

LA TERMINACIÓN DE LA FASE INSTRUCTORA EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO ABREVIADO GENERAL*.

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA
Profesor Universitario

Sumario: **1. Introducción. 2. El momento de la terminación de la fase instructora de diligencias previas. 3. El contenido de las decisiones de terminación de las diligencias previas.** 3.1. Las decisiones de crisis. a) Supuestos contemplados. b) El presupuesto material de las decisiones de crisis en la fase de Instrucción: La práctica de una actividad investigadora razonable. c) Forma y contenido de las decisiones de crisis. d) La notificación de las decisiones de crisis. 3.2. Decisiones de transformación del procedimiento de diligencias previas: Especial referencia a la resolución por la que se declara el hecho presunto como constitutivo de falta. 3.3. Decisiones de transmisión del procedimiento a la Jurisdicción Militar y a la Fiscalía de Menores. 3.4. Decisión de prosecución de la fase de diligencias previas a la fase de preparación del juicio oral. 3.5. El reconocimiento de los hechos justiciables por el imputado, como presupuesto para la transformación del procedimiento de diligencias previas de procedimiento abreviado en procedimiento de urgencia. **4. El régimen de recursos contra las decisiones de terminación de la fase instructora. 5. La cláusula de notificación al Ministerio Fiscal.**

1.- INTRODUCCIÓN.

La nueva regulación recoge en el art. 779, un heterogéneo conjunto de supuestos de terminación de la fase procesal de investigación, que permite reconocer algunos de los rasgos

* Este trabajo, esencialmente, responde al artículo que aparecerá en el Libro Homenaje a Eduardo Font, y que será editado por el Ministerio de Justicia.

que han caracterizado la reforma procesal: un injustificable mimetismo respecto a algunas de las soluciones incorporadas en la regulación derogada, un cierta imprecisión terminológica y la asistematicidad de algunas de las consecuencias que se contemplan. El resultado regulativo es, ciertamente, desigual. Al tiempo que se incorporan nuevas y funcionales soluciones se mantienen desconcertantes fórmulas y se omite la necesaria regulación de algunos problemas surgidos bajo la regulación derogada, alguno de ellos de evidente relevancia constitucional.

Dicha *irregularidad* en el nivel de adecuación de las soluciones de terminación puede ser observada con relativa facilidad. En efecto, junto a una funcional identificación de los supuestos de sobreseimiento que pueden poner fin a la fase previa, se constata una perturbadora e injustificable renuncia a la terminología utilizada por el legislador de 1988, en la identificación del presupuesto de la terminación de dicha fase, recuperando la vieja y disfuncional fórmula de la *pertinencia* frente a la de la *esencialidad* de las diligencias de instrucción practicadas o que deben practicarse. Por su parte, se delimita de manera fraccionada el contenido de la decisión de prosecución del procedimiento abreviado, manteniéndose la vieja fórmula del art. 790 LECrim (texto de 1988) junto a la nueva del art. 779.1.4°. En cuanto a la decisión de transformación del procedimiento en juicio de faltas, sigue optándose por su colocación dentro de las decisiones de terminación, lo que parece sugerir su tratamiento más como causa específica de crisis que como cláusula de adecuación procedimental, lo que hubiera justificado su ubicación en la regla del art. 760 LECrim, como un supuesto específico de transformación. Así mismo, se ha prescindido de la necesidad de abordar normativamente los supuestos de *contaminación* procesal que pueden derivarse de la decisión de transformar el procedimiento de diligencias previas a juicio de faltas, cuando dicha decisión viene precedida por una cualificada actividad instructora.

En cuanto al *incidente declinatorio* en el caso de imputados menores de edad, si bien se ajusta a las previsiones de la Ley 5/2000, estableciéndose la obligación de traslado al Fiscal de Menores, sin embargo sigue manteniéndose la desconcertante fórmula, ya utilizada en el derogado art. 789.5.3ª, por la que dicho traslado parece anudarse al supuesto que *todos los imputados sean menores de edad*, lo que obligará a cuestionarse si el legislador ha pretendido introducir una regla especial de tratamiento procesal de la responsabilidad penal del menor de edad, cuando su participación presunta en los hechos imputados aparezca en relación concursal con otros imputados mayores de edad.

Como contenido destacado, se contempla una suerte de tramitación incidental de la conformidad que si bien responde finalmente a la necesidad de dotar de seguridad al acuerdo por reconocimiento de los hechos, su **“lagunar”** regulación puede entrañar una serie casi inacabable de problemas interpretativos y aplicativos.

Tal vez, una mejor ordenación de las soluciones de terminación hubiera exigido una mayor “inversión” en términos de esfuerzo legislativo, lo que hubiera permitido no sólo

precisar de manera técnicamente más ajustada las importantes consecuencias que se derivan de cada una de las decisiones de terminación que se contemplan, sino también su mejor articulación sistemática.

2. EL MOMENTO DE LA TERMINACIÓN DE LA FASE INSTRUCTORA DE DILIGENCIAS PREVIAS.

Como destaca ATIENZA¹, la racionalidad teleológica constituye uno de los niveles que junto a la racionalidad lingüística, jurídico-formal, ética y pragmática, conforman los niveles de racionalidad legislativa y que sirven, a la postre, para poder identificar el grado de calidad y de eficacia de una ley o texto normativo. En concreto, la racionalidad teleológica determina el grado de adecuación del texto normativo para alcanzar los fines que según los propios editores, justifican la necesidad de la regulación. De tal manera, la ley o la norma será irracional en la medida en que no produce los efectos o produce efectos no previstos y que no puedan considerarse como deseados o deseables en relación con el nivel de racionalidad teleológica perseguida por el legislador. Desde esta perspectiva, cabe pronosticar, ya desde ahora, preocupantes niveles de dicho tipo de irracionalidad en la regulación que es objeto de comentario. En efecto, si la reforma se presenta como un instrumento al servicio de la **aceleración procesal**, tanto del procedimiento abreviado general como de la modalidad especial o de urgencia, resulta del todo punto de vista incomprensible que, tanto en una como en otra regulación, se prescindiera de la **esencialidad/suficiencia** como medida cualitativa del esfuerzo instructor que debe preceder a todas las decisiones de terminación que se adopten, y se opte por la regla de la **pertinencia** - arts. 779 y 797 LECrim- sólo suavizada por la referencia a la **necesidad** que se contiene en el art. 777 LECrim. Además, la cuestión no parece que tenga una dimensión exclusivamente terminológica. En efecto, si atendemos a las respectivas regulaciones de la actividad procesal de instrucción tanto del procedimiento abreviado como del procedimiento de urgencia, parece que se ha buscado, en franca contradicción con las necesidades funcionales del aceleramiento, una instrucción jurisdiccional que reproduzca la actuación preprocesal de la policía judicial, quien, por ello, asume la obligación de asegurar la práctica ante el Juez de Guardia, en el caso del procedimiento de urgencia, de un buen número de diligencias de investigación que, desde una adecuada delimitación de los fines de la fase previa, carecerían de todo sentido. Ciertamente, tanto el art. 777 como el art. 797, ambos, LECrim, con mayor o menor fortuna descriptiva, parecen insistir en la idea de la *necesidad* como criterio de organización racional del esfuerzo instructor, pero cierto es también, que tanto en uno como en otro procedimiento, se recu-

¹ ATIENZA, M, *Contribución a una teoría de la legislación*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, páginas 27 y ss.

re al *juicio de pertinencia*² como módulo de valoración de la procedencia de la diligencia instructora que se ordene, ya sea de oficio o a instancia de las partes. Dicha referencia normativa, puede suponer un **riesgo cierto de ampliar el espacio de instrucción** que se lleve al traste con todos las finalidades de aceleración y simplificación que envolvían ideológicamente a la reforma. En efecto, la pertinencia, entendida como la relación de conexión del medio de investigación o diligencia instructora con lo que es el objeto procesal, constituye una regla de adecuación muchísimo más amplia que la regla de la esencialidad. Ésta exige que la diligencia instructora no sólo deba ser pertinente, en el sentido anteriormente apuntado, sino que además deba presentarse como directa y estrictamente relacionada con los fines de la instrucción. De tal modo, aún cuando la diligencia tenga por objeto la acreditación provisional de hechos que conforman el objeto del proceso o la aportación de fuentes de prueba, la regla de la esencialidad permite su rechazo, sin perjuicio de la procedencia y de la oportunidad de su producción plenaria, si su práctica no resulta necesaria a los fines específicos de la fase previa. Precisamente, la regla de la esencialidad junto con la de la suficiencia, constituyen los dos ejes de la reforma aceleradora de 1988, con la explícita intención de erradicar lo que ORTELLS³ calificaba como *una arraigada rutina inquisitiva*

² No cabe ocultar las dificultades para la identificación de un concepto de pertinencia funcionalmente adaptado a las exigencias del proceso penal. La mayoría de la doctrina sigue identificando aquella como la mera relación del objeto de la prueba con la cuestión fáctica, añadiendo, a lo sumo, la exigencia del medio probatorio en sí mismo considerado, pero desconectándola de la admisibilidad, como criterio complejo de ordenación procesal del esfuerzo probatorio. En este sentido, resulta de particular interés la aportación de Taruffo, para quien la relevancia como pertinencia y la admisibilidad constituyen presupuestos interaccionados para la realización en el proceso del medio probatorio propuesto por las partes. Para Taruffo, la necesidad (entendida en nuestra terminología como pertinencia) trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico. Ésta operación anticipa, en cierto sentido, el juicio sobre el resultado de la prueba respecto a la determinación del hecho aún no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener ex post en el juicio final sobre los hechos. Ahora bien, si dicho criterio disciplina en términos generales la estructura del juicio sobre la relevancia probatoria, en particular su *función exclusión* consistente en la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes, sin embargo no identifica de manera tan clara la *función inclusión*, esto es la oportunidad de admitir en el proceso todas las pruebas relevantes. En efecto, como afirma Taruffo, puede suceder que la ley subordine la admisión de una prueba a un criterio más restrictivo que el representado por la mera posibilidad de que aquella ofrezca elementos de confirmación a la hipótesis sobre el hecho. Esto puede depender de la naturaleza peculiar de un determinado medio de prueba o bien del hecho de que por razones más variadas, el legislador pretenda limitar la posibilidad de adquirir pruebas por criterios de esencialidad o indispensabilidad. TARUFFO, M, *La prueba de los hechos*, Editorial, Trotta, Madrid, 2002, pág. 364 a 377.

³ ORTELLS RAMOS, M, “Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, El Procedimiento Abreviado*, núm. IX, Madrid, 1992, pág. 114 y ss.

de nuestro aparato judicial que favoreció la conversión del sumario y de cualquier otra forma de instrucción previa en una recolección y examen exhaustivo de los elementos de convicción importantes para la causa. En efecto, la redacción del antiguo 789.3 LECrim resaltaba, con mucha mayor claridad que el nuevo texto del art. 779.1, el carácter elemental, sumario y célere de las diligencias previas al señalar que “*sólo en el caso que las diligencias practicadas en el atestado no sean suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el juzgado o por querrela, el Juez ordenará a la policía judicial o practicará por sí las diligencias esenciales...*”. Dicha innecesidad de la actividad judicial investigadora cuando de la fase preprocesal resultaran ya datos suficientes para fundar la acusación suponía, además de consagrar el fin de la exclusividad judicial de la instrucción previa, la posibilidad de que por parte de las acusaciones se pidiera la conclusión de las diligencias tan pronto como se estimara que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, impidiendo, de esta manera, la prolongación del trámite de tales diligencias con actuaciones reiterativas, superfluas o burocratizadas, aún cuando éstas pudieran considerarse procesalmente pertinentes⁴. La actual redacción del art. 779 LECrim, si bien modaliza temporalmente la práctica de las diligencias instructoras, al referir que se practicarán *sin demora*, sin embargo, al recuperar la **pertinencia** como medida de la oportunidad de las diligencias instructoras, desfigura los fines de la instrucción judicial y reintroduce el riesgo de que la decisión de terminación de la fase de investigación venga precedida de una actividad burocratizada y agotadora de todas las diligencias posibles, contradiciendo, de esta manera, el espíritu y los fines de la reforma.

3. EL CONTENIDO DE LAS DECISIONES DE TERMINACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS.

El art. 779 LECrim previene un buen número de contenidos posibles de la decisión de terminación de la fase instructora. Al igual que en la regulación derogada, cabe clasificar dichos contenidos atendiendo al alcance de las consecuencias ordenadas. Así, pueden distinguirse dos categorías generales y dentro de éstas diferentes subcategorías específicas:

⁴ La trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 186/90, viene a incidir en la misma idea al afirmar que “*el contenido de las diligencias previas ha de responder a la finalidad perseguida, que no es otra que la prevista en el art. 789.3 esto es, la realización de las diligencias esenciales para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre las que hay que incluir no sólo las necesarias para formular acusación, sino también las que apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar alguna de las resoluciones contempladas en el propio art. 789.5 de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 LECrim en relación con lo dispuesto en le Art. 780.1 de la misma Ley*”. En el mismo sentido, Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado.

a) Decisiones de crisis del procedimiento instructor con efectos sobreseiente:

* Decisiones de sobreseimiento libre por atipicidad

* Decisiones de sobreseimiento provisional por falta de autor conocido y por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa

b) Decisiones de continuación de la acción penal.

* Decisiones de transmisión a la Jurisdicción Militar o a la Fiscalía de Menores.

* Decisiones de transformación del procedimiento: De Diligencias previas a Juicio de faltas; de Diligencias previas a Tribunal de Jurado; de Diligencias Previas a Sumario ordinario; de Diligencias previas a Procedimiento de urgencia.

* Decisión de prosecución de la fase de diligencias previas a la fase de preparación del juicio oral.

* Decisión de incoación de procedimiento de urgencia y de apertura de juicio oral, por reconocimiento de hechos por el imputado.

La heterogeneidad de los contenidos decisionales sugiere problemas de muy diferente alcance en relación con las diferentes consecuencias que se ordenan. Ello obliga a un análisis individualizado de cada una de las decisiones de terminación, que permita poner de relieve las novedades introducidas así como las disfunciones no superadas respecto a la regulación derogada.

3.1. Las decisiones de crisis.

a) Supuestos contemplados.

Sin duda, la regulación contenida en el art. 779.1.1º LECrim, constituye una de las novedades más importantes en orden al cuadro de las decisiones posibles de terminación de la fase instructora y, además, una de las respuestas técnicamente más adecuadas del conjunto de la reforma. Frente a la situación de incerteza que caracterizaba la regulación anterior, tanto respecto a la delimitación de las causas de crisis como a la naturaleza y alcance de las decisiones adoptadas, el legislador de la Reforma ha optado por uniformar, bajo criterios sistemáticos, el régimen de las crisis procesales lo que constituye, sin duda, un notable acierto regulativo. En este sentido, cabe recordar que la reforma de 1967 introdujo, como una suerte de mecanismo específico de resolución de la crisis del proceso iniciado, el *archivo* de las actuaciones. Fórmula que, desde un principio, suscitó graves dificultades de

interpretación sobre su alcance y, en particular, si suponía una suerte de sobreseimiento sui generis que impedía la extensión de los efectos propios de la cosa juzgada que se derivaban de las decisiones adoptadas al amparo del número segundo del art. 637 LECrim. Las objeciones interpretativas venían dadas, en primer término, por que la expresión **archivo** en la sistemática de la LECrim ya ocupaba un espacio conceptual y regulativo propio como medida de ordenación procedimental de determinadas situaciones de suspensión del curso de la causa - enajenación mental del procesado sobrevenida a la presunta comisión del hecho justiciable, art. 383 LECrim, y rebeldía del procesado durante al fase intermedia o de juicio oral, arts. 840, 841 o 846 LECrim - o como decisión de ordenación en la fase final de ejecución de las decisiones firmes de sobreseimiento o de sentencia –art. 998 LECrim-.

En segundo lugar, la propia redacción del art. 789 del procedimiento de urgencia, utilizaba la expresión archivo con un alcance funcional diferente, como fórmula de crisis y como fórmula de ordenación procedimental de la decisión de sobreseimiento provisional; aparente contradicción lógico-formal que aumentaba la incerteza sobre el verdadero alcance regulativo de la nueva institución.

Por su parte, el legislador de la Reforma de 1988, volvió a reproducir la fórmula del procedimiento de urgencia, aún cuando en el debate parlamentario, el Grupo de Coalición Popular en el Senado, mediante la enmienda nº 98 al texto remitido por el Congreso, pretendió extender los supuestos de sobreseimiento de los arts. 637 y 641 LECrim, a las diligencias previas del procedimiento abreviado, por considerar que éstos ofrecían términos más *elocuentes* que permitían superar las dudas suscitadas por la regulación derogada⁵. La enmienda fue rechazada, si bien de las actas recogidas en el Diario de Sesiones, del debate parlamentario (página 4987), en concreto de la intervención de la diputada del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), señora del Valle, no se alcanza a entender con claridad las razones que justificaron dicho rechazo⁶.

El mantenimiento de la fórmula “archivo”, como vehículo de decisión de la crisis por atipicidad de los hechos justiciables generó, tal como apuntábamos, un interminable debate tanto doctrinal como jurisprudencial sobre el valor provisional o definitivo de la decisión adoptada a la luz del inciso primero del apartado primero del párrafo quinto del art. 789 LECrim. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, terció en la polémica afir-

⁵ *Diario de Sesiones del Senado*, de 23 de diciembre de 1988, nº 106, página 4985

⁶ *Curiosamente, casi quince años después, la actual redacción dada al art. 779, si bien es fruto de una enmienda transaccional, trae su causa de la enmienda nº 112 del Grupo Parlamentario Socialista, al texto de la Proposición, por la que se pretendía, precisamente, la extensión del régimen general del sobreseimiento al procedimiento abreviado.*

mando el valor provisional de la decisión de archivo⁷. Ello arrastraba, junto a la posibilidad de la reapertura, la irrecurribilidad casacional de dichas decisiones. Además del argumento literalista, algún sector doctrinal⁸ apoyaba, también, la provisionalidad de la decisión de archivo basándose en razones de oportunidad funcional: *Las resoluciones con efectos materiales de cosa juzgada deberían seguir reservadas a los órganos de enjuiciamiento y no al Juez de Instrucción, de conformidad al modelo común previsto en la LECrim.*

Las anteriores razones a favor de la consideración del archivo por atipicidad como fórmula sui generis frente al sobreseimiento libre, no resultaban, a nuestro parecer, especialmente sólidas. Desde un punto de vista sistemático, no parece razonable reconocer efectos diferentes a una u otra decisión, cuando ambas traen causa de un mismo motivo o supuesto normativo. En este sentido, la utilización de una fórmula tan poco significativa como la de *archivo* no parece que sirva para desplazar los efectos propios de una decisión que sustancialmente viene a excluir la necesidad del proceso penal por ausencia de objeto. Lo anterior sugería la oportunidad de acudir a una técnica argumentativa típica de la interpretación sistemática, por la cual cabe presumir que toda expresión del lenguaje legislativo recibe significado del peculiar contexto en el que está situada, de modo que no es posible que una expresión conserve el mismo significado al cambiar de contexto⁹. Dicha técnica de interpretación a partir de los contextos operativos ha sido utilizada por GARBERÍ LLOBREGAT¹⁰, para quien el argumento literal servía también para apoyar la equiparación institucional entre archivo por atipicidad y el supuesto de sobreseimiento del art. 637.2 LECrim y ello porque “*si el legislador, en el segundo inciso del art. 789.5.1º LECrim, decidió emplear el término sobreseimiento provisional, ello constituye una señal inequívoca de que el término archivo empleado en el primer inciso no puede equivaler a un sobreseimiento provisional, pues, de ser así, el legislador hubiera directamente utilizado esta últi-*

⁷ Vid. STS 8 de mayo de 2002 “*aún cuando a primera vista puede parecer que dada la coincidencia con el supuesto contemplado en el art. 637.2 LECrim, la fórmula de archivo debería equipararse al sobreseimiento libre, sin embargo debe rechazarse atendiendo a un argumento literal-sistemático pues el propio legislador en el inciso segundo sí utiliza la expresión sobreseimiento al referirse al provisional por falta de autor conocido, lo que patentiza que se quiso eludir mediante la fórmula archivo la eficacia preclusiva propia de los sobreseimientos libres*” (SSTS 15 de octubre de 1998, 18 de noviembre de 1998, 20 de marzo de 2000, 29 de diciembre de 2001)

⁸ GIMENO SENDRA, V, *Derecho Procesal, T.II*, Proceso penal (con MORENO CATENA Y OTROS), 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 462.

⁹ GUASTINI, R, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Editorial Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2000, pág. 45 y ss

¹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia, Tomo 6, arts. 750 a 846 LECrim*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, pág. 160- 163.

ma expresión y no la palabra archivo. De modo que, al no hacerlo así, el término archivo no puede ni debe ser equiparado al de sobreseimiento provisional y sí, salvo que se invente una tercera categoría, al de sobreseimiento libre"¹¹. Conclusión que vino, además, explícitamente avalada por el Tribunal Constitucional en su ATC 246/92, de 25 de agosto¹². Por su parte, el argumento funcional esgrimido por GIMENO¹³, tampoco resultaba convincente pues parecía olvidar el amplio espacio de libertad configurativa del procedimiento del que dispone el legislador quien puede, por tanto, reelaborar la regla de atribución de competencia objetiva para ordenar la crisis procesal con los únicos límites que le imponen la racionalidad y el respeto a las garantías esenciales que conforman la idea del proceso justo. En este sentido, la opción regulativa del sumario ordinario de concentración exclusiva de las decisiones de sobreseimiento ante el órgano de enjuiciamiento, no predetermina de manera alguna que el legislador pueda optar por un modelo de atribución de dicha competencia, con mayor o menor alcance, al órgano instructor en diferentes momentos procesales. No existe ningún límite constitucional ni ninguna exigencia derivada de los niveles deseables de racionalidad pragmática y sistemática que impidan que el legislador procesal pueda atribuir al Juez de Instrucción, facultades de sobreseimiento libre con efectos de cosa juzgada.

Y no es otra, precisamente, la opción del legislador de la reforma. En efecto, si bien el texto de la Proposición de Ley presentada a las Cortes, reproducía la controvertida fórmula del archivo en supuestos de atipicidad, sin embargo, la aprobación de la enmienda transaccional segunda incorporada en el trámite ante el Congreso, inspirada en la enmienda nº 112 del Grupo Parlamentario Socialista¹⁴, introdujo una profunda modificación del texto originario que comporta, además, tres sustanciales variaciones respecto a la regulación de 1988.

¹¹ En el mismo sentido, GONZÁLEZ VICENTE y GUERRA GIMENO, "Algunas notas sobre el sobreseimiento y el archivo en el nuevo procedimiento abreviado", *La reforma del Proceso penal* (II Congreso de derecho Procesal de Castilla y León), Madrid, 1999, pág.732 y ss.

¹² (...) "el sobreseimiento con fundamento en que los hechos no son constitutivos de delito ex art. 789.5.1º LECrim, sólo puede ser calificado de libre, como ponen de manifiesto a la vez, la coincidencia textual del enunciado con el nº 2 del art. 637 LECrim, donde se regulan los supuestos de tal tipo de decisión, por una parte y por la otra, la misma redacción de la frase inmediata, que tiene un sentido alternativo cuando indica que si, aun pudiendo ser el hecho constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional, ordenando el archivo" ATC 18/8/92.

¹³ Ob.cit.pág. 462

¹⁴ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, Sesión nº 64, páginas 17.703 y ss.

En primer término, se amplían los supuestos normativos que pueden dar lugar a una decisión de crisis en la fase instructora, incorporando junto a la atipicidad y a la falta de autor conocido, la falta de indicios suficientes de perpetración del hecho justiciable, supuesto sobreseyente que sólo aparecía expresamente mencionado en la fase preparatoria.

En segundo lugar, la reforma supone un **esfuerzo de uniformidad** en relación con alguno de los presupuestos de adopción, así como con los efectos que se derivan de las decisiones en que se acuerda, de los regímenes de sobreseimiento previstos en la LECrim. Conclusión, ésta, que resulta de la interpretación sistemática de la cláusula del art. 779.1.1º que, junto a la identificación de los presupuestos fácticos/normativos de la crisis, remite de manera implícita – *el Juez...acordará el sobreseimiento que corresponda...* – a las tipologías sobreseyentes de los arts. 637 y 641 LECrim, que actuarían como reglas de heterointegración del alcance regulativo de la disposición.

Por último y en íntima relación con lo anterior, se solventa definitivamente la cuestión terminológica, pues si bien la nueva regulación sigue haciendo referencia al *archivo*, el contexto en que se utiliza descarta todo significado sobreseyente, reubicándolo de nuevo en su tradicional posición funcional, como resolución de mera ordenación de los efectos suspensivos o sobreseyentes previamente ordenados por la correspondiente resolución de fondo.

Las modificaciones apuntadas arrastran una consecuencia esencial, ya anunciada con anterioridad: **El Juez de Instrucción en el nuevo modelo adquiere a la finalización de la fase instructora, amplísimas facultades de sobreseimiento, cuyos efectos, definitivos o provisionales, vendrán determinados por el presupuesto normativo en el que se funde.**

En efecto, la nueva redacción dada al art. 779.1.1º LECrim no deja mucho espacio a la duda de que el Juez de Instrucción podrá ordenar el **sobreseimiento libre** cuando los hechos que constituyen el objeto del proceso incoado **no son constitutivos de infracción penal**. No obstante, la fórmula sigue planteando la cuestión problemática relativa a su alcance y, en particular, si se refiere exclusivamente a supuestos de falta de tipo en sentido estricto, por ausencia de alguno de los elementos incluidos en su contorno descriptivo, o si se extiende también a aquellos supuestos donde pudiera apreciarse la concurrencia de alguna causa de justificación. La cuestión no es baladí, pues de la solución o respuesta que se alcance dependen los límites del espacio judicial de decisión con efectos definitivos de cierre del proceso.

Los términos de la discusión adquieren un claro contenido normativo, estando íntimamente vinculados al concepto y a la posición que la tipicidad ocupa en la teoría jurídica del delito. En efecto, para los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁵, la

¹⁵ En HIRSH, Ob. Cit: ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, DJT-Festschrift, 1960, pág 406 y ss; KAUFMANN, A, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, JZ 1954,

antijuricidad y la tipicidad se funden en un tipo global o total de injusto, que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales. Los defensores de esta teoría bipartita o binaria niegan, pues, que exista un escalonamiento de valoración jurídicamente relevante entre la cuestión de la tipicidad y la de la antijuricidad, por lo que, según aquellos, los elementos que fundamentan el injusto y aquellos que lo excluyen son simplemente dos lados de una misma cosa. Ello arrastra una consecuencia necesaria: *las causas de justificación excluyen no sólo la antijuricidad, sino también el propio tipo*. La proyección “procesal” de dicha teoría comportaría, como ya apuntamos, consecuencias relevantes. En efecto, el presupuesto normativo de la decisión de sobreseimiento libre “*que los hechos no sean constitutivos de infracción penal*” se ampliaría notablemente y permitiría incluir en el mismo no sólo la falta de algún elemento positivo del tipo (normativo o descriptivo) sino también la apreciación de causas de justificación como la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho o el estado de necesidad. Dicha posición ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, cuando al hilo de la interpretación de la cláusula de recurribilidad en casación de los autos de sobreseimiento prevista en el art. 848, en relación con los arts. 636 y 645, todos, LECrim, ha considerado incluidas dentro del supuesto del art. 637.2 LECrim, a las causas de justificación, por una suerte de equivalencia funcional con la atipicidad, ya que en un caso como en otro (sic) *hacen al hecho legítimo, ajustado a Derecho (STS 16/XII/9)*¹⁶. No obstante, la teoría de los elementos negativos del tipo y su reflejo procesal en la ampliación del supuesto de sobreseimiento libre contemplado en el art. 637.2 LECrim, abogada por la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, no resulta del todo convincente. En este sentido y desde un punto de vista dogmático, si bien la teoría de los elementos negativos del tipo presenta indiscutibles ventajas al simplificar la categoría del injusto sugiere, también, importantes objeciones, compartidas por la mayoría de la doctrina¹⁷. Para los objetores de dicha teoría, negar autonomía a las causas de justificación frente a la tipicidad supone desconocer las especiales funciones político-criminales que tienen cada una de tales categorías del injusto. Como afirma ROXIN¹⁸, los tipos reúnen las circunstancias que fundamentan el contenido de merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito, dibujando las conductas penales de modo abstracto tenien-

pág.653; SCHÜNEMANN,G, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform*,GA 1985, pág 347 y ss.

¹⁶ En el mismo sentido, SSTS 6/IV/94, 4/XII/91.

¹⁷ ROXIN, K, *Derecho penal, Parte general, Tomo I(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 283 y ss; HIRSCH, H, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito, desde la perspectiva alemana*, Universidad Externado de Colombia,1996;JAKOBS,G, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 194 y ss; JESCHECK, H-H, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pág. 338 y ss.

¹⁸ ROXIN, K, Ob.Cit. Pág.,. 286.

do una función preventiva general, por lo que los elementos del tipo están sometidos al principio de la estricta legalidad. Frente a esto, las causas de justificación operan con carácter general, más allá de los concretos tipos, encontrando su base en los principios rectores del orden social, por lo que su interpretación y aplicación aparece desprovista de los estrechos límites que se derivan del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo que permite, incluso, incorporar al derecho penal causas de justificación extrapenales. En segundo lugar, la ubicación del tipo y de la antijuricidad en escalones valorativos diferentes del injusto, permite apreciar con mayor claridad, las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan de la atipicidad o de la concurrencia de una causa de justificación. En efecto, una conducta justificada está autorizada por el ordenamiento jurídico y, en principio ha de ser soportada por el afectado, mientras que una actuación atípica no está necesariamente permitida, sino que está situada extramuros de la norma penal de prohibición, por lo que puede ser extrapenalmente antijurídica¹⁹, lo que facultará al afectado a exigir el resarcimiento o reparación del daño o menoscabo sufrido. En tercer lugar, la teoría de los elementos negativos, como pone de relieve HIRSH²⁰, entra claramente en conflicto con la dominante teoría personal del injusto, provocando, además, consecuencias insostenibles para la teoría de la participación, pues difícilmente puede mantenerse la punición de la conducta del partícipe si la justificación del otro partícipe excluye el tipo. Por último, la ubicación de las causas de justificación dentro del tipo como elementos negativos, arrastra la consecuencia de tratar el error sobre sus presupuestos como error de tipo lo que no parece compatible con la presencia de dolo en el hecho cometido por el autor, aún cuando éste creyera actuar subjetivamente con arreglo a derecho²¹. Además de las objeciones dogmáticas, el reflejo procesal convalidado por el Tribunal Supremo tampoco parece convincente. En efecto, la ampliación de la cláusula de sobreseimiento libre del 637.2 LECrim, a las causas de justificación, supone desconocer el criterio de interpretación a favor de la compatibilidad entre normas y sus respectivos espacios regulativos, al vaciar de parte de su contenido al art. 637.3 LECrim que contempla el supuesto de sobreseimiento libre por la concurrencia de causas de exención de la responsabilidad criminal. Categoría genérica, la de la exención, que, aún de manera *promiscua*, contiene causas de inculpabilidad, de exculpación y **de justificación en sentido estricto**. Ello tiene particular importancia para la interpretación de la cláusula sobreseyente del art. 779.1.1º, pues parece claro, de su tenor literal, que el legislador ha querido limitar expresamente las facultades de sobreseimiento libre del Juez de Instrucción a la finalización de la fase instructora, sólo al supuesto del art. 637.2 LECrim. Dicha conclusión se refuerza a la luz, también, del criterio de interpretación sistemática. En efecto, si atendemos a la regulación de las facultades sobreseyentes de oficio del Juez de

¹⁹ GÜNTHER, H-L, “ La clasificación de las causas de justificación en derecho penal”, en *Causas de justificación y causas de atipicidad en el derecho penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995

²⁰ HIRSH, H-J, Ob.Cit, pág., 20 y ss.

²¹ JESCEHCK, H-H., Ob.Cit, pág. 339.

Instrucción en la fase preparatoria del juicio oral, se constata que, si bien se amplían a la posibilidad de ordenar el sobreseimiento libre por total ausencia de indicios de perpetración del hecho que dio origen a la incoación del procedimiento, le sigue vedada la facultad de ordenar el sobreseimiento libre por causas de exención a las que se refiere el art. 637.3 LECrim, cuya operatividad en el procedimiento abreviado sólo puede activarse si se solicita por todas las acusaciones, de conformidad a lo dispuesto en el art. 782.1º LECrim.

Detrás de la regulación del sobreseimiento y, en particular, de la limitación de las facultades sobreseyentes de oficio parece encontrarse un **verdadero principio de ordenación político-procesal** de las respectivas posiciones del Juez y de las partes que no resulta, ni mucho menos, contradictorio con las exigencias derivadas del acusatorio. En efecto, parece coherente con dicho principio estructural que sean las acusaciones las que puedan renunciar o disponer de la plena sustanciación de la acción por considerar concurrente una causa de exención de la responsabilidad en sentido amplio, lo que de contrario supone que el Juez no pueda denegar la apertura del juicio pretendida por la apreciación de causas de exención que por su propia naturaleza presentan graves dificultades para su estimación con anterioridad al juicio oral y a la práctica de la prueba en condiciones de óptima contradicción. Además, la limitación de la cláusula de sobreseimiento libre del art. 779.1.1º LECrim a los supuestos de ausencia de elementos del tipo, resulta también de la interpretación contextual de los significados normativos, pues la expresión *que no sea constitutiva de infracción penal* debe ponerse en relación con las causas de inadmisión de denuncia y querrela, previstas en los arts. 269 y 313 LECrim, que también vienen referidas a la atipicidad en sentido estricto.

No obstante, el tratamiento “procesal” separado de la tipicidad y de la antijuricidad, como presupuestos de diferentes decisiones sobreseyentes, no agota, ni mucho menos, los problemas que sugiere la delimitación de los respectivos espacios de sobreseimiento a la luz de las diferentes categorías que se manejan en la teoría jurídica del delito. En efecto, cabe plantearse la duda en relación con un buen número de subcategorías “intermedias” como las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias, causas de exención de pena, cuya ubicación en las categorías tradicionales es objeto de intensas discusiones dogmáticas. No obstante, *por criterios de proximidad categorial*²² y porque, además, su apreciación suele venir dada por criterios objetivos, las condiciones de punibilidad y un buen número de excusas absolutorias, parece aconsejable tratarlas como supuestos de no tipicidad, merecedores de una decisión de sobreseimiento libre del art. 637.2 LECrim.

El **sobreseimiento provisional**, por su parte, procederá en dos supuestos: Primero, cuando el Juez considere que la realidad del hecho justiciable no aparece suficientemente

²² MIR PUIG, S, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pág.144.

justificada en consideración a la escasez de indicios o sospechas razonables que obren en las actuaciones (Art. 641.1º LECrim); segundo, cuando la instrucción no permita determinar un pronóstico razonable de participación subjetiva en el hecho justiciable (Art. 641.2º LECrim).

En cuanto a los supuestos de sobreseimiento libre contemplados en los números primero y tercero del art. 637 LECrim, el tenor literal del art. 779.1.1º, puesto en relación sistemática con los contenidos sobreseyentes previstos en la fase preparatoria, permite concluir que el legislador de la reforma los ha excluido de dicho ámbito decisional. Respecto a la causa sobreseyente prevista en el art. 637.3 LECrim y tal como afirmábamos con anterioridad, el nuevo modelo de procedimiento abreviado mantiene la imposibilidad de su declaración por el Juez de Instrucción a la finalización de la fase instructora, pudiendo ordenarlo solamente en la fase preparatoria, previa solicitud de todas las acusaciones.

Por lo que se refiere al supuesto de sobreseimiento libre contemplado en el art. 637.1º LECrim, su exclusión del espacio decisional del art. 779.1.1º, viene determinada por la propia dicción literal del precepto al delimitar los supuestos de sobreseimiento, en especial el que se refiere "*a que no aparezca suficientemente justificada su perpetración*" (*del delito*) que coincide con la fórmula sobreseyente del art. 641.1 LECrim. La diferencia entre una y otra forma de sobreseimiento radica, precisamente, en el alcance del juicio de insuficiencia indiciaria, pues mientras el contemplado en el art. 641.1º LECrim reclama un déficit que presupone, al menos, la presencia de algún indicio o sospecha de la comisión del hecho delictivo, el segundo, el que se recoge en el art. 637.1º LECrim, exige la total ausencia de dichos indicios que patencie la falta de cualquier interés de persecución penal del hecho justiciable. El debate parlamentario no ofrece explicación alguna sobre las razones de dicha limitación de las facultades sobreseyentes del Juez de Instrucción a la finalización de la fase instructora. No obstante, la regulación de dichas potestades en la fase preparatoria, en la que sí se recoge la posibilidad de sobreseimiento al amparo del art. 637.1º, ofrece alguna pista sobre las reservas del legislador de la reforma, para conceder dicha facultad fuera de esa fase del proceso. La primera, estaría relacionada con el riesgo de que decisiones ligeras y precipitadas de cierre de la investigación puedan traducirse en la afirmación, con efectos de sobreseimiento libre, de la inexistencia de todo indicio de comisión del hecho justiciable. La segunda, conectada a la propia *oportunidad funcional* de que el Juez de Instrucción, antes de conocer la existencia o no de pretensiones acusatorias de las partes, pueda descartar la total falta de indicios con efectos de cosa juzgada y, por tanto, con prohibición de reapertura del proceso. El legislador a la hora de establecer el espacio decisional de sobreseimiento por valoración de indicios a la finalización de la fase instructora, parece que no quiere asumir el riesgo de que la instrucción precluya definitivamente como espacio de investigación, aún cuando sea improbable que aparezcan nuevos elementos o datos sobre los que reactivar la investigación de los hechos justiciables. De tal manera, cabe concluir que, con independencia del grado de debilidad indiciaria que presente la originaria imputación al final de la fase de instrucción, **la opción escogida por el legislador de la**

reforma sólo posibilita, por déficit de indicios, decisiones de cierre provisional del proceso.

Por su parte y aún cuando el art. 779 LECrim no mencione expresamente a la **prescripción del delito**, el Juez de Instrucción puede ordenar la crisis del proceso cuando aprecie la concurrencia de dicha causa de extinción de la responsabilidad penal presunta. En efecto, sin perjuicio de que el legislador haya previsto momentos específicos de tratamiento de la prescripción en cada uno de los tipos procedimentales,²³ sin embargo ello no impide el tratamiento difuso y desconcentrado de la prescripción en cualquier momento del proceso, como ha venido a reiterar la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴. Ahora bien, la propia razón que inspira la regulación de momentos específicos, sugiere la cautela en el análisis de la concurrencia de la prescripción en las primeras fases del proceso penal. En este sentido, valga destacar que los momentos específicos anteriormente referidos tienen en común que el objeto procesal aparece ya esencialmente delimitado, lo que permite elaborar con mayor precisión el juicio provisorio de tipicidad que constituye el presupuesto normativo del juicio de prescripción. El riesgo de decisiones prescriptivas adoptadas en los primeros momentos de la incoación del proceso penal reside, precisamente, en la *inestabilidad del objeto procesal* y en la consiguiente dificultad de establecer calificaciones jurídicas suficientemente seguras que permitan seleccionar, fuera de toda duda, el plazo de prescripción aplicable. Lo anterior permite sugerir como regla de prudencia, que la prescripción podrá ser declarada en momentos prematuros del proceso y, en particular, a la finalización de la fase instructora, siempre que los plazos de prescripción relevantes sean apreciables respecto a cualquiera de los tipos en los que de manera subsidiaria o alternativa quepa subsumir a los hechos justiciables que han sido objeto de investigación. De ahí, que en caso de duda sobre el transcurso o no de plazos prescriptivos respecto a alguno de los juicios hipotéticos de tipicidad, la decisión más razonable pase por la continuación del proceso.

b) El presupuesto material de las decisiones de crisis en la fase de Instrucción: La práctica de una actividad investigadora razonable.

Como se desprende del propio tenor del art. 779, todas las decisiones que en el mismo se contemplan deben venir precedidas de la práctica *sin demora* de aquellas diligencias que resulten necesarias para su adecuada justificación. Lo anterior, es particularmente importante para las decisiones de crisis, pues de ello depende, en una buena medida, su compatibilidad constitucional con el Derecho a la tutela judicial efectiva del que son titulares los

²³ Artículos de previo pronunciamiento en el sumario ordinario (art. 666 LECrim); trámite de cuestiones previas en el procedimiento ante el Tribunal de Jurado (art. 36 LOTJ); incidente de cuestiones previas en el juicio oral del Procedimiento Abreviado (art. 786.2 LECrim).

²⁴ SSTs 3 de marzo de 1994, 6 de mayo de 1996, 10 de noviembre de 1996, 25 de enero de 1997, 7 de octubre de 1997.

que ejercitan la acción penal, prematuramente fracasada. En efecto, la ubicación del momento decisonal a la finalización de la fase instructora presupone, por un lado, la previa apertura del proceso penal de persecución y, por otro, que dicha apertura se acordó sobre la base de un juicio provisorio de tipicidad de la notitia criminis recibida que hacía, además, necesario el esfuerzo de investigación. De ahí, que **tanto las decisiones que descartan la tipicidad como las que descartan provisionalmente la utilidad de seguir investigando, deben poder explicarse a la luz del resultado que arroja la actividad instructora desarrollada.**

Partiendo de lo anterior, cabe referirse brevemente a una frecuente *patología procesal* consistente en la inadmisión in limine de querellas o denuncias mediante la incoación de diligencias previas y bajo la previsión de sobreseimiento libre del 779.1.1º LECrim (antiguo 789.5.1º). A este respecto, y sin perjuicio de la aparente indeterminación normativa sobre la existencia o no de un procedimiento ad hoc de inadmisión in limine y de la polémica jurisprudencial surgida alrededor de las llamadas diligencias indeterminada como cauce procedimental adecuado para ordenar dicho tipo de resoluciones, lo cierto es que la fórmula sobreseyente del art. 779.1.1º LECrim se distingue con claridad, tanto por sus condiciones de producción como por sus efectos, de las decisiones de inadmisión in limine de la querrela o de la denuncia que se previenen en los arts. 313 y 269 LECrim. Dichas decisiones tienen como consecuencia principal, precisamente, la exclusión de la necesidad de apertura del proceso y, por ende, de toda actividad procesal de investigación. Lo anterior implica que, fuera de los supuestos de inadmisión in limine previstos en la Ley, la apertura del proceso penal reclama, por un lado, que por parte del órgano judicial se facilite o al menos se informe de la posibilidad de adquirir la condición procesal de parte al ofendido o perjudicado por el delito, y, por otro, que se desarrolle la oportuna actuación instructora tendiente a la comprobación indiciaria del hecho justiciable que motivó la apertura²⁵. Por último, y en relación con las decisiones de crisis por insuficiencia indiciaria o por imposibilidad de formular un pronóstico de imputación subjetiva, recordar que el desarrollo de un esfuerzo instructor razonable, atendiendo a las concretas circunstancias del objeto procesal, actúa también como medida esencial del grado de compatibilidad del efecto de cierre provisional del proceso con los derechos de los ofendidos y perjudicados a que la acción penal se sustancie hasta sentencia²⁶. No obstante, de manera excepcional, cabrá disculpar la necesidad de actividad instructora en aquellos supuestos en que, de los términos en que se presenta la notitia criminis, pueda ab initio descartarse todo pronóstico de eficacia o de utilidad a las diligencias instructoras que pudieran ordenarse. Ciertamente, la racionalización

²⁵ Sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional ofrece algunos sugerentes ejemplos de *inadecuación funcional*, generadora de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de decisiones de *inadmisión in limine* acordadas en sede de un procedimiento ya incoado de investigación penal. Vid. SSTC 111/95, 120/97.

²⁶ Vid. SSTC 31/96, 199/96, 218/97, 67/98, 232/98, 138/99, 120/2000.

de los esfuerzos de investigación resulta una premisa fundamental para el adecuado funcionamiento del modelo procesal/penal. Una *ordenación* de los recursos (escasos) del Estado para el esclarecimiento de los hechos delictivos que no tome en cuenta criterios de *mínima rentabilidad* puede favorecer, paradójicamente, la impunidad para un buen número de conductas delictivas.

Apuntar, por último, que la necesidad de que toda decisión de finalización anticipada del proceso venga precedida por una actividad investigadora **adecuada** ha sido objeto de especial atención por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con respecto a denuncias formuladas contra funcionarios públicos por delitos contra la integridad física o moral. En estos supuestos, la Corte Europea considera que los las autoridades estatales con competencia de indagación asumen un deber cualificado de investigación por lo que su incumplimiento si bien no permitirá, en ocasiones, afirmar la realidad de los hechos denunciados sí permitirá considerar vulnerado el Convenio, en cuanto los ciudadanos se han visto privados de la posibilidad real de un recurso efectivo contra el abuso en el ejercicio de las funciones públicas²⁷.

c) Forma y contenido de las decisiones de crisis.

Aún cuando no se prevenga expresamente en el art. 779.1.1º LECrim, la naturaleza de las decisiones y las consecuencias que se derivan de las mismas reclaman la forma de auto. En efecto, si como apuntábamos con anterioridad, una de las condiciones para la compatibilidad de las decisiones de cierre anticipado del proceso con el derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados y ofendidos por el delito, era el desarrollo de un previo esfuerzo instructor razonable, la otra condición esencial viene determinada por la necesidad de justificar adecuadamente la decisión, de tal manera que ésta no se exponga como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y racionalmente controlado. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en reiteradísima jurisprudencia²⁸ ha afirmado *que no existe, en el marco del proceso penal, un derecho incondicionado ni a la apertura del procedimiento ni, en caso de incoación, a su plena sustanciación, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite la tramitación.*

²⁷ Vid. SSTEDH, Caso Tomasi contra Francia, de 27 de agosto de 1999; Caso Labita contra Italia, de 6 de abril de 2000; Caso Salman contra Turquía, de 27 de junio de 2000; Caso Bilgin contra Turquía, de 17 de julio de 2001; Caso Anguelova contra Bulgaria, de 13 de junio de 2002.

²⁸ Vid. SSTC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2; 175/1989, de 30 de octubre, FJ1; 297/1994, de 14 de noviembre, FJ 6; 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 138/1997, de 4 de junio, FJ 5; 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11; 129/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 2; 63/2002, de 19 de febrero, FJ 3.

No obstante, atendiendo a la trascendencia de las decisiones de crisis, la motivación justificativa no puede limitarse a una exteriorización apodíctica y formularia de la *ratio decidendi*. Lejos de ello, la justificación debe superar un determinado nivel de “calidad” constitucional. En este sentido y siguiendo la imprescindible aportación de IGARTUA SALAVERRIA²⁹, la justificación debe responder a los siguientes cánones de adecuación:

La decisión debe presentarse argumentalmente como una **consecuencia racional**, como el resultado de unas decisiones anteriores; la decisión debe contener la **justificación interna y la externa**. Por la primera, se entiende la que da cuenta de la coherencia entre las premisas de la decisión (fácticas y normativas) y la decisión misma. La segunda, la justificación externa, es la que exterioriza los argumentos que explican la selección de las premisas (por ejemplo, qué medios de investigación y qué datos instructores han sido utilizados para construir el presupuesto fáctico sobre el que se aplicará la norma y se ordenará la consecuencia jurídica de sobreseimiento); los argumentos justificativos utilizados deben ser **compatibles** entre si, esto es no pueden ser contradictorios o excluyentes; la motivación debe ser **congruente**, entendida como la necesidad, por un lado, que la justificación utilizada sea conforme con la naturaleza de la decisión a justificar y, por otro, que se refiera a la decisión que está en juego, evitando argumentaciones genéricas que sólo tangencialmente aluden al objeto decisional y, en ocasiones, incluso lo ignoran. Debe evitarse, en resumen, la utilización abusiva de las motivaciones ficticias por incorporación de fragmentos jurisprudencias mediante técnicas informáticas de tratamiento de textos (*cortar y pegar*); la motivación debe ser **completa**. Ello se traduce en la necesidad de dar respuesta, por un lado, a las pretensiones de las partes que configuran el objeto procesal y, por otro, justificar todas las decisiones relevantes; la motivación ha de ser **suficiente**, entendida ésta como la obligación del Juez de justificar en una medida adecuada a los niveles de cognoscibilidad y racionalidad que la cultura social y jurídica del momento considera bastante. Frente a la exigencia de “completud”, entendida como *criterio cuantitativo* (deben justificarse todas las decisiones que inciden en la resolución final del supuesto de hecho sometido al Juez), la suficiencia hace referencia a un *criterio cualitativo* (deben justificarse adecuadamente y de manera bastante todas las decisiones); la motivación debe ser **inteligible**.

Junto a dichas notas genéricas de adecuación de la motivación, cabe señalar algunas concretas exigencias que se derivan de cada una de las decisiones a adoptar al amparo del art. 779.1.1º LECrim. Así, el auto por el que se ordene el sobreseimiento libre por atipicidad de los hechos justiciables, deberá contener una precisa referencia de los datos fácticos resultantes de la investigación que han permitido descartar la concurrencia de alguno, algu-

²⁹ Igartua Salaverria, J, *La motivación de las sentencias, una exigencia constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (en prensa). Del mismo autor, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Edit, Tirant lo Blanch, Valencia 1995; *El caso Marey, Presunción de inocencia y votos particulares*, Editorial Trotta, Valladolid, 1999.

nos o de todos los elementos del tipo, cuya apreciación provisoria sirvió de causa de arranque del proceso. Ciertamente, la justificación fáctica de la decisión adquiere, al menos, la misma importancia que la justificación normativa por lo que su omisión o presentación deficitaria puede comprometer gravemente los niveles exigibles de adecuación motivadora. De igual manera, las decisiones de sobreseimiento por insuficiencia indiciaria de la realidad de la perpetración del hecho justiciable o por la imposibilidad de formular un pronóstico de imputación, deben justificar de manera explícita que el esfuerzo instructor desarrollado responde a las exigencias de racionalidad y proporcionalidad en atención a las circunstancias concurrentes, descartando, por tanto, cualquier atisbo de precipitación en la crisis que se ordena. En este sentido, el Juez que dispone el sobreseimiento provisional por alguna de las causas indicadas, debe justificar argumentativamente las razones del “fracaso” de la instrucción, así como la inutilidad funcional de ordenar nuevas diligencias. Sólo la justificación individualizada de tales razones, satisface las exigencias constitucionales de racionalidad y adecuación y permite, en consecuencia, constatar el grado de compatibilidad de la decisión de crisis del proceso con los derechos de acceso a la jurisdicción y de tutela judicial efectiva que ostentan las partes.

En todo caso, la resolución por la que se declare la crisis sobreseyente debe ordenar todas aquellas medidas que hagan efectiva la “**desinculpación**” de las personas que hasta ese momento se encontraban sometidas al proceso, en particular el levantamiento de todas las medidas cautelares, sean personales o reales, tal como se dispone, aún para la fase preparatoria, en el art. 782.1º párrafo 1º LECrim, y ello con independencia de la causa que lo justifique o la naturaleza definitiva o provisional del sobreseimiento que se ordene. En este sentido, valga añadir que, de conformidad a la doctrina del Tribunal Constitucional³⁰, tanto una como otra forma de sobreseimiento “**restituyen**” a la persona que fue sometida al proceso al mismo status de libertad del que gozaba con anterioridad a la imputación, gozando, por tanto, de los mismos niveles de presunción de inocencia.

d) La notificación de las decisiones de crisis.

El art. 779.1.1º LECrim, incorpora una regla especial de notificación de las decisiones contempladas en dicho precepto “*a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa*”. La cláusula fue introducida como fruto de una enmienda transaccional en el trámite ante el Congreso y responde a la necesidad de que la víctima y los perjudicados por el delito recuperen o, mejor dicho, adquieran la posición de centralidad que, compartida con el inculpado, les corresponde en un proceso penal constitucional. Esta nueva posición de la víctima en el proceso arrastra, entre otras muchas consecuencias cuyo análisis desbordarían los límites de este comentario articular, la necesidad de garantizar una

³⁰ SSTC 34/83, 62/84

adecuada información sobre la marcha del proceso y, en particular, respecto a aquellas decisiones que afectan a la propia continuación de la persecución penal y/o puedan comprometer su seguridad. Dicho deber de información que incumbe a todas las autoridades y funcionarios que participan en el desarrollo del procedimiento penal, ya desde su fase de indagación preprocesal, constituye uno de los ejes sobre los que se articulan los principios de protección a la víctima que inspiran tanto la Recomendación nº R (85)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del procedimiento penal* y la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo sobre *el Estatuto de la víctima en el proceso penal*; principios que ya tuvieron su parcial y específico reflejo en la legislación española mediante la Ley 35/95, *de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* y la Ley Orgánica 14/99 *de reforma parcial del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de violencia doméstica*, que impone la obligación de comunicación a las víctimas, de alguno de los delitos referidos en el art. 57 del Código Penal, *de aquellos actos procesales que puedan afectar a su seguridad (art. 109 L.E.Crim)*.

Además, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones³¹ sobre la relevancia que para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, supone que la víctima o el perjudicado por el delito, conozcan la decisión de finalización del procedimiento penal. En efecto, como es sabido, el perjudicado en el proceso penal no puede ejercitar la acción civil para la reparación del daño causado hasta tanto hayan terminado las actuaciones penales (arts. 111 y 114 LECrim). El conocimiento de la fecha en la que se han terminado dichas actuaciones constituye, pues, un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional. De ahí que, la falta de conocimiento pueda generar consecuencias negativas para el perjudicado, cuando éste no ha renunciado al ejercicio de la acción civil, como lo es sin duda el que transcurra el plazo de prescripción de la acción civil, cuyo término, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1968 del Código Civil, es particularmente breve (sin perjuicio de las especialidades que, en esta materia de los plazos prescriptivos, puedan preverse en los diferentes derechos especiales de las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil)³². De tal modo, la tramitación de las actuaciones penales con total omisión de las preceptivas notificaciones a los perjudicados, al impedir que éstos conozcan el momento a partir del cual podrían ejercitar las acciones civiles, puede constituir – a salvo que la propia víctima o perjudicado haya solicitado expresamente no ser informado, supuesto éste al que nos referiremos más adelante – una fuente de indefensión con relevancia constitucional. Riesgo que se

³¹ Vid. SSTC 220/93, 191/97, 89/99, 298/2000, 136/ 2002

³² Vid. art. 121-21 d) de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera ley del Código civil de Cataluña, en el que se establece un plazo de prescripción de tres años para las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual.

materializa efectivamente cuando los órganos de la jurisdicción civil, impiden el acceso al proceso por apreciar la prescripción de la acción, sin tomar en cuenta las vicisitudes del proceso penal y, en particular, si se notificó o no la decisión de su cierre (STC 160/97, de 2 de octubre, FJ 5º).

Desde la perspectiva expuesta, la cláusula de notificación incorporada en la reforma debe ser valorada positivamente, pues supone un reforzamiento efectivo de los derechos de información de los perjudicados en el proceso penal. Sin embargo, la concreta regulación de su contenido ofrece algunos aspectos discutibles. En primer término, se acude a la fórmula del art. 270 LOPJ ...*“a quienes pudiera causar perjuicio”*, para identificar a los titulares del derecho a la notificación, fórmula que no sólo introduce una dosis de innecesaria indeterminación, que puede acarrear importantes dificultades prácticas para el cumplimiento del mandato legal, sino que además rompe de manera poco justificada la coherencia terminológica del texto de la Reforma. En efecto, al regular, en el art. 782.2, los mecanismos subrogados de mantenimiento de la acción penal ante solicitudes de sobreseimiento del Ministerio Fiscal cuando no se ha personado en la causa acusador particular, se refiere *“a los directamente perjudicados conocidos, no personados”*, fórmula que también reproduce en el art. 973.2º LECrim. Dicha objeción terminológica fue puesta de relieve durante la tramitación parlamentaria en el Senado, mediante la presentación de las enmiendas 73º y 93º al texto remitido por el Congreso, formuladas, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y por el Grupo Parlamentario Socialista (GPS) que fueron, finalmente, rechazadas. No obstante, una interpretación sistemática-contextual de la fórmula utilizada en el art. 779.1.1º LECrim, favorece equiparar su significado a la cláusula *de los directamente ofendidos y perjudicado conocidos, no personados*, lo que, a la postre, garantizará mejor su propia funcionalidad.

La segunda objeción viene referida a que el legislador de la Reforma, no ha contemplado la indicación contenida en la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo sobre *el Estatuto de la víctima en el proceso penal*, relativa a la necesidad de que se regulen, en determinadas circunstancias, excepciones a las obligaciones de notificación a la víctima, cuando ésta, con carácter previo, ha manifestado expresamente su voluntad de no recibirlas³³. Ciertamente, en algunos supuestos y, en especial, cuando no se aprecie una situación de peligro, la *desconexión informativa* de la víctima respecto a la marcha del proceso, puede constituir un mecanismo útil para reducir los efectos de la victimización secundaria. El legislador de la reforma tenía la obligación de valorar ponderativamente en qué supuestos y bajo qué condiciones podía ceder el deber de información a la víctima ante el derecho de ésta a no ser informada.

³³Art. 4º. *En la medida en que un Estado miembro transmita por iniciativa propia la información a que se refieren los apartados 2 y 3, deberá garantizar a la víctima el derecho a optar por no recibir dicha información, salvo en el caso en que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal de que se trate.*

Por último, cabe objetar por qué la Ley de reforma ha optado por “*circunscribir*” el alcance de la cláusula de notificación, sólo a las decisiones de crisis y no lo ha extendido con carácter general, a las otras decisiones previstas en el art. 779, respecto a las que también cabe identificar un alto interés informativo de la víctima o del perjudicado a los fines contemplados tanto en la Recomendación del Consejo de Europa como en la Decisión Marco de la Unión Europea, anteriormente citadas. En todo caso, la falta de mención de una obligación específica no puede interpretarse como un desplazamiento o derogación de las obligaciones genéricas de comunicación a las víctimas o perjudicados contempladas, con alcance general, en los arts. 270 LOPJ y, con alcance más restringido, 109 LECrim y 15.4º Ley 35/95 de *Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*.

3.2. Decisiones de transformación del procedimiento de diligencias previas: Especial referencia a la resolución por la que se declara el hecho presunto como constitutivo de falta.

El legislador de la reforma regula, dentro de las decisiones de terminación de la fase de Instrucción, la posibilidad de que el Juez ordene la transformación del procedimiento de diligencias previas a juicio de faltas, cuando los hechos que constituyen el objeto procesal considere que pueden ser, provisoriamente, constitutivos de dicho tipo de infracciones penales. Dicha mimética previsión respecto a sus antecedentes legislativos más próximos (art. 789 en sus redacciones dadas por las reformas de 1967 y 1989), sigue sin dar adecuada respuesta a dos problemas específicos, ya planteados con la regulación derogada.

El primero, de orden sistemático, atiende a la propia oportunidad de la ubicación de dicha cláusula dentro del espacio regulativo delimitado por el art. 779 LECrim, lo que obliga a determinar su verdadero alcance como fórmula de sobreseimiento o como mera fórmula de transformación o adecuación de procedimiento. En el primer caso, su colocación en el art. 779, estaría justificada como una suerte de categoría especial de decisión de crisis, mientras que si reputamos preeminente su valor como decisión de adecuación procedimental, las exigencias de ordenación sistemática hubieran hecho más conveniente su ubicación, como una subclase o supuesto específico de transformación de procedimiento, en el art. 760 LECrim.

La primera de las opciones cuenta con un argumento *sedes materiae* de apariencia sólida, en cuanto la declaración provisoria del hecho justiciable como constitutivo de falta en la fase preparatoria del proceso ordinario, se presenta como una decisión de sobreseimiento libre, tal como se desprende del tenor literal del art. 639 en relación con el art. 637.2, ambos, LECrim. Sin embargo, frente a dicho argumento pueden oponerse criterios de interpretación sistemática que permiten cuestionar la naturaleza sobreseyente de dicha decisión. En primer término, si atendemos a las reglas de la conclusión del sumario, cabe observar como en el art. 624 LECrim se faculta al Juez de Instrucción para ordenar, aún bajo una

suerte de condición revocatoria o de aprobación por la Audiencia, la transmutación del hecho justiciable de delito a falta y su remisión al órgano de enjuiciamiento competente. Decisión que, a la luz de los rasgos estructurales del modelo procedimental, no puede tener efectos de sobreseimiento libre pues en el sumario todas las resoluciones que revisten dicho efecto, se reservan a la Audiencia Provincial. Lo anterior obliga a plantearse, al menos, la grave contradicción interna que supone reconocer competencia objetiva tanto al Juez de Instrucción como a la Audiencia para adoptar la decisión de calificación provisional del hecho justiciable como falta y que, sin embargo, sólo se reconozca naturaleza sobreseyente a la acordada por éste último órgano. Por otra parte, si bien el alcance (literal) del precepto contenido en el art. 639 LECrim presenta la decisión de calificación provisional del hecho como falta, como de sobreseimiento libre, lo cierto es que aquella no produce ninguno de los efectos que son propios de dicha categoría (vid. arts. 634 y 638 LECrim) y, en particular, el fundamental de la propia extinción de la acción penal³⁴. Lo anterior permite apuntar, desde una interpretación contextual/funcional del referido art. 639 LECrim, que la calificación de sobreseyente de la resolución declaratoria de falta, lo es al **sólo efecto posible** de permitir el control de la misma, mediante el recurso devolutivo de casación. Dicha extensión funcional de la categoría de sobreseimiento, no desplaza, a nuestro entender, la verdadera dimensión procesal de la decisión que no es otra que la de **adecuar el cauce procedimental a las modificaciones del juicio provisorio de tipicidad, habidas a consecuencia del desarrollo de la actividad investigadora**. Conclusión a favor de la naturaleza ordenadora y no sobreseyente del auto declaratorio de falta, adoptado de conformidad con el art. 779.1.2º LECrim, que se refuerza a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que califica el contenido de dicha decisión “*como una consideración técnica de carácter estrictamente jurídico... cuya única repercusión atañe a la determinación del cauce procesal a seguir para depurar las eventuales responsabilidades penales que se deriven de los hechos denunciados*” STC 52/2001.³⁵

Lo anterior priva de justificación sistemática a la ubicación de la cláusula de calificación provisional del hecho como falta, dentro de las reglas de terminación de la fase instructora que se contienen en el art. 779 LECrim. A nuestro parecer, dicha cláusula debería haberse incluido, como un supuesto específico de adecuación, en el art. 760 LECrim donde se regula con carácter general la transformación procedimental y en cuyo presupuesto de aplicación encaja perfectamente “...*iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del art. 757...*”

³⁴ ROMERO PRADAS, I, *El sobreseimiento*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág.115-116

³⁵ En el mismo sentido, STC 164/88.

El segundo problema pendiente, no resuelto con la Reforma, viene referido a las consecuencias “contaminantes” de parcialidad que se derivan de la previa instrucción, cuando es el propio Juez que ordena la transformación el que debe juzgar los hechos provisoriamente calificados como falta. En este sentido, debe precisarse que la imparcialidad, además de constituir un principio estructural del proceso sobre el que se basa, en buena medida, la confianza de los ciudadanos en los Tribunales de Justicia, deviene también una **condición epistemológica** esencial para la toma de algunas decisiones judiciales, en particular, las sentencias en materia penal. La imparcialidad actúa, así, como una suerte de “material aislante” que permite que la decisión se adopte sin tomar en cuenta prejuicios del Juez derivados de sus relaciones personales con las partes del proceso o de su previa inmersión en las fuentes probatorias o de investigación obtenidas en las fases que anteceden al juicio oral. La garantía de la imparcialidad debe traducirse en la necesidad de diseñar tipologías procedimentales que aseguren que la labor epistémica del juzgador, se ha producido en condiciones adecuadas. Adecuación que no se dará si dicho Juez, ha desempeñado funciones instructoras o decisorias sobre el objeto procesal en fases previas al juicio oral, que impliquen una valoración anticipada acerca de la relevancia penal de los hechos o de la existencia de indicios para atribuir tales hechos, que coincidan sustancialmente con el contenido del juicio de culpabilidad³⁶. En este sentido, y desde una perspectiva constitucional, frente a algún temprano pronunciamiento que descartaba apriorísticamente la lesión del derecho al Juez imparcial en el juicio de faltas bajo argumentos formales relativos a que dicho tipo procedimental no incluía fase de investigación en sentido estricto y que, por tanto, no podía existir supuesto *contaminante*³⁷, la jurisprudencia constitucional posterior ha reconocido expresamente la relevancia de tal derecho en el juicio de faltas y la consiguiente necesidad de analizar caso por caso, si se ha producido una lesión relevante derivada de la intervención del Juez en fases previas del proceso³⁸. Ello conduce directamente al núcleo del problema, relativo a cuándo nos encontramos ante supuestos de actuaciones previas que mermen de manera constitucionalmente significativa la imparcialidad del Juez juzgador. A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional³⁹, en correspondencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁰, ha mantenido que la incompatibilidad no se proyecta con cualquier clase de actividad desempeñada en el marco de la instrucción, sino que es preciso analizar cada caso en concreto. Frente al criterio formal con arreglo al cual cualquier tipo de participación en la fase de instrucción debería conducir a la incompatibilidad del Juez para desarrollar funciones juzgadoras, la opción por un criterio material de

³⁶ SSTC 14/99, 162/99, 310/2000.

³⁷ ATC 799/85

³⁸ SSTC 142/97, 52/2001.

³⁹ SSTC 157/93, 11/2000

⁴⁰ SSTEDH Caso Castillo de Algar contra España, de 28 de octubre de 1998; Caso Garrido Guerrero contra España, de 2 de marzo de 2000.

identificación supone valorar, de manera individualizada, si el acto instructor ha provocado una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible *que pueda crear en el ánimo del juzgador determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para el juicio oral*⁴¹. El método escogido genera un alto casuismo y, en esa medida, notables dosis de incerteza, inestabilidad y contradicción. Buena prueba de ello, lo ofrece el examen de las decisiones del Tribunal Constitucional⁴² cuyo objeto versa específicamente sobre la vulneración, o no, del derecho al Juez imparcial en el ámbito del Juicio de Faltas, por actividades instructoras previas del Juez juzgador. En estos casos, la utilización del criterio material no ofrece resultados excesivamente coherentes. Así, mientras que en el supuesto contemplado en la S.142/97, las diligencias practicadas por el Juez que dictó finalmente sentencia - *la inspección ocular, la diligencia de levantamiento de cadáver, el examen minucioso del atestado, la toma de declaración de los testigos que presenciaron el accidente y el estudio del informe de la Delegación de trabajo (sic)*- fueron consideradas por el Tribunal Constitucional como constitutivas de **instrucción típica** que comprometía los niveles deseables de imparcialidad objetiva, en el supuesto contemplado en la S.52/2001 - *la incoación de diligencias previas, la toma de declaración del denunciante y del denunciado, en calidad de imputado, el examen del atestado y la decisión por la que se reputaban provisionalmente los hechos como falta al tiempo que se sobreseñan provisionalmente determinados hechos denunciados, a su vez, por el imputado* -, se calificaron, sin embargo, de diligencias inocuas para afectar el derecho al Juez imparcial.

Pero si el método para activar la garantía constitucional del derecho al Juez imparcial se muestra inseguro, no menos satisfactorios se muestran los instrumentos de garantía intraprocedimental previstos en la LOPJ. En efecto, ni la abstención judicial ni, en su caso, la recusación por las partes, constituyen mecanismos estables y eficaces para la garantía del derecho. La escasa **“calidad”** del *procedimiento administrativo* todavía vigente⁴³ de control de los presupuestos de procedencia de la abstención y de la recusación promovidas, junto a la propia rigidez del modelo causalizado – art. 219 LOPJ- son factores que comprometen la adecuación del nivel de garantía del derecho, a las exigencias constitucionales de protección⁴⁴. Lo anterior, justifica la necesidad de una profunda reforma del conjunto de

⁴¹ STC 320/93

⁴² SSTC 142/97, 52/2001

⁴³ Recuérdese que la D.F 17ª LEC ha suspendido la entrada en vigor del Título IV, en el que se regula un nuevo procedimiento más respetuoso con la entidad del conflicto y la garantía del derecho fundamental

⁴⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, páginas 250 y ss. La brillante aportación conceptual y metodológica de Jiménez Asensio en el análisis del Derecho Fundamental al Juez Imparcial, pone al descubierto la inadecuación “tecnológica” del modelo legal de abstención y recusación para la adecuada y efectiva protección de la garantía constitucional.

las garantías que han de rodear el derecho al Juez imparcial y que, en el proceso penal, pasa por la exigencia de establecer un criterio rígido de incompatibilidad entre funciones instructoras y funciones juzgadoras.

En esta línea, consideramos que el legislador de la Reforma debería haber incorporado mecanismos más eficaces de protección de referido derecho, pues lo cierto es que un buen número de los procedimientos de juicio de faltas que llegan a sentencia, tienen su origen en diligencias previas de procedimiento abreviado, posteriormente transformadas, con un contenido instructor intenso que reducen, hasta lo irreconocible, los niveles deseables de imparcialidad objetiva. La fórmula legal del art. 779.1.2º LECrim, sigue siendo tributaria de la reforma de 1967, donde el problema de imparcialidad no se daba por la atribución de la competencia objetiva para el enjuiciamiento de las faltas, a los Jueces de distrito. La reforma de 1988, introdujo el problema de la asunción de funciones instructoras y juzgadoras en el ámbito de las faltas, cuando, precisamente, una de las finalidades de la reforma era superar los problemas de imparcialidad sugeridos por la Ley Orgánica 10/80, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 145/88, probablemente bajo la débil presunción de que, en dicho ámbito de enjuiciamiento, la imparcialidad no constituía un valor merecedor de una especial protección. Casi quince años después, el legislador de la Reforma sigue manteniendo la misma solución normativa, cuando lo cierto es que tanto la jurisprudencia del TEDH como la de nuestro TC no dejan atisbo de duda alguna sobre la esencial (y ascendente) relevancia de la imparcialidad judicial y su indiscutible necesidad de efectiva protección en todo tipo de procedimientos penales, con independencia de la gravedad de las conductas que constituyan su objeto.

Por último, indicar respecto a la decisión de transformación que ésta, aún el silencio de la Ley, deberá adoptarse en forma de auto, cuya motivación deberá reunir las mismas notas de adecuación que la de los autos que ordenan la crisis (vid. supra). En particular, deberá hacerse mención a los datos fácticos sobre los que se sustenta el juicio normativo de tipicidad, identificando, igualmente, las diligencias de investigación de donde proceden aquellos.

Como apuntábamos más arriba, la resolución de transformación, además de notificarse a las partes personadas, debe comunicarse a aquellos que aparezcan como víctimas o perjudicados conocidos por el hecho presunto que se reputa falta (art. 270 LOPJ; Art. 109 LECrim).

3.3. Decisiones de transmisión del procedimiento a la Jurisdicción Militar y a la Fiscalía de Menores.

La reforma distingue con mejor precisión que la legislación anterior, los mecanismos de transmisión del procedimiento, conservando la expresión *inhibición*, cuando aquella se produce a favor de un órgano jurisdiccional militar e introduciendo la expresión *traslado de la causa*, cuando se realice a favor del Fiscal de Menores, ya que los instrumentos declinato-

rios en sentido estricto, sólo pueden utilizarse entre órganos jurisdiccionales. Dicha previsión de traslado al Fiscal constituye, además, una consecuencia necesaria de la entrada en vigor de la *L.O.5/2000, Sobre responsabilidad penal de los menores*, que atribuye de manera exclusiva al Ministerio Público, la decisión de iniciar el procedimiento de investigación y persecución por la presunta comisión de una infracción penal por un menor de edad, en los términos previstos en los arts. 1º y 2º de la Ley.

La fórmula de transmisión, no obstante, sigue incorporando la mención *a que todos los imputados fuesen menores de edad* como presupuesto de la misma. Su alcance ofrece algún punto de oscuridad. ¿Puede entenderse como una regla que, **a contrario**, permite el tratamiento procesal por los trámites del procedimiento abreviado, de inculcados menores de edad cuando coparticipan con inculcados mayores de edad en la presunta comisión del hecho justiciable? La respuesta, a nuestro entender, debe ser negativa. Aún cuando el tenor literal del precepto permite plantear la cuestión, lo cierto es que el debate parlamentario no contiene ni una sola referencia que sugiera dicha posibilidad que, además, supondría un notable cambio en el modelo de enjuiciamiento por separado de lo menores de edad, que se diseña en la *L.O.5/2000*. En efecto, la ausencia de todo mecanismo de intercomunicación, acumulación o atracción entre jurisdicciones cuando en el hecho justiciable, objeto del procedimiento, coparticipen, presuntamente, mayores y menores de edad obliga a identificar una decidida voluntad legislativa de **separar los procesos**, aún con los riesgos que ello puede entrañar de sentencias contradictorias o de pérdida o debilitamiento de las fuentes de prueba sobre las que se basen las respectivas acusaciones. Descartado, pues, dicho alcance, la mención a la necesidad *de que todos los imputados sean menores*, para proceder al traslado al Fiscal correspondiente, sólo puede interpretarse como una regla (innecesaria, por obvia), de exclusivo contenido ordenador. En efecto, la referida mención no previene otra cosa que, dado tal supuesto, deberán remitirse al Fiscal de menores, **las actuaciones originales** del procedimiento penal incoado, lo que, a contrario, implica que si no todos los coimputados son menores de edad, el traslado al Fiscal, respecto a dichos menores, se practicará no con las actuaciones originales sino mediante testimonio de las mismas. Otra vez, la ambigüedad sintáctica de la expresión legal, se ve favorecida por las altas dosis de injustificable mimetismo que, respecto a la regulación anterior, caracteriza al texto de la Reforma.

3.4. Decisión de prosecución de la fase de diligencias previas a la fase de preparación del juicio oral.

El art. 779.1.4º LECrim, previene expresamente la necesidad de una decisión motivada por la que se ordene la prosecución de las diligencias previas por los trámites de la preparación del juicio oral. La cláusula viene a positivizar la doctrina constitucional que, sobre la decisión de prosecución, se contenía en la importante S.T.C 186/90 que resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas respecto al art. 790.2 LECrim. Frente a la deficitaria regulación anterior, fue la jurisprudencia constitucional la que delimitó, de

manera esencial, los contenidos, las finalidades e, incluso, el régimen de notificación de la misma.

La reforma contempla dos presupuestos normativos para la adopción de dicha decisión: El primero, exige que los hechos justiciables constituyan (provisionalmente) un delito de los comprendidos en el art. 757 LECrim. La obviedad de la fórmula disculpa, tal vez, de todo comentario en cuanto si, desarrollada la actividad instructora, los hechos no fueran de manera provisional subsumibles en alguno de los tipos incluidos dentro del ámbito del procedimiento abreviado, el Juez de Instrucción viene obligado a ordenar la transformación procedimental que resulte oportuna, en los términos previstos en el art. 760 LECrim. En puridad, los problemas de adecuación procedimental de mayor entidad que introduce la reforma, no son los que aparecen en el momento de la terminación de la fase instructora, sino los que concurren en el mismo momento de la incoación, especialmente, cuando se trate de decidir la incoación de procedimiento respecto a delitos en los que resulte dudosa la posibilidad de instrucción sencilla (art. 795.1.3ª LECrim). En estos casos, la indeterminación del presupuesto de incoación puede suscitar sugerentes problemas de delimitación entre el procedimiento abreviado general y el procedimiento especial de urgencia, que el legislador no se ha encargado de prever de manera eficaz.

El segundo presupuesto, atiende a la necesidad de que con carácter previo a adoptar la decisión de prosecución, el Juez de Instrucción deberá haber tomado declaración al imputado o imputados en tal condición, en los términos y a los efectos previstos en el art. 775 LECrim. Como ha puesto de relieve de manera reiterada la jurisprudencia constitucional⁴⁵, la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado, conlleva una **triple exigencia**: En primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de **que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad, declarado, judicialmente imputado**, de tal forma que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva del proceso penal; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, **nadie puede ser acusado por unos determinados hechos, sin haber sido oído previamente por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas**; y en tercer lugar, **no debe someterse al imputado al régimen de las declaraciones testificales** cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible. En este sentido y tal como apuntábamos en el comentario al art. 775, los retrasos injustificados en la constitución del status de imputación o la clausura de la fase instructora sin haber permitido el acceso del imputado al proceso en condiciones que le permitan su efectiva defensa contradictoria, constituyen las *patologías* más graves, cuyo remedio pasa siempre por la nulidad y retroacción de las actuaciones o,

⁴⁵ SSTC 135/89, 186/90, 128/93, 152/93, 62/98.

en el mejor de los casos, por la inutilizabilidad acreditativa en el plenario de aquellas diligencias instructoras que se practicaron sin contradicción cuando ésta era posible garantizarla (STC 19/2001). En esta medida, la mención a la necesidad de previa imputación como presupuesto de la decisión de prosecución, no deja de ser una reiteración innecesaria del mandato contenido en el propio art. 775 LECrim.

No obstante, la mención expresa que del referido art. 775, se contiene en el art. 779.1.4º LECrim, sí adquiere una particular importancia para determinar el alcance y la función de dicha decisión prosecutoria. En efecto, si bien, y tal como se ordena en el 779.1.4º, la decisión deberá contener una *determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan*, ello no puede interpretarse en el sentido de que mediante dicho auto se configura la inculpación o se delimita el objeto del proceso. Ciertamente, el contenido del auto de prosecución no puede incorporar más hechos justiciables que aquellos que ya constituyen el objeto procesal ni a otros inculpados que aquellos que ya han asumido, durante la fase de instrucción, dicha condición, en la forma contemplada en el art. 775 LECrim, lo que permite afirmar su naturaleza meramente declarativa. Cualquier extralimitación en el relato fáctico que suponga la adición de hechos justiciables con dimensión típica autónoma, respecto a los cuales el imputado no haya podido desarrollar una estrategia de defensa en fase instructora, constituye una fuente de indefensión incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías y, en particular, con el derecho a conocer previamente la acusación, en el sentido amplio sugerido por la doctrina del Tribunal de Estrasburgo⁴⁶. Es cierto, no obstante, que la formalización o la incorporación expresa al auto de prosecución de los hechos, objeto de imputación (la expresión legal *hecho punible* debe entenderse referida tanto a las circunstancias fácticas relevantes como a su calificación jurídico-penal), permitirá controlar con mayor facilidad si los hechos delictivos introducidos por las acusaciones presentan identidad o conexión con aquellos, pero no es menos cierto que, aún cuando el auto de prosecución no identificara los hechos punibles de manera adecuada, el control de la correlación entre hechos previamente aportados y acusación puede realizarse acudiendo al contenido objetivo-material de las actuaciones de la fase previa⁴⁷. Lo anterior supone que, sin perjuicio de las novedades que respecto al contenido se introducen en la reforma, el auto de prosecución o de apertura de la fase de preparación del

⁴⁶ STEDH, Caso Pèlissier y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999.

⁴⁷ Como se afirma en la STS de 9 de octubre de 2000 (ponente Excmo. Sr. Conde-Pumpido), “*si el instructor acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la Instrucción de las diligencias previas, que deben ser perfectamente conocidos por el imputado (...) En consecuencia, el antecedente fáctico de esta resolución transformadora del procedimiento puede configurarse, ordinariamente, por remisión a los hechos sobre los que ha versado la Instrucción, sin que ello ocasione indefensión alguna al imputado*”

juicio oral, sigue cumpliendo las funciones identificadas por el Tribunal Constitucional⁴⁸ de, por un lado, declarar concluida la fase de investigación, descartando por exclusión la procedencia de alguna de las otras resoluciones previstas en los en los tres primeros números del art. 779.1 LECrim y, por otro, de determinación de aquellos imputados que pueden ser objeto, en su caso, de acusación. Esto último, obliga a que el auto de prosecución deba excluir, de manera expresa, del proceso a aquellos imputados respecto a los cuales no proceda formular acusación por concurrir causa de sobreseimiento o algún otro supuesto extintivo de su responsabilidad penal presunta. En tales casos, la naturaleza parcialmente sobreseyente de la decisión, exige que la fundamentación jurídica contenga las razones justificativas de la crisis y de su alcance.

Por último, destacar la defectuosa presentación articular de los contenidos decisionales del auto de prosecución, que se desdoblán, sin criterio que lo justifique, entre los contemplados en la cláusula del art. 779.1.4º y los previstos en la fórmula del art. 780.1. LECrim.

3.5. El reconocimiento de los hechos justiciables por el imputado, como presupuesto para la transformación del procedimiento de diligencias previas de procedimiento abreviado en procedimiento de urgencia.

Introducido como enmienda transaccional en la discusión ante el Congreso, el párrafo quinto del número primero del art. 779 LECrim, viene a establecer, al igual que en la legislación derogada, si bien con diferente alcance y condiciones de producción, un mecanismo de aceleración procesal basado en el reconocimiento de los *hechos* por el inculpado, asistido de su abogado defensor, durante la fase procesal. La consecuencia de dicha declaración de voluntad supone la transformación del procedimiento abreviado en su fase de diligencias previas, al procedimiento de urgencia previsto en el nuevo título III del Libro IV LECrim, en su fase de preparación de juicio oral y ello con la explícita finalidad, además, de que su enjuiciamiento se sustancie por los trámites especiales de la conformidad ante el Juzgado de Instrucción que se regula en el artículo 801 LECrim, introducido por la L.O.8/2002. Como en la regulación anterior, sigue sorprendiendo su *carácter lagunar*⁴⁹ y asistemático que, sin duda, provocará un buen número de problemas aplicativos.

Los presupuestos de la aceleración pasan, en primer término, por que los hechos justiciables satisfagan las exigencias relativas a la naturaleza de la pena y a los límites penológicos a los que se remite el propio precepto y que son los que se contemplan en el art. 801 LECrim. La remisión in toto al referido artículo plantea un problema de identificación de dichos límites. En efecto, el mecanismo de conformidad previsto en el art. 801 LECrim,

⁴⁸ SSTC 186/90, 23/91, 121/95, 62/98.

⁴⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J, “Principios procesales y procedimentales de la L.O.7/88” en *La reforma del proceso penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 199, pág. 42.

ante el Juzgado de Guardia combina, como presupuestos de aplicación, reglas cualitativas y reglas cuantitativas de pena para cuya identificación ha de estarse tanto a criterios de pena in abstracto, como de pena in concreto. En efecto, el apartado segundo del párrafo primero del art. 801, parece que introduce un **requisito cualitativo** de tal manera que el objeto procesal sobre el que puede recaer la sentencia de conformidad dictada por el Juez de Guardia deba integrarse por hechos, provisoriamente, constitutivos de delitos castigados con pena privativa de libertad menos grave (art. 33 CP) que no supere, por tanto, los tres años de prisión o con penas de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena privativa de derechos con duración no superior a diez años. Para la identificación de dichos límites, a tenor de la fórmula utilizada, ha de estarse, en relación con las penas privativas de libertad, a la pena *in abstracto*. Ello supone atender a la pena del tipo en su máxima extensión, sin tomar en cuenta ni el grado de ejecución, ni el grado de participación ni la posible concurrencia de atenuantes o agravantes que puedan suponer, en la concreta individualización de la pena, una modificación del quantum previsto en la Ley⁵⁰. Pero junto a la identificación de límites cualitativos del objeto procesal, referidos a la naturaleza de la pena imponible, el legislador condiciona, igualmente, el procedimiento de enjuiciamiento por conformidad ante el Juzgado de Guardia a que las concretas pretensiones punitivas de las partes acusadoras, en relación con todos los delitos objeto de acusación, no superen, reducida en un tercio, la pena de dos años. De tal suerte, viene a establecerse un marco general que determina la oportunidad político-procesal del mecanismo de aceleración y que atiende a la gravedad penológicamente abstracta de los hechos que son objeto del proceso y un marco penológico concreto que limita y condiciona la competencia de enjuiciamiento del Juez de Guardia. Partiendo de esta doble coordenada, cabe plantearse cual es el alcance de la remisión que se hace en el número 5º del art. 779.1 al art. 801, en orden a la determinación del marco punitivo, esto es, si ha de estarse al marco general o al marco pretensional. En este sentido, la solución que se presenta sistemáticamente más razonable es vincular la decisión de convocatoria a las partes por reconocimiento de hechos, a la identificación del marco general punitivo, esto es que el hecho o hechos delictivos, objeto de imputación, tengan anudadas penas privativas de libertad menos graves y ello sin perjuicio de que, in abstracto, puedan superar el límite previsto en el número 3º del párrafo 1º del art. 801 LECrim, en cuanto ni el momento procesal ni la propia posición que ocupa el Juez en el proceso, le permite tomar en cuenta las concretas hipótesis pretensionales. El concreto marco punitivo pretensional determinará, en su momento, la decisión de tramitación por el procedimiento de enjuiciamiento de la conformidad en la guardia pero, como apuntábamos, no puede servir para decidir o no la convocatoria a la audiencia prevista en el art. 779.1.5º LECrim.

En segundo lugar, el imputado, asistido de letrado, debe reconocer los hechos que han sido objeto de imputación. La ley, al igual que la regulación derogada, guarda silencio tanto

⁵⁰ Vid. Sobre el espacio de operatividad del criterio de *pena in abstracto*, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992.

sobre el elemento objetivo del reconocimiento como del concreto valor que ha de atribuirse a dicha declaración. En cuanto al primer problema, la locución “*hechos*” sin ninguna adjetivación, parece sugerir que el reconocimiento debe versar sobre la dimensión fáctica del objeto procesal, sin que sea exigible que abarque la calificación jurídica precisa de los hechos. No obstante, como mantiene VARELA CASTRO⁵¹, el reconocimiento sí debería extenderse a todas aquellas circunstancias fácticas *que se traducen en específicas consecuencias sobre la medida de la responsabilidad y, por tanto, no sólo las relevantes para la tipificación del hecho, sino también para la determinación de causas de agravación o atenuación de la responsabilidad*. La cuestión sobre el contenido cognitivo de la declaración de reconocimiento puede resultar particularmente importante para el adecuado desarrollo de la fórmula de aceleración y, en particular, para producir la consecuencia que en orden a la convocatoria de la comparecencia se previene en el propio texto del art. 779.1.5º LECrim. En todo caso, la declaración de reconocimiento debe ser incondicionada, unívoca y completa, sin que sean admisibles reconocimientos parciales, a salvo los casos de pluralidad de objetos, en los que el reconocimiento parcial que recaiga sobre alguno de los hechos que conforman el objeto complejo, pudiera tramitarse mediante la incoación de una pieza separada, en los términos previstos en el art. 762 LECrim, siempre que, además, no existiera riesgo de afectación de la continencia causal. Por su parte, la Ley guarda silencio sobre el tratamiento del reconocimiento de hechos en supuestos de pluralidad de imputados y, en particular, en aquellos casos que el reconocimiento no sea unánime. En estos casos, y a salvo que nos encontremos ante objetos procesales complejos y sea posible su seccionamiento y la correspondiente incoación de piezas separadas respecto a los hechos donde existe unánime reconocimiento y respecto a los que éste no se produce, la solución pasa por la continuación del procedimiento por sus trámites ordinarios en relación con la totalidad de los imputados⁵².

La reforma, por su parte, impone que la declaración de reconocimiento prestada por el imputado venga rodeada de algunas garantías: La primera, que se produzca asistido de letrado, lo que presupone la necesidad de que con carácter previo haya asumido el status de imputación, en el modo recogido en el art. 775 LECrim. No basta, a nuestro entender, que la persona que reconozca tenga la condición de imputado, por así derivarse de alguna de las fuentes de imputación sino que, además, ha debido ser informado de manera comprensible, precisa y completa por el Juez de Instrucción de los hechos, en su dimensión fáctica y normativa, que constituyen el objeto de imputación. Ello excluye la posibilidad de aprovechar, a los efectos de la aceleración, aquellas declaraciones de contenido autoincriminatorio que pudieran haberse prestado sin garantías o con carácter espontáneo por el imputado o aque-

⁵¹ VARELA CASTRO, L, “Investigación y preparación del juicio oral”, *La reforma del proceso penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág.156.

⁵² BARONA VILLAR, S, *La conformidad en el Proceso Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994,pág. 293.

llas realizadas en condición procesal diferente, por ejemplo, como testigo. La segunda de las garantías atiende a la necesidad de que el reconocimiento se realice ante el Juez de Instrucción. Dicha exigencia constitutiva de jurisdiccionalidad, introduce una diferencia con la regulación anterior y responde a la necesidad de que sea el Juez de Instrucción, quien controle de manera material, sirviendo de referencia el modelo de control de la conformidad regulado en el art. 787 LECrim, las condiciones de dicha declaración que, a la postre, supone una renuncia al espacio de eficacia del derecho fundamental a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

Producida la declaración de reconocimiento en las condiciones anteriormente precisada, el Juez “*mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado*”. La fórmula procedimental transcrita, entraña un buen número de problemas interpretativos y de articulación sistemática. El primero hace referencia a la **preceptividad** del trámite de comparecencia. En efecto, aún cuando la intención que inspiró la introducción de la cláusula de reconocimiento, era facilitar un instrumento más de aceleración⁵³ de ahí no cabe concluir que toda admisión de hechos haga, en todo caso, conveniente y razonable la tramitación acelerada de la causa. A diferencia de la regulación anterior, en la que el Juez disponía de una **facultad discrecional** para, a partir del reconocimiento de hechos y previa petición de las partes, ordenar la tramitación acelerada (Art. 789.5.Quinta, del texto derogado LECrim), la nueva exigencia legal de preceptiva convocatoria *inmediata* a las partes acusadoras, una vez producido el reconocimiento, supondrá que, en un buen número de supuestos, no se dispondrá de otro material instructor sobre el que fundar el acuerdo o *preacuerdo* de conformidad, que dicha declaración del imputado. No parece justificado, desde los principios que inspiran el desarrollo de la fase de investigación y la delimitación del objeto procesal en dicha fase, que se limite de manera tan intensa los poderes del Juez de Instrucción en orden a valorar la necesidad de su plena sustanciación y, correlativamente, se transfiera a las partes del proceso un alto poder “dispositivo”, tanto en relación con el objeto procesal, como en relación con los propios presupuestos de terminación de la fase de Instrucción. La fórmula de la preceptividad en la convocatoria de la comparecencia de aceleración, puede transformarse en un preocupante instrumento de desformalización del proceso, que puede ser utilizada para evitar la investigación, favoreciendo, por una puerta falsa probablemente no imaginada por el legislador, la no persecución de otros delitos conectados con los hechos que configuran en un primer momento el objeto del proceso (sobre el que recae el prematuro reconocimiento de hechos) o la impunidad de otros posibles responsables.

⁵³ Vid. Al respecto, los debates de la sesión n° 64, celebrada el 24 de junio de 2002, de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, intervención de la Diputada Sra. Uría Etxebarria, página 17.007, Diario de Sesiones.

En cuanto a la propia referencia temporal a la *inmediatez* de la convocatoria, plantea la duda si sólo impone la obligación de que se celebre en el momento más próximo posible a aquel en el que se produjo el reconocimiento o si va más allá, e impone una suerte de suspensión del curso de la instrucción hasta que las partes acusadoras valoren la oportunidad de la transformación procedimental. A nuestro parecer, los fines de la instrucción judicial, (aseguramiento de las fuentes de prueba, medidas de protección a la víctima, identificación de otros posibles responsables...) permanecen intactos, aún cuando se haya producido el reconocimiento de hechos, por lo que sin perjuicio de la obligación de convocatoria inmediata a las partes para la audiencia prevista en la Ley, entendemos que la solución más razonable pasa por la continuación de la actividad instructora hasta que, en su caso, las partes soliciten la transformación del procedimiento a los efectos contemplados en los arts. 800 y 801 LECrim.

Por lo que atañe al contenido de la convocatoria, la misma tiene por objeto que las partes acusadoras manifiesten si, “con la conformidad del acusado”, están en condiciones de formular escrito de acusación. Dicha “*apuesta*” procedimental por la aceleración sugerirá (y estimulará) la existencia de negociaciones y “acuerdos” extraprocedimentales entre las partes acusadoras y el imputado, al estilo de los *plea bargaining* del Derecho Norteamericano, que respondan al aseguramiento de la conformidad. Acuerdos que, al igual que en el derecho de donde traen su origen, pueden plantear graves problemas, tales como que: las negociaciones tienen lugar en un momento en el que el conocimiento sobre el asunto puede ser fraccionario; la gran variedad de criterios y actitudes “negociadoras” pueden generar desconcierto y una sensación de injusticia entre los imputados; y, el más grave, que la negociación comporte que el imputado reconozca los hechos por temor a ser más duramente condenado después de un juicio plenamente contradictorio⁵⁴.

En todo caso, a la finalización de la comparecencia, las partes personadas deberán manifestar si “*formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado*”. En **caso afirmativo**, el Juez viene obligado a dictar una decisión de transformación del procedimiento abreviado general a procedimiento de urgencia, ordenando la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los arts. 800 y 801 LECrim. Dicha secuencia procesal plantea algunos problemas de alcance. El primero, hace referencia al propio presupuesto de la aceleración ¿Basta la manifestación de las partes de que, en efecto, se ha llegado a un acuerdo de conformidad o, por el contrario, se exige que al término de la comparecencia se presente ante el Juez de Instrucción, el escrito materialmente confeccionado y suscrito por las partes otorgantes? Las consecuencias, sobre todo en cuanto a la estructura del procedimiento, varían sensiblemente de una a otra de las hipótesis. Si entendiéramos que la ley sólo contempla la necesidad de una suerte de “precontrato” o *negocio de fijación*, cuya plasma-

⁵⁴ DE DIEGO DIEZ, L.A., “*Algunos apuntes sobre la Plea Bargaining de los USA*” en Justicia, 1989, IV, pág.945-946.

ción definitiva en el escrito de acusación con la conformidad expresa del acusado, debe producirse en la fase preparatoria, ello permitiría dotar de coherencia sistemática a la propia regulación de la aceleración, que se remite expresamente, junto al art. 801, al art. 800 LECrim. De tal modo, la manifestación de la existencia de acuerdo serviría como solicitud de apertura de juicio oral, a los efectos contemplados en el art. 800.1, debiendo el Juez proceder de conformidad a los arts. 782 y 783, ambos, LECrim, a denegar la continuación del proceso por concurrir alguna causa de sobreseimiento o, de contrario, ordenar la apertura de juicio oral. En este supuesto, se daría traslado a las partes acusadoras para formular escrito de acusación, cuya conformidad por el acusado fue objeto de pacto previo, plasmándose éste definitivamente en los términos previstos en el párrafo segundo del art. 800 LECrim. Por el contrario, si entendemos que la fórmula de aceleración exige la presentación del escrito a la misma finalización de la comparecencia prevista en la regla quinta del párrafo primero del art. 779, la consecuencia que se deriva supone una esencial alteración de la estructura de la fase preparatoria prevista en el propio art. 800, hasta el punto de vaciarla de su contenido específico, cual sería el control judicial de la oportunidad de apertura de juicio oral y la formalización, en su caso, de los escritos de calificación. Al respecto, y aún cuando el debate parlamentario no permite extraer excesivos datos sobre la intención del legislador, entendemos que es la segunda de las hipótesis la que parece más ajustada a la finalidad de la reforma. En efecto, por un lado, adelantar la propia materialización de los *escritos de acusación bajo cláusula de conformidad del acusado*, a la finalización de la fase instructora, asegura la “operatividad” del acuerdo, dificultando o reduciendo sensiblemente los riesgos de **retracción** tan presentes (y tan intensos) con la regulación anterior, cuya fórmula de aceleración sólo se basaba en la (*inestable*) manifestación de reconocimiento fáctico por el imputado. No obstante, esta solución, al vaciar de contenido la remisión al art. 800 y, en particular, al transmutar el momento en el que en el procedimiento de urgencia debe ordenarse la apertura y la confección de los escritos pretensionales, introduce un riesgo de “desorden” y asistematicidad en la tramitación procedimental que un legislador más sistemático y cuidadoso debería haber evitado.

Otro problema que plantea la fórmula de aceleración, se refiere a los términos o plazos en los que debe susanciarse el juicio de conformidad ante el propio juzgado de Instrucción que ordena la transformación, pues a diferencia de la regulación del procedimiento de urgencia en la que se *temporalizan* las actuaciones del *Juez de guardia*, tomando en cuenta el periodo en el que dura tal situación (art. 799 LECrim), debe recordarse que en el supuesto contemplado en el art. 779.1.5^a, la tramitación acelerada, la ordena el Juez de Instrucción en el seno de un procedimiento no sometido a plazos perentorios de tramitación.

Por último, indicar que la posibilidad que se ofrece en el art. 779.1.5^o, de que además del Ministerio Fiscal, puedan ser otras partes acusadoras las que soliciten la transformación y ulterior enjuiciamiento por el Juez de Instrucción sobre la base de la conformidad que se preste, viene a añadir un punto más de confusión sistemática al texto que regula dicho

mecanismo, pues cabe recordar la grave antinomia que se contiene en el art. 801 L.E.Crim, ya que mientras en el número primero del párrafo primero se establece como condición de su eficacia “*que no se hubiere constituido acusación particular*”, en el párrafo cuarto, se previene expresamente la posibilidad de que concurra acusador particular, en cuyo caso, “*el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los párrafos anteriores*”.

4. EL RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES DE TERMINACIÓN DE LA FASE INSTRUCTORA,

El número segundo del art. 779 LECrim, previene el régimen de notificación de las decisiones de terminación al Ministerio Fiscal y a fortiori, también, el régimen de recursos contra las mismas. A diferencia de la regulación anterior, en la que se precisaba la oportunidad del recurso devolutivo de apelación contra las decisiones de crisis, transformación y transmisión, la nueva Ley guarda silencio sobre el régimen de recursos, lo que obliga a entender aplicable, respecto a todas las resoluciones de terminación que se contemplan en el precepto, el régimen general de recursos que, contra las resoluciones interlocutorias, se previene en el art. 767 LECrim. La opción final del legislador, de extender la recurribilidad a la decisión de prosecución, respondió a una enmienda transaccional introducida en el trámite parlamentario ante el Congreso, por la que se daba satisfacción a las enmiendas presentadas por todos los grupos parlamentarios, excepto el del Grupo Parlamentario Popular, al texto de la Proposición de Ley en el que se excluía dicha posibilidad. La razón común esgrimida por los grupos enmendantes, insistía en la profunda lesión del derecho a un proceso con todas las garantías que podía derivarse de la supresión de toda posibilidad impugnativa de la decisión por la que, finalmente, se posibilita la acusación del imputado. Limitación que no podía justificarse, a la luz de exigencias funcionales de aceleración de los trámites del procedimiento abreviado general. La oportunidad de la modificación legislativa parece indiscutible. Ciertamente, el derecho a la presunción de inocencia no sólo despliega sus efectos como regla de enjuiciamiento sino, también, como nos recuerda el Tribunal Constitucional⁵⁵, como **regla de tratamiento al imputado como inocente** y, en esa medida, a poder defenderse mediante un recurso devolutivo, de aquellas decisiones cuya consecuencia pasa por su sometimiento al proceso de inculpación. La cuestión, sin embargo, no aparece definitivamente solventada en cuanto en el procedimiento de urgencia se limita expresamente la posibilidad de recursos, lo que supone, sin duda, una notable merma de las garantías de la imputación. En todo caso, la ausencia de toda especificidad respecto al régimen de recursos obliga a considerar, en una primera aproximación, que la interposición de la apelación sólo producirá el efecto devolutivo, al no prevenirse expresamente el efecto suspensivo lo que, en relación con las decisiones de crisis, transformación

⁵⁵ SSTC 189/98, 136/99.

y transmisión no parece una solución razonable. En este sentido, compartimos la propuesta interpretativa contenida en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado, respecto al reconocimiento del efecto suspensivo para los supuestos de recursos contra las resoluciones previstas en el art. 7791. 1º, 2º, 3º LECrim. En efecto, la cláusula contenida en el art. 779.2 LECrim, al afirmar que el Ministerio fiscal devolverá al juzgado las actuaciones con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de visto, procediéndose “*en este caso*” a la ejecución de lo resuelto, permite inferir que hasta que figure la fórmula “visto” o hasta la resolución del recurso interpuesto no se procede a la ejecución. Además, como se afirma en la mencionada Circular, “*esta interpretación es conforme con la naturaleza de las resoluciones mencionadas pues se trata de resoluciones que ponen fin al procedimiento por lo que su ejecución en tanto no sean firmes traería consecuencias perturbadoras en caso de posterior admisión del recurso y continuación del procedimiento – por ejemplo, inmediata remisión al juez de paz competente para el enjuiciamiento de la causa, remisión al Fiscal de Menores, devolución de efectos intervenidos de difícil recuperación posterior, etc.*” -.

Cabe apuntar, por último, el problema de la recurribilidad casacional de los autos de terminación de contenido sobresevente.. En este sentido, la jurisprudencia, vacilante y algo oscura, del Tribunal Supremo⁵⁶ había admitido el recurso de casación al amparo del art. 848 LECrim, contra autos de sobreseimiento definitivo dictados en el procedimiento abreviado siempre que se dieran de manera cumulativa las siguientes condiciones⁵⁷: primero, el auto debe ser de sobreseimiento libre por atipicidad de los hechos justiciables sin que por tal pudiera entenderse el auto de archivo; segundo, el sobreseimiento libre debe ordenarse en la fase preparatoria; tercero, debe preceder una resolución o actuación procesal que funcionalmente pueda equipararse al auto de procesamiento tales como la adopción de una medida cautelar personal, haberse ordenado la prosecución del procedimiento por los trámites de la fase preparatoria⁵⁸, la formalización de los escritos de acusación⁵⁹; cuarto, el juicio provisorio de tipicidad que justificó la incoación del proceso debe identificar delitos cuya competencia de enjuiciamiento le hubiera correspondido en primera instancia a la Audiencia provincial.

La cuestión que surge obliga a plantearse si la extensión del régimen de sobreseimiento a las decisiones de crisis en la fase previa se proyecta también en el régimen de recursos extraordinarios. A nuestro entender, existen argumentos sólidos para reconocer, respecto a

⁵⁶ SSTS 18/11/98, 3/5/99, 20/3/2000; AATS 1/4/98, 11/6/98, 2/11/99

⁵⁷ la STS 3/7/2001, Pte. Conde-Pumpido, parece añadir otro requisito, de alcance confuso, relativo a que la decisión recurrible en casación hubiera sido adoptada por la Audiencia, por vía de recurso devolutivo, pero en contra del criterio inculpatario del juez de instrucción.

⁵⁸ STS 29/12/2001

⁵⁹ STS 20/7/2001

este tipo de decisiones adoptadas en la fase de terminación (y siempre respecto a asuntos cuyo enjuiciamiento le hubiera correspondido en primera instancia a la Audiencia), la razón extensiva de la vía casacional configurada por el Tribunal Supremo. En primer término, la desaparición del archivo como pretendida (por algunos) categoría autónoma frente al sobreseimiento libre, y la correspondiente consecuencia en orden a los efectos de cosa juzgada material, equipara el presupuesto material del recurso respecto a los autos adoptados en fase preparatoria. En segundo lugar, el contenido y finalidad de la comparecencia de imputación del art. 775 LECrim, permite su equiparación funcional con el auto de procesamiento, cuya posición, además, en el diseño institucional del sumario ordinario debe situarse en el propio arranque del procedimiento, sin perjuicio, además, de aquellos supuestos en los que se hubieran ordenado durante la fase previa mediadas injerentes de indiscutible naturaleza inculpatoria. La extensión de la vía casacional a estos supuestos dota de coherencia sistemática al modelo y posibilita, además, que el Tribunal Supremo siga desempeñando su función de máximo intérprete de la norma penal sustantiva

5. LA CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN AL MINISTERIO FISCAL.

Por último, referir que la fórmula legal contenida en el último párrafo del art. 779 LECrim, mantiene la cláusula de notificación especial al Ministerio Fiscal, que ya se contemplaba en la regulación anterior. Dicha cláusula introduce, por un lado, la necesidad de notificación sucesiva a la practicada a las otras partes y, por otro, la obligación de remisión del conjunto documental de las actuaciones, a salvo que no *hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el juzgado* (fórmula que debe entenderse referida a adscripciones permanentes de la Fiscalía en los correspondientes partidos judiciales). La fórmula sigue separándose de manera poco justificada de la regla general de notificación mediante traslado de la resolución por testimonio especial que se contempla en el art. 646 LECrim, e introduce elementos disfuncionales en la gestión documental y en el control de los plazos para la interposición de recursos. Una ordenación más razonable, tal vez, hubiera reclamado el establecimiento del régimen de notificación simultánea a todas las partes del proceso, sin necesidad, además, de traslado material de las actuaciones pues, sin perjuicio de que el Fiscal esté o no constituido en la causa, debe tener previo y completo conocimiento, mediante la notificación del testimonio de todas las diligencias y resoluciones que se hayan adoptado, de conformidad a lo previsto en los arts. 306 y 646, ambos, LECrim.