, págs. II y III.

<sup>(39)</sup> Vid. IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, págs. 183 y 330.

<sup>(40)</sup> Vid. GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pág. 98.

<sup>(41)</sup> Vid, al particular de forma amplia, ASENCIO MELLADO, *Principio de defensa y principio acusatorio*, Colex, 1991; VERGÉ GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, 1994; y ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, 1995.

Por tanto, de lo que venimos diciendo puede ya deducirse el escaso papel que el legislador de 1882 asignó a las partes acusadas en fase instructoria del proceso penal. En realidad, aunque el legislador se jactara de haber llevado el principio acusatorio al sumario éste continuaba regido, fundamentalmente, por los principios dimanantes del sistema inquisitorial.

Hubo que esperar casi un siglo para que esta situación procesal experimentara un cambio sustancial, respondiendo a los derechos y garantías públicas consagradas en la Constitución de 1978. Nos referimos, obviamente, a la Ley 35/1.978, de 4 de diciembre. Dicha Ley, como es de sobra conocido, modificó varios preceptos de la LECrim y, en lo que a esta exposición atañe, concedió a todas las partes personadas el derecho de tomar conocimiento de las actuaciones y a intervenir en todas las diligencias sumariales. El secreto sumarial se veía relegado a un campo muy limitado. En palabras de Abad Fernández<sup>(42)</sup> esta reforma implicó una quiebra en la estructura de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que ciertos preceptos no reformados no eran coherentes ni con la letra ni con el espíritu de la Ley reformada.

La finalidad de la reforma, en palabras de Armenta Deu<sup>(43)</sup>, fue la de llevar el principio acusatorio al sumario, a cuyo efecto y fundamentalmente se actuó erradicando la norma del secreto sumarial afectante al imputado e instaurando —aunque el resultado no se ajustara a la pretensión perseguida—, la contradicción casi con total vigencia en esta fase anterior al juicio.

Entre los artículos modificados, cabe citar, por la importancia que van a tener en la materia propia de esta investigación, el artículo 118 que amplía el «derecho de defensa» concedido a las partes acusadas en el proceso penal. El referido artículo señala que *«toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que sea ésta, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados»*. Por tanto, este artículo 118, que antes se limitaba a consagrar la posibilidad del imputado de nombrar abogado desde el auto de procesamiento, varió considerablemente su sentido al efectuar dos tipos de consideraciones: una, el adelanto de dicho derecho a la defensa técnica desde el mismo momento de la imputación que ahora puede ser adquirida por actos distintos al auto de procesamiento o imputación judicial<sup>(44)</sup>; otra, la configuración de la defensa como obligación del órgano jurisdiccional o del Estado, de modo que no quedaba el nombramiento de abogado supeditado a la sola voluntad de las partes, sino que, por el contrario, se debía de oficio proveer al imputado de uno en aquellas situaciones en que no hiciera uso de su derecho.

Asimismo, el artículo 302 de la LECrim, modificado por la referida Ley, señala que *«las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e interve-*

---

<sup>(42)</sup> ABAD FERNÁNDEZ, «Valor probatorio del sumario y reforma procesal penal», en *Jornadas de Derecho Procesal*, Madrid, 1984, pág. 192.

<sup>(43)</sup> ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991, pág. 148.

<sup>(44)</sup> ASENCIO MELLADO, «El imputado en el proceso penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXIX, 1993, págs. 59 y ss.

*nir en todas las diligencias del procedimiento»* a no ser que el Juez acuerde expresamente su carácter secreto por un período no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente diez días antes de la conclusión del sumario. Por tanto, en la línea con la declaración que limitaba el secreto sumarial a la sociedad, autoriza a las partes personadas a intervenir en todas las diligencias del procedimiento sin excepción alguna.

Por su parte, el artículo 311 de la LECrim, también modificado por la referida Ley, señala textualmente que *«el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio fiscal o cualquiera de las partes personas, si no las considerara inútiles o perjudiciales»*.

Finalmente, los nuevos artículos 333 y 336 establecieron la obligación de notificar previamente al abogado, para facilitar su intervención, la práctica de la inspección ocular, así como el reconocimiento judicial de los lugares y efectos hallados en el sitio donde se cometió el delito.

Como puede verse, los cambios son sustanciales en orden a la intervención de todas las partes de la causa en la fase sumarial del procedimiento, aunque ello pudiese provocar un cierto desamparo de bienes jurídicos protegidos socialmente. Como señala acertadamente Armenta Deu<sup>(45)</sup>, *«se afianzaron las garantías del imputado aun a costa de un detrimento de la protección de los intereses de la comunidad, los cuales en este momento y como consecuencia del influjo de la reforma política fueron obviados y relegados a segundo plano»*.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la LECrim es contradictoria respecto a la importancia que cabe conceder al sumario en el nuevo procedimiento penal. Por un lado, el legislador afirma que será una *«mera preparación del juicio»*, pero, por otro, señala que el sumario *«es la piedra angular del juicio y de la sentencia»*. Si leemos con detenimiento el artículo 299 de la LECrim nuestra confusión puede acrecentarse porque señala que *«constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos»*. Como puede deducirse, resulta claro que no todo sumario preparará el juicio, sino que sólo será la preparación del mismo cuando en su instrucción se haya llegado efectivamente a la averiguación del hecho delictivo, comprobando su comisión y atribuyendo la responsabilidad a personas concretas y determinadas. Si ello no es así, el sumario no prepara el juicio, sino que lo que hace es evitarlo e impedirlo, al no encontrarse indicios racionales como para sustentar la acción en la siguiente fase del procedimiento.

Por tanto, no podemos aceptar la superficial afirmación de que la función del sumario es meramente preparar el juicio, ya que el sumario puede concluir, y de hecho concluye en no pocas ocasiones, con el sobreseimiento. En estos casos resulta evidente que el sumario no ha preparado juicio alguno y lo que ha logrado la instrucción del sumario es, más bien, impedirlo.

Sin embargo, tampoco consideramos acertada la afirmación de que el sumario no prepara el juicio, sino la acusación. Los que entienden el sumario de esta forma, a nuestro modo de ver, ignoran los derechos que asisten a la defensa. Resulta claro que la investigación sumarial ha de *«consignar y apreciar las circunstancias así adversas*

---

<sup>(45)</sup> ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela ...cit.*, pág. 148.



como favorables al presunto reo», como la misma LECrim se encarga de subrayar en el artículo segundo.

Así pues, la función que el sumario tiene dentro del procedimiento penal es la de reunir los indicios necesarios para que pueda decidirse si debe abrirse o no el juicio. Es esta la decisión que corresponde al momento procesal que consideramos y que se plasmará en la emisión del auto de procesamiento, condición para que el juicio pueda abrirse. De ello, se desprende que el sumario sirve al juicio, pero no al «juicio sobre el hecho», sino al «juicio sobre la acusación»<sup>(46)</sup>.

Por tanto, en el sumario es donde se decide el derecho de acusar, tanto en sentido positivo (concesión del procesamiento) como en el negativo (denegación de este procesamiento). Por tanto, en el sumario hay un claro pronunciamiento sobre la acción penal. Eso hace que, contra algunos autores que han afirmado el carácter administrativo o pre-procesal de la llamada fase intermedia, haya que sostener contundentemente su naturaleza judicial<sup>(47)</sup>.

Todo esto puede ya hacernos pensar en el problema que plantea el momento procesal en que se tramitan estos artículos de previo pronunciamiento en el proceso penal. Como decimos, el legislador confunde los principios de publicidad y contradicción con el principio acusatorio y, por ello, establece que el Juez instructor no debe pronunciarse sobre la concurrencia o no de los presupuestos procesales, porque juzgaría sobre los hechos, tarea reservada al Tribunal que deba conocer sobre el fondo de la causa.

Tal concepción conduce al contrasentido de que el Juez instructor, a sabiendas de que pueden incidir sobre el proceso penal los efectos de la cosa juzgada o de una prescripción de delito, debería dictar el auto de procesamiento y abrir el juicio, prolongando innecesariamente un proceso penal viciado de raíz, si la acción penal es sostenida por alguna de las partes acusadoras, incluso aunque el Ministerio fiscal sea partidario del sobreseimiento. La situación es aún más grave si estas cuestiones previas hacen referencia a hechos no alegables por medio de este trámite procesal de los artículos de previo pronunciamiento. Por tanto, la alegación de las cuestiones previas resulta, con la ley procesal en la mano, muy dificultosa: o bien se utilizan los estrechos moldes del artículo 666 de la LECrim, o bien se espera a la sentencia definitiva para alegar esos mismos hechos en el juicio oral. Ciertamente, no parece que la regulación procesal sea muy afortunada a la hora de contemplar el *iter jurídico* adecuado para estas cuestiones previas<sup>(48)</sup>.

A nuestro modo de ver, es sorprendente que tras los avances de la ciencia procesal, que ha delimitado claramente lo que hay que entender por principio acusatorio y

---

<sup>(46)</sup> En este sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre de 1982, pág. 31 señala que el hecho de llevar la contradicción y la publicidad al sumario otorga a las diligencias realizadas en esta fase un valor formal que las aproxima a las pruebas practicadas en el juicio oral.

<sup>(47)</sup> Vid. al particular SERRA DOMÍNGUEZ, La instrucción en los procesos penal y civil: el sumario, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 720-722.

<sup>(48)</sup> En este línea, RAMOS MÉNDEZ afirma que «...hay que revisar los esquemas de funcionamiento en lo que se refiere al momento de proposición de estas cuestiones. Dicha ocasión aparece reconducida legalmente en el proceso ordinario al escrito de calificación con carácter preclusivo. El momento de la calificación de la causa sólo es una oportunidad más de control de los posibles presupuestos procesales o cuestiones previas todavía no resueltas definitivamente. Si la cuestión tiene la trascendencia de la mayoría de las hipótesis contempladas en el art. 666 LECrim, no cabe duda de que es legítimo suscitarla y resolverla en cualquier momento en que se plantee. La tutela efectiva en materia penal así lo exige.» Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *ob. cit.*, págs. 335 y 336.

señalado las notables confusiones que nuestro legislador históricamente ha sufrido al trasladar conceptos y principios del proceso civil al proceso penal, nuestro procedimiento criminal siga regulando la materia de las cuestiones previas o presupuestos procesales de forma tan anacrónica<sup>(49)</sup>.

Asimismo cabe llamar la atención sobre la ventaja que supone que la ausencia de presupuestos procesales, pues eso son las cuestiones previas y no excepciones procesales, puedan ser alegadas y apreciadas durante la instrucción del sumario. En efecto, en el supuesto de que no hayan podido ser comprobadas de forma absoluta, pero provoquen en el Instructor una duda razonable sobre la conveniencia de abrir el juicio se podrá sobreseer provisionalmente la causa. Resulta evidente que con los principios penales en la mano no se puede continuar el proceso porque se comprometería el *in dubio pro reo*. Sí debe pronunciarse sobre este hipotético caso el Juez que conoce de la causa. Una vez abierto el juicio, está ante la disyuntiva de abrir el juicio oral o sobreseer libremente. Sin embargo, el Instructor puede excluir temporalmente el juicio en espera de nuevos hechos y, en su caso, reabrir el caso, algo inviable por la proscripción de la absolucón en la instancia, una vez abierto el juicio. Ciertamente no conviene abusar de esta posibilidad para que los procesos penales no pendan *sine die* sobre los acusados, pero el secreto del sumario preserva de los dañinos efectos que la publicidad del juicio lleva consigo<sup>(50)</sup>.

Hemos de subrayar aquí que el que plantea una cuestión previa no lo hace en base a una pretensión individual meramente particular de la que pretenda obtener un beneficio judicial que dé satisfacción a un derecho privado. No se trata de que el órgano judicial administre justicia para intentar solventar, mediante una resolución justa, un conflicto de intereses. No se puede interpretar la intervención del Juez o Tribunal encargado de la causa como una injerencia indebida, que imposibilita una administración de justicia imparcial<sup>(51)</sup>.

Éste es, sin duda, el esquema mental con el que el legislador de la LECrim aborda estas cuestiones previas, equiparándolas con las excepciones dilatorias o perentorias del juicio de mayor cuantía. Por ello, carga con la prueba documental de las mismas al que alegue la excepción, como si se tratase de probar un derecho particular, mantiene al Juez o Tribunal al margen de toda intervención por entender que su función consiste en escuchar a las partes y resolver valorando las pruebas aportadas en virtud del principio de justicia rogada civil, y las traslada a un momento procesal posterior a la redacción de los escritos de calificaciones, ya que estos escritos, en palabras de la Exposición de Motivos de la LECrim, son «*en el procedimiento criminal lo*

---

<sup>(49)</sup> Vid. sobre esta y otras cuestiones ANDRÉS IBÁÑEZ, «Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre 1982.

<sup>(50)</sup> En definitiva, la intervención de la defensa no se dirige a atacar el fondo de una acusación aún no formulada ni está en relación directa con su contenido; se pretende, por el contrario, preservar la forma de producción del resultado derivado de la verificación de actos materiales y así evitar la comisión de determinados errores, eludir la ausencia de objetividad o garantizar que no se cometan infracciones de los requisitos que la Ley impone para la realización de cada acto en concreto. Vid. al respecto ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, págs. 164-165.

<sup>(51)</sup> Como consecuencia, y en referencia a la audiencia saneadora del procedimiento abreviado (artículo 793.2), señala GÓMEZ COLOMER «que este precepto diga que la audiencia sólo puede tener lugar a instancia de parte carece de importancia, pues todos los presupuestos procesales lo son porque *pueden y deben* ser apreciados de oficio. El artículo 793.2 de la LECrim debe interpretarse en el sentido de no excluir la actividad de control por las partes, pero sin sujetar ni limitar la del Juez de lo penal o Audiencia Provincial.» Cfr. GÓMEZ COLOMER, *ob. cit.*, págs. 283-284.

que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones»<sup>(52)</sup>. Para el legislador de 1882 con estos escritos de calificaciones, en palabras nuevamente de la Exposición de Motivos<sup>(53)</sup>, «empieza realmente la contienda jurídica»<sup>(54)</sup>.

Esta concepción superada, que ha llevado a recientes reformas, ya expuestas, para adecuar a los principios constitucionales diversos aspectos de la ley procesal, especialmente en lo referente al carácter del sumario, debe hacerse extensiva a estas cuestiones previas también. Por tanto, las cuestiones previas que son verdaderos presupuestos procesales, deben poder ser alegadas en cualquier momento del proceso penal, aunque este momento sea el sumario. Resulta obvio que el interés en comprobar si debe apreciarse en el procedimiento en curso cuestiones como la prescripción o la cosa juzgada material no es simple interés del alegante, sino del propio Tribunal o Juez que conociese del asunto, esté o no abierto el juicio<sup>(55)</sup>.

El órgano judicial pertinente no debe mantenerse al margen porque no estamos en la esfera civil, sino en la penal. La comprobación de una prescripción, como dijimos en su momento, no puede quedar en manos de los particulares. Éstos, ciertamente pueden alegarla e, incluso, aportar documentos que puedan ayudar al Juez o Tribunal a comprobar la veracidad de lo alegado, pero en modo alguno puede éste quedar en una posición pasiva, como si debiese ser convencido por el que alegó la cuestión previa. Resulta claro que el órgano judicial debe intervenir de oficio en cuanto tenga conocimiento de la existencia de una prescripción o de una cosa juzgada, por ejemplo, que puedan afectar al proceso penal y provocar una resolución definitiva sobre el mismo, o bien cuando se ponga en tela de juicio su competencia para conocer del asunto porque debe siempre comprobarla de oficio.

Por tanto, si sostenemos que el Juez o Tribunal que conociese del asunto ha de investigar de oficio cualquiera de estos presupuestos procesales, aunque no hubiese alegación de las partes, porque está en juego la continuación del proceso mismo, no se comprende por qué ha de ser diferente en caso de que las partes aleguen alguna de estas cuestiones. Resulta evidente que si el Juez o Tribunal ha de conocer de oficio sobre estas cuestiones previas o presupuestos procesales no puede esperar a que las partes las aleguen durante el juicio haciendo uso de los artículos de previo pronunciamiento. Ciertamente es que la asimilación de lo que venimos exponiendo puede ser más difícil en nuestro ordenamiento procesal por responder a parámetros ciertamente diferentes a los imperantes en otras leyes procesales europeas, pero resulta de todo punto necesario, sin perder por ello identidades propias<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Vid. Exposición de Motivos de la LECrim en *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Colex, Cuarta Edición, Madrid, 1992, pág. 19.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*.

<sup>(54)</sup> Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, «La reforma del proceso penal español y el reciente movimiento codificador», en *Justicia*, núm. II, 1990, págs. 282-283. En este sentido, el legislador decimonónico expresaba que las reformas «no contentarán aun probablemente a ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el Proyecto de Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme». *Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

<sup>(55)</sup> En este sentido, GÓMEZ COLOMER afirma que «...hay que acabar con la confusión, legislativa, entre presupuestos e impedimento procesal, permitiendo que el órgano jurisdiccional pueda apreciar de oficio, sin excepción, si concurren o no en el momento procesal oportuno.» J. L. GÓMEZ COLOMER, *ob. cit.*, pág. 280.

<sup>(56)</sup> En el ordenamiento alemán, por ejemplo, el principio de oficialidad facilita, sin duda, el esquema de los presupuestos procesales que presentamos. Ello es así porque como se ha señalado el proceso alemán no es propiamente un proceso de partes, salvo en los escasos casos de acción privada. En Alemania, como bien es sabido, la persecución penal es de oficio. El Estado no detenta úni-

Por tanto, el Juez instructor es el que va a tomar durante la llamada fase intermedia del proceso la decisión de abrir o no el juicio y por ello debería tener la posibilidad de conocer y valorar esas cuestiones previas que pueden determinar, de forma clara, su decisión.

Sin embargo, no queremos dejar de apuntar aquí, y sin entrar en mayores profundidades que superarían el ámbito de este breve ensayo, que si bien resulta claro que el legislador de 1882 instituyó, quizás sin pretenderlo, una fase procesal entre el sumario y el juicio a la que la doctrina ha dado el nombre tradicionalmente de fase intermedia<sup>(57)</sup>, creada a semejanza de las que parecieron ser sus modelos, las ordenanzas procesales alemanas<sup>(58)</sup> y austríacas, y que es concebida como un control o filtro para depurar la causa antes de que se entre en el juicio<sup>(59)</sup>, ésta está actualmente ciertamente desprovista de un contenido claro y específico. Tal vacío objetivo ha llevado recientemente a algún autor, de forma realmente acertada, a pretender dotarla de contenido, trasladando a la misma la alegación, proposición y resolución de las cuestiones previas, si no pudieron haber sido alegadas, propuestas o resueltas durante la instrucción<sup>(60)</sup>.

Estas páginas que hemos dedicado a bucear en la historia de estos artículos de previo pronunciamiento, pueden darnos ya una amplia perspectiva del por qué de su regulación actual. Como vemos, responden a un modelo procesal penal determinado y propio de una época precisa.

Puede afirmarse que el reconocimiento del error histórico sobre la verdadera naturaleza jurídica de estas cuestiones previas, justificable porque, a fin de cuentas, el Derecho está siempre sujeto a un innegable progreso histórico, debe ser una base imprescindible a la hora de abordar una regulación más acorde con el actual momento histórico. Estamos convencidos de que la futura Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal superará estas concepciones anacrónicas y regulará más adecuadamente esta materia.

---

camente la titularidad de la pretensión material, sino, además, el derecho y el deber de la persecución penal. El ofendido por el delito, excepto en los casos de delitos privados y de previa denuncia, que no corresponden exactamente a nuestros delitos semipúblicos, interviene en el proceso como denunciante o como testigo, pero la puesta en marcha del proceso penal no depende de su voluntad en la inmensa mayoría de las ocasiones. El fiscal, como detentador de la función de velar por el interés público, ostenta el monopolio de la investigación y la persecución penal. Se considera, por consiguiente, que las personas privadas carecen de la necesaria voluntad o simplemente no están en situación de asumir el ejercitar por sí misma dicha acción. Vid. ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela...cit*, págs. 69 y 70.

<sup>(57)</sup> Las opiniones sobre las actuaciones que deben comprenderse en la fase intermedia son muy variadas. Una breve reseña de las mismas puede encontrarse en GONZÁLEZ MONTES, «El inculpado en la fase intermedia» (Doctrina del Tribunal Constitucional), en *Primeras jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*; Universidad de Granada, 1994, págs. 107 y ss.

<sup>(58)</sup> Actualmente, la StPO se refiere siempre a «obstáculos procesales», término que utiliza tanto para designarlos en sentido técnico (prescripción, cosa juzgada, etc.) como para referirse a presupuestos procesales como la competencia objetiva o territorial.

<sup>(59)</sup> En la StPO alemana, la fase intermedia viene regulada entre los §§ 199 a 211. Se inicia con el escrito de acusación, cuyo contenido es fijado en el § 200, que es comunicado al acusado de forma inmediata. El Tribunal, examinará este escrito y acordará el auto de apertura del juicio o bien, en su caso, el auto provisional (§ 205) o definitivo (§ 206) de archivo del proceso. Durante esta fase intermedia, el acusado puede objetar o reclamar sobre el escrito o el auto de apertura del juicio. Asimismo puede solicitar la práctica de pruebas provisionales que apoyen sus impugnaciones (§ 201), pruebas que pueden ser practicadas de oficio por el Tribunal (§ 202) dado el interés público de la causa penal.

<sup>(60)</sup> «Por nuestra parte, creemos conveniente que dicha proposición (también la apreciación *ex officio*) y decisión sobre lo que actualmente constituyen artículos previos (arts. 666 y ss. LECrim) sean ubicadas en la fase intermedia. Para lo cual una vez aclarado que también el imputado debe ser oído en dicha fase sería *de lege ferenda* conveniente modificar la actual separación entre la petición de apertura del juicio y la calificación provisional, fundiendo ambas operaciones en un mismo acto.» Vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El período intermedio del proceso penal, cit.*, págs. 126-127.