

## EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y SOBRESEIMIENTO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ

SUMARIO: I. *A modo de introducción.* II. *El sobreseimiento y la fase intermedia.* III. *Posibles motivos de sobreseimiento en el proceso penal.* IV. *El control de la acusación.*

### I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El proceso penal español puede iniciarse mediante el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, por los perjudicados por el hecho cometido e, incluso, por cualquier ciudadano que cumpla las condiciones de los artículos 101 y ss., LECr. Este derecho-deber<sup>1</sup> obliga a los órganos del Estado a pronunciarse de forma motivada sobre la procedencia de la incoación del proceso penal, si bien con un alcance muy diverso al del proceso civil. De hecho, el inicio y el avance normal del proceso penal no sólo exige, como el civil, la concurrencia de los presupuestos jurídico-procesales, sino que también requiere que se aprecie *ab initio* el presupuesto jurídico-material de la existencia de un hecho con caracteres de delito. Como buena muestra de ello, el poder de los sujetos de la acción penal puede agotarse *a limine*<sup>2</sup> si, apreciada la atipicidad del supuesto hecho delictivo, se desestima la querrela, de-

<sup>1</sup> El ejercicio de la acción penal tiene naturaleza de deber para el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo previsto en los artículos 105 y 271, LECr, mientras que para los perjudicados por el delito (artículos 109 y 110, LECr) o para los demás ciudadanos (artículos 101, 102, 103 y 270, LECr), se representa como un derecho.

<sup>2</sup> En numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre este particular. En este sentido, véanse, entre otras, las SSTC 148/1987, del 28 de septiembre, 203/1989, del 4 de diciembre y 212/1991, del 11 de noviembre.

negándose, así, su ejercicio (artículo 313, LECr). Este control judicial de la acción penal se lleva a cabo desde el inicio de forma progresiva,<sup>3</sup> por lo que, como apunta De la Oliva Santos, “las diversas resoluciones judiciales que caben, dando por terminado el proceso, antes de entrar en la fase de juicio oral son, al mismo tiempo que actos relativos a la utilidad o la inconveniencia del proceso, actos de control sobre el fundamento o la falta de fundamento de una acusación”.<sup>4</sup> Mas no cabe duda que entre los distintos tiempos posibles, el momento nuclear para el examen de la acción penal y, en su caso, para su denegación mediante los autos de sobreseimiento tiene lugar una vez concluida la instrucción, en la denominada fase intermedia.

## II. EL SOBRESEIMIENTO Y LA FASE INTERMEDIA

Pese a su falta de previsión legal expresa como tal, es generalmente aceptada la existencia de una fase conocida como intermedia, que se desarrolla entre la inicial instrucción y el juicio oral. En sede del proceso ordinario para determinados delitos, cauce para el enjuiciamiento de aquellos delitos de pena igual o superior a nueve años, esta fase se conoce como “conclusión del sumario”, prevista en los artículos 622 a 648, LECr. En el procedimiento abreviado, que se aplica para delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, una vez concluidas las actuaciones de investigación denominadas “diligencias previas”, puede tener lugar esta fase llamada “preparación del juicio oral” (artículos 780-784, LECr). Una vez agotada la averiguación acerca del hecho y del presunto delincuente, se persigue en esta segunda etapa del proceso un doble propósito: por un lado, “volviendo la vista atrás”, examinar la corrección de la fase anterior y, en su caso, acordar la práctica de nuevas diligencias y, por otro, mirando “hacia adelante”, comprobar si concurren motivos suficientes para abrir el juicio oral. Esta segunda finalidad es, sin lugar a dudas, pieza clave en el control escalo-

<sup>3</sup> Reviste especial interés sobre este control escalonado de la acusación el análisis de Gómez Orbaneja, E. (*cfr. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 199).

<sup>4</sup> *Cfr.* De la Oliva Santos, A. (con Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), *Derecho procesal penal*, Madrid, CERA, 2002, p. 193.

nado de la acusación que se lleva a cabo desde el comienzo del proceso penal español, y, en este sentido, es generalmente el momento en que se acuerdan, como alternativa a la apertura del juicio oral, los autos de sobreseimiento.

Asimismo, debería servir esta fase de tamiz de los óbices u obstáculos procesales que pudieran dificultar o, incluso, impedir la continuación del curso de la causa. Por este motivo, pese a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplaza este examen al inicio del juicio oral, también nos ocupamos, siquiera brevemente, de esta cuestión. Por último, y aunque tampoco tiene encaje en esta fase, abordamos el estudio de los autos de sobreseimiento dictados como consecuencia de la inactividad del fiscal, dada su íntima relación con el tema esencial del ejercicio de la acción penal.

### III. POSIBLES MOTIVOS DE SOBRESEIMIENTO EN EL PROCESO PENAL

Con mayor o menor alcance, cabría apuntar esencialmente cinco motivos que pueden alterar el desarrollo normal de la causa, dando lugar a un auto de sobreseimiento:

- a. La ausencia de los presupuestos jurídico-materiales de la acción.
- b. La insuficiencia del material derivado de la instrucción.
- c. La apreciación de motivos de oportunidad.
- d. La existencia de obstáculos procesales a la apertura del juicio oral.
- e. La inactividad del Ministerio Fiscal para ejercer la acción penal.

#### 1. *Ausencia de los presupuestos jurídico-materiales de la acción*

A modo de lo dispuesto en los artículos 137 y 138 del Código Federal de Procedimientos Penales Mexicano (en adelante, CFPP),<sup>5</sup> la Ley de Enjuiciamiento Criminal española prevé que se ponga fin al proceso cuando concurren cualesquiera de estos tres motivos que dejan absolutamente sin sentido la apertura del juicio oral: a) inexistencia de indicios

<sup>5</sup> Los artículos 137 y 138, CFPP prevén estas mismas causas como motivos para el no ejercicio de la acción penal y para la promoción del sobreseimiento una vez abierto el proceso, respectivamente.

sobre el hecho;<sup>6</sup> b) atipicidad de la conducta, y, por último, c) apreciación de causas de exención de responsabilidad de los procesados como autores, cómplices o encubridores<sup>7</sup> (artículo 637, LECr).

La falta de apreciación de los presupuestos jurídico-materiales de la acción obliga a poner fin al proceso, decisión que se materializa mediante un auto de sobreseimiento libre. Esta clase de resoluciones adquiere fuerza de cosa juzgada material, a modo de las sentencias absolutorias,<sup>8</sup> y, en consecuencia, impide de forma absoluta la reapertura del proceso.<sup>9</sup>

## 2. La insuficiencia del material derivado de la instrucción

A diferencia de lo que ocurre en México, en donde la iniciación del proceso penal exige la acreditación del cuerpo del delito y la probabilidad de la responsabilidad del indiciado (artículo 16 de la Constitución y

<sup>6</sup> Adviértase que para acordar el sobreseimiento por este primer motivo no se exige la certeza de que el hecho no se haya perpetrado, sino simplemente la falta absoluta de indicios racionales de su comisión. Así, establece el artículo 637.1. LECr, que procederá el sobreseimiento libre “cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa”.

<sup>7</sup> Únicamente cabe acordar el auto de sobreseimiento libre *ex* artículo 637.3o., LECr, cuando la exención aparezca en el sumario de forma indudable, porque, de lo contrario, tendría que abrirse el juicio oral para practicar prueba y resolver en su virtud lo que proceda (véase artículo 640, LECr). Asimismo, deberá continuarse el juicio hasta sentencia cuando se pretendan imponer medidas de seguridad (*ex* artículo 3, CP, y 782.1, LECr).

<sup>8</sup> Así viene reconociéndose desde hace años por la doctrina (véanse, entre otros, De la Oliva Santos, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, CERA, 1991; Moreno Catena, V. (dir.), *El proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, vol. III, p. 1934, pp. 178 y 180; Gómez Colomer, J. L., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; Mascarell Navarro, M. J., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia, General del Derecho, 1993, p. 45, y Romero Pradas, M. I., *El sobreseimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 371) y jurisprudencia [véanse, entre otras, SSTs del 14 de mayo de 1993 (RAJ 4144), del 15 de julio de 1994 (RAJ 6455), del 16 de febrero de 1995 (RAJ 1176), del 15 de octubre de 1998 (RAJ 8714) y, más recientemente, del 1 de marzo de 2002 (RAJ 4120) y del 8 de mayo de 2002 (RAJ 5959)]. Mas no fue siempre pacífica la opinión sobre este particular; buena muestra de ello fue el titubeante criterio sostenido entre los años 1884 y 1908 por la Fiscalía del Tribunal Supremo (véase al respecto las *Memorias* de los años 1884, 1892, 1903 y 1908).

<sup>9</sup> Iguales efectos que los que se derivan de las resoluciones previstas en los artículos de la CFPP antes citados (véase artículo 139, CFPP).

artículo 168, CFPP), en España es suficiente la simple noticia de un hecho delictivo o los meros indicios de su existencia para que se inicie la instrucción.<sup>10</sup> De forma gradual, las sucesivas actuaciones llevadas a cabo por el juez en esta primera fase irán precisando de un mayor grado de certeza, hasta llegar al examen decisivo operado en la fase intermedia —y, en este sentido, para acordar el procesamiento deben apreciarse “indicios racionales de criminalidad” (artículo 384, LECr), y para decretar una prisión provisional se exige junto a la constancia de la existencia de un hecho con caracteres de delito, la apreciación de “motivos bastantes” para creer responsable criminalmente del delito al sujeto pasivo del proceso (artículo 502, LECr)—. De este modo, una vez agotada la instrucción,<sup>11</sup> si ya no se ofrecieren más perspectivas de éxito en la investigación, debe analizarse si el material obtenido supera o no el denominado juicio de probabilidad.

Llegados a este punto, si no se hubieren desvanecido los indicios sobre el hecho y/o sobre el sujeto, pero éstos tampoco fueren bastantes para dar lugar a la apertura del juicio oral, deberá acordarse un auto de sobreseimiento provisional.

En virtud de lo que establece el artículo 641, LECr,<sup>12</sup> dos son los motivos que dan lugar a esta resolución: a) la insuficiencia objetiva, que comprende aquellos casos en los que, a la vista del material derivado de la instrucción, no quedara acreditada la comisión del hecho delictivo de for-

<sup>10</sup> De hecho, a pesar de que el Código Federal mexicano y la Ley de Enjuiciamiento española coinciden en denominar “instrucción” a la primera fase de su proceso penal, cumplen finalidades completamente distintas. A saber, mientras en España éste es el estadio procesal idóneo para la investigación —judicial—del delito y de su presunto autor, en México el comienzo de esta fase procede sólo cuando resulten de las averiguaciones dirigidas por el Ministerio Público datos suficientes para que éste sostenga la acusación.

<sup>11</sup> Agotada, que no simplemente finalizada. Esto significa, según nuestro Tribunal Constitucional, que no vale a estos efectos cualquier tipo de actividad instructora, sino que ésta ha de ser exhaustiva, debiendo haberse agotado previamente todos los medios de investigación procedentes (STC 46/1982, del 12 de julio y STS del 3 de mayo de 1999 –RAJ 3855–).

<sup>12</sup> Conforme señala el tenor literal del artículo 641, LECr, procederá el sobreseimiento provisional: “1o. Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa; 2o. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”.

ma bastante, y b) la insuficiencia subjetiva, que resulta de aplicación cuando, teniendo constancia del elemento objetivo, faltaran datos sobre la persona que ha cometido el hecho delictivo.

La bondad de esta institución reside en su potencial para salvar las imperfecciones del sistema de persecución estatal. Así, se evita la impunidad de aquellas conductas que, de haberse sometido a juicio oral, difícilmente habrían podido ser sancionadas, dada la debilidad del material que hubiere sustentado la acusación. En este sentido, señalaba el Tribunal Supremo que el artículo 641, LECr “es una norma de prudencia para los casos de prueba endeble, poco sólida y segura” (STS del 18 de diciembre de 1993 [RAJ 9574]). En definitiva, con estas resoluciones se evita poner en marcha inútilmente el aparato represivo estatal cuando se estime que, casi con total seguridad, el proceso, de continuar, finalizaría con una libre absolución por falta de pruebas.<sup>13</sup>

Ahora bien, para que esta resolución esté justificada en nuestro ordenamiento desde el punto de vista constitucional [a la luz de garantías como la seguridad jurídica (artículo 9.3, CE) o la presunción de inocencia (artículo 24, CE)] y que, en consecuencia, ante la impotencia investigadora del Estado para encontrar apoyo bastante para la apertura del juicio oral, el curso de la causa pueda paralizarse, no debe permitirse que las consecuencias de estos autos perjudiquen al imputado. A tal efecto, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal necesita regular expresamente dos cuestiones preteridas hasta el momento, como son los efectos del sobreseimiento provisional, y, en segundo lugar, los presu-

<sup>13</sup> Ésta sería la única resolución posible en estos casos, ya que, como sucede en México (artículo 23 de la Constitución), en España también está prohibida la absolución de la instancia (artículo 144, LECr). Son dignas de mención las palabras dedicadas por Alonso Martínez a esta abolida institución en la magnífica exposición de motivos de la LECr: “Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de ‘liberto’ de por vida, verdadero ‘siervo’ de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código, como había sido antes condenada por la ciencia, por la Ley de 1872 y por la Compilación vigente. De esperar es que las disposiciones de la nueva Ley sean bastantes eficaces para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo a injerirse en forma más o menos disimulada en nuestras costumbres judiciales”.

puestos y los márgenes temporales en que debe operar la reapertura,<sup>14</sup> para evitar que se desvirtúen los fines que persigue dicho auto.<sup>15</sup>

Por lo que se refiere a la cuestión de sus efectos, tras el auto de sobreseimiento provisional debe ponerse fin a toda medida que sujete al imputado a la causa, debiendo, en consecuencia, alzarse toda medida cautelar que le afecte y dejar sin efecto el procesamiento, en caso de que se hubiera dictado; asimismo, el imputado queda facultado para el pleno ejercicio de sus derechos, incluyendo, por ende, el derecho a restablecer su honor persiguiendo al querellante como calumniador (artículo 205, CP). Con el auto de sobreseimiento provisional queda además expedito el camino para el ejercicio de las acciones civiles ante los tribunales civiles, así como para la continuación de aquellos procesos no penales que hubieran sido paralizados como consecuencia de la incoación del penal.

Señalemos, por último, en relación con el tema de la reapertura, que, a pesar de que no puede predicarse fuerza de cosa juzgada material de los autos de sobreseimiento provisional, sí cabe hablar de una cierta eficacia preclusiva con relación al material probatorio ya examinado en el proceso (véase en este sentido, STS del 30 de junio de 1997 [RAJ 4959]); de hecho, esta imposibilidad de volver *in idem* debe servir de parámetro para fijar los presupuestos de la reapertura, garantizando de este modo una

<sup>14</sup> Hoy en día la prescripción se configura como el único límite temporal a la situación interina que deriva del sobreseimiento provisional. Mas el hecho de poder interrumpirla tantas veces como se considere oportuno, dando lugar al reinicio de su cómputo, pone de manifiesto la necesidad de reformar su regulación, para no dejar vacío de contenido este instituto, sino que, además, se resta eficacia al *ius puniendi* estatal, máxime si las eventuales reaperturas de la causa se fundan en fines distintos a los estrictamente jurídicos. Por estas razones, consideramos que tras el sobreseimiento provisional debería comenzar a correr un plazo de caducidad que, sin impedir que la causa pudiera ser reabierta, evitase tanto la prolongación excesiva de los estados de quietud del proceso como la celebración de juicios orales que, por extemporáneos, se reputaren a todas luces indebidos.

<sup>15</sup> No puede olvidarse a este respecto que la propia reapertura da sentido al sobreseimiento provisional. Porque el hecho de que se prediquen de estos autos las notas de interinidad, provisionalidad o temporalidad no implica que la causa deba permanecer simplemente archivada durante un cierto tiempo, en un estado de aquiescencia. Por el contrario, debe exigir del Estado un esfuerzo constante para que sea posible que puedan aparecer nuevos datos sobre la causa que, en su caso, puedan dar lugar a su reapertura.

cierta estabilidad mientras no haya motivos nuevos y suficientes que enerven ese estado de quietud.<sup>16</sup>

### 3. *Motivos de oportunidad*

Si bien en numerosos ordenamientos europeos el proceso puede paralizarse durante la fase intermedia por motivos de oportunidad (v. g. Alemania [§§ 153 y 154, StPO] y Portugal [artículos 280 y 281, CPP]), en España las únicas concesiones a este principio se encuentran en el enjuiciamiento de menores. En dicha sede, el artículo 19 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor<sup>17</sup> permite que el fiscal desista de la continuación del expediente, a la espera de que se cumplan las condiciones acordadas (ya sea conciliación con la víctima, ya compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado por el delito o de cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe), de tal modo que, según cuál sea la conducta del menor, pueda, bien continuarse el procedimiento, bien ponerse fin a la causa. En este último caso, el proceso penal concluye con carácter definitivo mediante auto de sobreesamiento libre.

### 4. *La existencia de obstáculos procesales a la apertura del juicio oral*

Si bien es cierto que algunas cuestiones procesales pueden ser puestas de manifiesto desde el inicio del proceso (y, en este sentido, cabría *ab initio* apreciar, por ejemplo, la cosa juzgada), es preciso en todo caso controlar su concurrencia con carácter previo a la celebración del juicio oral. Como antes ya apuntamos, entendemos que el examen de estas cuestiones hubiera tenido mejor encaje en la fase intermedia,<sup>18</sup> si bien la

<sup>16</sup> Novedad y suficiencia son también los criterios exigidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales para que tenga lugar la revisión de sentencias firmes *ex* artículo 954, LECr. Destacan, entre otras, las SSTs del 30 de junio de 2000 (RAJ 6794), del 16 de septiembre de 2000 (RAJ 7993) y del 17 de febrero de 1999 (RAJ 508), así como los AATS del 8 de mayo de 2000 (RAJ 7505), del 6 de abril de 1999 (RAJ 3312), del 14 de octubre de 1998 (RAJ 8946) y del 11 de marzo de 1994 (RAJ 2130).

<sup>17</sup> Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero (BOE núm. 11, del 13 de enero de 2000).

<sup>18</sup> Tesis que también sostiene Ormazábal Sánchez, G., *El período intermedio del proceso penal*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 125 y ss.



Ley de Enjuiciamiento Criminal lo ha previsto una vez dictado el auto que acuerda la apertura del juicio oral. Para ello se ha articulado el mecanismo de los “artículos de previo pronunciamiento” en el proceso ordinario (artículo 666, LECr) y las “cuestiones previas” en el abreviado (artículo 786.2), que permiten poner de manifiesto, entre otras,<sup>19</sup> las siguientes cuestiones: la falta de competencia de cualquier tipo, la cosa juzgada, la prescripción del delito, el indulto o la falta de autorización administrativa para proceder en los casos en que sea necesaria.

La mayor parte de estas cuestiones se resuelven mediante auto de sobreseimiento libre, salvo las que se refieren a los supuestos de falta de competencia y las que ponen de manifiesto la ausencia de suplicatorio, si bien procede también concluir el proceso cuando tal solicitud sea denegada.

### *5. La inactividad del Ministerio Fiscal para ejercer la acción penal*

Recientemente se ha introducido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal un precepto similar al artículo 291, CFPP, sobre la inactividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Desconocemos si el motivo inicial de tal previsión en la ley procesal penal mexicana coincide con el que ha llevado al legislador español de 2002 a su regulación, que no es otro que tratar de impedir que la práctica viciosa del Ministerio Público de no presentar el escrito de acusación en plazo determine, como venía ocurriendo, la suspensión de las actuaciones durante meses. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 38/2002, del 24 de octubre<sup>20</sup> esta previsión gozaba de un alcance más amplio —contemplada inicialmente en sede de procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido para determinados delitos (procedimiento conocido como “juicios rápidos”) —, si bien, dadas las numerosas y severas críticas vertidas en su contra, a la postre se ha restringido meramente a los “juicios rápidos”.

En virtud del artículo 801, LECr, una vez abierto el juicio oral, si no se hubiera personado acusación particular en la causa, debe ponerse fin

<sup>19</sup> Pese al tenor literal de la Ley, la jurisprudencia viene admitiendo que se planteen como artículos de previo pronunciamiento otro tipo de cuestiones procesales [por todas, véase la STS del 13 de marzo de 1968 (RAJ 1413)].

<sup>20</sup> Ley de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE núm 258, del 28 de octubre de 2002).

al proceso siempre que el fiscal no presentare escrito de acusación en plazo. Esto es, pese a la previa afirmación de la concurrencia de los presupuestos jurídico-materiales que hace el Ministerio Público al suscribir la petición de apertura del juicio oral, si luego hace dejación de sus funciones, el proceso debe finalizar sin posibilidad de reapertura. La sanción aparejada es muy severa, puesto que la resolución de sobreseimiento libre tiene, como ya apuntamos antes, efectos análogos a los de las sentencias absolutorias; de tal modo que la negligencia del fiscal conlleva la impunidad de un sujeto a quien se había imputado fundadamente un delito. Por ello resulta razonable que se hayan previsto una serie de paliativos para evitar su aplicación inmediata, a saber: el ofrecimiento de acciones a los ofendidos y perjudicados conocidos, y, en segundo lugar, el requerimiento al superior jerárquico del fiscal para que, en el plazo legal de dos días, presente el escrito. Incluso tras acudir a estas dos “vías de escape”, la solución de acordar un auto de sobreseimiento libre puede reputarse también excesiva, si bien consideramos que debe acogerse como un mal menor, ante la falta de una alternativa viable para conseguir el fin antes apuntado.<sup>21</sup>

#### IV. EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Teniendo en cuenta todo lo referido anteriormente, cabe entender que el sobreseimiento, especialmente cuando se acuerda ante la ausencia de los presupuestos jurídico-materiales de la acción penal, sirve a los fines de la fase intermedia, en cuanto estadio procesal de control y filtro de la acusación. Por este motivo, no podía preterirse en este estudio una breve examen del sentido y del alcance del control de la acusación en el ordenamiento español.

##### 1. *Introducción*

A primera vista, la necesidad de un control judicial de la acción penal podría reputarse contraria a la vigencia del principio acusatorio. A saber:

<sup>21</sup> En este sentido, descartamos como opción posible el sobreseimiento provisional, puesto que únicamente daría lugar a la suspensión del proceso, que justamente constituye el mal que se pretende precaver con esta reforma.

cabría estimar que cuando el tribunal analiza la suficiencia de la acusación está sustrayendo esta tarea a quienes la tienen legalmente encomendada, excediéndose del ámbito de sus funciones. Mas un acertado entendimiento del citado principio, como necesidad de que alguien sostenga la acusación como presupuesto de la apertura del juicio oral,<sup>22</sup> resulta plenamente compatible con dicho examen judicial, dado que no existe, ni siquiera en manos del Ministerio Fiscal, un derecho incondicionado a acusar.<sup>23</sup> En este sentido, señala Montero que “la atribución de la condición de parte acusadora al Ministerio Público, sujeto a la legalidad, no convierte a éste en titular de derecho subjetivo alguno. La actuación del Derecho Penal en el caso concreto sigue siendo monopolio de los tribunales”.<sup>24</sup> La vigencia del principio de oficialidad en el proceso penal español obliga a que se garantice este control durante la fase intermedia, con objeto de que las peticiones de las partes se adecuen siempre a las exigencias de legalidad.

## 2. *El órgano encargado del control de la acusación*

Partiendo del carácter judicial de dicho control, una de las cuestiones nucleares reside, sin lugar a dudas, en determinar a qué órgano debe encomendarse dicha tarea.

En un sistema como el español, en el que las tareas de instruir y de enjuiciar competen a órganos distintos, cabría pensar en las siguientes opciones que pasamos a exponer a continuación.

<sup>22</sup> En este sentido, De la Oliva Santos, A. (dir.), *Derecho procesal penal*, Madrid, CERA, 2002, p. 63, y Armenta Deu, T., *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 31.

<sup>23</sup> En reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido este criterio en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido, señala que “no se trata, desde luego, de un derecho incondicional a la apertura y sustanciación del proceso hasta la fase del plenario, pero sí a una resolución motivada de los órganos judiciales sobre la valoración jurídico-penal de los hechos objeto de la querrela, por lo que se satisface también por una resolución de archivo acordada en fase instructora” (así en STC 203/1989, del 4 de diciembre y, en sentido similar, en las sentencias 351/1993, del 29 de noviembre y 85/1997, del 22 de abril).

<sup>24</sup> Véase Montero Aroca, J., *Principios del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 58.

En primer lugar, podría atribuirse tal competencia al tribunal enjuiciador, tal y como ocurre en el proceso ordinario por delitos graves (artículo 622, LECr). Esta solución presenta, sin embargo, un severo inconveniente, ya que pone gravemente en peligro la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Como bien señala De la Oliva Santos, esta garantía es lesionada “por el prejuicio y no por la investigación en sí misma”, razón por la cual lo que importa a estos efectos es “si el juez, por lo que hace o por lo que tiene que examinar —aunque lo hayan hecho otros— ha de realizar operaciones intelectuales y volitivas o necesariamente se ha de ver envuelto en procesos psicológicos, interiores o íntimos que implican un prejuicio sobre unas conductas y/o unas personas...”.<sup>25</sup> Teniendo todo esto en cuenta, no cabe duda que las actividades que desempeña el tribunal en la fase intermedia no son meros actos de ordenación procesal, sino que suponen normalmente una calificación anticipada de los hechos y que, por tanto, a nuestro entender, pueden “contaminarlo” para ejercer posteriormente su labor enjuiciadora.

La segunda opción pasa por encomendar este control al órgano instructor, a modo de lo previsto para el procedimiento abreviado (artículos 780 y ss., LECr). Esta solución respeta la imparcialidad, puesto que, como afirma el Tribunal Constitucional, la vulneración de esta garantía “no es alegable en fase de instrucción del sumario o de diligencias previas”, ya que “sólo se consuma tras el fallo de la causa..., es decir, cuando se constata efectivamente que el juez o magistrado que ha realizado auténticas actividades de instrucción ha intervenido también en el enjuiciamiento del acusado” (STC 32/1994, del 31 de enero). Únicamente podría objetarse que, dado que el instructor suele ser un órgano unipersonal, podría restarse intensidad al control de la acusación.

Así, salvando los inconvenientes de las dos opciones anteriores, cabría atribuir esta facultad a un órgano distinto del instructor o del enjuiciador, solución que podría concretarse de dos formas distintas: bien habilitando en los tribunales que hayan de conocer de la causa una sección distinta, que únicamente se encargara de este examen de la acusación y de acordar el sobreseimiento o la apertura del juicio oral; bien creando unos específicos tribunales para conocer de la fase intermedia (jueces o tribuna-

<sup>25</sup> Véase De la Oliva Santos, A., *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, PPU, 1988, p. 30.

les de apertura, en palabras de Roxin).<sup>26</sup> Somos, empero, conscientes, de la dificultad práctica de aplicar una solución como ésta, y, por ello, mientras no deje de ser una propuesta de *lege ferenda* nos inclinamos por la generalización de la segunda opción a todas las modalidades procedimentales.

### 3. *El alcance del control de la acusación*

Resta, por último, determinar qué posibilidades de desvinculación tienen los tribunales respecto de las peticiones de las partes. A tal efecto, ha de atenderse a las peticiones que en cada caso hubieran suscrito las acusaciones.

Primeramente, analicemos en qué medida quedan vinculados los órganos judiciales a las peticiones de sobreseimiento. En otras palabras, cómo puede reaccionar el tribunal si, pese a lo solicitado por las partes, aprecia la concurrencia de los presupuestos materiales de la acción penal. Lógicamente, las exigencias del principio acusatorio impiden que el tribunal plantee un acta o escrito de acusación de oficio.<sup>27</sup> Ahora bien, para lo que sí está legalmente facultado es para buscar a alguien dispuesto a ejercerla. A tal fin se arbitran los dos mecanismos siguientes: en primer lugar, el ofrecimiento de acciones a los ofendidos o perjudicados por el delito (artículos 642 y 643, LECr), que permite al tribunal intentar buscar acusador; y, en segundo lugar, para el caso de que nadie respondiera a esta llamada, el requerimiento al fiscal superior para que éste resuelva sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (artículo 644, LECr). A partir de la reforma operada recientemente en nuestro ordenamiento procesal penal, estas normas son de aplicación tanto al procedimiento ordinario por delitos graves como al abreviado (artículo 782.2, LECr).

En segundo lugar, cabe plantear cuál debe ser el alcance del control judicial cuando las partes piden la apertura del juicio oral. Dada la ya mencionada necesidad de que el tribunal examine, en todo caso, la concurrencia de los presupuestos jurídico-materiales de la acción para evitar que se celebren juicios orales infundados, este examen debería ser espe-

<sup>26</sup> Véase Roxin, K., *Strafverfahrensrecht*, Munich, C.H. Beck, 1998, p. 326.

<sup>27</sup> Prohibición a la que se refiere expresamente el punto XXVI de la magnífica exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

cialmente intenso en la fase intermedia. Como buena muestra de ello, en el procedimiento abreviado se permite al juez instructor desvincularse en todo caso de las peticiones de apertura de las acusaciones, acordando auto de sobreseimiento libre o provisional (véase artículo 783, LECr), según corresponda. Distinto alcance tiene, sin embargo, esta facultad en sede de procedimiento ordinario para delitos graves, dado que durante su fase intermedia el tribunal sólo podría poner fin al proceso si apreciase la atipicidad del hecho (ex artículo 645, LECr, que únicamente permite la desvinculación en virtud del segundo apartado del artículo 637, LECr). Esto se debe a que esta función de control del ejercicio de la acción penal se cumple en un estadio procesal previo: en el momento de acordar el auto de procesamiento. De este modo, este primer filtro garantiza en cierta medida que, de no haberse dejado sin efecto durante la fase intermedia lo dispuesto en dicha resolución, exista una probabilidad de que se haya cometido el delito, suficiente como para que el juicio oral no resulte infundado.