

Artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.

¿Dos caras de la misma moneda?

Samuel Guerrero Campos

Abogado. Master en Derecho Penal y Ciencias Penales.

BARCELONA, OCTUBRE 2013

* Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona – Universidad Pompeu Fabra.

* Abogado penalista.

* email: sguerrero@guerreroopenalistas.com

Abstract

No cabe duda que el Derecho Penal debe arbitrar los medios para que únicamente aquellas conductas que merecen un mayor desvalor sean sometidas a enjuiciamiento. Del mismo modo, el Derecho Procesal Penal debe contar con los medios adecuados a fin de que la fase del Juicio Oral revista las garantías propias del proceso; dejando fuera de él cuantos extremos puedan impedir el normal desarrollo de una fase tan comprometida. El objeto del presente trabajo consiste en atender a los mecanismos instaurados en nuestro ordenamiento jurídico y que podrían comportar el anormal devenir del Juicio Oral; incluso su finalización anormal sin que llegue a enjuiciarse en fondo del asunto.

There is no doubt that Criminal Law must establish the channels so that only those behaviours that warrant further rejection are subject to prosecution. Similarly, Criminal Procedure Law must have adequate means to ensure that the guarantees of procedure are ensured for the Trial, preventing to leave out such limits may prevent the normal development in that critical phase. The purpose of this paper is to address the mechanisms placed in our legal system that could involve the abnormal evolution of the Trial, even ending the procedure without reaching the merits prosecuted.

Title: Articles that must be decided beforehand and preliminary issues. Two sides of the same coin?

Keywords: articles that must be decided beforehand, preliminary issues, ordinary procedure, summary criminal procedure, trial, judge, court.

Palabras clave: artículos de previo pronunciamiento, cuestiones previas, procedimiento ordinario, procedimiento abreviado, juicio, juez, tribunal.

Sumario

1. Introducción.
2. Artículos de previo pronunciamiento.
 - 2.1. Los artículos de previo pronunciamiento en particular.
 - a. La declinatoria de jurisdicción.
 - b. La cosa juzgada.
 - c. La prescripción del delito.
 - d. La amnistía o indulto.
 - e. La falta de autorización para proceder en los casos en que sea necesaria.
 - 2.2. Cómo han de plantearse los artículos de previo pronunciamiento.
 - 2.3. Cómo han de resolverse los artículos de previo pronunciamiento.
3. Cuestiones previas.
 - 3.1. Las cuestiones previas en particular.
 - a. La competencia del órgano judicial.
 - (i) Competencia por razón de la pena.
 - (ii) Competencia por razón del procedimiento.
 - b. Vulneración de derechos fundamentales.
 - (i) Indefensión.
 - (ii) Tutela judicial efectiva.
 - c. Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
 - d. Causas de suspensión del Juicio Oral.
 - e. Nulidad de actuaciones.
 - f. Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan.
 - 3.2. Cómo han de plantearse las cuestiones previas.
 - 3.3. Cómo han de resolverse las cuestiones previas.
4. Inclusión de cuestiones previas en el Procedimiento Ordinario.
5. Conclusiones.
 - 5.1. Naturaleza de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.
 - 5.2. Consecuencias de la apreciación de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.
 - 5.3. Formulación de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.
 - 5.4. Resolución de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.
 - 5.5. Conclusión final.

1. Introducción.

Es un lugar común que el procedimiento penal debe arbitrar los medios procesales oportunos a fin de que únicamente se lleven a enjuiciamiento aquellas conductas tributarias de un mayor reproche social y que, en virtud del principio de *ultima ratio* y *subsidiariedad* operantes en Derecho Penal, merecen ser sometidas a juicio.

En el mismo sentido, y sin perder de vista el proceso penal en su generalidad, esto es, como integrante de la fase de Instrucción, la denominada como fase intermedia y la fase de enjuiciamiento o Juicio Oral, no puede orillarse que la celebración de éste último debe venir presidido por la garantía al justiciable de la tutela de sus derechos; en especial de los derechos fundamentales.

Por ello, se hace especialmente importante que por parte de nuestro ordenamiento se establezcan unos mecanismos que, con anterioridad al desarrollo del Juicio Oral, permitan “depurar” el procedimiento de cuantos obstáculos pudieran perturbar el normal devenir de una fase tan comprometida.

Es en este sentido que el legislador instaura en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) dos artículos cuyo conocimiento se torna imprescindible a la hora de poder hacer valer los derechos del justiciable frente al que se dirige la acusación.

Debe advertirse que, a pesar de una similar previsión legal¹ -esto es, regulados en las disposiciones relativas al Juicio Oral y con denominaciones similares-, ambos preceptos discurren suertes y caminos muy dispares, siéndolo también las consecuencias que en el propio procedimiento puedan surtir.

2. Artículos de previo pronunciamiento.

El artículo 666 de la LECrim prevé en su texto una serie de cuestiones, tanto de índole procesal como sustantiva, que caso de apreciación pueden suponer una forma de anormal de finalización del procedimiento.

¹ Artículo 666 LECrim - Título Segundo del Libro Tercero, “*Del Juicio Oral*” - y artículo 786 - Capítulo V, Título II del Libro Cuarto, bajo la denominación “*Del Juicio Oral y la Sentencia*”.

El tenor literal del precepto, integrando el adverbio de cantidad “tan sólo”, diseña un catálogo de supuestos que impedirían dar inicio al acto del Juicio Oral y que el Tribunal llegase a alcanzar un conocimiento formado respecto del fondo del asunto.

2.1. Los artículos de previo pronunciamiento en particular.

Las circunstancias que dan lugar a la alegación de artículos de previo pronunciamiento y, como veremos posteriormente, también a la celebración de una vista a estos solos efectos, son:

a. La declinatoria de jurisdicción.

Según tiene señalada nuestra jurisprudencia más autorizada, por la referencia a la declinatoria de jurisdicción que introduce el legislador en sede de los artículos de previo pronunciamiento debe atenderse *“a la determinación de cuál sea el Tribunal competente para el conocimiento de un proceso dentro de los que integran el mismo orden jurisdiccional [...]”*¹.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto mediante la alegada falta de competencia –declinatoria– internacional alegada en el Juicio Oral por una de las partes. La posición de este órgano jurisdiccional es meridianamente clara, argumentando para ello que con la referencia a la “declinatoria” nuestro legislador lo hace en relación a nuestro propio ordenamiento interno, entre los diferentes órganos jurisdiccionales o entre los propios órganos jurisdiccionales y la Administración². En consecuencia, deben quedar fuera del ámbito de aplicación previsto por el artículo 666 LECrim las referencias a la denominada como *“declinatoria internacional”*, en las que lo que se dirime es la competencia que pueda resultar para el enjuiciamiento o tramitación procesal de una causa entre diferentes Estados.

Por último, es de destacar la rotundidad empleada por nuestro Tribunal Supremo³ para zanjar eventuales disquisiciones en los que se pretendía dar una interpretación laxa al criterio de la jurisdicción. Se aludía para ello a la presunta vulneración de derechos por las partes invocando la vulneración al derecho al juez predeterminado por la ley, cuando la cuestión subyacente viene referida a las normas de reparto internas que puedan dar lugar así al conocimiento a una u otra

¹ STS número recurso 125/1993, de 3 de abril de 1993, ponente D. Fernando Cotta y Márquez de Prado, Sala Segunda, Sección Única.

² STS número 705/2007, de 18 julio de 2007, ponente José Manuel Maza Martín, Sala Segunda, Sección Primera.

³ STS número 50/2007, de 19 de enero de 2007, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, Sala Segunda, Sección Primera.

Sección.

Con cita a Jurisprudencia anterior¹ se establece que las normas de reparto “constituyen disposiciones internas de ordenación de la carga de trabajo de los diversos jueces predeterminados por la ley que pueden instruir o enjuiciar una causa criminal. Aunque sean públicas, estas normas tienen un carácter interno. Por lo tanto, su infracción no es la infracción de derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley, sino de normas de menor jerarquía”.

b. La cosa juzgada.

Desde antaño, la Jurisprudencia se ha encargado de dotar de plena significación a la institución jurídica de la cosa juzgada. En este sentido, una aproximación a dicha figura nos permitiría concebirla como el efecto vinculante que produce frente a otro órgano judicial una resolución previa en la que se ha resuelto sobre el fondo del asunto.

En cuanto a su propia naturaleza, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de indicar que, “se trata de una verdadera causa de impunidad semejante a la prescripción, a la amnistía o indulto que, ausente del artículo 112 CP, aparece sin embargo junto a éstos como artículo de previo pronunciamiento en el artículo 666 LECrim”².

A este particular, el alcance de la cosa juzgada adquiere rango constitucional en virtud del artículo 10.2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos, consagrando así que nadie puede ser juzgado por un delito por el que ya haya sido condenado o absuelto por sentencia firme o resolución similar. En otros términos, se dota de eficacia preclusiva a la cosa juzgada material en el proceso penal, a diferencia de otras ramas del derecho.

Ciertamente, nuestra Jurisprudencia desde 1979 venía exigiendo la concurrencia de la denominada *triple identidad* – identidad tanto de las personas, de las cosas como de las acciones–.

Así se pronunciaba nuestro Tribunal Supremo a la hora de exigir: “a) sentencia ó resolución anterior, firme y definitiva; b) que ésta haya sido dictada por Tribunal competente por razón de la materia; c) identidad subjetiva –“*eadem personae*”–, esto es, de sujeto o sujetos imputados pues lo acusadores son contingentes y su coincidencia b diferencia de identidad o número en ambos procesos no empece al principio “*non bis in idem*” que informa la cosa juzgada, bien entendido, por lo demás, que si no se ha producido el “*litis consortio*” de imputados o no abarca a la totalidad de las partes materiales acusadas, lo que no hayan sido imputados en el primer proceso, conforme al principio “*res inter alios iudicata, aliis, ne nocét nec*

¹ STS de 21 de julio de 2000, ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater, Sala Segunda.

² STS de fecha 16 de febrero de 1995, ponente Don Joaquín Delgado García, Sala Segunda.

prodest solet”, pueden serlo en otro posterior fundado en los mismo hechos a menos que la pretensión punitiva se hubiera desestimado en el primero por una causa objetiva; d) identidad e objeto –“eadem res”- por ser los mismos los hechos ya enjuiciados y los queridos valorar en el nuevo proceso, debiéndose buscar aquellos en el fundamento fáctico de la sentencia y no en su fallo, siendo además de destacar, según subrayó la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1892, que, cualquiera que sea la calificación jurídica, si el hecho es el mismo, se produce el efecto de cosa juzgada; y e) identidad de acción – “eadem causa petendi”-, entendida no en abstracto como “ius persecuendi” sino en concreto gracias a ser idénticas la razón de pedir en la resolución firmemente dada y la pretendida conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo.”¹

No obstante, debe señalarse que este criterio ha evolucionado al punto de que en la actualidad se exijan únicamente los dos primeros –identidad de personas e identidad de cosas- para la apreciación de la cosa juzgada, dando así lugar a la expresión doctrinalmente acuñada como de la *“identidad de límites subjetivos y objetivos”*.

A favor de este parecer se argumenta que frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir, que sí resultan exigibles en el ámbito civil, en el orden penal debe quedar únicamente restringido a los dos primeros, *“careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos”*², citando expresamente una ingente jurisprudencia que sigue éste criterio argumental.

c. La prescripción del delito.

Según reiterada Jurisprudencia, la institución de la prescripción afecta al orden público; resultando por tanto invocable tanto por las partes como pudiendo ser apreciada de oficio por parte del Tribunal.

En este estado de cosas, lo dispuesto en el artículo 666.3 de la LECrim debe ponerse indisolublemente en relación con los artículos 130.6 y 131 del Código Penal.

El primero de ellos -130.6 CP- regulado en el Capítulo Primero del Título VII del Libro I establece con absoluta rigurosidad que la prescripción del delito es causa de extinción de la responsabilidad criminal.

El segundo -131 CP-, por su parte, establece las reglas y plazos a tenor de los cuales deberá entenderse extinguida la responsabilidad criminal por el hecho cometido.

¹ STS de fecha 21 de marzo de 1979, ponente Don Luis Vivas Marzal, Sala Segunda.

² STS de fecha 21 de enero de 1999, ponente Don Eduardo Moner Muñoz, Sala Segunda.

Tal es la importancia y virtualidad en la apreciación de la figura prescriptiva del delito que debe sostenerse que la extinción de la responsabilidad penal debe operar desde el mismo momento en que se constate. Nuestra Jurisprudencia tiene señalado que *“No puede perseguirse válidamente un delito una vez producida la prescripción.”*¹

d. La amnistía o indulto.

Tal y como hemos podido comprobar en el expositivo que antecede, no pocas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo aluden al hecho de que la amnistía e indulto constituyen *“verdaderas causas de impunidad”* –se dice– por cuanto se encuentran previstas en el artículo 112 del Código Penal².

Con ello, amén de dotar de plena rigurosidad formalista a la previsión contenida en el artículo 666.4 LECrim se deriva inexorablemente una doble consideración:

- 1.- Que la redacción operada por las Sentencias que recogen estos términos vienen referidas a periodos anteriores a las diferentes reformas operadas sobre el Código Penal Español –atiéndase a las STS de 24 de noviembre de 1987, de 16 de febrero de 1995, de 15 de octubre de 1998, entre otras–, puesto que como es bien sabido, las causas que en nuestro ordenamiento jurídico eximen de responsabilidad penal vienen previstas en el artículo 130 del CP vigente; y
- 2.- Que, a su vez, a resultas de las modificaciones operadas en nuestro ordenamiento, éste último artículo no prevé entre sus causas a la amnistía y sí el indulto.

En lo relativo exclusivamente al indulto, señalar que la aplicación de esta circunstancia al amparo del artículo 666.4, comportaría un doble requisito: en primer término la condena previa en un procedimiento y la obtención del beneficio del indulto; en segundo lugar, y en un procedimiento posterior, invocar el mismo como artículo de previo pronunciamiento. En consecuencia, parece poco accesible el planteamiento de un artículo de previo pronunciamiento en virtud de un indulto.

En cualquier caso, pretende el legislador cerrar la vía a la formulación de una cuestión de previo pronunciamiento fundamentada en el indulto como elemento futurible e incierto puesto que dependerá del procedimiento aún por tramitar. En otras palabras, no será accesible a tal efecto la petición de un indulto anticipado.

¹ STS número 583/2013, recurso 1078/2012, de fecha 10 de junio de 2013, ponente D. Antonio del Moral García, Sala Segunda, Sección Primera.

² STS de fecha 24 de noviembre de 1987, recurso 44/1981, ponente D. José Luis Manzanares Samaniego, Sala Segunda.

e. La falta de autorización para proceder en los casos en que sea necesaria.

Ello sucede en virtud del artículo 750 y siguientes de la LECrim, en cuyo articulado se desarrolla la forma en la que se procederá cuando el proceso penal se dirija frente a Senador o Diputado de las Cortes.

A este particular, el Juez o Tribunal deberá abstenerse de dirigir el procedimiento frente a ellos hasta en tanto no se hubiera obtenido al correspondiente autorización del Cuerpo Colegislado al que pertenezca –suplicatorio–; excepción hecha de que el Diputado o Senador pudiera haber sido detenido o procesado “in fraganti” por los hechos que se le atribuyan. Ante esta situación, en el plazo de las 24 horas siguientes a la detención o procesamiento, lo actuado deberá ponerse en conocimiento de la Cámara correspondiente; interesando igualmente autorización para proceder frente a aquél.

Y a este particular, la Ley establece que, cumplido con dicho trámite –la solicitud de suplicatorio para proceder frente a los Diputados o Senadores– el procedimiento quedará en suspenso hasta en tanto no se resuelva sobre la petición dirigida a la respectiva Cámara.

Según la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la inviolabilidad reconocida a los Diputados y Senadores se circunscribe únicamente a los *actos o manifestaciones formuladas en actos parlamentarios y los votos emitidos en el ejercicio de su cargo*; interpretación extraída del artículo 71.1 de la Constitución Española y de las normas de funcionamiento tanto del Congreso como del Senado¹.

2.2. Cómo han de plantearse los artículos de previo pronunciamiento.

Llegados a este punto, deberemos resolver la cuestión relativa a cómo deben plantearse frente al Tribunal enjuiciador los artículos de previo pronunciamiento.

Para ello debemos atender a los artículos 667² y 668³ LECrim, dando con ello respuesta tanto al criterio temporal, como formal.

En consecuencia; podemos señalar que los artículos de previo pronunciamiento serán

¹ STC, de fecha 10 de abril de 1985, número 51/1985, Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo, Sala Segunda.

² Artículo 667 LECrim: “Las cuestiones expresadas en el artículo anterior podrán proponerse en el término de tres días, a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos.”

³ Artículo 668 LECrim: “El que haga la pretensión acompañará al escrito los documentos justificativos de los hechos en que la funde, y si no los tuviera a su disposición, designará clara y determinadamente el archivo u oficina donde se encuentren, pidiendo que el Tribunal los reclame a quien corresponda, originales o por compulsas, según proceda.

Presentará también tantas copias del escrito y de los documentos cuantos sean los representantes de las partes personadas. Dichas copias se entregarán a las mismas en el día de la presentación, haciéndolo así constar el Secretario por diligencia.”

promovidos de forma escrita y en el plazo de tres días por la parte que resulte interesada en su estimación. La mención a los tres días viene referida desde el momento en que se concede traslado a aquélla para la formulación del escrito de calificaciones provisionales.

Debe señalarse, además, que los preceptos señalados no resultan unas disposiciones faltos de contenido efectivo; antes al contrario, el planteamiento de artículos de previo pronunciamiento debe ser atendido en la forma prescrita pudiendo incurrir el proponente en la desestimación de sus pretensiones en caso de no hacerlo.

Así, reparemos en la argumentación ofrecida en la siguiente resolución de nuestro Tribunal Supremo¹ en la que, como veremos, la inobservancia de lo dispuesto en los artículos 667 y 668 LECrim comporta, no sólo la desestimación del motivo reproducido en casación, sino el reproche de la Sala a la parte.

Comienza por señalar la Sentencia que “... Lo primero que hay que hacer constar es el extemporáneo planteamiento de la cuestión por parte de las defensas y, en particular, por la ahora recurrente, en el comienzo de la Vista del juicio oral, teniendo en cuenta que se ha seguido un procedimiento sumarial y no un procedimiento abreviado que dispone del trámite que autoriza el art. 786.2 LECr. En el primero, la pretensión de nulidad de actuaciones debe articularse de ordinario, por la vía de los artículos de previo y especial pronunciamiento (STS de 7-12-84), y plantearse las cuestiones relativas a la competencia territorial, al amparo de la declinatoria de jurisdicción, prevista en el art. 666.1ª LECr. (STS de 22-7-93), habiendo de proponerse, conforme al art. 667 LECr., en el término de tres días, a contar desde la entrega de los autos para la calificación de los hechos, es decir en la fase intermedia del procedimiento.

La sentencia de instancia en su fundamento de derecho primero, en sus folios 14 a 17, no obstante apuntar la extemporaneidad del planteamiento, salió al paso de la cuestión rechazándola por improcedente.

[...]

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.”

2.3. Cómo han de resolverse los artículos de previo pronunciamiento.

Expuesto lo anterior en orden a la formulación de los artículos de previo pronunciamiento, atenderemos ahora a la forma en la se tramitarán los mismos y, en consecuencia, el Tribunal

¹ STS, de fecha 4 de noviembre de 2008, número 712/2008, número de recurso 2218/2007, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, Sala Segunda Sección Primera.

resolverá la cuestión que le ha sido formulada.

Sin perder de vista que nos encontramos en la regulación del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos graves, como correspondencia a la previsión de establecer que los artículos de previo pronunciamiento deben formularse por escrito, el legislador prevé que también en la misma forma el resto de partes personadas puedan formular las alegaciones que tengan por convenientes al respecto.

Esta previsión se contiene en el artículo 669¹ LECrim y es fiel reflejo del principio de igualdad de armas, evitando con ello el indeseable efecto de la indefensión para quien, siendo parte en la causa, puede encontrar intereses contrapuestos con los del formulante.

Acordado lo procedente respecto de los documentos aportados o propuestos, el Tribunal acordará, a la mayor brevedad posible, la convocatoria de una vista a fin de que las partes puedan aducir lo que estimen oportuno en defensa de sus posiciones, y con ello informar al órgano enjuiciador respecto de los motivos por los que se fundamenta el artículo de previo pronunciamiento invocado.

La resolución de la vista, *ex lege*, se llevará a cabo mediante Auto en el plazo de una audiencia tras la celebración de la Vista a la que se ha aludido anteriormente².

3. Cuestiones previas.

Como segundo pilar sobre el que recae el presente estudio, nos centraremos en el artículo 786.2 LECrim, que principia señalando que *“El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa”*.

Realizada dicha precisión, que resultará trascendente a los efectos de formular las conclusiones de este trabajo, y entrando en materia sobre lo que centra la exposición de este epígrafe, debe repararse en el tenor literal con el que continúa el precepto de referencia. Así, se dice, *“Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de*

¹ Artículo 669 LECrim: *“Los representantes de las partes a quienes se hayan entregado las referidas copias contestarán en el término de tres días, acompañando también los documentos en que funden sus pretensiones, si los tuviesen en su poder, o designando el archivo u oficina en que se hallen, pidiendo en este caso que el Tribunal los reclame en los términos expresados en el artículo precedente.”*

² Artículo 674 LECrim.

algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto.”

Dada la redacción ofrecida por el artículo, no pueden pasar inadvertidas dos consideraciones que atienden tanto al momento procesal en que nos situamos –Juicio Oral– como a la forma de proceder en materia de cuestiones previas –“a instancia de parte ... un turno de intervenciones...”–. En aras a la claridad expositiva, estos extremos serán abordados en un momento posterior, si bien, para buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, concentran los elementos distintivos entre los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas.

Asentamiento del Concepto

A fin de centrar el objeto del debate, conviene referir el concepto jurisprudencialmente formado al respecto de las mismas que, a su vez, resulta definitorio en cuanto a su finalidad.

Así, en palabras de nuestro Tribunal Supremo, diremos que “...El art. 793-2o de la LECriminal – actual artículo 786.2 LECrim– permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) *Competencia del órgano judicial.*
- b) *Vulneración de algún derecho fundamental.*
- c) *Existencia de artículos de previo pronunciamiento.*
- d) *Causas de suspensión del Juicio Oral.*
- e) *Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....”*.¹

En el mismo sentido se pronunciaba el Tribunal de Casación al establecer que “en el Procedimiento Abreviado, las cuestiones previas, tienen como objeto fundamental depurar o sanear el procedimiento, despejando el debate final que se circunscribe, a cuestiones que no hayan sido descartadas en resolución

¹ STS, de fecha 27 de mayo de 2008, número 294/2008, número de recurso 1931/2007, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda.

previa o por acuerdo previo, sucintamente reflejado en el acta del juicio oral y posteriormente motivado en la sentencia”¹.

En consecuencia, las cuestiones previas son la voluntad materializada en la Ley procesal de que determinados aspectos que pueden afectar al normal desarrollo del proceso penal se ventilen en un único debate y con carácter previo a la iniciación del acto del Juicio Oral; siendo este último el momento en el que el órgano enjuiciador, bajo los principios de inmediación, publicidad, oralidad y concentración, examinará en sana crítica las pruebas que en su presencia se practicarán tomando conocimiento del fondo del asunto.

3.1. Las cuestiones previas en particular.

Como ya realizamos en sede de los artículos de previo pronunciamiento, señalaremos a modo meramente ilustrador, que la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, contiene también en su articulado una regulación referida a las cuestiones previas cuya redacción resulta idéntica a la abordada en este punto.

En concreto, se señala que: “La vista comenzará por la lectura por el Secretario Relator de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, causas de suspensión de la vista, así como sobre el contenido de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas.”²

Sentada la configuración jurisprudencial ofrecida por nuestro Alto Tribunal, procedemos a analizar de manera individualizadas las circunstancias que pueden ser tenidas en consideración como cuestiones previas; todo ello, según el tenor literal del artículo 786.2 LECrim.

a. La competencia del órgano judicial.

Como es bien sabido, la competencia del órgano judicial es un elemento determinante en el proceso, hasta el extremo de convertirse en fiel reflejo de los derechos a un juez imparcial y predeterminado por la ley; cuyo contenido puede extraerse de la Norma Fundamental.

¹ STS, de 27 de octubre de 2003, número 1388/2003, número de recurso 2013/2002, ponente D. José Antonio Martín Pallín, Sala Segunda, Sección Única.

² Artículo 395, párrafo segundo de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar –Libro III, De los procedimientos especiales–.

Siendo así; por tanto, parece evidente que dicho criterio pueda –y deba– ser abordado por las partes, pudiendo formular sus alegaciones correspondientes dada la virtualidad de que pueda con ello resultar afectado el normal desarrollo del procedimiento.

En este sentido, siendo que el legislador prevé en el artículo 786.2 LECrim la posibilidad de invocar como cuestión previa la competencia del órgano judicial, a modo meramente ejemplificador expondremos alguno de los ejemplos abordados por nuestra Jurisprudencia en la materia.

(i) Competencia por razón de la pena.

Si de los criterios dispuestos en el artículo 14 de la LECrim se establece la competencia ordinaria de los Jueces y Tribunales; y en concreto los apartados tercero y cuarto atribuyen el conocimiento de las causas según la pena que en abstracto pueda llevar aparejado el delito objeto de enjuiciamiento, la legalidad ordinaria puede verse afectada ante una contravención de los términos aquí expuestos. Por este motivo, la competencia del órgano judicial encargado de enjuiciar la causa es un elemento habilitante para la formulación de cuestiones previas por las partes.

Así resulta cuando, como consecuencia de la falta de incorporación en el Auto de apertura del Juicio Oral de un delito de estafa –sólo se preveía el de falsedad en documento mercantil a pesar de que se formulaba acusación por ambos delitos en los escritos de calificación provisional–, se pretende por la defensa aducir la falta de competencia de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento. El Alto Tribunal se pronuncia en el sentido de dar cobertura a los hechos por los que se ha instruido la causa y formulado la acusación, señalando que *“Si solo se hubiera tenido en consideración el delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP), la competencia para el juicio oral habría tenido que acordarse a favor del Juzgado de lo Penal (art. 14.3º LECr), ya que la pena prevista para tal delito - prisión de 6 meses a 3 años y multa de seis a 12 meses- está comprendida en los límites de esa norma procesal (art. 14.3º).*

Por todo ello, si ese auto de apertura de juicio oral no hubiera tenido en cuenta el delito de estafa cualificada (art. 250.1.3º CP) que sí supera esos límites del art. 14.3º -prisión de 1 a 6 años y la misma multa- no

habría atribuido la competencia a la Audiencia Provincial sino al Juzgado de lo Penal.”¹

En consecuencia, la falta de incorporación al Auto de apertura del Juicio Oral del delito de estafa viene a tenerse en consideración como un mero error material que no ha provocado indefensión a las partes puesto que ha tenido conocimiento real y efectivo de los delitos por los que se formulaba acusación. Por ello, y a los efectos que ahora nos ocupan, se continúa por señalar que *“...Hay que poner aquí de manifiesto también que ese auto de apertura de juicio oral fue consentido por la defensa del acusado, la cual nada dijo sobre el tema aquí examinado en su escrito de calificación provisional en el que, aparte de su proposición de prueba, se limitó a manifestar su disconformidad con las calificaciones de las partes acusadoras, cuyas respectivas copias reconoce haber recibido, y a pedir la libre absolución (folios 353 y 354). Como tampoco dijo nada sobre este extremo al inicio del plenario, en el llamado turno de intervenciones (art. 786.2 LECr) en el que no se propuso ninguna cuestión previa (folios 387 y 388)”*.

Así las cosas, extrae el órgano casacional que en primer término, el desarrollo procesal de las actuaciones no ha generado al recurrente ninguna indefensión puesto que en todo momento ha podido tener conocimiento de las acusaciones que se formulaban en su contra y; en segundo lugar, la actitud silente llevada a cabo por la parte –sin plantear al respecto ninguna alegación en su propio escrito de calificación provisional, así como tampoco en el trámite legal habilitado al efecto–, ha comportado como consecuencia que se haya reconducido la situación a un estado normal de las cosas.

(ii) Competencia por razón del procedimiento.

Siguiendo el mismo hilo argumental que en el epígrafe anterior, debe señalarse que la Ley Orgánica 5/1995 establece en sus artículos primero y quinto las normas de competencia del Tribunal del Jurado.

Atiéndase por tanto, que a diferencia de lo antes expuesto, no nos encontramos propiamente ante la competencia atribuida a uno u otro órgano enjuiciador por razón de la pena que pudiera resultar impuesta al acusado; sino al conocimiento que *ex lege* le viene atribuido a un determinado órgano judicial para el enjuiciamiento de determinados delitos.

Sentado lo anterior, indicar que es criterio reiterado por nuestro Tribunal Supremo que las alegaciones que al respecto de la falta de competencia del órgano enjuiciador deben realizarse

¹ STS, de 2 de diciembre de 2008, número 814/2008, número de recurso 799/2008, ponente D. Joaquín Delgado García, Sala Segunda.

² Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado, BOE número 122, de 23 de mayo.

según los cauces legalmente previstos al efecto.

Así, se dice que *"... se ha de partir del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 29.1.2008 que recuerda "Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado", y las cuestiones objeto del motivo tanto la relativa a la división de la causa como la relativa a la falta de competencia no se plantearon por el hoy recurrente en ninguna de las fases del procedimiento, ni en fase de instrucción, ni en su escrito de defensa y conclusiones provisionales, ni al inicio del juicio oral y si, solo y de forma extemporánea, por vía de informe al finalizar el plenario."*¹

En ese sentido, tan vital es la invocación por la parte de las cuestiones referidas a la competencia del órgano enjuiciador en el momento procesal oportuno que, con cita de Sentencias anteriores² se establece la preclusión de dicha posibilidad si pudiendo haberse invocado por la parte, no se atendió a ello, contraviniendo por tanto los dictados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b. Vulneración de derechos fundamentales.

Analizaremos a continuación algunos ejemplos del tratamiento que nuestra jurisprudencia ha abordado ante la invocación del quebrantamiento de derechos fundamentales según la técnica procesal prevista en el segundo supuesto del artículo 786.2 LECrim.

(i) Indefensión.

A este particular, se viene a alegar por la recurrente habersele causado indefensión dado que, en el trámite de cuestiones previas del Procedimiento Abreviado, interesó que se unieran a la causa unas determinadas pruebas; extremo al que no accedió el órgano enjuiciador. A pesar de ello, la inadmisión de las pruebas viene motivado suficientemente por los motivos que constan en la Sentencia. Frente a ello, y mediante Recurso de Casación, se invoca la vulneración de derechos fundamentales por causar indefensión a la parte mediante.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo viene a consagrar que, acertadamente la parte hizo uso del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretendiendo con ello que entraran en el acto del Juicio Oral las pruebas aportadas con anterioridad a su inicio; mas ello, habiendo sido

¹ STS, de fecha 25 de septiembre de 2012, número 729/2012, número de recurso 29/2012, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda.

² STS, de 18 de febrero de 2010, número 143/2010, número de recurso 11221/2009, ponente D. Joaquín Delgado García, Sala Segunda.

resuelto expresamente y de manera argumentada por el que fuera órgano enjuiciador, no ha generado para el recurrente ninguna vulneración de derechos fundamentales.

Así es que se señala que *"El Tribunal de instancia, al resolver sobre las diversas cuestiones previas planteadas por las partes, dice, en su auto de 15 de diciembre de 2005, sobre la cuestión aquí planteada, en relación con "la proposición en este trámite de nuevas pruebas" en cuanto a la "documental aportada por los herederos de Sarasola: (que) no se admite la sentencia de la Sección ^a de la A.P., por no guardar relación directa con esta causa, ni la documental 2, por tratarse de una testifical encubierta, y tampoco cabe librar la comisión rogatoria solicitada para tomar declaración sobre el contenido de ese acta a Araceli, porque esa declaración en la forma propuesta no tendría la inmediación y contradicción que el juicio oral requiere, sin perjuicio de que sea admisible su testimonio si la parte la presenta ante el Tribunal" (v. f. 000040).*

Ante todo, debe ponerse de relieve que el momento de proponerse estas pruebas fue el del comienzo del acto del juicio oral, en el que, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite a las partes exponer lo que estimen oportuno "sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto", debiendo resolver el Tribunal, en el acto, lo que estime procedente (v. art. 786.2 LECrim.), como, efectivamente, hizo en el presente caso el Tribunal de instancia. Por lo demás, las razones expuestas por el mismo respecto de las pruebas documentales presentadas en dicho momento deben estimarse jurídicamente correctas y, por lo que se refiere a la testifical a practicar en Colombia, igualmente es perfectamente ajustada a Derecho la decisión del Tribunal. No es posible, por tanto, apreciar el quebrantamiento de forma denunciado en este motivo.

*Tampoco ninguna lesión de derechos fundamentales de la recurrente."*¹

(ii) Tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española es, en sí mismo un derecho de rango fundamental cuyo contenido se manifiesta a su vez en diferentes derechos que éste integra: proscripción de la indefensión, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, defensa y asistencia técnica, a un proceso con las debidas garantías; entre otros.

Si en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva implica en su manifestación positiva el derecho de toda persona a ser parte en un proceso y a poder promover en su marco la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, y en su vertiente negativa la salvaguardia a la defensa contradictoria de las partes litigantes a través de la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses, parece

¹ STS 2007, de fecha 11 de septiembre de 2007, número 600/2007, número de recurso 1746/2007, ponente Don Luis Román Puerta Luis, Sala Segunda, Sección Primera

evidente pues que por vía del artículo 786.2 LECrim, en trámite de cuestiones previas, puede ser invocada dicha vulneración.

Así sucede cuando, tras llevar a cabo la instrucción de una causa, y tras los respectivos escritos de calificación provisional tanto de la acusación como de la defensa, se remiten las actuaciones a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento. Ésta, sin embargo, *de oficio*, concede a las partes un plazo para que se pronuncien sobre la competencia de ese órgano puesto que existía una discrepancia entre los delitos por los que se inicia la instrucción y los finalmente consignados en el Auto de Apertura del Juicio Oral. Finalmente, el órgano colegiado resuelve remitir las actuaciones al Juzgado Penal correspondiente para el enjuiciamiento, frente a lo que se formula el correspondiente Recurso de Casación.

La vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva viene comprendida en el presente supuesto por la sesgo injustificado e indebido llevado a cabo por la Audiencia Provincial, que reduce los hechos por los que puedan ser enjuiciados los imputados, generando con ello un innegable efecto de indefensión a las acusaciones, quienes en el *iter* de la instrucción penal han llevado a cabo la actividad de instrucción en igualdad de armas con las defensas. Resultado de la instrucción practicada sucede que los delitos inicialmente consignados al incoar las Diligencias Previas se han visto ampliados en un proceso llevado a cabo con las debidas garantías procesales y, de manera extensiva, siendo plenamente conocedores los imputados de los hechos por los que se les formulaba acusación.

Este es el parecer recogido en Sentencia, señalando además que la defensa de los imputados no alegó en ningún momento indefensión en virtud del artículo 786.2 LECrim, puesto que era consciente de las acusaciones plasmadas en los escritos de calificación provisional. Todo ello lleva al Tribunal Supremo a estimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras, propiciada por la decisión de la Audiencia Provincial.

Así, se dice que *"... esta Sala ha aceptado la posibilidad de un enjuiciamiento ajustado a los parámetros constitucionales definitorios del proceso justo sin indefensión, en casos en los que el auto de apertura del juicio oral no contiene una mención expresa de los hechos que delimitan el objeto del proceso. Para ello resultará indispensable que el conocimiento por el encausado del alcance objetivo y subjetivo de la imputación quede fuera de cualquier duda. Y esto es lo que se evidencia en el caso que nos ocupa, en el que la defensa pudo evacuar su escrito de oposición y proponer prueba, sin alegación alguna referida a una hipotética indefensión generada por el desconocimiento de aquello que realmente se le atribuía. Este silencio, claro es, no excluye la posibilidad de una*

alegación ulterior, debidamente fundada y apoyada en razones que no pudieran haberse hecho valer con anterioridad, en el turno de intervenciones previsto en el art. 786.2 de la LECrim .

4.- Pero el incumplimiento del deber impuesto en el art. 779.1.4 de la LECrim también puede generar indefensión a la parte activa del proceso. Quien ha formulado una querrela por unos hechos que han sido objeto de investigación, ha instado la práctica de una serie de diligencias de investigación encaminadas a fijar su alcance, ha obtenido una resolución transformadora del procedimiento en el que se acepta la calificación jurídica de los mismos -falsedad, estafa y alzamiento de bienes-, ha narrado en su escrito de conclusiones los hechos sobre los que se construye la acusación y ha logrado la apertura del juicio oral, no puede ver arbitrariamente seccionada su pretensión acusatoria por una resolución que, sin otro apoyo que una interpretación descontextualizada de la resolución dictada por el instructor, cierra las puertas del juicio oral.

En consecuencia, no habiéndose invocado indefensión por la representación legal del imputado en el momento en que fue constatada la vulneración del mandato impuesto al instructor por el art. 779.1.4 de la LECrim , y careciendo de toda justificación la exclusión implícita de hechos ya provisionalmente calificados por las acusaciones, la resolución dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada quebrantó de forma manifiesta el contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, generando una indefensión constitucionalmente proscrita.”¹

c. Existencia de artículos de previo pronunciamiento.

En aras a la brevedad expositiva, mediante este epígrafe efectuamos expresa remisión a lo argumentado en orden a los artículos de previo pronunciamiento, al principio de este trabajo.

Lo dispuesto en relación al artículo 666 LECrim –esto es, *la declinatoria de jurisdicción, la cosa juzgada, la prescripción del delito, la amnistía o indulto o la falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las Leyes especiales* – viene en aplicación en este punto.

A modo meramente ejemplificativo, aludiremos a la posibilidad de invocar, bajo la regulación del artículo 786.2 LECrim, como cuestión previa, el derecho del justiciable a no ser condenado dos veces por los mismos hechos. En otros términos, *la cosa juzgada*.

Esta figura adquiere una relevancia tal que, como será objeto de análisis, la prohibición del “*non*

¹ STS, de fecha 21 de diciembre de 2012, número 1049/2012, número de recurso 1749/2012, ponente D. Manuel Marchena Gómez, Sala Segunda Sección Primera.

bis in idem" alcanza a los efectos civiles que se desprendan de una sentencia condenatoria en materia penal si previamente ya se ha sustanciado un procedimiento civil entre las mismas partes y en que el aquél ya hubiera resultado condenado al pago.

Claro ejemplo de lo expuesto es el pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo al señalar que *"La parte recurrente, en efecto, planteó la tesis de la cosa juzgada en el trámite que, en el comienzo de la vista, respecto de los artículos de previo pronunciamiento, concede el art. 786.2 LECr., aunque el acta de la vista revela que si se alegó como cuestión previa la cosa juzgada penal, lo fue con la base de la documentación allí presentada, relativa al Decreto del Decano de los Juzgados de Instrucción y testimonio de la cuestión de competencia planteada entre los Juzgados de Instrucción nº 12 y nº 9 de Barcelona, resuelta a favor de éste, ante el que se sustanció Juicio de Faltas, sobre cuestiones distintas de las enjuiciadas en el presente procedimiento [...].*

Con arreglo a ello, el recurrente tiene razón y su reclamación casacional, que viene apoyada por el Ministerio Fiscal, debe ser estimada. En efecto, la sentencia condena al acusado como autor de un delito de apropiación indebida, sin imponer pena, por estimación de la excusa absolutoria por razón de parentesco, al pago de una indemnización de 367.371,92 euros con los intereses legalmente establecidos, en función del ejercicio de la acción civil que la perjudicada había efectuado en el proceso simultáneamente con la acción penal. Pero, según vimos más arriba, ocurre que dicha querellante ya había ejercitado previamente la acción civil, ante los órganos jurisdiccionales de este orden, en reclamación de la dicha cantidad.

Todo lo cual evidencia que la perjudicada, con anterioridad al ejercicio de la acción penal, ya había ejercitado la civil haciendo uso de la facultad de opción que establece el art. 109.2º CP, en armonía con lo que previene el art. 111 LECr., obteniendo una resolución condenatoria de acuerdo con sus pretensiones - aunque no hubiera conseguido su exitosa ejecución- y, por consiguiente, no era admisible duplicar dicha pretensión en el proceso penal en reclamación por los mismos daños patrimoniales pues ello supondría - como resalta, por ejemplo, la STS 1052/05, de 20 de septiembre -, efectivamente, la incongruencia de que se ejecutaran las dos sentencias -penal y civil- sobre los bienes del acusado para satisfacer una misma indemnización, lo que, de otra parte, supondría una flagrante vulneración del principio "non bis in idem", debiendo de desaparecer toda mención a las responsabilidades civiles "ex delicto"¹.

d. Causas de suspensión del Juicio Oral.

El artículo 786.2 LECrim establece como un supuesto habilitante de la formulación de cuestiones previas, las *"causas de la suspensión del juicio oral"*, en términos generales.

Para alcanzar la magnitud de lo dispuesto en la norma habrá que atender a aquellos supuestos a

¹ STS, de fecha 28 de abril de 2010, número 382/2010, número de recurso 2219/2009, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, Sala Segunda, Sección 1

través de los cuales nuestro ordenamiento jurídico procesal prevé la posibilidad de que sea acordada la suspensión del juicio oral. La regulación a este particular se contiene en los artículos 744 y siguientes de la Norma Adjetiva¹, configurándose la suspensión del Juicio Oral como un supuesto excepcional.

Ello obedece a la propia configuración de nuestro derecho procesal penal, que viene influenciado por los principios de concentración, inmediación y oralidad. Esto es, el Juicio Oral se desarrolla ante el Juez o Tribunal como una fase esencialmente oral, en la que el Juez tiene en su presencia a las partes del proceso y ante él se practican las pruebas que deberá valorar para llegar al convencimiento que posteriormente plasmará en Sentencia. Siendo así, se hace indispensable que una vez iniciado el acto del Juicio Oral, éste prosiga sin solución de continuidad en cuantas sesiones fueren menester para que no resulte perturbado el normal desarrollo del enjuiciamiento.

Es por ello que en los artículos 745 y 746 del mismo texto se enumeran los supuestos que extraordinariamente podrán dar lugar a suspender el Juicio Oral o sus sesiones.

A este particular, dos consideraciones:

1. El artículo 745 establece la *posibilidad* del Tribunal de suspender la apertura de las sesiones del Juicio Oral, por lo que nos sitúa ante una eventual decisión potestativa del órgano judicial –sin perjuicio de que responde a “*motivos independientes de su voluntad [de las partes]*”– y obedece a la imposibilidad de que se disponga de las pruebas que se hayan ofrecido (técnicamente propuesto).²
2. El artículo 746 LECrim, por su parte establece, en número de seis, los criterios que comportan la *obligación* de suspender el Juicio Oral.³

¹ Artículo 744 Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Abierto el Juicio Oral continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión”.

² Artículo 745 LECrim: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Presidente del Tribunal podrá suspender la apertura de las sesiones cuando las partes, por motivos independientes de su voluntad, no tuvieran preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos.”

³ Artículo 746 LECrim: “Procederá además la suspensión del Juicio Oral en los casos siguientes: 1.- Cuando el Tribunal tuviere que resolver durante los debates alguna cuestión incidental que por cualquier causa fundada no pueda decidirse en el acto. 2. Cuando con arreglo a este Código el Tribunal o alguno de sus individuos tuviere que practicar alguna diligencia fuera del lugar de las sesiones y no pudiese verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión. 3. Cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos. Podrá, sin embargo, el Tribunal acordar en este caso la continuación del juicio y la práctica de las demás pruebas; y después que se hayan hecho, suspenderlo hasta que comparezcan los testigos ausentes. Si la no comparencia del testigo fuere por el motivo expuesto en el artículo 718, se procederá como se determina en el mismo y en los dos siguientes. 4. Cuando algún individuo del Tribunal o el defensor de cualquiera de las partes enfermase repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio ni pueda ser reemplazado el último sin grave inconveniente para la defensa del interesado. Lo dispuesto en este número respecto a los defensores de las partes se entiende aplicable al Fiscal. 5. Cuando alguno de los procesados se halle en el caso del número anterior, en términos que no pueda estar presente en el juicio. La suspensión no se acordará por esta causa sino después de haber oído a los facultativos nombrados de oficio para el reconocimiento del enfermo. 6. Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria. No se suspenderá el

Así, en aras a la brevedad y dado lo extenso que podría suponer el análisis de cada uno de los supuestos previstos en los artículos citados, señalaremos que el artículo 786.2 LECrim faculta a las partes a interesar la suspensión del Juicio Oral bajo la argumentada existencia de alguno de los supuestos contemplados en dichos numerarios.

A este particular nuestro Tribunal Supremo señala su parecer al hacer pechar sobre la parte que teniendo a su disposición la posibilidad de instar la suspensión del Juicio Oral para interesar la práctica de una prueba, no lo hizo. Se le reprocha en los mismos términos que, habiéndose cursado tres suspensiones del acto del Juicio Oral, no cabrá predicar la pretendida indefensión por quien pudiendo accionar en la forma prevista legalmente, no adecúa su proceder a la Ley.

Se dice en la Fundamentación Jurídica de nuestro Alto Tribunal que la alegada indefensión operaría por haberse practicado una prueba –según argumentan– contraviniendo el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerarla ilícita, y especialmente por resultar ser la principal prueba de cargo. La situación parte, como señala el Tribunal de que “...la prueba de cargo se basa en el informe pericial realizado por el Sr. Isidro , a instancias de las acusaciones, cuyo contenido se excedió en el objeto de la pericia. Así aconteció que, en el comienzo de la Vista, en 29-10-08, las defensas manifestaron aportar el informe del perito D. Dimas, Ingeniero Hidrógrafo, exponiendo que las fincas identificadas como las registrales NUM000 y NUM004 del Registro de la Propiedad de Chiclana a las que se referían los certificados emitidos por el Sr. Alexis no se correspondían con las fincas que se decían por las acusaciones eran sus concordantes físicas (parcela catastral NUM010 , del Polígono de Rústica de Chiclana), y, ante ello el Ministerio Fiscal solicitó, alegando indefensión, y la Sala aceptó, la suspensión de la Vista para que se practicara una nueva pericial, designándose un perito por las acusaciones y otro por las defensas, con objeto de determinar si la parcela NUM011 del polígono NUM012 del catastro de Rústica de Chiclana (f^o 61 y 62) se corresponde o no con las registrales NUM000 y NUM004 (sic), pues su indicación auténtica es NUM004 , (como así fue rectificado por proveído de 18-12-08) del Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera. Tal alegación de indefensión ya no debió ser admitida por la Sala”. Así, continúa por señalar el parecer del Tribunal de Instancia, que comprende que “Nada impidió a las defensas someter a contradicción en el plenario el informe del perito Sr. Isidro , del que tuvieron conocimiento con la antelación suficiente como lo demuestra la fecha de presentación del escrito de la defensa del Sr. Alexis adjunto al informe pericial del perito de dicha parte, Sr. Dimas , escrito que data de 15 de abril de 2009. Nada impidió tampoco a las defensas, si consideraban que no estaban en condiciones de contradecir el informe pericial de contrario sin un nuevo informe pericial contradictorio, instar la

juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia.”

suspensión del juicio, conforme el art. 786.2 de la LECr”¹.

El corolario final del Tribunal Supremo llega al señalar que *“El Tribunal de instancia defiende su relación con los hechos objeto de enjuiciamiento, lo cual es indudable; y justifica su admisión, al amparo del art. 729.2 LECr., rechazando la pretendida indefensión porque nada impidió a las defensas someter a contradicción el informe del perito de la contraparte, y por la posibilidad no ejercitada de instar una nueva suspensión de la vista, conforme al art. 786 LECr. para efectuar un nuevo informe pericial contradictorio.*

Y, ciertamente, con la Sala a quo hay que coincidir en que nada impidió a las partes someter a contradicción el referido informe -como de hecho ocurrió, en cuanto que fueron interrogados por aquéllas ambos peritos- y en la posibilidad que tiene el Tribunal, conforme al art. 729.2 LECr., de admitir como pruebas las diligencias no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de acusación. Lo que sucedió es que la Sala no se pronunció expresamente en tal sentido en el acto del juicio. En realidad, su admisión se produjo, al amparo del art. 786.2 LECr., en el comienzo de la sesión de 23-6-09. Y, verdaderamente, en ningún momento las defensas interesaron una nueva suspensión de la vista para realizar un contrainforme o completar la prueba, a la vista de la de la contraparte.

Siendo así, la existencia de indefensión material ha de ser rechazada y el motivo desestimado.”

e. Nulidad de actuaciones.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta a las partes a que, caso de apreciar una nulidad en el procedimiento, invoquen dicha circunstancia en el trámite de cuestiones previas.

No obstante lo anterior, como es reiterada jurisprudencia, dicha alegación no puede reconducirse únicamente a su formulación como tal, *in genere*, sin ningún tipo de fundamentación o sustento que lo avale. Menos aún si cabe, sin efectuar concreción alguna sobre la que deba sustentarse la pretendida nulidad de actuaciones que se invoca.

Así resulta el parecer de nuestro Tribunal Supremo cuando, en trámite del Recurso de Casación, se reitera la nulidad esgrimida en su momento por la parte. Se señala que *“En este momento procesal la defensa del hoy recurrente, con conocimiento de todas las diligencias, pudo efectuar todas las alegaciones de indefensión y petición de nulidades que estimase oportunas para la defensa de sus intereses legítimos, y no obstante ello, se limitó a solicitar una ampliación del plazo para presentar su escrito de defensa y a postular la nulidad del auto de apertura del juicio oral al considerar que el Ministerio Fiscal había formulado su acusación*

¹ STS, de fecha 7 de mayo de 2010, número 417/2010, número de recurso 2589/2009, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, Sala Segunda Sección Segunda.

*fuera del plazo, sin hacer referencia alguna a la falta de notificación del auto acordando la tramitación por el procedimiento abreviado. Y si a ello se añade que tanto en ese momento, como en el tramite del art. 786.2 LECrim., cuando como cuestión previa planteó la nulidad del auto de incoación de Abreviado, el recurrente se ha limitado a indicar que se le ha producido un perjuicio real y efectivo "al impedirle ejercitar los derechos procesales de los que es titular", pero sin especificar qué concretas diligencias de investigación no pudo proponer o cuales fueron las pruebas que hubiera propuesto y no pudo hacerlo, la petición de nulidad interesada resultaría desproporcionada al no acreditarse el perjuicio producido que ha de ser algo real y efectivo, que debe traducirse en un menoscabo real, una indefensión material, del derecho de defensa y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse frustrada (SSTC. 88/99 de 26.5, 237/99 de 20.12), debiéndose valorar las situaciones de indefensión, en cada caso concreto (SSTC. 145/90, 188/93, ATC. 2/99)."*¹

f. Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan.

Por último, el ya consabido artículo prevé la posibilidad de que se utilicen las cuestiones previas para interesar la admisión de pruebas a practicar en el acto del Juicio Oral.

Resulta evidente pues que, gozando de amparo legal la posibilidad de proponer prueba mediante el trámite de cuestión previa, y una vez la misma ha sido admitida por entenderla útil y pertinente a los efectos de la vista que ha de sustanciarse, mal casa dicha posibilidad con la de invocar la vulneración del derecho de defensa de las partes so pretexto de que con ello se ha causado indefensión por resultar aquella la prueba de cargo principal.

Este es el parecer del Tribunal Supremo cuando señala que *"Respecto a la segunda, dice el recurrente que la audición de las cintas que contienen las conversaciones telefónicas de los días 8 y 11 de enero de 2.008, no fueron propuestas como prueba por el Fiscal, sino que su audición se solicitó por éste en el trámite de cuestiones previas del Juicio Oral. Alega también que esas grabaciones no están transcritas y que el Fiscal interrogó al recurrente sobre determinadas conversaciones interceptadas no escuchadas en el plenario.*

El reproche debe ser rechazado. En primer término porque la petición de la acusación pública como cuestión previa de que se procediera a la audición de determinadas grabaciones, que no figuraban como prueba a practicar en el escrito de acusación, se encuentra autorizada por el art. 786.2 L.E.Cr. ("el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno... sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto").

*Además, la resolución del Tribunal no fue objeto de propuesta formal por la defensa del acusado."*²

¹ STS, de fecha 22 de mayo de 2008, número 252/2008, número de recurso 1166/2007, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera.

² STS, de fecha 4 de mayo de 2011, número 330/2011, número de recurso 2582/2009, ponente D. Diego Antonio Ramos.

Conviene señalar que, a pesar que nuestro ordenamiento procesal penal prevé expresamente como motivo habilitante para la formulación del Recurso de Casación la denegación de una prueba que hubiera sido propuesta en tiempo y forma por las partes, y que se considere pertinente, deben tenerse muy en consideración los parámetros que facultan a interponer dicho recurso.

Debe así señalarse que la prueba que haya sido propuesta lo ha de ser motivadamente y no mediante el indeseable formulismo de la adhesión a las pruebas propuestas por el resto de partes del procedimiento respecto de las cuales, debe llegarse al axioma en virtud del cual, si decae la prueba por el verdadero proponente, el adherido resultará sin posibilidad de hacerla valer puesto que no se trata de una “verdadera” prueba de parte.

Esta línea jurisprudencia se pone de manifiesto por nuestro tribunal de casación al establecer que *“... la defensa cuando tuvo conocimiento del informe y pese a ser requerido para ello, no cuestionó tal informe [...] Asimismo en su escrito de conclusiones no impugnó expresamente la prueba pericial ni solicitó la comparecencia del perito al juicio oral, por cuanto no es bastante -hemos dicho en STS.397/2011 de 24.5 - la formula estereotipada de adhesión a una prueba ajena -más aun en el caso presente en que la defensa se limita a una vaga y global adhesión a las demás pruebas que fueron propuestas y admitidas a otras pruebas [...].*

En efecto la proposición de pruebas supone un acto sujeto a estrictas formalidades legales, de ahí que la cláusula usualmente empleada de proponer la prueba mediante una remisión genérica a las pruebas propuestas por las otras partes no se entiende como una verdadera y propia proposición, sino como una simple adhesión a la prueba interesada por otra parte. De esta suerte, en caso de que la parte que efectivamente la propuso renuncia a su práctica, no podrá oponer el adherido objeción alguna, ni podrá argüir en su contra.”¹

En este sentido, pues, habrá que delimitar los requisitos exigidos por nuestra Jurisprudencia para que la denegación de prueba en instancia pueda ser llevada a casación. Para ello se viene a exigir²:

1. Que la prueba haya sido propuesta en tiempo y forma tanto en el escrito de conclusiones provisionales como reiterada en el trámite de cuestiones previas del artículo 786.2 LECrim.

¹ STS, de fecha 5 de julio de 2012, número 670/2011, número de recurso 2502/2010, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera.

² SSTs. 1661/2000 de 27 de noviembre, 869/2004 de 2 de julio 7 y 705/2006 de 28 de junio

2. Que la prueba sea pertinente -ha de guardar relación con el objeto del procedimiento-, amén de útil -con virtualidad probatoria sobre los hechos introducidos a debate- y necesaria.
3. Que se deniegue la prueba, hecho que puede suceder tanto en la fase de preparación del juicio como durante el mismo, cuando se haya solicitado la suspensión de éste.
4. Que la práctica de la prueba resulte posible; y
5. Que se formule protesta por el proponente frente a la denegación de la práctica de la prueba.

A su vez, estos requisitos han sido considerados bajo una doble naturaleza: Temporal y formal. Se entiende así que han de concurrir inexorablemente todos ellos, de manera conjunta. Puede concluirse de esta forma que la falta de apreciación de uno de ellos repercutirá sobre el proponente que no ha dado cumplimiento a ambos, al mantener que *"Por ello puede suceder que se cumplan las exigencias temporales en cuanto la proposición se realice en los escritos de calificación y se reitere al tiempo del inicio de las sesiones del juicio oral, pero en cuanto a las formales: designación nominal de testigos y peritos, con expresión de sus nombres, domicilios e indicación si deben ser o no citados judicialmente, no se cumplan de forma adecuada, y el juicio de admisión de pruebas debe iniciarse por la constatación del cumplimiento de tales requisitos."*¹

Tan es así que, incluso el derecho invocado a la tutela judicial efectiva, en su manifestación referida a la proscrita indefensión por no haber sido admitida una prueba propuesta en tiempo hábil, cederá si no se cumple con los requisitos formales.

Por remisión, y a modo ejemplificativo, nuestro Tribunal Supremo cita de forma meridianamente clara el posicionamiento del Tribunal Constitucional, que tiene consagrado que *"el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las Leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerda no podrá reputarse lesiva del art. 24.2 CE."*²

¹ STS, de fecha 11 de octubre de 2011, número 1044/2011, número de recurso 513/2011, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera.

² STC, de fecha 3 de marzo de 1998, número 52/98, número de recurso de Amparo 1737/1996, ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Si, tal y como hemos anunciado, deben concurrir tanto los requisitos formales como temporales para la admisión de la prueba que sea propuesta por mor del artículo 786.2 LECrim; de tal suerte que la falta de los requisitos formales debe dar lugar a la denegación de ésta, la misma suerte ha de seguir la proposición de prueba que se formula de manera extemporánea; esto es, fuera del momento procesal oportuno y que habilita a su petición.

Así se declara al haber recurrido la parte en casación, ex artículo 850.1 LECrim, aludiendo a la indefensión generada por no haber sido admitidos nuevos medios de prueba. Sin embargo, como es de ver del tenor literal de la Sentencia, se interesó la admisión de nueva prueba tras la práctica de dos declaraciones.

Se dice “Desde luego, la representación del recurrente, en sus conclusiones provisionales (fº 3638 y ss) se limitó a expresar su disconformidad con las conclusiones de la acusación pública, y a proponer como prueba pericial, únicamente la de análisis toxicológico de la sustancia aprehendida (fº 2575 y 2576 T.XV). El acta de la vista, no refleja que aportara documento alguno en el trámite de planteamiento de cuestiones previas y aportación de nuevos elementos probatorios para practicarse en el acto, a que se refiere el art. 786.2 LECr, figurando únicamente en el momento de referirse las partes a la prueba documental, acabada la testifical y la pericial, que la defensa del Sr. José Miguel solicitó que se admitiera una documental (que no se precisa), inadmitiéndola la sala (fº 830 vº), con buen criterio, dada su extemporaneidad.”¹

3.2. Cómo han de plantearse las cuestiones previas.

Abordaremos a continuación en este epígrafe; sin perjuicio de que haya sido tratado de soslayo en el análisis puntual de alguna de las resoluciones a las que se ha hecho mención, el momento en que las cuestiones previas deben ser planteadas, al amparo del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Señalábamos con ocasión del estudio de la Sentencia del Tribunal Supremo 729/2012, de fecha 25 de septiembre, que en nuestro ordenamiento las cuestiones de declinatoria –competencia del órgano judicial–, tienen carácter preclusivo si estando a disposición de las partes su alegación, no resulta invocada durante el procedimiento, máxime si cabe, incluso tampoco en el trámite legal y específicamente previsto.

Señala aquella resolución que *“Es un principio fundamental en nuestras leyes reguladoras de los*

¹ STS, de fecha 17 de noviembre de 2011, número 1115/2011, número de recurso 2078/2010, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, Sala Segunda, Sección Primera.

procesos penales el que las cuestiones de declinatoria de jurisdicción han de resolverse con carácter definitivo antes del comienzo del juicio oral o, cuando existe una fase previa dentro del procedimiento de que se trate, como ocurre en el llamado Procedimiento Abreviado con el turno de intervenciones regulado en el art. 786.2, dentro de esa fase previa.

Por tanto, no cabe discutir en el recurso de casación la competencia de la Audiencia Provincial para conocer de unos determinados hechos delictivos.”

No obstante, debe advertirse que, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal arbitra el mecanismo de las cuestiones previas para ser sometidas con anterioridad al desarrollo del Juicio Oral, cuando éstas, por su trascendencia o afectación –por ejemplo vulneración de derechos fundamentales– puedan comportar la nulidad de actuaciones, se hace imprescindible su alegación tan pronto se tiene conocimiento de tal circunstancia. En otros términos, debe ponerse de relieve la posible vulneración de derechos fundamentales de manera inmediata que se tiene conocimiento de ello; sin perjuicio de poder ser reproducido en el trámite que se conferirá a las partes a tenor del artículo 786.2 LECrim.

Este es el parecer de nuestro Tribunal Supremo cuando señala que *“Conviene, por tanto, aclarar en relación con estos fundamentos y momentos de nulidad, que el art. 11.1 LOPJ debe también considerarse aplicable en el ámbito de la instrucción y, por otra parte, que la referencia en el art. 786.2 LECrim. a que se pueda alegar al inicio del juicio oral la conculcación de derechos fundamentales, no impide que con anterioridad sea posible solicitar la nulidad de actuaciones.*

[...]

Y en cuanto a la previsión del art. 786.2 LECrim., es también patente, por tanto, que la existencia de una oportunidad legal para alegar la conculcación de derechos fundamentales durante un procedimiento penal, justamente antes de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no puede impedir que no se solicite y se resuelva por el órgano instructor o juzgador la nulidad de actuaciones, con anterioridad a ese momento, si de conculcación de derechos fundamentales se trata.”¹

Por último, y por más evidente que resulte dada la lectura que ofrece el tenor literal del artículo

¹ STS, de fecha 5 de diciembre de 2012, número 974/2012, número de recurso 2216/2011, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera.

786.2 LECrim, indicar que el órgano enjuiciador –Juez o Tribunal– ofrecerá a las partes la posibilidad de iniciar un debate sobre los extremos que en él se contienen.

Con ello se pone de manifiesto tanto la oralidad del trámite, como el hecho referido a que, concedida la palabra a las partes sobre la existencia de artículos de previo pronunciamiento sean éstas quienes los aleguen.

Se refleja este parecer cuando se señala que *“esa resolución no es sino el desenlace de una cuestión previa planteada por el órgano decisorio de oficio, sin que ninguna de las partes hubiera cuestionado la competencia de la Audiencia Provincial. Es más, el señalamiento del juicio oral en la Sección Primera era el resultado de la previa inhibición -ésta sí, solicitada expresamente por las partes- acordada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Granada. Se contraviene así la literalidad del art. 786.2 de la LECrim, en el que se precisa que "el juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial". Pero además de la literalidad del precepto, la propia naturaleza de las cuestiones previas y, sobre todo, el momento procesal en el que aquéllas pueden suscitarse, hace aconsejable que sean las partes las que, de considerarlo oportuno, promuevan el debate contradictorio sobre la competencia del órgano decisorio.”*¹

3.3. Cómo han de resolverse las cuestiones previas.

Se hace preciso abordar ahora dos aspectos fundamentales referidos a la forma y el momento en que por parte del órgano enjuiciador debe darse respuesta a las cuestiones previas introducidas por las partes.

En buena medida, aunque no de manera exclusiva, de ello derivarán los rasgos sustancialmente diferenciadores entre los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas que ahora abordamos; aunque ello corresponderá a un momento posterior.

Centrando el debate en estos términos, debemos acoger por su especial precisión el pronunciamiento recogido en Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, número 745/2008, por cuanto además realiza una aproximación a la propia naturaleza de las cuestiones previas.

Para ello, el Tribunal llega a atender a los diferentes motivos que pueden suscitar el planteamiento de las cuestiones previas, aún centrándose en especial –por su virtualidad– en la alegación sobre la vulneración de derechos fundamentales.

¹ STS, de fecha 4 de julio de 2013, número 594/2013, número de recurso 242/2013, ponente D. Manuel Marchena Gómez, Sala Segunda, Sección Primera.

Se concluye en este sentido que, si bien y bajo determinados supuestos, se hace deseable una decisión por parte del órgano jurisdiccional con carácter previo al desarrollo del propio Juicio Oral, no por ello es menos cierto que la interpretación del artículo 786.2 LECrim faculta a que la decisión sea adoptada finalmente y de manera motivada en Sentencia; especialmente cuando las circunstancias así lo aconsejen.

En concreto, se señala que "...como recuerda la STS. 286/96 de 3.4-, "conviene detenerse sobre el sentido de esta atípica audiencia preliminar y para ello es necesario señalar una primera nota en esta aproximación: los temas a suscitar en la misma son, como generalmente ocurre en los casos de pluralidad, de distinta naturaleza y efectos en su inflexión en la indefensión. Así, la competencia del órgano judicial, las causas de suspensión del juicio oral y el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto son temas que evidentemente han de resolverse en el mismo acto, conforme requiere "in fine" tal precepto procesal, en cuanto irrepetibles y afectantes al desarrollo posterior del plenario. La denegación de la pretensión de una parte sobre cualquiera de tales temas sólo puede hacerse valer mediante la "protesta".

En cambio, cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales, al iniciarse la vista oral, la cuestión no ha sido resuelta de manera reiterada y uniforme. De un lado el Auto de 18 de junio de 1992 (Caso Naseiro) venía a decir que la audiencia preliminar del proceso abreviado, establecida en el repetido artículo 793.2 procedimental (actual art. 786.2), trataba de evitar las incidencias sucesivas que pudieran después plantearse durante el juicio evidentemente dilatorias del proceso, pues la celeridad y la concentración se constituían en ejes esenciales del mismo, por lo que debería propiciar la resolución inmediata y previa, sobre esas pretendidas infracciones. Sin embargo el Auto de 3 de febrero de 1993, sea cual fuere el contenido del mismo, claramente señala que el trámite del artículo antes referido no es preclusivo (también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993). Es decir, conforme a esta última postura, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse, cuando de procedimiento abreviado se trata, en la iniciación de la vista oral conforme al tan repetido artículo 793.2, también es correcto, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y constitucional, aplazar la decisión hasta el momento de dictarse la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello o adelantar tal decisión en la audiencia preliminar de forma sucinta, sin perjuicio de la ulterior motivación y complementación en la sentencia definitiva.

Este criterio - dice la STS. 545/95 de 7.4 - viene impuesto por el análisis racional del precepto procesal en interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los artículos 11.1, 238.3 y 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues "la vulneración del derecho fundamental es, entre otras materias, una de las finalidades de ese incidente previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, pues lo que se exige por el mismo es la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, en base a las

razones justificativas que se dan para ello, sobre todo si durante la vista oral se aportan o se reproducen pruebas esclarecedoras al respecto.”¹

De hecho, y más recientemente, ese mismo criterio jurisprudencial se pone de relieve en la Sentencia del Tribunal Supremo número 1044/2011, de fecha 11 de octubre, a la que hemos hecho mención con anterioridad –epígrafe 3.b.6– con ocasión de la cuestión previa referida a la proposición de prueba que se pretende introducir en el Juicio Oral, ex artículo 786.2 LECrim.

En esta ocasión, el criterio del Tribunal resulta de una meridiana claridad, haciéndose eco del parecer mostrado por ese órgano desde 1997 al establecer que *“al expresar el texto legal que el tribunal resolverá "lo procedente", ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la desestimación del fondo de lo actuado, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo en la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite.”*

En este estado de cosas, el parecer de nuestro Tribunal Supremo se muestra unívoco cerrando definitivamente la cuestión sometida al hacer suyo un compendio de resoluciones anteriores de las que se extrae que *“en efecto, esta Sala tiene declarado (Cfr. STS. 1290/2009 de 23 de diciembre) que aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales o la licitud de una prueba puede adoptarse en la iniciación de la vista oral, conforme al art. 786.2, también es correcto aplazar tal decisión hasta el momento de dictar la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello (SSTS. 286/96 de 3.4 , 160/97 de 6.2 , 330/2006 de 10.3 , 25/2008 de 29.1).²*

4. Inclusión de cuestiones previas en el Procedimiento Ordinario.

Sentado lo hasta aquí expuesto en orden a la naturaleza y supuestos comprendidos en ambas instituciones –artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas–, su regulación legal y encuadre dentro del procedimiento penal en cada uno de los casos, motivos que dan lugar a formular cada una de las peticiones al órgano enjuiciador, así como el contenido que

¹ STS, de fecha 28 de noviembre de 2008, número 745/2008, número de recurso 1902/2007, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera.

² STS, de fecha 24 de mayo de 2012, número 401/2012, número de recurso 11206/2011, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, Sala Segunda Sección Primera.

jurisprudencialmente se ha atribuido a cada uno de los supuestos previstos en cada uno de las figuras objeto de estudio, debe ponerse de manifiesto que exigencias de orden práctico han dado lugar a una línea en nuestra Jurisprudencia que ha venido a admitir que se puedan traer al Procedimiento Ordinario las alegaciones que serían objeto de formulación de cuestiones previas en el Procedimiento Abreviado.

Así por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo tiene reiterado que, en términos generales y por lo que se refiere a la proposición el momento previsto está constituido por el escrito de conclusiones provisionales, artículo 650 y siguientes de la LECrim. y especialmente por los artículos 728 y 729, no pudiendo pedirse posteriormente ninguna otra, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abreviado. Sin embargo, habida cuenta la posibilidad de interesar la práctica de pruebas no contenidas en los escritos de calificación provisional de las partes en el Procedimiento Abreviado, y como quiera que éste puede sustanciarse ante el Juzgado Penal, pero también ante la Audiencia Provincial, se ha formado una opinión jurisprudencial proclive a admitir que también pueda suceder así en el Procedimiento Ordinario –“...también lo es que existe una línea jurisprudencial que ... considera aplicable esta posibilidad al procedimiento ordinario por sumario.”¹

Tal y como advertíamos, son criterios de orden lógico jurídico los que llevan a nuestra Jurisprudencia a entender que en el acto del Plenario –Procedimiento Ordinario– pueden traerse a debate aquellas circunstancias previstas como cuestiones previas en el Procedimiento Abreviado.

En concreto, se alude al parecer ya expuesto por la Sala desde 2006, con cita de Sentencias anteriores, cuando señala que los motivos que avalan dicha posibilidad encuentran su fundamento en:

“a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la Ley con fecha de 14 de Septiembre de 1882 .

b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento -

¹ STS, de fecha 14 de febrero de 2007, número 94/2007, número de recurso 10645/2006, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera

sobre todo en material criminal- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTs de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.”

Este parecer vuelve a reiterarse con posterioridad¹, introduciendo matices importantes en cuanto a la viabilidad de formular cuestiones previas referidas a la admisión de pruebas en el Plenario seguido por los cauces del Procedimiento Ordinario; sin embargo, exigiendo que para ello concurren determinados requisitos, a saber: 1.- Que la formulación se presente debidamente justificada y de forma razonada, 2.- Que la proposición así formulada no venga guiada por una voluntad de incurrir en fraude procesal, y 3.- Que su adopción no comporte para el resto de partes comparecidas una vulneración a los principios de contradicción e igualdad para las partes que pueda conllevar a la indefensión de alguna de ellas.

De hecho, este parecer ha sido recogido por algunas Audiencias Provinciales expresamente. Buen ejemplo de ello lo es el Acuerdo no Jurisdiccional número 3 en el Orden Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 20 de abril de 2012, adoptado por mayoría y que reza como sigue:

“En los Juicios orales abiertos por los trámites del Sumario Ordinario, acusación y defensa podrán plantear como cuestión de previo pronunciamiento al inicio del plenario, las mismas cuestiones previas que la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge para el Procedimiento Abreviado, excluidas aquellas a las que se refiere el artículo 666 y siempre que el Tribunal no aprecie fraude de ley o imposibilidad manifiesta de practicar la prueba propuesta en el mismo acto.

Todo ello, sin perjuicio de la libertad de criterio de cada Tribunal para admitir o denegar la cuestión o prueba propuesta en cada caso concreto, de acuerdo con los criterios jurisdiccionales de pertinencia, relevancia, legalidad y necesidad”

¹ STS, de fecha 27 de mayo de 2008, número 294/2008, número de recurso 1931/2007, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Sala Segunda, Sección Primera.

5. Conclusiones.

Llegados por tanto a este punto, convendrá por último ofrecer una serie de conclusiones que permitan configurar una idea al lector respecto de la cuestión abordada al inicio del presente estudio. Esto es, atender a si nos encontramos ante dos manifestaciones de la misma especie, o bien, en sí mismos, artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas responden a dos especies diferenciadas.

5.1. Naturaleza de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.

En el análisis de cada una de las figuras sometidas a estudio hemos tenido ocasión de tratar sobre la naturaleza de éstas.

En ese sentido, como se apreciará a renglón seguido, podemos afirmar que los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas poseen una naturaleza diferente que, incluso su propio articulado se encarga de enfatizar.

Así, el artículo 666 LECrim señala, en orden a fijar los únicos supuestos que podrán ser tratados en ese trámite que se trata de cuestiones o “*excepciones*”. Con ello, se hace evidente que la naturaleza de dicho instituto es obstativa.

Por su parte, el artículo 786.2 LECrim faculta a las partes a introducir un debate sobre cuestiones que podrán tener afectación sobre el procedimiento. En este sentido, nada obstaculiza, frena o impide la continuación del procedimiento.

5.2. Consecuencias de la apreciación de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.

En primer lugar, y orillando la primera diferenciación puramente normativa en lo tocante a su previsión legal –Procedimiento Ordinario y Procedimiento Abreviado– podemos afirmar que más allá de la primera impresión que pueda suponer la tramitación que en ambos casos tiene lugar antes del Juicio Oral, es precisamente en este punto donde encuentra uno de sus principales elementos diferenciadores.

Así, los artículos de previo pronunciamiento a los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal reserva el articulado del numerario 666 se formulan antes de la apertura del Juicio Oral en el Procedimiento Ordinario. Quiere con ello significarse que, de suyo, nos encontramos en la denominada como fase intermedia del procedimiento.

Por su parte, el artículo 786.2 del mismo texto legal faculta a las partes a iniciar un debate sobre los extremos que en él se contienen una vez se ha abierto el acto del Juicio Oral.

La diferencia a este particular será relevante en diferentes aspectos. Así, podemos decir que la apreciación de alguno de los artículos de previo pronunciamiento comprendidos en los apartados 2, 3 o 4 del artículo 666 LECrim –salvada la declinatoria de jurisdicción– comportaría, tal y como previene el artículo 675, acordar el Sobreseimiento Libre de la causa.

En consecuencia, de ello derivaría que no se daría apertura al acto del Juicio Oral. En otros términos, el Tribunal no entraría a analizar el fondo del asunto.

Sin embargo, el trámite de las cuestiones previas viene previsto en nuestro ordenamiento como integrado en un debate preliminar del propio acto del Juicio Oral. Así se dice cuando el artículo 786.2 establece que *“El juicio oral comenzará ... Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones...”*. De suyo, por tanto, en la fase del Juicio Oral y sin perjuicio de lo estudiado hasta aquí, el órgano judicial podrá entrar a valorar el fondo de la cuestión litigiosa que se le ha sometido. Eventualmente, caso de apreciar alguna de las circunstancias previstas en el articulado del 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el órgano decisorio resolverá la absolución del imputado.

Huelga un extenso pronunciamiento al respecto de las diferencias que ambas figuras comportan. En la primera –sobreseimiento libre, ex artículo 637 LECrim– se acuerda no proceder frente al imputado por no existir indicios racionales de haberse perpetrado el hecho criminal, por no ser constitutivo de delito o por resultar exento de responsabilidad. En el segundo supuesto –ex artículo 786.2– una vez el órgano jurisdiccional entra a conocer el asunto, en virtud de las pruebas que ante él son planteadas, su resolución resultaría absolutoria.

5.3. Formulación de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.

En el desarrollo que nos trae hasta aquí hemos tenido ocasión de señalar las diferencias sustanciales en orden a la formulación de los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas.

Señalaremos que los artículos de previo pronunciamiento serán introducidos por las partes mediante escrito dirigido al Tribunal en el plazo de tres días desde que se le ofrece el traslado de las actuaciones para formular la calificación provisional de la causa.

Asimismo, se indicaba que deberán acompañarse los documentos en los que la parte proponente fundamente sus peticiones o, en su caso, designar el archivo u oficina en que los mismos se encuentren para que sean incorporados mediante compulsas.

Por su parte, la tramitación de las cuestiones previas, teniendo la especial consideración del procedimiento en que las mismas se ventilan, serán introducidas en un debate oral instado por las partes.

Ciertamente, tal y como se ha apuntado en alguna de las sentencias estudiadas, las partes pueden anunciar la formulación de cuestiones previas en sus respectivos escritos de defensa, por tanto, por escrito. A pesar de ello, no es menos acertado señalar que el momento en que las mismas serán abordadas, expuestas y sometidas al Juez o Tribunal será en el inicio de las sesiones del Juicio Oral, de viva voz, dando con ello oportunidad -también oral- al resto de partes a realizar las alegaciones que tengan por conveniente al respecto.

5.4. Resolución de los artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas.

En el mismo orden de cosas, dadas las diferencias existentes entre la tramitación de ambas figuras, conviene señalar que en orden a la resolución también siguen suertes diferentes.

Así, una vez formulados por escrito los artículos de previo pronunciamiento que invoque la parte, y dado traslado de la petición al resto de los comparecidos en la causa, el Tribunal viene conminado a convocar una Vista al efecto.

Quiere con ello decirse que, *ex lege*, la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al Tribunal a convocar un acto oral en que las alegaciones serán vertidas al órgano judicial, con posibilidad contradictoria de intervenir del resto de partes; si bien a los únicos efectos de poder formarse una convicción sobre los artículos de previo pronunciamiento invocados.

Es más, llevada a cabo la misma, dispone la Ley que deberá resolverse -[al] “*día siguiente al de la vista*”- mediante Auto sobre el contenido de las cuestiones que le han sido sometidas.

En cuanto a las cuestiones previas que sean introducidas en el Juicio Oral se dará turno de intervención al resto de las partes y el Juez o Tribunal resolverá “*lo procedente*” que, tal y como se ha advertido en las resoluciones analizadas, podrá ser a través de Sentencia siempre que las circunstancias así lo aconsejen, pero con la exigencia de motivar de forma expresa y fundada respecto de las cuestiones planteadas.

5.5. Conclusión final.

En este estado de cosas, podemos afirmar que los artículos de previo pronunciamiento del Procedimiento Ordinario y las cuestiones previas del Procedimiento Abreviado son dos especies distintas con aspectos que atienden a una naturaleza, finalidad, tramitación y resolución diversa. Todo ello, sin perjuicio de que en el segundo supuesto -cuestiones previas- se prevé con sustantividad propia la alegación de artículos de previo pronunciamiento al amparo del artículo 786.2. LECrim y que, a la inversa, por criterios de agilidad, homogeneidad, y buen fin procesal, se admiten jurisprudencialmente que puedan ser planteadas cuestiones previas en la fase del Plenario del Procedimiento Ordinario.

