

## HACIA UN NUEVO PROCESO PENAL (*INVESTIGACIÓN Y JUICIO DE ACUSACIÓN*)

**Raquel Castillejo Manzanares**

Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidade de Santiago de Compostela

**Resumen:** La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sufrido varias reformas que han evidenciado la acuciante necesidad de una nueva Ley. A este respecto, son varias las cuestiones que requieren un tratamiento distinto al actualmente dado, así la fase de instrucción, a fin de evitar su desmedida duración, su conversión en fase pública, y su trascendental incidencia en el juicio oral; la transformación de la fase intermedia en un verdadero juicio de acusación; la introducción del principio de oportunidad reglada por razones esencialmente de interés social y utilidad pública; o la limitación en el ejercicio de la acción popular, en la línea que actualmente mantiene el Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** Juicio de acusación, principio de oportunidad reglada, acción popular.

**Abstract:** The Law of Criminal Prosecution has suffered several reforms that have demonstrated the pressing need of a new Law. In this regard, there are different the questions that need a different treatment to nowadays given, like that the phase of instruction, in order to avoid his excessive duration, his conversion in public phase, and his transcendental incident in the oral judgment; the transformation of the intermediate

---

Recibido: mayo 2009. Aceptado: octubre 2009

phase in a real judgment of accusation; the introduction of the principle of opportunity ruled for reason essentially of social interest and public utility; or the limitation in the exercise of the popular action, in the line that nowadays supports the Supreme Court.

**Keywords:** judgment of accusation, principle of ruled opportunity, popular action.

## I. La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las sucesivas reformas

La Constitución de Cádiz de 1812 es un texto fundamental en la historia constitucional del siglo XIX. A partir de ella se produce una evolución legislativa que termina con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se pasa de un proceso penal inquisitivo al acusatorio formal o mixto, según el modelo francés del *Codex de Instruction Criminelle* de 1804<sup>1</sup>.

A lo largo de este periodo son varios los hitos que cabe destacar. Así el Reglamento Provisional para la Administración

---

1 Nos relata MORENO CATENA, V., *El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*, Cuadernos de Derecho Judicial “Sistemas penales europeos”, vol. 4/2002, págs. 37/38, como España se incorporó muy tardíamente, nada menos que en la década de los 80 del siglo XIX, al movimiento codificador que había permitido articular el Estado liberal en el resto de los países europeos continentales, a partir de la obra de Napoleón. Tras el revulsivo que supuso la Constitución de 1812, los vaivenes políticos que se sucedieron en nuestro país repercutieron de una forma decisiva y negativa en la modernización del sistema jurídico, debido a la absoluta incapacidad de responder a las demandas de los nuevos tiempos ante la falta de una decisión política mínimamente duradera. Tras la reforma orgánica operada por el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, se suceden uno tras otro proyectos, borradores, discusiones, que no llegan a cristalizar en nada hasta unas normas provisionales para la aplicación del Código penal de 1850, y luego la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, para aprobarse en 1879 una Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento penal.

En la LECrim de 1882 el legislador se proclama inspirado en los ordenamientos europeos más avanzados, y ciertamente consigue dotar a España de un Código procesal penal respetuoso con los derechos de los litigantes, sobre todo con los derechos del imputado, moderno y bien estructurado.

de Justicia de 26 de septiembre de 1835, en cuanto algunas de sus disposiciones fueron incorporadas a la LECR de 1872, y posteriormente otras se agregaron a la Recopilación General de 1879, antecedente de la LECr de 1882. También la LOPJ de 1870 en la que se contenían numerosas normas de derecho procesal, las que a través de la recopilación general de 1879 se incorporaron a la ley vigente.

Pero sería la LECr de 1872 la que introdujo un nuevo sistema de enjuiciamiento, regulando en sus tres libros el sumario, el juicio oral, en el que incluía el procedimiento ante el jurado, los recursos de casación y revisión y la ejecución de sentencias, y por último, el juicio de faltas.

Con posterioridad, por Decreto de 3 de enero de 1874 se suspendió el jurado y el juicio oral y público, sancionándose en 1876 la nueva Constitución, a partir de la cual, en 1879 se forma una compilación general en la que se compendian todas las disposiciones que sobre competencia en lo criminal, recursos de fuerza en conocer, y recusación de jueces, magistrados y asesores contenía la LOPJ.

Pero será el 11 de febrero de 1881 cuando se sancione y el 22 de junio de 1882 se promulgue una Ley de Bases, que autorizó al Gobierno a redactar y publicar una Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que se promulgó por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. En este Código se instaura un principio acusatorio avanzado, por dividir el proceso en la instrucción y el juicio oral, conferir competencia a dos órganos jurisdiccionales distintos, consagrar la acusación particular y privada, fortalecer el derecho de defensa dentro de la instrucción, vincular el nacimiento de la imputación al auto de procesamiento, y consagrar el derecho del acusado a ser juzgado en un juicio oral y público.

Con posterioridad, hasta hoy, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sufrido varias reformas<sup>2</sup>, lo que evidencia la acuciante

---

2 Así, la Ley de 28 de junio de 1933, reformó por primera vez el recurso de casación; la Ley de 8 de junio de 1957, modificada a su vez por la Ley de

necesidad de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los numerosos parches de la actual, no han hecho sino complicar el panorama del proceso penal, con disposiciones que ponen de manifiesto las divergentes necesidades a las que han ido respondiendo las sucesivas reformas.

---

30 de julio de 1959 reguló el procedimiento de urgencia para determinados delitos; la Ley 3/1967, de 8 de abril, junto al procedimiento por delitos y el juicio de faltas ya contemplados en la LECR de 1882, introduce dos procedimientos ordinarios, el de las diligencias preparatorias y el sumario de urgencia; la LO 10/1980, de 11 de noviembre, adiciona el procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes; la Ley 28/1978, de 26 de mayo, agrega un último párrafo al artículo 746 LCR sobre la suspensión del juicio, así como un párrafo 5º al artículo 850; la Ley 33/1978, de 17 de julio, da nueva redacción a los artículos 273 y 166 LECr, reformando el modo de efectuar notificaciones, citaciones y emplazamientos; la Ley 14/1983 de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución en materia de Asistencia Letrada al Detenido y al Preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley 6/1985, de 27 de marzo, que modifica el artículo 849.2 LECr, a fin de hacer desaparecer el documento auténtico a efectos de casación como ya se había hecho en la LEC; la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, introduce varios preceptos en la LECr, así el 384 bis, 504 bis, 520 bis, y 579; la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, resulta de fundamental transcendencia en cuanto crea el procedimiento abreviado; la ley 21/1988, de 19 de julio, reforma la casación, en concreto y de forma fundamental el régimen de admisión del recurso; la LO 12/1991, de 10 de julio, por la que se regula la concurrencia de determinadas personas a los llamamientos judiciales por razón del estatus que ocupan dentro de la estructura del Estado; la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, en la que las leyes procesales sufren un proceso de modernización; introduce el Tribunal del Jurado por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo; por Ley 22/1995, de 17 de julio, se adecua la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional en lo relativo a los registros domiciliarios; por Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, se modifica la LECr, extendiendo en su artículo 263 bis la regulación de la entrega vigilada del tráfico de drogas a otras formas de criminalidad organizada, además se añade un nuevo artículo 282 bis para dar habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada; por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, se modifican los artículos 13 y 109 LECr, y se introduce un nuevo artículo 544 bis, con los que se persigue facilitar la inmediata protección de la víctima de malos tratos, además se

## II. El modelo de proceso penal

La investigación de los hechos delictivos, como fase previa al juicio oral, requiere la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, por ello no ha cabido sino oficializar esta fase, exigiéndose el control por el órgano jurisdiccional.

Precisamente por ello y en atención a los posibles riesgos de parcialidad en los que puede incurrir el juzgador, se ha hecho necesaria la separación orgánica y funcional entre las distintas fases de investigación y juicio oral.

Nuestro actual modelo de proceso penal surge de la Revolución Francesa, y hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y el respeto por la persona humana, siendo una de sus primeras derivaciones el situar al hombre en el centro del procedimiento penal, pasando el imputado a ser protagonista en vez de objeto de la investigación. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la etapa de las *inquisiciones generales*<sup>3</sup>.

Así bien, nuestro proceso penal se rige por el principio acusatorio, cuya premisa básica estriba en la necesaria existencia

---

reforma el artículo 104 para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos; la Ley 38/2002, de 24 de octubre, crea un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, que en ciertos casos permite el enjuiciamiento inmediato de los mismos; por LO 13/2003, de 24 de octubre, se reforma la prisión provisional; de hondo calado social son la ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica., al igual que la ley Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, consecuencia de que las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores.

3 MORENO CATENA, V., *El proceso penal español...*, cit., pág. 21.

de una parte acusadora, que ejerciendo la acción penal pida la apertura del juicio, al estarle vedada al Tribunal la conversión en acusador para garantizar así su imparcialidad, a la vez que exige que el juzgador no sobrepase el objeto del proceso condenando por hechos distintos de los que fueron objeto de acusación o a persona distinta del acusado<sup>4</sup>.

Una primera cuestión respecto al principio acusatorio se concreta en la máxima “*nemo iudex sine actore*”. Pero a este necesario ejercicio de la acción penal por un sujeto distinto al juez le sigue el necesario control de su seriedad. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, considerando que la resolución del órgano jurisdiccional sobre el sobreseimiento o apertura del juicio oral es el resultado de valorar la seriedad de la pretensión punitiva. De modo tal que debe llevar a cabo, un juicio de racionalidad, en cuanto supone una estimación de que hay motivos suficientes para entrar en el juicio<sup>5</sup>. No puede ser de otra forma, teniendo en cuenta lo fundamental de esta fase en la que, si no se dan los presupuestos para sostener la acción penal es imposible pasar al plenario porque la acusación de la querrela es simplemente pretendida, pero sólo cuando sea reconocida en el auto de apertura del juicio oral se produce el presupuesto necesario para juzgar al sujeto pasivo<sup>6</sup>.

Por último, con respecto a los límites del juzgador respecto al objeto del proceso, no es más que fruto de la obligación del juez de resolver en congruencia con lo pedido, pasa de concretarse en que la congruencia penal queda establecida por la inmutabilidad del hecho controvertido, pudiéndose imponer, por tanto, una pena cuantitativamente superior a la pedida por las acusaciones<sup>7</sup>; a una mayor restricción en cuanto exige la vinculación del tribunal a la

---

4 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1986, pág. 121.

5 SSTS de 2 de diciembre de 1997 y de 20 de marzo de 2000.

6 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1985, pág. 89.

7 Según la STS de 7 de diciembre de 2006 “*el tribunal puede imponer pena más grave que las solicitadas por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites establecidos, pues la*

concreta petición de pena realizada por las acusaciones, entendiéndose el Tribunal Supremo<sup>8</sup> que dicha vinculación a la pena en concreto solicitada, “*como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio*”. Con esta resolución sigue el alto Tribunal la doctrina emanada del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, según el cual “*el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa*”.

*...de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. En consecuencia, no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa”*.

Al respecto no coincidimos con dicha doctrina, en cuanto el principio de legalidad faculta al Tribunal para recorrer la extensión de penalidad —arts. 733 y 789.3 LECr—, por lo que el quantum punitivo es una circunstancia accesoria que podría superar siempre dentro de aquel límite, sin que por esa razón haya de proclamarse su conversión en acusador<sup>9</sup>.

### III. El ejercicio de la acción penal

El principio acusatorio informa de quién inicia el proceso y quién fija su objeto, pero cabe dar un paso más y referirse a quién

---

*vinculación del órgano jurisdiccional deriva de la ley y no de las peticiones de las partes y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación”*.

8 STS de 12 de enero de 2007.

9 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Barcelona, 2007, pág. 59.

debe aportar al proceso los hechos y las pruebas de los mismos —facultades materiales de dirección del proceso—.

En cuanto a la aportación de los hechos al proceso, es claro que por regir en nuestro sistema procesal penal el principio acusatorio, corresponde a persona ajena al juzgador el determinar el objeto del proceso, aunque deba ser el juez, como después tendremos ocasión de exponer, quien lo fije tras su juicio de acusación. Es por ello que el órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador. Esto es, el principio acusatorio exige que todos los hechos que sirvan para la identificación del objeto del proceso sean introducidos y mantenidos, hasta el trámite de las calificaciones definitivas, por una persona distinta al órgano jurisdiccional, de manera que no pueda decirse que éste ha tomado parte activa en la construcción o sostenimiento de la tesis acusadoras a lo largo del proceso, salvando así la imparcialidad en su aspecto más externo<sup>10</sup>.

Sentado lo anterior, entendemos que el principio acusatorio exige el ejercicio y sostenimiento de la acción por un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral<sup>11</sup>. De manera tal que en el proceso penal el principio acusatorio ha de ser entendido en el sentido de que no hay proceso sin acusación, y el de contradicción, traducido en no hay condena sin proceso, de modo tal que “*la acusación nos lleva al proceso, y el proceso nos lleva a la condena o absolución*”<sup>12</sup>.

---

10 DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996, pág. 362.

11 SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1969, págs. 776/777.

12 VIADA LÓPEZ-PUIGGERVER, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, RDP, núm. 2, 1959, pág. 433.

Así pues, en el proceso penal, la acusación se identifica con el ejercicio de la acción penal, y aquélla, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, ha de ser clara y específica<sup>13</sup>.

Actualmente se considera que la querrela supone el ejercicio de la acción penal, sin embargo coincidimos con el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de octubre de 1969, en cuanto considera que “*no es el acta acusatoria propiamente dicha, sino la petición de apertura del proceso para la investigación de unos hechos que se suponen delictivos y que allí se relatan*”. De forma tal que los sujetos que solicitan se investiguen unos hechos determinados, no ejercitan el *ius persecuendi* desde el inicio mismo del proceso, sino cuando formulan la acusación a través de sus escritos de calificación o acusación.

Siendo así la acusación la premisa mayor del enjuiciamiento criminal, debe establecerse un adecuado control judicial de su ejercicio, ya que el proceso penal no precisa consumir más actividad de la necesaria para excluir la persecución de un sujeto que no sea responsable de los hechos que se le atribuyen<sup>14</sup>. El control judicial ha de tener lugar en el juicio de acusación, pero el que suponga un enjuiciamiento de fondo por el órgano jurisdiccional, no implica una decisión sobre el derecho de penar, sino sobre el derecho de acción penal<sup>15</sup>.

---

13 SSTC 14/1986; 34/1985; 72/1991; y 182/1991.º

14 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., pág. 39.

15 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., pág. 51, manifiesta al respecto que más allá de consideraciones dogmáticas sobre la punibilidad, es la inexistencia de motivos suficientes para acusar lo que determina la extinción del proceso. De ahí que no deba equipararse la expresión juicio de fondo con el juicio sobre el hecho, so pena de desconocer la existencia de otros enjuiciamientos intermedios de fondo que se materializan en resoluciones tales como los autos de procesamiento, de transformación en procedimiento abreviado, de sobreseimiento o de apertura del plenario.

## **IV. La fase de investigación. Problemas en la práctica forense**

### **1. La Duración**

Habiendo sido prevista la instrucción conforme al artículo 299 LECr, como una actividad preparatoria del Juicio oral<sup>16</sup>, su importancia en el actual proceso penal se revela de gran trascendencia, no acomodándose a su real finalidad, y ello debido a que las circunstancias que la rodean, hacen de ella una fase lejana a la prevista legalmente.

Una de estas circunstancias es su desmedida duración, causada, por un lado, por la exhaustividad con que el Juez investiga a fin de encontrar elementos suficientes para llevar a cabo el juicio de acusación, sin que el Ministerio Fiscal ponga coto a las diligencias instructorias que el juez ordena; por otro, a la necesaria especialización del Juez de Instrucción para perseguir las nuevas formas de delincuencia, lo que resulta contrario a la naturaleza de las funciones atribuidas a este Juez; y por último, a la aún elevada existencia de Jueces mixtos, con la consiguiente sobrecarga de trabajo.

### **2. Publicidad**

Otra circunstancia que la aleja de manera sustancial de su primigenia naturaleza, es su conversión en fase pública, lo que nos hace plantearnos el lugar que ocupa en el actual proceso penal el derecho a la presunción de inocencia.

En la actualidad se anticipa el reproche social que supone una sentencia condenatoria dictada tras un juicio contradictorio y público, a un momento muy anterior, con base únicamente en diligencias de investigación que deberían desembocar en un posible juicio de acusación.

---

16 En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en sentencia 32/1994, de 31 de enero, afirmando que la finalidad específica de las diligencias sumariales “no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino permitir la apertura del juicio oral,

### 3. Incidencia en el Juicio oral

Por último, la trascendencia que tiene la investigación en la fundamentación de una sentencia condenatoria, es ciertamente preocupante. En efecto, en la actualidad las diligencias de investigación, realizadas a presencia judicial, esto es, con intermediación aun sin contradicción, tienen una real eficacia en el juicio, sirviendo con carácter decisivo al enjuiciamiento penal<sup>17</sup>.

## V. La nueva fase de investigación

### 1. Duración máxima de la investigación

#### A. Fase de investigación secreta

Los problemas ya referidos que plantea la actual instrucción, a saber, su desmedida duración, que se ha convertido en una fase pública, ha acrecentado su valor y adquiere una gran

---

...proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para el desarrollo del debate contradictorio ante el Juez”.

- 17 MORENO CATENA, V., *El proceso penal español...*, cit., págs. 25 a 27. Al respecto recuerda VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político-constitucionales y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 2/1995, pág. 71, como en nuestro país, no obstante las proclamaciones constitucionales, la división en fases del proceso criminal tuvo un significado bien diverso del que había de adquirir tras la introducción, de breve duración, del juicio oral en la ley procesal provisional de 1872 y en la Ley de Enjuiciamiento de 1882. La fase plenaria podía prescindir de actividad probatoria y las partes, en sus escritos de acusación y defensa, habían de manifestar si se conformaban o no con las declaraciones testificales en la parte sumaria. La LECr de 1882 recogió el modelo napoleónico del CIC de 1808, con la pretensión de atribuir al juicio oral el protagonismo para la formación del material que fundase la sentencia.

Ferrajoli nos da cuenta cómo de modo unánime toda la Escuela Clásica italiana denunció la falacia del modelo hasta el extremo de que Carrara llegase a postular su depuración como tarea de una generación, y entre nosotros Tomás Vives diagnóstica, en lo que no es sino un eco de un sentir abrumadoramente mayoritario, que la fase escrita de los actuales procedimientos prevalece sobre el juicio oral cuya fugacidad constituye en ocasiones un auténtico escándalo, de manera que la vista pública no constituye, las más de las veces, sino una oscura sombra chinesca del sumario, siendo calificado por Serra de parodia del proceso.

relevancia en el resultado del proceso, podrían resolverse planteando una nueva fase del proceso penal, sustancialmente distinta a la prevista en el actual LECr, articulándola de la manera que se expone a continuación.

Se hace necesario prever un plazo máximo de duración de la investigación de los procesos penales. En ella se diferenciarían dos fases, una primera de investigación secreta, en la que el MF podrá admitir a trámite la querrela atendiendo a si el hecho presenta caracteres de delito. Esta valoración inicial se adopta “*en función de los términos de la querrela, de manera que si éstos como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión por resolución motivada*”. Por el contrario, cuando el relato fáctico tiene encaje en algún tipo penal “*debe admitirse la querrela sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de lo que resulte de las diligencias practicadas en el procedimiento*”<sup>18</sup>. Pues bien, una vez recibida la *notitia criminis* por el Ministerio Fiscal, éste podrá iniciar la investigación sin dar conocimiento a la persona del investigado, a fin de concluir con la existencia o no de indicios<sup>19</sup> racionales de criminalidad contra determinada persona. Esta primera fase pudiera parecer que entra en colisión con el derecho a un proceso con todas las garantías, y en concreto, con el derecho a ser informado de la acusación.

No obstante, tenemos que tomar en consideración para llegar a otra conclusión, que siendo el verdadero instrumento procesal de la acusación el escrito de conclusiones definitivas, de forma que el conocimiento de la misma “*se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales, y una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas*”, antes es precisa la imputación como *conditio sine*

---

18 ATS de 11 de noviembre de 2000.

19 Según el Tribunal Supremo en auto de 18 de junio de 1992, el significado que cabe atribuir al término “indicio” de la expresión del art. 384 LECrim es el de “una primera plataforma de la investigación criminal (algo distinto a cuanto significa prueba inducida como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido)”.

*qua non* para ejercitar el derecho de defensa, posibilitando el desarrollo dialéctico del proceso<sup>20</sup>. Por lo tanto, a fin de no vulnerar el derecho a ser informados de la acusación en el marco del debido proceso, el sujeto ha de tomar conocimiento de la imputación que sobre él se cierne, pero por el mismo motivo, mientras no haya imputación no tiene porque conocer que se ha abierto una investigación en el que él, como otros pueden hallarse implicados. En este sentido manifestó el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/1986, de 12 de noviembre que el derecho a ser informado de la acusación “*en su forma más aguda y radical, trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero que ignora de qué se le acusa*”.

Así bien, mientras no se atribuya a un sujeto concreto la comisión de un hecho punible, no puede haber imputación, y por tanto, no habrá puesta en conocimiento de la imputación, no habiendo nacido todavía el derecho de defensa. En este sentido, estamos muy de acuerdo con lo que ya se arguyó en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de que la desigualdad calculadamente introducida por lo criminal, obliga al Estado a tener alguna ventaja en los primeros momentos. Por ello se debe permitir “*la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el Juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública, ni estorba al descubrimiento de la verdad*”.

En definitiva, con la previa investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal sin dar conocimiento al investigado, no se vulnera el derecho de acusación en cuanto no ha sido todavía objeto de ella, ni se le pide participación al mismo en actividades de investigación que pretendan su imputación sin que él conozca porque hecho se le persigue. Así cabe inferirlo de lo manifestado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 135/1989, de 19 de julio, según la cual mediante la imputación formal “*se combate la situación de quien sin ser procesado puede ser interrogado por el Juez instructor o ser citado por él para intervenir en otro*

---

20 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., pág. 79.

*género de diligencias sumariales en relación con imputaciones más o menos fundadas, graves y verosímiles”, tratando de evitar que, “ignorante de lo que el juez inquiriere o pretende confirmar y falto de una asistencia técnica adecuada puedan producirse contra él... situaciones contrarias al derecho de defensa”<sup>21</sup>.*

### *B. Fase de imputación*

Concluyendo la existencia de indicios racionales, se abre una segunda fase de investigación en la que se dará intervención al querellante y al imputado<sup>22</sup>, habiendo sido éste declarado así por el juez de garantías. La imputación deviene fundamental a fin de evitar acusaciones sorpresivas a los ciudadanos, y así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/1990, al establecer que *“la acusación no puede exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que de otro modo se podrían producir, en la práctica acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieran gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar*

---

21 El mismo Tribunal Constitucional en su sentencia 135/1989, sigue manifestando que la vulneración del derecho de defensa se produce cuando se le hace participar al sospechoso de las diligencias de investigación sin previo conocimiento de los hechos por los que se sospecha, así dice que la reforma del artículo 118 LECr trató de remediar aquellas situaciones en las que “el Juez instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba, y podía interrogar a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de él, sin hacer posible su autodefensa y sin proveerle de la asistencia de letrado, de modo que tal interrogatorio podía conducir al declarante a pronunciar afirmaciones para él perjudiciales e incluso involuntarias autoincriminaciones que hubiera podido evitar en otro tipo de interrogatorios”.

22 Manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia 44/1985, que imputado se llama a “toda persona a quien se atribuya, más o menos fundadamente un acto punible, al efecto de permitirle ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido”.

*la legitimación pasiva en el proceso penal..., función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues de lo contrario, las partes acusadoras públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano”.*

La racionalidad de los indicios de culpabilidad, según manifiesta el Tribunal Constitucional, *“descansa necesariamente sobre unas facultades de ponderación de hechos y circunstancias que concurran, así como de valoración de las actuaciones ya practicadas, inherentes a la función de juzgar y que pueden considerarse discrecionales en su ejercicio”*<sup>23</sup>.

Por su parte la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1997, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha encargado de añadir un plus a la simple imputación de parte *“para que ésta produzca el efecto de situar al afectado en la posición procesal de imputado”*, haciendo recaer sobre el Juez instructor *“la responsabilidad de realizar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación”*<sup>24</sup>.

Con dicha valoración lo que hace el órgano judicial es exteriorizar un juicio de probabilidad sobre la posible comisión de un delito determinado y la implicación que en él tenga el imputado<sup>25</sup>. Dicho juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria, se consolidará o no según se dirija acusación por las partes acusadoras<sup>26</sup>.

---

23 ATC 324/1982, de 25 de octubre.

24 El Tribunal Constitucional en auto 173/1984, de 21 de marzo afirma que la exigencia de que el auto de procesamiento se apoye en indicios racionales de criminalidad *“significa que tiene que basarse en datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera posibilidad y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito que se constata con la formalización de un acto de imputación que constituye al procesado en parte procesal”*.

25 STS de 10 de junio de 2002.

26 STS de 3 de mayo de 1999.

En esta segunda fase querellante e imputado podrán proponer la práctica de las medidas de investigación que consideren convenientes. Si alguna de estas diligencias fueran rechazadas por el Ministerio fiscal, cabrá que formulen protesta, la que será resuelta en la fase del juicio de acusación por el Juez que de ésta conozca. Ambas fases deben tener un plazo máximo, el que, no cumplido, dará por terminada la investigación, sin posibilidad de continuar al juicio de acusación.

Contra la decisión de terminación de la fase de investigación sin dar comienzo al juicio de acusación cabrá recurso ante el juez de garantías.

Por tanto, el papel del Juez de Garantías y del Juez de Acusación serán diversas en materia de conocimiento de lo desarrollado en la instrucción. Siendo el primero el que resuelva sobre dictar o no resolución de imputación al investigado, y sobre la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. Pero también habrá de atribuírsele el recurso contra la decisión del Ministerio Fiscal de terminar la fase de investigación sin dar comienzo al juicio oral.

Mientras el Juez de la acusación, podrá, además de resolver sobre el fundamento de la acusación, sobreseimiento o apertura del juicio, realizar funciones de jurisdicción de segundo grado para la resolución de todas las apelaciones que se produjeran en la etapa de instrucción, especialmente, aquellas relacionadas con el auto de imputación, y también respecto a las medidas cautelares que se pudieren adoptar en este periodo, así como sobre las diligencias que fueren rechazadas durante la instrucción.

## 2. El secreto de las actuaciones

Debe procurarse que se limiten las informaciones sobre el sometimiento de una persona a un proceso penal, dada la trascendencia que para el imputado tiene el conocimiento general de esa noticia, puesto que normalmente se da y se lee como equivalente a una sentencia condenatoria.

De forma tal que en la fase de investigación, en la previa llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, sólo él conocerá de su existencia, junto a la policía que lleve a cabo la práctica de diligencias que ordene aquél. Y en la fase segunda de investigación en la que intervendrán también el Juez de Garantías, el imputado y el querellante, se pondrá especialmente cuidado en que la información no salga del juzgado.

### 3. Limitado valor de la investigación

Se deben imponer limitaciones a la investigación de forma tal que se restrinja a las diligencias imprescindibles, evitándose por todos los medios que en el juicio se pueda tener presente cualquier actuación instructora, salvo que se trate de una prueba anticipada o de preconstitución probatoria.

Para que semejante estructura tenga éxito, deviene ineludible la figura del MF, a quien debe atribuírsele la dirección de la investigación, quedando el órgano jurisdiccional como, por un lado, garante de los derechos de las partes, debiendo resolverse inmediatamente dentro de la fase de investigación, los recursos que el sujeto pasivo interponga por entender vulnerado algunos de sus derechos fundamentales; y por otro, como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos relativas a la práctica de diligencias, siendo resueltas en la fase del juicio de acusación por el juez que se encargue de conocer de ella.

## VI. La dirección por el Fiscal de la Investigación

### 1. Iniciativas legislativas

A todas estas posibles soluciones a los problemas planteados en nuestra actual instrucción, podría sumarse la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación<sup>27</sup>, expropiando al Juez de la

---

27 Han sido muchos los argumentos que se han venido proporcionando a fin de no encomendar la investigación al Ministerio Fiscal, así que la naturaleza de

responsabilidad de dirigir la instrucción. En esta idea el legislador ha ido dando tímidos pasos, así con la Ley de reforma de la LECR de 28 de diciembre de 1988, por la que se modifica el artículo 785, regulando la investigación del Ministerio Fiscal de forma preliminar al inicio de la actuaciones judiciales, que cesará tan pronto como éstas den comienzo; la Ley de 1992, por la que se introducen medidas de aceleración del procedimiento abreviado, otorga mayor protagonismo al Ministerio Fiscal en lo referido a la negociación con el imputado; la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado, también introdujo mayores poderes en la Instrucción por el

---

la instrucción es una función judicial que no se agota en la búsqueda de las pruebas sino que se extiende a su valoración, habiendo actuaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional, como ordenar la prisión o la libertad, inadmitir la querrela o practicar anticipadamente la prueba. Pero, si bien es cierto que estas (la adopción de medidas cautelares personales, la práctica anticipada de la prueba o las diligencias que supongan restricción o privación de derechos fundamentales) son actuaciones de naturaleza jurisdiccional, también lo es que la instrucción comprende otras muchas actuaciones que escapan a la esfera jurisdiccional. Además para adoptar dichas medidas no es necesario un juez de la investigación, sino un juez defensor de los derechos de las partes.

También se aduce que la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del poder ejecutivo sería muy peligrosa para llevar a cabo una investigación objetiva e imparcial. Sin embargo, no hemos de olvidar que aunque el Ministerio Fiscal no pertenece al Poder Judicial, tampoco pertenece al ejecutivo, como una suerte de apéndice del Ministerio de Justicia

Por otro lado, se han aportado inconvenientes prácticos, como que entonces instruiría de facto la policía judicial, sin tener en cuenta que precisamente sería con la instrucción del Ministerio Fiscal y la dependencia respecto de él como podría llegar a funcionar una verdadera policía de investigación; o que habría peligro de impunidad para personas “gubernamentales”, sin embargo la reciente experiencia de nuestro país nos muestra que sea quien fuere quien instruya no hay cabida para zonas de impunidad; o que hay graves carencias funcionales en la fiscalía, lo que no deja de ser una imposibilidad circunstancial; o, por último, que se encarecería el proceso y se privatizaría la justicia penal, puesto que tanto el acusador particular como el imputado deberían buscar fuera de la instrucción del Fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso. No obstante, para ello también hay solución, sería suficiente con posibilitar un acceso rápido y efectivo a la autoridad judicial que, a la vista de las alegaciones del solicitante y de las razones de la negativa del Ministerio Fiscal, pudiera ordenar la práctica de la diligencia requerida.

Fiscal, siendo éste quien formule y sostenga la imputación, quedan el Juez de Instrucción limitado a la valoración de la verosimilitud de la imputación, modificación ésta que permitió al legislador en su disposición final cuarta, rubricada “futuras reformas procesales”, ordenar al Gobierno presentar un proyecto de modificación de la LECr “*generalizando los criterios procesales instaurados en esta ley y en el que se establezcan un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva*”; pero es sobre todo la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, la que da un paso decisivo, dejando en manos del MF todas las actuaciones que no sean las de puro enjuiciamiento o la necesaria intervención judicial en garantía de derechos fundamentales del menor.

## 2. Distribución de funciones entre los órganos encargados de la investigación

La idea debería quedar en dejar en manos del Ministerio fiscal la investigación, sin hacer desaparecer al órgano jurisdiccional, quien debería subsistir como un controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos.

Así el papel del juez quedará reducido ni más ni menos a garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. Por su lado, protagonistas también de esta fase sería la policía judicial, quien es responsable constitucionalmente de la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Esta función se potenciaría, si se atribuye al Ministerio Fiscal la investigación, y por tanto la dependencia de aquélla fuera de éste, quien actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica, de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. En efecto, se permitiría con ello al tiempo, atribuir en exclusiva las funciones de

investigación criminal a un cuerpo específico, suprimiendo las intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal.

### 3. Problemas que plantea el Ministerio Fiscal como director de la investigación

En el diseño expuesto de proceso penal, en el cual el Ministerio Fiscal es el director de la investigación, con un juez de garantías que controla la legalidad de los actos procesales realizados por aquel; y con un juicio de acusación tras la investigación, dirigido por el juez de la acusación, distinto al anterior, con la preceptiva intervención del Fiscal, se nos plantea una cuestión que puede hacernos dudar del éxito del sistema arbitrado. Se trata de que el Fiscal que en la fase de investigación, como director de ella, haya solicitado la imputación o la prisión provisional al Juez de Garantías, se pronuncie, siendo el mismo, en la fase de juicio de acusación con total imparcialidad e independencia, pudiendo así solicitar el sobreseimiento de la causa. Ante la posible falta de imparcialidad, pareciera conveniente que el sistema que se arbitre prevea que el fiscal que investigue y el que formule acusación en el juicio de acusación, no sea el mismo.

## **VII. Introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal**

### 1. Principio de legalidad versus principio de oportunidad

La alternativa entre el principio de legalidad<sup>28</sup> y el de oportunidad debe desarrollarse en conexión con la configuración institucional del Ministerio Fiscal. Y a este respecto cabe destacar

---

28 El principio de legalidad hunde sus raíces tanto en el positivismo legalista propio del movimiento codificador del siglo XIX, como en las doctrinas retribucionistas de la pena, de modo que la ley ha de proporcionar al órgano público de acusación los parámetros seguros para el ejercicio de la acción.

como, aunque no se trata de un principio directamente derivado o exigido por la Constitución<sup>29</sup>, el principio de legalidad es el que rige por lo general en nuestro actual proceso penal, donde se exige al Ministerio Fiscal que promueva su iniciación y que presente la acusación siempre que considere que existen motivos para ello (art. 100 y 105 LECR). Por consiguiente la ley procesal no parece dejar en principio margen alguno a la apreciación de las circunstancias específicas de cada caso, que sean ajenas a las establecidas en la ley penal sustantiva o en la ley procesal para eludir esa actuación.

---

29 Mantiene MORENO CATENA, V., *El proceso penal español...*, cit., págs. 46/47, que con frecuencia se sostiene que el principio de legalidad, de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, responde a exigencias constitucionales, y se hace derivar de los arts. 9.3, 25.1 y 124, además de acudir al art. 24 y 117.1. Sin embargo resulta necesario realizar algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, parece evidente que tanto la legalidad que garantiza el artículo 9.3 CE como el art. 25.1 se vinculan con el principio de legalidad penal, pero no se refieren al ejercicio de la acción penal, cuya obligatoriedad tiene rango legal, pero no viene obligado por la Constitución. En segundo lugar, la referencia al art. 124 del texto constitucional, donde se regula el Ministerio Fiscal, no puede acogerse del modo en que viene formulado, no sólo porque la norma fundamental inmediatamente después de ordenar que el fiscal promueva la acción de la justicia en defensa de la legalidad añade “y del interés público tutelado por la ley”, de modo que ese interés ya no es exactamente la ley o, al menos, no aparece explícita y directamente en la ley porque, si así fuera, el inciso holgaría; pero es que, además, el Ministerio Fiscal, que sin duda ha de ser guardián de la ley, debe atender la satisfacción de otros intereses, como el interés social al que también menciona el art. 124, de modo que una lectura completa del precepto constitucional conduce a atribuir al Ministerio algo más y algo distinto del mero ejercicio del principio de legalidad. Por otra parte, se sostiene que la sujeción del fiscal a la ley no puede ser ni menor, ni de otro género que la del juez, y que el ejercicio obligatorio de la acción penal es algo connatural al principio de legalidad, pero en estas consideraciones se pierde de vista que el sometimiento del juez a la ley, más allá de la interpretación de las normas, es una característica esencial del mismo y un correlato de su independencia, pero no cabe referirse en los mismos términos al MF, pues precisamente la Constitución, ni ordena que esté sometido únicamente al imperio de la ley ni proclama su independencia, sino, al contrario, que está sometido al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

A este respecto cabe recordar como en nuestra LECr el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal se sujeta inicialmente al principio de legalidad, a diferencia de otros países de nuestro entorno en los que se plantea la imposibilidad de perseguir todas las conductas tipificadas conforme a la estricta aplicación de aquél principio. Y que duda cabe que siendo esto así debería conjugarse en nuestro país el debido juego entre el principio de oportunidad y el de legalidad, por varias razones<sup>30</sup>:

- Razones de interés social o utilidad pública en las que se baraje, por un lado, la falta de interés público en la persecución del delito, por su escasa lesión social; por otro, se estimule la pronta reparación de la víctima, y por último, se eviten los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
- Contribuir decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- Constituir el único instrumento que permite tratar diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

## 2. Argumentos a favor de la introducción del principio de oportunidad

En todo caso, junto a estos argumentos cabe, como pone de manifiesto CONDE PUMPIDO<sup>31</sup>, dar dos más que pertenecen al área de los principios y de la praxis. Desde el primer punto de

---

30 ARMENTA DEU, T., *La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal*, Revista del Poder Judicial, núm. 58, 2000, pág. 278.

31 CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*, Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6/1989, pág. 24.

vista, se trata de reconocer que en el proceso penal, al lado de espacios de conflicto deben existir espacios de consenso. Mientras la criminalidad más grave es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida de su autor, debe conducir a soluciones de consenso, que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su infracción, no es propiamente un delincuente. En tales casos la búsqueda de la pacificación del proceso a través del consenso es un imperativo ético jurídico y el mantener en este terreno a ultranza el principio de legalidad es con frecuencia convertir un proceso público, como el penal, en instrumento de intereses puramente privados.

Desde el otro punto de vista, el de la praxis, el verdadero argumento se asienta en que sólo el principio de oportunidad —siempre reglado, siempre bajo la definición y el control de la ley— permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, eligiendo la persecución de aquellos en los que existe un verdadero interés social de punición y excluyendo las bagatelas penales, esto es, los hechos con un mínimo interés social y en los que la pena carece de significación. Situaciones análogas, que debieran dar lugar a prescindir de la regla de la legalidad pura, serían todas aquellas en que el castigo del hecho típico se revelase como causante de males e injusticias mayores que los que provocaría su impunidad, ora por tratarse de residuos de una legislación obsoleta y no asumidos ya como reprochables por la sociedad, ora porque el propio interés de la víctima aconseje evitar la publicidad del enjuiciamiento, ora porque las condiciones del hecho y su autor aconsejen sustituir la pena por otro tipo de sanción o medida jurídica más adecuada.

El que se abogue por la introducción de la oportunidad no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público<sup>32</sup>, pues el uso de

---

32 En el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992, se indicaba que el principio de legalidad concebido retributivamente coloca al

la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia Ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites<sup>33</sup>. Este tipo de oportunidad es la existente en legislaciones como la alemana<sup>34</sup>, belga, noruega, portuguesa<sup>35</sup>, irlandesa, danesa, luxemburguesa, polaca, la de algunos cantones suizos y la Francesa, las

---

Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; sin embargo, la legalidad “no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una poena naturales u otro tipo de circunstancia o compensaciones hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial”.

- 33 Algunos autores han llegado a considerar esta oportunidad reglada como una manifestación singular del principio de legalidad, así RUIZ VADILLO, E., *La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*, en “Jornadas sobre la Justicia penal en España”, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3ª ponencia, Revista Poder Judicial, número especial II, pág. 68, quien entiende que cuando la ley concede cierto arbitrio al Fiscal o al Juez, no se está, al hacer uso de ese arbitrio, en el terreno de la oportunidad sino haciendo uso de los que la ley dispone. En tales casos, la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa.
- 34 En la legislación alemana existe un mecanismo de control de la decisión del ministerio público, así, en un sistema en el que el Fiscal tiene el monopolio de la acción penal y domina el proceso que el Juez no puede iniciar de oficio, la refección de la acusación de aquél sustrae el hecho a toda posibilidad de enjuiciamiento, aunque éste fuera precedente. Sin embargo, el ofendido o perjudicado, que ha acudido al Fiscal para que éste inicie la persecución, podrá ver satisfecha su pretensión, si es desconocida indebidamente por el Fiscal, cuando, tras haberle sido notificada la decisión de no tomar en cuenta la instancia o cerrar la investigación sin pedir la iniciación del proceso formal, puede acudir al superior del Fiscal y si tampoco es atendida su pretensión, iniciar el llamado procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. En este proceso se obligará al Ministerio Fiscal a interponer la querrela, salvo que se estime no existen suficientes bases para afirmar el indicio de un delito, o cuando, existiendo esas bases, se trata de uno de los supuestos en que la ley autoriza al Fiscal a prescindir de la persecución.
- 35 En Portugal también existe un control de la decisión del Fiscal a través de tres vías: En primer lugar, en el plazo de 30 días a partir del acuerdo de

que prevén, ya en supuestos concretos, ya para ciertos delitos, o ciertos delincuentes, ya para los delitos menores *in genere*, la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Público, sea absteniéndose sin más de la acusación, sea suspendiendo ésta bajo ciertas condiciones o medidas, cuyo cumplimiento se impone al acusado, en una anticipación de lo que sería la condena condicional o el régimen de *probation*<sup>36</sup>. De hecho este modo de actuar fue recomendado en la Reunión de Helsinki de 1986<sup>37</sup>:

*“3.a. El Ministerio público o “prosecutor” debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.*

*3.b. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.*

*3.c. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y al compensación a la víctima de la infracción.*

*3.d. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.*

---

archivo, el superior jerárquico del Ministerio Público puede ordenar sea formulada acusación, salvo que el asistente (acusador particular) hubiera requerido la apertura de instrucción. En segundo lugar, el acuerdo del Juez se hace necesario tanto para el archivo de las diligencias de investigación por tratarse de delito al que el Tribunal puede dispensar o suspender la pena, como para el supuesto en que el Fiscal decida la suspensión provisional de la acusación. Por último, existe un control social que se produce a través de la facultad del asistente (acusador particular) de requerir la apertura de una instrucción judicial en los casos en que el Ministerio Fiscal no haya deducido acusación.

- 36 El principio de oportunidad libre o facultad de abstención en la acusación y de formular ésta libremente es el propio de los países anglosajones y encuentra su máxima expresión en Norteamérica a través del instituto del *plea bargaining o plea guilty*, conforme al que la acusación se formula previa transacción con el acusado y es aceptada por éste en los términos concertados, que son aprobados por el Juez, eludiéndose así el enjuiciamiento y todo el trámite procesal.
- 37 NON-PROSECUCIÓN IN EUROPE (*proceeding of the European Seminar*), en Publicaciones del *Helsinki Institute for Crimen Prevention*, núm. 9, 1986.

*3.e. Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.*

*3.f. Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o de alcohol debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia”.*

No obstante, y aunque como ya hemos dicho, en nuestro sistema procesal penal impera el principio de legalidad como criterio rector de la actuación del Ministerio Fiscal, también se halla de alguna manera infiltrado el principio de oportunidad, así en el artículo 23.2 LOPJ se posibilita que en lo relativo a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, se valore la conveniencia u oportunidad de su persecución en España; o el artículo 105 LEC según el cual el Fiscal viene obligado a ejercitar con arreglo a las disposiciones de la ley todas las acciones penales que estime procedentes. Sin embargo, se trata de escasos supuestos<sup>38</sup>, resultando conveniente que se regulara la oportunidad reglada en aquellas ocasiones en que por razones de intrascendencia social y eficacia práctica quepa no ejercitar la acción penal; así como en aquellos otros casos en los que resultare conveniente para la

---

38 Actualmente la aplicación del principio de oportunidad obtiene un amplio reconocimiento en el proceso penal de menores, recogiendo varias manifestaciones del principio de oportunidad a las que dota de especial relevancia. Así, por un lado, reconoce la posibilidad de poner fin al proceso bajo condición, como la conciliación entre víctima e infractor, y la reparación de los efectos dañosos del delito, con sobreseimiento del expediente (art. 19), o la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución del fallo (art. 40). Por otro lado, aparecen otras manifestaciones de este principio, como el sobreseimiento puro por razones de oportunidad en interés del menor (art. 27.4), que es diferente y convive con el sobreseimiento por los motivos generales de la ley de enjuiciamiento criminal (art. 30.4), la conformidad (arts. 32 y 36). Asimismo, puede el fiscal abstenerse de la apertura del procedimiento mismo o desistir de la incoación por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18), así como sustituir la medida impuesta durante la ejecución de la misma, dejándola sin efecto.

mejor reinserción social del acusado<sup>39</sup> cabría también anticipar los supuestos de suspensión de condena, practicándose la suspensión la acusación bajo condición de que el sujeto asumiera determinadas reglas de conducta, que de ser incumplidas provocarían una reanudación de la acusación.

### 3. La actuación del Ministerio Fiscal

En todo caso, y en conexión con lo anterior parece claro que en la medida que el órgano de investigación sea el Fiscal, resulta más eficaz la efectiva implantación del principio de oportunidad; si la incorporación del principio de oportunidad no se incardina al inicio del proceso, la conexión desaparece.

Desde luego los modelos pueden ser múltiples y según el que se adopte los efectos sobre el principio de oportunidad son diversos. Así cabe el modelo italiano, en el que el fiscal es independiente, rigiendo la obligatoriedad de la acción penal, y precisándose la intervención del *Giudice per le indagini preliminari* para adoptar medidas que afecten derechos fundamentales, controlar los tiempos de las investigaciones preliminares y del mismo ejercicio de la acción penal, así como decidir sobre los resultados de las investigaciones preliminares del Fiscal o la imputación<sup>40</sup>. El alemán configura una fiscalía dependiente del Ministro de Justicia del Land correspondiente, aunque ejercita facultades discrecionales sobre la acción penal en delitos castigados con

---

39 Según la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre, la facultad de aplicar el principio de oportunidad en la persecución de los hechos delictivos ha de estar prevista en la ley y adoptada cuando existan indicios suficientes de culpabilidad, y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias de la misma, la personalidad del infractor, los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños. Al tiempo, previene que el archivo puede ser incondicionado o sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado.

40 ARMANDO SPATARO, “Italia”, en “Sistemas de proceso penal en Europa, Colex, 1999, pág. 231.

penas de hasta un año<sup>41</sup>. Por su parte en Portugal, la investigación la lleva el Fiscal, pero el Juez de instrucción controla después la investigación llevada a cabo por el Fiscal, pudiendo completar aquélla si así lo estima necesario y otro acusador lo solicita. Además el mismo Juez intervendrá en la adopción de toda medida que afecte derechos fundamentales, estando sometido en todo caso el Fiscal al principio de legalidad<sup>42</sup>. En este tipo de proceso penal, se distingue claramente entre la investigación del Fiscal, de carácter obligatorio y dirigida a fundamentar la decisión de formular o no acusación, y la instrucción, que por imperativo Constitucional, ha de ser judicial, teniendo carácter facultativo, a petición del acusador o del acusado, y con la finalidad de decidir someter o no la causa a enjuiciamiento, esto es, de autorizar o negar judicialmente que continúe adelante al acusación formulada.

Es más, estoy de acuerdo con CONDE-PUMPIDO<sup>43</sup> en que podríamos dar otro paso adelante, a la vista de que el actual sistema acusatorio mixto ha entrado en crisis, tal y como está regulado, esto es, manteniendo el inquisitivo y secreto para la fase sumarial y el acusatorio publico para la del juicio oral. Por ello, ante la acentuación de la publicidad y oralidad de todo el proceso, podría postularse una total consagración del sistema acusatorio y la erradicación con ello, de la instrucción judicial como fase necesaria del enjuiciamiento. Se trata así, no de sustituir al titular de la instrucción, sino de sustituir el propio sumario como mecanismo procesal de preparación del juicio oral, por una fase pre-procesal de investigación, sin valor probatorio, trasladando el enjuiciamiento y la prueba al juicio oral. De tal modo que es al Fiscal, como acusador, a quien compete reunir las pruebas en

---

41 ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, págs 74 a 138.

42 ORLANDO VIEGAS MATINS AFONSO/JOAO ALBINO R. ATIDE DAS NEVES/JOSÉ MOURANZ LOPES, *El sistema judicial portuguès: realitas y crítiques*, en "Informe Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya, 1998, págs. 635 y ss..

43 CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., *El principio de legalidad...*, cit., pág. 19.

que pretenda basar su acusación, presentándolas ante el Juez, en igualdad de armas con el acusado.

De forma tal que el Ministerio Fiscal habrá de haber admitido en un primer momento la querrela a trámite, o incoado de oficio el procedimiento. La decisión sobre la admisión o no de la querrela, se hará una vez hayan sido examinados los hechos que allí se relatan, decidiendo sobre si son o no constitutivos de delito. Por lo tanto verificará si los hechos tienen encaje legal en alguno de los tipos descritos en el Código Penal. Pero también podrá desestimarla por razones de oportunidad, las que podrán ser de nuevo revisadas, si la querrela se admitió a trámite, una vez finalizada la fase de investigación.

En este marco, y a la vista de que en nuestro sistema no se sigue el principio de monopolio de la acción por el Fiscal, reconociéndose la acción particular y popular, parece conveniente, retrasar el momento en que se entienden ejercitadas éstas, a la presentación de los escritos de calificación, por un lado y, por otro, restringir el ejercicio de la acusación popular.

## **XI. El ejercicio de la acción popular**

### **1. Fundamento de la acción popular**

El legislador de la LECr de 1882, se proclama inspirado en los ordenamientos europeos más avanzados, sin atreverse a ir más allá de las instituciones que ya habían sido probadas en otros países, salvo en contadas ocasiones, como es el caso de la acusación popular<sup>44</sup>.

---

44 La acción popular surge en nuestro ordenamiento jurídico en el campo del proceso penal y para la persecución de ciertos tipos delictivos que se consideraban más altamente reprochables, o de más amplia repercusión social. En esta consideración, la Constitución de 1812 reconoce la acción popular para la persecución de los delitos cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones: el soborno, el cohecho y la prevaricación (art. 255). En el ámbito del proceso penal la acción popular se generaliza para todos los delitos públicos con la aprobación de la vigente LECr de 1882, tal

La acción popular es un derecho cívico y activo, que se ejercita en forma de querrela, mediante el cual todos los sujetos de derecho, con la capacidad de actuación procesal necesaria y que no resulten directamente ofendidos por el delito, pueden suscitar la incoación del proceso penal y comparecer en él como partes acusadoras en orden a ejercitar la acusación pública<sup>45</sup>.

El ejercicio de dicha acción hemos de considerarlo autónomo del ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, así lo ha venido considerando el Tribunal Supremo, manifestando respecto de la acción popular que *“queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 274 y 280 LECr —presentación de querrela y prestación de fianza— exigencia esta última que fue oportunamente moderada en el artículo 20.3º LOPJ para evitar*

---

vez por un movimiento de reacción frente al oscurantismo de siglos anteriores y frente al peso de la Inquisición española y su propia dinámica procesal.

Así bien, en Europa no existen más supuestos de acción popular que en el Reino Unido y en España, habiendo sido rechazada en el resto de los países, entre otras razones porque abre la puerta al interés individual en un proceso, como el penal, absolutamente marcado por el interés público, donde públicos son los delitos y el ius puniendo; pública es la política criminal; público el sentido, fundamento y fin de la pena; y pública la ejecución penal.

- 45 GIMENO SENDRA, V., *La acusación popular*, Revista del Poder Judicial, núm. 31, septiembre, 1993, pág. 3. Este autor en su definición de la acción popular incluye el término “fundamental”, diciendo que se trata de un derecho fundamental. Sin embargo, y a pesar de que el Tribunal Supremo en su sentencia 702/2003, así lo afirmó, considero que la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulos segundo del Título I y que, según el artículo 53.2 CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. En consecuencia, el derecho del artículo 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejercita el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la Constitución le acuerda como tales, especialmente el del artículo 24.1 CE. En este sentido se manifiesta la STS de 17 de diciembre de 2007.

*que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción penal.*

*...En todo caso, y esto es lo relevante, debemos insistir en que su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquél, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal, si éste estima que no procede su ejercicio”<sup>46</sup>.*

El origen de la acción penal popular la hallamos en el “Trienio Liberal” (1820-1823), el Decreto de 22 de octubre de 1820 preveía en su artículo 32 que “*los delitos de subversión y sedición producirán acción popular y cualquier español tendrá derecho para denunciar a la autoridad competente los impresos que juzgue subversivos o sediciosos*”. Posteriormente se contuvo en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, pasando a incorporarse a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882<sup>47</sup>.

En la actualidad se reconoce el ejercicio de la acción popular en el artículo 125 CE “*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular*”, desarrollándose su contenido en los artículos 101 LECR “*la acción penal es pública; todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley*”, y 270 “*todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta ley*”.

El fundamento de la acusación popular se ha hallado en que, significando el delito la puesta en peligro de los bienes sociales tutelados por el Estado, cualquiera de sus miembros puede

---

46 STS de 30 de mayo de 2003. En el mismo sentido SSTS de 4 de junio de 1997 y de 12 de marzo de 1992.

47 Nunca esta ley utiliza la expresión acusador popular. Pese a que la figura venga del artículo 2 de la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal (la de 1872). La de 1882 nunca utiliza el término. Este aparece en el panorama legislativo con mucha posterioridad. Principalmente a partir de su utilización por el artículo 125 CE.

pedir al órgano jurisdiccional que cumpla su función, esto es, que restablezca la paz social. De forma tal que se está, de modo indirecto, controlando el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, impidiendo así que su ejercicio se lleve a cabo en régimen de monopolio<sup>48</sup>.

Se trata, en definitiva, de una posibilidad que se le ofrece al ciudadano de participar en la Administración de Justicia, de manera que ha de hacerse efectivo su derecho por el Estado, sin que la forzosa imposición de fianza sea un mecanismo para impedir el ejercicio de la acción penal, sino la presentación de las que pudieran ser querellas falsas o calumniosas.

Según manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia 54/1991, la esencia del principio acusatorio consiste, en condicionar la apertura del juicio oral a la petición de alguno de los acusadores personados en la causa, a fin de impedir que el Tribunal proceda de oficio en la función acusadora. Así se dejó igualmente claro en el párrafo XXVI de la Exposición de Motivos de nuestra LECr, según el cual *“para mantener al Tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa el nuevo Código, ha creído el que suscribe que*

---

48 *Al respecto se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007 “La Sala discrepa del fundamento jurídico atribuido a la acción popular por el auto recurrido, compartida también por los recurrentes, en tanto ambos entienden que la razón de ser de la acción popular sería la “desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal”. En realidad, es a partir de este preconcepto hermenéutico que los recurrentes niegan la competencia del legislador para dictar una norma que limite la apertura del juicio oral en la forma establecida por el artículo 782.1 LECr. La Sala entiende, por el contrario, que la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico y que la Constitución ha puesto en manos del Ministerio Fiscal en el artículo 124 una misión que, por sí misma, es expresiva de la confianza institucional depositada en él.*

*El fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal”.*

*únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular, si le hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates, siguiendo en esto al Código de instrucción criminal austríaco, que es acaso, de los actualmente vigentes en la Europa continental, el que ha desarrollado con más lógica y extensión el sistema acusatorio”.*

Pero con el tiempo, se ha ido más allá, no nos hemos quedado en evitar acusaciones de oficio por el Tribunal, sino en pretender que las mismas no se llevaran a cabo de modo sorpresivo o con carencia de fundamento. A este respecto ya se pronunció el Tribunal Supremo en su auto de 14 de noviembre de 1996, manifestando que al conllevar la citación como imputado importantes cargas o efectos negativos, pudiendo incluso llegar a hablarse de un efecto estigmatizador de la imputación judicial, se hace necesario que el tribunal lleve a cabo el control de la fundamentación de la acción penal que provoca dicha imputación, esto es, se impone un ejercicio responsable de semejante función, a través del análisis riguroso de la fundamentación de la imputación, despreciando atribuciones delictivas imprecisas y carentes de la mínima solidez.

En definitiva, lo que hoy día queda claro es que es de fundamental importancia el filtrar el ejercicio del derecho de acusar para así evitar que se llegue a situaciones injustas. En palabras de RUIZ VADILLO, resulta imprescindible en nuestro proceso penal *“la construcción de un verdadero y eficaz filtro judicial que separe perfectamente la fase de las acusaciones provisionales de la llamada apertura del juicio oral”*.

## 2. Restricción del ejercicio de la acción popular

El acusador popular, figura también conocida en Derecho anglosajón<sup>49</sup>, es uno de los elementos que sirven para sobrecargar

---

49 Nuestra institución de la acusación popular difiere de la británica en cuanto en ésta el ejercicio de la acusación se confiere a ciudadanos, pero actuando

el funcionamiento de la Administración de Justicia. No puede ser de otra manera si se tiene en cuenta que es posible que en la parte acusadora se hallen tres personas distintas, el Fiscal, el acusador particular y el popular. Pero que esto sea actualmente así no puede servir para interpretar el artículo 782.1 LECr de un modo restrictivo y excluyente de la acción popular a modo de cómo lo hace el Tribunal Supremo<sup>50</sup>, manifestando que es perfectamente plausible que cuando el órgano que *“tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del artículo 124.1 CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado”*.

---

en nombre de la Corona, no así entre nosotros y, precisamente de ello, deriva la consecuencia de que la acción popular de nuestra LECr, primero, y de la Constitución después, no se subordina en ningún momento o trance del procedimiento a la estrategia y decisiones de la institución responsable de decidir sobre la acusación, es decir, del Ministerio fiscal. Tampoco de las de la acusación que puede ejercitar el ofendido o perjudicado.

En el ámbito del derecho comparado, los sujetos activos se hallan muy restringidos, permitiéndose al Ministerio Público y a los perjudicados civiles en el Código Procesal Italiano —arts. 74 y ss—, francés —arts. 85 y ss—, y portugués —arts. 71 y ss—. Por otro lado se permite la participación adhesiva supeditada a la del Fiscal en Alemania —parágrafo 395 StPO—, así como se admite una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del Fiscal en Austria —parágrafos 46 y ss StPO—.

50 STS de 17 de diciembre de 2007.

Considero pues que el espíritu de la ley no fue restringir el ejercicio de la acción popular, como parece dar a entender el Tribunal Supremo, sino parificar el procedimiento abreviado con el ordinario del sumario ordinario, no habiéndose producido en este último, duda alguna sobre si el juicio oral puede abrirse ante la sola petición de la acusación popular. Recordemos que la Ley 38/2002, de 24 de octubre, introduce la regulación hoy contenida en el artículo 782.1 LECr, para que el juez de instrucción, cuando no haya acusación que sostenga la causa, y el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento, pueda remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que se pronuncie acerca de si procede o no, sostener la acusación, o bien, acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que, en el plazo fijado, comparezcan a defender su acción, si lo consideran oportuno.

En realidad, la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley, ya explica que esta novedad, no significa más que trasponerse, *“a tal fin, al procedimiento abreviado la previsión, ya existente en el procedimiento ordinario, de hacerse saber la pretensión del Ministerio Fiscal a dichos interesados en el ejercicio de la acción penal”*. Efectivamente en trámite parlamentario que afectaba a la Exposición de Motivos existió una enmienda relacionada con este precepto, que estaba orientada a diferenciar con nitidez entre los interesados, que podrían cobijarse bajo el concepto de acusadores populares, y los perjudicados u ofendidos, identificados como acusadores particulares en sentido estricto. Pero, en primer lugar, tal diferenciación estaba orientada exclusivamente a identificar a aquellos a los que el Juez podría realizar la comunicación prevenida en el precepto, excluyendo a los simplemente interesados. Y en segundo lugar, no afectó en absoluto al texto del artículo, que se mantuvo.

En todo caso, hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales y el propio Tribunal Constitucional han manifestado que solicitada por el acusador popular

la apertura del juicio oral, el juez así debe decidirlo<sup>51</sup>. No cabe entenderlo de otra forma pues para qué sino el legislador iba a prever que la acusación popular debe manifestar, tras el auto de procesamiento, si sostiene la pretensión penal presentando su escrito de acusación e interesando la apertura del juicio oral —art. 780.1 LECr—, si después le convierten en un convidado de piedra, en donde para nada se tendrá en cuenta su posición procesal. Lo propio ocurre en el juicio oral, pues se prevé que si la acusación pública o particular, retiran su pretensión punitiva, no hay problema para que el plenario siga adelante con sólo la acusación popular. Entonces ¿cómo es posible que con anterioridad no tenga esa misma facultad jurídico procesal?

En otro orden de cosas, entiendo que la expresión “acusación particular” utilizada en el artículo 782.1 Lecrim abarca tanto a los acusadores que sean ofendidos o perjudicados por el delito como a quienes no lo sean, lo mismo que ocurre cuando esta locución se usa en otros muchos preceptos de tal ley procesal. En efecto, en el trámite de preparación del juicio oral, el artículo 780 LECr prevé el traslado de las diligencias previas al “Ministerio Fiscal y a las demás acusaciones personadas, para que soliciten la apertura del juicio oral... o el sobreseimiento”, dispensando, por tanto, a todas ellas una igualdad de trato que se reitera en el párrafo segundo del número 2 del mismo precepto, en el artículo 781.2, y en el propio artículo 782.1, que opera en un escenario procesal asimilable en lo esencial al artículo 642 LECr. Éste habla, in genere, de “querellante particular”, luego de que el artículo 622.2º LECr

---

51 Según la STS 168/2006, de 30 de enero “el artículo 125 CE recoge la acción popular y los artículos 101 LECr y 19 LOPJ concuerdan con el precepto constitucional, sin que, en la normativa reguladora de tal clase de acción, se contenga regla alguna que permita entender que el artículo 790.6 LECr, cuando preveía el supuesto de que el Ministerio Fiscal o la acusación particular solicitaron la apertura del juicio oral, estaba excluyendo la legitimación de la acusación popular para hacerlo, o estaba limitando esa legitimación a una aptitud subordinada a otras acusaciones. Entre los encauzamientos legales a que aluden, los artículos 25 CE, 19 LOPJ y 101 LECr no se encuentra aquella restricción”. Vid. También STS de 15 de diciembre de 1994, SAP de Navarra de 4 de noviembre de 2004; y STC 154/1997.

se hubiera referido al “acusador privado y al Ministerio Fiscal”, incluyendo, claramente, en esa primera denominación a todas las acusaciones que no sean la personificada por este último. Igual utilización se hace en el artículo 761 LECr, dentro ya del marco del procedimiento abreviado, cuando llama particulares a los que ejercen la acción sean o no ofendidos por el delito<sup>52</sup>. De lo que se sigue que las expresiones “querellante particular”, “particular querellante”, “acusador privado” y “acusador particular”, en contextos de actividad de significación procesal sustancialmente equivalentes, comparten el mismo campo semántico<sup>53</sup>. En definitiva, una interpretación literal del artículo 782 LECr, efectuada sin tomar en consideración los demás preceptos de la LECr<sup>54</sup>, incluso de aquellos que son coetáneos del anterior al haber sido también redactados por la misma ley que modificó la procesal, no es suficiente para excluir al acusador popular<sup>55</sup>.

- 
- 52 Manifestaba ya el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de febrero de 1995 que “la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es un modelo precisamente en este punto de la regulación de las partes intervinientes en el proceso penal, porque denomina al acusador querellantes (arts. 240.3, 274, 275, 276, 277, 278, etc) con una designación ambigua, porque confunde al acusador que no es el fiscal en los juicios por delitos públicos. También utiliza el legislador la denominación de acusador particular (arts. 19.5, 37, 53, 132, 651, 734 y 993) haciendo referencia al acusador privado en este último precepto, refiriéndose a delitos que pueden perseguirse de oficio, en otros preceptos parece remitirse a los delitos genuinamente privados”.
- 53 Voto particular de D. Perfecto Andrés Ibañez, en sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007.
- 54 Ha de tenerse en cuenta en este sentido que la LECr solamente menciona la acción popular al referirse a ella con carácter general en el artículo 270, pero nunca la menciona expresamente al regular el trámite del proceso. Es cierto que en otras ocasiones la LECr se refiere al Ministerio Fiscal y las partes personadas (artículos 759.2, 759.3, 760, 779.5<sup>a</sup>, 800.1); a las otras partes y el Fiscal (art. 762.5<sup>a</sup>); al Ministerio Fiscal y las partes (artículos 785.1 y 789.2); a las acusaciones personadas (artículos 780.1 y 781.2); al Ministerio Fiscal y la parte acusadora (art. 786.1); o a las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal (art. 798.1).
- 55 Así el artículo 783.2 establece que al acordar la apertura del juicio oral el Juez resolverá sobre las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular. Es de toda evidencia que no puede excluir en esa mención al acusador popular, pues éste puede solicitar medidas acerca de las

Junto a esta razón, la interpretación literal del precepto, que permite dudar del ejercicio de la acción popular, cabrían otros de menor calado, como el favorecimiento de intereses extraños a los propios del proceso penal que genera. En este sentido, resulta un hecho constatado empíricamente que en la generalidad de las causas penales no existe ejercicio de la acción popular. Cuando alguna persona, grupo o ente se constituye como parte en un proceso penal sin ser el ofendido por el delito, es porque detrás del tema de fondo, es decir, de la responsabilidad criminal que proceda, hay otro tipo de caracteres o connotaciones, bien sociales, bien políticas, de notable importancia.

Quizá también a esta razón obedezca el cambio jurisprudencial operado por el Tribunal Supremo en la sentencia antes mencionada de 17 de diciembre de 2007, y en este sentido opina GIMENO SENDRA que, los cambios jurisprudenciales sobre la legitimación activa en la acción popular no son el resultado del azar, sino que responden a las importantes mutaciones que en la instancia sociopolítica se han producido en España. A este

---

cuales es imprescindible un pronunciamiento del Juez. Sería ilógico entender que sobre tales medidas no es precisa la resolución del Juez. Por lo tanto, la mención al acusador particular, contrapuesta a la del Ministerio Fiscal como acusación pública, debería entenderse como referido a la acusación particular en sentido estricto y a la que no lo es.

Otras previsiones legales, también coetáneas con las anteriores conducen a la misma conclusión. El artículo 800 contiene en sus apartados 2 y 4 distintas previsiones acerca de la forma de proceder cuando solo sea el Ministerio Fiscal quien presenta acusación, distintas de las aplicables en los casos en los que, se dice, se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral. Una interpretación racional de estas previsiones conduciría a entender que el apartado 4 incluye a la acusación popular, salvo que se entienda que debe ser ignorada, aun cuando concurra y solicite la apertura del juicio oral de forma coincidente con el Ministerio Fiscal y con la acusación popular.

Y el artículo 801.5 dispone que si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores, lo cual carece de sentido si se ignora a la acusación popular personada, pues efectivamente su acusación podría ser la más grave de todas ellas.

respecto cabe destacar tres etapas por las que ha transcurrido esta institución en los últimos tiempos:

1. Etapa abolicionista de la acción popular, que se extiende hasta la promulgación de la CE, en la que hay movimientos que propugnan la extinción de la institución.

2. Etapa permisiva, que parte de la Constitución y alcanza hasta la promulgación de la LOPJ de 1985, en la que el Poder Judicial ve con recelo dicha acción, dificultando su ejercicio.

3. Etapa expansiva, en la que los Tribunales e incluso el legislador ha revisado su doctrina y potencian el ejercicio de la acción popular.

### 3. Nuevo modelo de acción popular

En definitiva, el control jurisdiccional de la solidez de la acusación se hace más necesaria en sistemas y como el nuestro, que reconocen una vasta legitimación activa para ejercitar la acción penal<sup>56</sup>. Y es que, con mucha frecuencia nos hallamos hoy con acusaciones temerarias, o realizadas por animadversión, malquerencia u otros movimientos turbios, que se sirven de este derecho cívico, causando un enorme desprestigio tanto al ciudadano que resulta imputado, como a este mecanismo de participación popular<sup>57</sup>.

A la vista de todo ello, la decisión del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007, de restringir el ejercicio

---

56 En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de junio de 1993 *“la personalidad exigida para ser parte en un proceso penal ha de medirse con el máximo cuidado en aquellos supuestos, en los que con el simple enunciado de ejercer una acción popular, ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión”*.

57 Afirma la STS de 22 de diciembre de 2001 que *“sería conveniente impedir el ejercicio perverso de la acción popular en cuanto los derechos deberán ejercitarse siempre conforme a las exigencias de la buena fe, sin sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio”*.

de la acción popular, se puede entender adecuada, pero requiere de toda una serie de medidas procesales y materiales que habrían de adoptarse:

1. Al estar previsto en el artículo 125 CE, se les otorga a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, lo que permite hacernos dudar sobre si el poder judicial puede negar a un ciudadano su ejercicio o limitarlo a través de obstáculos que impidan el acceso efectivo del ciudadano al proceso penal, y por lo tanto, si cabe reaccionar mediante la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Hubiera sido conveniente, como existe en otros ordenamientos, que se hallara regulado la posibilidad del actor popular de acudir a procedimientos especialmente previstos para intentar constreñir al Ministerio Fiscal al cumplimiento del principio de legalidad.

3. En efecto, el archivo de las actuaciones y la no continuación del procedimiento, cuando únicamente haya sido instado éste por el acusador popular tiene sentido, sin embargo, no debería caber en aquellos supuestos en los que sea imprescindible la defensa de la legalidad por aquél, a la vista de la concreta burocratización del Ministerio Fiscal. Así en aquellos delitos en los que la sociedad pueda requerir la intervención de la justicia por comprometer el patrimonio social colectivo, esto es, en aquellos supuestos en que las personas que ejercitan la acción popular son portadoras de intereses difusos, así los sindicatos para la persecución del delito social, las asociaciones de derechos humanos para la del delito de tortura, las ecologistas o de consumidores para la de delitos ecológicos o contra la salud pública...; o bien por presuponerse un escaso interés en la persecución por parte del Poder Ejecutivo, como en los delitos de cohecho, prevaricación y demás delitos de funcionarios.

En consecuencia, habría de tenerse en cuenta para dar intervención al acusador popular, cual sea el bien jurídico protegido por el delito perseguido, si se trata de un bien jurídico individual,

particular o privado, o de un bien jurídico colectivo o supra-individual, indisponible, de evidente naturaleza pública<sup>58</sup>. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de abril de 1993 “*en el caso concreto estudiado se ha sacrificado efectivamente un bien jurídico, no de persona individual, pero sí de sociedades concretas, como la que ha ejercitado la acción popular, y de la sociedad en general, por el valor ecológico que supone la conservación de las especies particularmente protegidas. Nos hallamos, pues, ante un bien en el que la colectividad humana se halla interesada. La responsabilidad civil era perfectamente postulante por cualquiera de los ejercientes de la acción penal*”.

Por todo ello, parece conveniente que en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se modifique la regulación existente hoy en día sobre la acusación popular, en el sentido, no de acabar con su existencia, sino de limitar su actuación<sup>59</sup>. Es ésta la opinión que en mayo de 2001 parecieron manifestar los Partidos Socialista y Popular en el Pacto de Estado para la Justicia, “modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular”, a abordar en la elaboración de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En definitiva, el ejercicio de la acción popular no deja de plantear ciertas dudas, en cuanto colocar en la misma posición procesal al acusador ciudadano y al acusador-oficial, de modo tal que la ley permite la apertura del juicio oral por la sola petición de la acción popular. Esto, desde luego, es ciertamente peligroso,

---

58 Vid. SSTS 643/2005; 774/2005; 1505/2005; 827/2005; 925/2005.

59 En este sentido manifiesta ARMENTA DEU, T., *La acción popular en la reforma de la justicia penal*, prólogo a la obra de OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Madrid, 2003, pág. 11, que este mecanismo constitucional en algunas ocasiones ha suplido con éxito la inactividad acusatoria de la Fiscalía, también es verdad que las consecuencias de su ejercicio imprudente o torticero, proporcionan un sólido argumento para reclamar tanto el establecimiento de garantías precisas para hacer frente a aquellos abusos, como la necesidad de una regulación legal que delimite su ámbito de aplicación.

de hecho el problema más importante en el ejercicio abusivo de la acción popular se advierte no exactamente con la iniciación del proceso penal, sino con la apertura del juicio oral. Resulta cierto que el conocimiento público de la apertura de un proceso penal contra una persona, o su citación como imputado, suponen efectivamente una grave repercusión en la vida social y familiar de una persona que debe gozar de la presunción de inocencia. Sin embargo, la “pena de banquillo”, el sometimiento como acusado a un juicio oral, es sin duda lo que representa una real anticipación de la condena, si no una forma más cruel de pena, pues si la sentencia al final del juicio llega a ser absolutoria resultaría imposible borrar las secuelas que el juicio ha producido en el acusado.

Por ello es muy importante la instauración de la garantía de un juicio de acusación<sup>60</sup>, de modo que la apertura del juicio oral solicitada por todas o alguna de las partes acusadoras pueda ser rechazada por el órgano jurisdiccional, impidiendo su celebración.

Adecuadamente regulado, el juicio de acusación podría hacer desaparecer o disminuir de un modo notable, las acciones populares infundadas, fraudulentas o motivadas por inconfesables razones personales o políticas<sup>61</sup>. Por ello, la decisión final acerca de la apertura del juicio oral, es decir, el control acerca de

---

60 En este sentido señala GÓMEZ ORGANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1951, pág. 230, que en aquellos sistemas procesales que no conozcan juicio alguno sobre la acusación, es evidente que la acción popular debe estar rodeada de cautelas, pues de otro modo, el derecho de acción, en manos del particular, se convertiría en una mera facultad como la de demandar en el proceso civil. En Inglaterra, la acción popular está contrapesada por un juicio de acusación.

61 Según el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2005 “es cierto que el instituto de la acción popular puede ser y ha sido objeto de abuso y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Pero esto es algo ajeno objetivamente al mismo y que no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico. Siendo éste un aspecto que debe quedar a la apreciación prudencial expresa que en casa caso deberá hacer el tribunal de quien dependa la decisión”.

la continuación del proceso cuando existe alguna acusación, o dicho de otra forma, la garantía de que el juicio oral no se abrirá caprichosa o arbitrariamente o solamente a causa de intereses privados absolutamente desconectados de cualquier consideración hacia el interés público, o incluso contrarios al mismo, pertenece al Juez<sup>62</sup>.

No se nos oculta pues, los excesos y abusos cometidos por medio de esta institución, en búsqueda ocasionalmente no de la realización de la Justicia sino de intereses personales o particulares espurios e, incluso, hasta inconfesables, pero, al margen de que la experiencia nos ha demostrado que ambos objetivos no resultan siempre incompatibles, lo cierto es que la solución para todo ello habría de venir de la mano de una más precisa regulación legal de esta materia, que intente poner remedio a tales usos indeseables, y no por la vía de cercenar las posibilidades de un instituto procesal que, no lo olvidemos tampoco, en tantas ocasiones vino a resultar en la práctica el único mecanismo a la postre eficaz para posibilitar el enjuiciamiento y condena de gravísimos hechos cometidos en este país. Además, tampoco se trata de entregar al acusador popular la "llave" para sentar en el banquillo a otro ciudadano, a su capricho y cuando le plazca, ni menos aún de alcanzar con su actuación una irremediable conclusión condenatoria, sino, tan sólo, de permitirle que solicite al Juez, con reales posibilidades de prosperidad, esa apertura del juicio oral que, en último caso, exclusivamente éste podrá acordar, si en su opinión concurren los requisitos legales para ello<sup>63</sup>.

---

62 La Audiencia Provincial de Madrid en su auto de 30 de julio de 2003 definió la fase intermedia en el procedimiento abreviado como el período "donde el legislador ha ubicado el control jurisdiccional frente a acusaciones infundadas y donde exige del instructor la realización de un juicio sobre la consistencia fáctica y jurídica de las acusaciones, tanto desde el punto de vista de la tipicidad como desde el punto de vista de la existencia de indicios racionales de criminalidad a la vista de las diligencias practicadas a lo largo de toda la instrucción".

63 Voto particular de D. José Manuel Maza Martín a la STS de 17 de diciembre de 2007

## X. La fase intermedia

Tal y como está prevista actualmente la fase intermedia<sup>64</sup>, en el procedimiento ordinario, se revisa el material instructorio por la Audiencia, para acordar la revocación o confirmación del auto de conclusión del sumario —arts. 630 a 632 LECr—. A su vez, tanto en el procedimiento ordinario como en el previsto en la ley del jurado, en la fase intermedia pueden practicarse diligencias complementarias —arts. 780 LECr y 31.1 LO 5/1995. Además en el proceso por jurado, podrán oírse a las partes sobre la competencia del Tribunal del Jurado, así como para precisar la imputación, pudiendo las acusaciones “modificar los términos de su petición de apertura del juicio oral, sin que resulten admisibles la introducción de elementos nuevos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada”. En otras palabras, la fase intermedia cumple la función de filtro de la consistencia del derecho de acusar.

Recordemos que la LECR, siguiendo el modelo del CIC francés de 1808<sup>65</sup>, establece la redacción de la acusación como

---

64 Manifiesta el Tribunal Supremo con respecto a la fase intermedia en su sentencia de 12 de noviembre de 1983 que “el proceso penal español por delitos, se halla escindido en dos grandes fases o períodos —el instructorio o sumarial, y el plenario o juicio oral—, entre los cuales se intercala una tercera fase denominada intermedia, cuyo arranque y terminación se controvierten por la doctrina”.

Algunos autores (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa ...*, cit., págs. 81 y 117) niegan su existencia, al entender que el proceso penal aparece dividido en dos fases absolutamente independientes: el sumario y el juicio oral. La primera de ellas tiende a la averiguación de si existe o no el derecho de acción, mientras que el juicio oral tiende a la determinación de si existe o no el derecho de penar del Estado, razones por las que no cabe hablar de la denominada fase intermedia.

65 Recuerda ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., págs. 21 y ss, como en Francia, la Asamblea Constituyente adoptó inicialmente el modelo inglés de un jurado de acusación por Decreto de 30 de abril de 1790, dejando paso años más tarde, al actual sistema de la “Cámara de acusación.

En España la ley de 22 de octubre de 1820, estableció el Jurado para los delitos cometidos por medio de la imprenta, y de acuerdo con la tradición británica estableció un doble jurado, disponiendo tanto un primer Jurado de acusación, como un segundo Jurado para resolver sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

acto posterior a la decisión jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral. Ese modelo del denominado período intermedio se inspiraba en principios claramente inquisitivos. La Cámara del Consejo decidía la clausura de la investigación y la remisión a la Cámara de acusación que, si no denegaba la apertura del juicio, redactaba el *arret de renvoi* al que el procurador había de atenerse en la posterior redacción de la acusación. Esa fase era secreta y sin intervención del imputado. Sin embargo introdujo una especificidad, el auto de procesamiento. Esta resolución vino a cumplimentar la función de una cierta delimitación del objeto del proceso. No obstante, el auto de procesamiento no determina totalmente el objeto del proceso para la fase de juicio oral<sup>66</sup>. El art. 650 LECR vincula los hechos acusables en el trámite de calificación a los que resulten del sumario<sup>67</sup>. Ese margen de indeterminación del objeto del proceso desplaza a los escritos de calificación de las partes acusadoras la función de configuración del hecho justiciable que fijará los límites del juicio oral. El riesgo que ello comporta ya no es solamente que se abra un resquicio a eventuales sorpresivas acusaciones, sino que implica una contaminación inquisitiva del mismo juicio oral.

El sistema mereció el correctivo del Tribunal Constitucional que pretendió reconducirlo a las exigencias del contradictorio, exigiendo en la fase intermedia la intervención de la defensa y su audiencia, con carácter previo a la determinación de la existencia o no de los presupuestos de apertura del juicio oral. Así en su sentencia 66/1989, de 17 de abril, manifestó que “*Los demandantes en amparo, en escrito de 10 de marzo de*

---

Posteriormente en la LECR se previó el antejuicio para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados, o la necesidad de obtener el suplicatorio para proceder cuando fuere procesado un senador o Diputado a Cortés (antiguos 750 a 756 LECr). Ambos procedimientos especiales respondían a la idea de un auténtico juicio de acusación, pensado únicamente para tamizar la seriedad de las acciones penales ejercitadas contra aquellas personas.

66 VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político-...*, cit., pág. 68.

67 VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, JB editor, 1994, pág. 77.

1988, solicitaron se les incluyera en el trámite previsto en el art. 627 de la L. E. Cr., lo que les fue negado: y esta negativa ha de estimarse como contraria al derecho a un proceso con todas las garantías. Pues, si bien el art. 627 de la L. E. Cr., sólo prevé expresamente el traslado de los autos para instrucción del Ministerio Fiscal y a los querellantes personados, no prohíbe en forma alguna (como señala el Ministerio Fiscal ante este Tribunal) que se dé traslado a los procesados. Y, a la vista de lo dispuesto en el art. 24.2, procedía integrar lo mandado en el art. 627 L. E. Cr., norma de origen preconstitucional, con las garantías resultantes del artículo constitucional citado, que incluyen la igualdad de armas entre las partes, y, por tanto, y en este caso, el traslado a los procesados en los mismos términos que los previstos en el art. 627 L. E. Cr., para el Ministerio Fiscal y querellante si lo hubiera. Ello es compatible con lo mandado en el artículo mencionado de la L. E. Cr.; es práctica seguida —como reconoce el Ministerio Fiscal— por las otras secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y no fue objeto de oposición por el Fiscal ante la misma, que en su escrito de 21 de abril de 1988 se pronunció a favor de la pretensión de los recurrentes en este sentido. En conclusión, no cabe duda que la propia trascendencia de la decisión a adoptar exigía del Tribunal penal que, de acuerdo con los arts. 24.2 C. E. y 5.1 y 7.2 L. O. P. J., efectuara una interpretación integradora del repetido art. 627 L. E. Cr. para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes a los efectos de justificar dicho pronunciamiento por la irrelevancia penal de los hechos objeto del proceso”<sup>68</sup>.

---

68 Y sigue diciendo que “el art. 24, en la medida en que reconoce, en sus párrafos 1 y 2, los derechos a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión, y a un proceso con las garantías debidas, impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa. Por lo que se refiere a este último aspecto, es decir, la igualdad de las partes, este Tribunal

## XI. Control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral

Pero junto a este necesario correctivo, harían falta alguno más, en cuanto siguen existiendo deficiencias en nuestro sistema relativas a la regulación de la fase intermedia, cuales son, por un lado, la debilidad del control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral, de tal modo que adolecemos de un verdadero juicio sobre la acusación. Por otro lado, la otra gran deficiencia de la fase

---

*ya se ha manifestado en el sentido de que del art. 24 de la Constitución se deriva la necesidad de que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, a efectos de «evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes» [STC 47/1987, de 22 de abril —( [RTC 1987\47](#))—]. El reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia (que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla) cobra sin duda en el proceso penal singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria incluidos los supuestos de prueba anticipada [art. 6.3, d), del Convenio Europeo de Derechos Humanos] ( [RCL 1979\2421](#) y ApNDL 3627): pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito.*

*En efecto, en dicha fase no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención. Debe tenerse en cuenta que, a la vista de los escritos de las partes, formulados con ocasión del trámite del art. 627 L. E. Cr., se abren varias posibilidades al Tribunal penal, y no sólo y obligatoriamente la apertura del juicio oral. Cabe así, que el Tribunal, de acuerdo con el art. 631 de la Ley citada, revoque el Auto del Juez de Instrucción, devolviendo a éste el proceso y ordenando la práctica de nuevas diligencias; o bien, y aun confirmando el Auto del Juez y declarando terminado el Sumario, el Tribunal no queda vinculado por las peticiones de las partes acusadoras de apertura del juicio oral, ya que cabe que el Tribunal, conforme al art. 645 de la L. E. Cr., disponga el sobreseimiento si estimase que el hecho no es constitutivo de delito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 637.2 de la mencionada Ley procesal. Por ello, y dada la diversidad de posibilidades abiertas al Tribunal, el hecho de que sólo las partes acusadoras pudieran alegar al respecto colocaba a los hoy recurrentes en una clara posición de desigualdad, al no poder hacer valer ellos sus argumentos frente a las de las otras partes.*

intermedia es la indiscriminada recuperación de la totalidad de la instrucción previa inquisitiva como delimitadora de los términos del debate en el juicio oral.

A este respecto, baste recordar como en el procedimiento ordinario, el poder de decisión del órgano jurisdiccional se halla muy limitado, ya que solamente podrá denegar la apertura si califica los hechos como no delictivos<sup>69</sup>. Lo que excluye toda consideración sobre la razonabilidad de la acusación provisional, no sirviendo a estos efectos la valoración judicial que se hace al dictar el auto de procesamiento, en cuanto esta decisión no constituye un verdadero acto jurisdiccional, y en este sentido se pronunció la sentencia anteriormente citada, 66/1989, al calificar dicha resolución como de “acusación judicial”<sup>70</sup>.

Cierto es que en el procedimiento abreviado el poder del juez para decidir sobre la apertura del juicio oral es más amplio, permitiéndose un enjuiciamiento sobre la razonabilidad de responsabilidad del acusado. Sin embargo, el problema se circunscribe a que el órgano decisor es el mismo que intervino en la instrucción, con las facultades inquisitivas que ello conlleva, habiendo ya antes de la acusación, manifestado su criterio sobre la pertinencia de la misma. En efecto, la fase intermedia, comienza desde el momento en el que el Juez dicta resolución acordando seguir los trámites

---

69 Según manifiesta la STS de 17 de mayo de 1990, en el procedimiento ordinario se diferencian “dos momentos estelares, siendo el primero de ellos “el de determinación de si el sumario se halla agotado y, por tanto, bien conclusivo, o si debe revocarse el auto de conclusión, para la práctica de nuevas diligencias”, y el segundo, “aquél en el que, el tribunal provincial, a la vista de lo actuado sumarialmente, y oídas las partes acusadoras, decide que no hay méritos para el progreso del proceso, resolviendo su sobreseimiento o archivo, provisional o libre, o por el contrario, entendiendo que el sumario está ultimado y que concurren méritos para ello, acuerda el progreso de las actuaciones ordenando la apertura del juicio oral”.

70 VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político-constitucionales...*, cit., pág. 68, considera que la atribución constantemente confirmada del instructor para introducir hechos en el sumario pone de manifiesto que carece de la característica esencial de la jurisdicción como potestad que exige la virtud pasiva o ubicación como tercero sin propia iniciativa.

del Procedimiento Abreviado —art. 789.5, regla cuarta— y tiene por finalidad la de resolver, tras la tramitación pertinente, sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y, en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y órgano competente para el posterior enjuiciamiento. La adopción de dicho juicio de relevancia acerca de la apertura del juicio oral compete, con limitaciones, al propio Juez Instructor. En efecto, conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 782, cuando el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que previenen los artículos 637 y 641, “lo acordará el Juez excepto en los supuestos de los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para la calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal”. De otra parte según el art. 783.1 LECr “solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimase que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponde conforme a los artículos 637 y 641”. Es evidente, por tanto, que la apertura o no del juicio oral, corresponde hacerla al Juez de Instrucción con las vinculaciones y excepciones previstas en la Ley. Es claro, igualmente, que la decisión de abrir el juicio oral, dando así después paso a la fase de enjuiciamiento, exige necesariamente la previa solicitud de apertura por alguna de las partes acusadoras, solicitud esta que si bien constituye un acto distinto del de la formulación de la acusación, ha de hacerse en el mismo escrito de acusación. Es indudable, por ello, que en el procedimiento abreviado la decisión judicial acerca de la apertura o no del juicio oral se adopta después de que se haya formulado acusación, como una manifestación más del sistema acusatorio al que responde el nuevo proceso, por lo que no puede atribuírsele al Auto de apertura del juicio naturaleza inculpatoria similar a la del auto de procesamiento en el procedimiento común.

Lo que en todo caso debemos cuestionar, es que residenciada la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción, tenga éste la imparcialidad necesaria para actuar jurisdiccionalmente, como por otra parte parece considerar el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/1990, de 15 de noviembre *“Es cierto que la ley concede al Juez de Instrucción —no al órgano de enjuiciamiento— la facultad de controlar la consistencia o solidez de la acusación que se formula, pues, como antes quedó dicho, el artículo 790.6 LECr, tras enunciar la regla general de la vinculación del Instructor con la petición de apertura del juicio permite al Juez denegar la apertura del juicio en dos supuestos, a saber: cuando el hecho no sea constitutivo de delito o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyos casos acordará el sobreseimiento que corresponda. Pero este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral —en definitiva de la improcedencia de la acusación formulada—, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación. En cualquier caso, la principal característica del nuevo proceso penal abreviado, desde la óptica de nuestra doctrina sobre el “juez imparcial”, estriba en haber residenciado la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción y no en el de enjuiciamiento, con lo que la imparcialidad del órgano decidor queda plenamente garantizada”*.

En el mismo sentido se manifiesta la Circular 1/1989, de la Fiscalía General del Estado, opinándose que no queda en entredicho la imparcialidad del juzgador, *“el problema que plantea la posibilidad del sobreseimiento de oficio por el órgano jurisdiccional en los casos de acusaciones que se estimen infundadas, no es tanto, el que con ello se desconozca el principio acusatorio, como la cuestión de si la elección del órgano a quien se otorga la facultad es o no acertada o si hubiere sido preferible que tal decisión la acordara el órgano del enjuiciamiento en el debate preliminar con que se inicia el juicio oral, en vez de dejársela al instructor. En efecto, el que sea el instructor quien acuerde de oficio el sobreseimiento produce una doble contradicción con*

*principios esenciales del proceso: primero, que como director de la instrucción no es necesariamente órgano imparcial, al poder estar influido por el prejuicio que la instrucción crea, y segundo, que al decidir el sobreseimiento está resolviendo sobre el fondo del asunto, esto es, sustrayendo al órgano enjuiciador la facultad de juzgar el proceso... Ahora bien, la posibilidad del recurso de apelación, restituyendo así el órgano del enjuiciamiento sus facultades de juzgar el fondo del proceso, resuelve en cierto modo aquellas contradicciones”.*

En definitiva, el auto de apertura del juicio oral, se constituye en ambos procedimientos, como una formalidad de débil control negativo. De forma tal que debería constituirse, no ya en un juicio anticipado y provisional sobre los hechos, pues ello resultaría poco conforme con lo previsto en el artículo 24.2 CE, sino como, en aquellos supuestos en los que se deniegue la apertura del juicio, un juicio negativo en virtud del cual el juez cumple funciones de garantía jurisdiccional. En este sentido dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/1990, de 15 de noviembre, *Es cierto que el art. 790.1 LECr sólo contempla la intervención del MF y de las acusaciones personadas en el trámite inicial de la llamada fase “de preparación del juicio oral”. Pero este precepto no debe ser interpretado aisladamente, sino sistemática y teleológicamente, teniendo en cuenta el significado y alcance que la fase de preparación del juicio oral, en la que se enmarca el precepto, tiene en el procedimiento abreviado. La finalidad esencial de esta fase es la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y el juicio de relevancia por parte del Juez Instructor acerca de la apertura que el juicio oral exige, en virtud del principio acusatorio, a salvo el supuesto excepcional contemplado en el artículo 790.3 LECr, la previa solicitud de apertura y la formulación de escrito de acusación por el MF o las acusaciones personadas con las personas judicialmente implicadas.*

*Ha de tenerse en cuenta, a tal efecto, de una parte, que la fase de preparación del juicio oral del procedimiento abreviado,*

*a diferencia de lo que ocurre en la llamada “fase intermedia” del procedimiento común de la ley, que se desarrolla antes de que los titulares de la acción penal formulen acusación, tiene por finalidad, precisamente, la de que las partes que instan la aplicación del ius puniendo del Estado pueda formular la acusación y solicitar la apertura del juicio oral, y, caso de que se acuerde la apertura del juicio, dar traslado inmediato a las partes acusadas para que presenten escrito de defensa frente a las actuaciones. Por ello, la ley ordena al Juez instructor, en este primer momento de la fase de preparación, proceder al traslado de las diligencias únicamente a las acusaciones, sin cuya petición de acusación no cabe, como regla general, la apertura del juicio oral. Por lo mismo el traslado de las actuaciones al imputado lo ordena la Ley en la misma fase pero en un momento posterior, puesto que la razón del traslado no es otra que la de dar la posibilidad al acusado de oponerse y defenderse de la acusación.*

*... En consecuencia... el art. 790.1 LECr es conforme con las exigencias que el artículo 24 CE establece para todo proceso penal. En primer lugar porque... la fase de preparación del juicio oral en el procedimiento abreviado no responde a la finalidad de completar la fase de instrucción previa... sino la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio previa formulación, en el primer caso, de la acusación. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el hecho de que la intervención del imputado en esta fase del proceso tenga lugar en un momento posterior es coherente con la finalidad del traslado que a él se le confiere —formulación de su defensa— y constitucionalmente válida, al quedar garantizada plenamente la contradicción entre las partes.*

Al respecto también ha tenido ocasión de manifestarse la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1989, “*es necesario arbitrar un momento procesal garantizador de que nadie va a ser sometido a un juicio penal sin fundamento. Momento garantizador o filtro de acusaciones infundadas que, de otra parte, existe en todos los sistemas acusatorios*”.

## XII. Juicio de acusación sin reminiscencias inquisitivas

Resulta por tanto necesario para un verdadero juicio de acusación, que no quede nada de transcendencia inquisitiva en el momento del enjuiciamiento, debiendo configurarse en él el objeto del proceso para el juicio. Pero ello no es posible, ni en el procedimiento ordinario, en el que se atribuye el control a un órgano imparcial pero que viene vinculado por previas decisiones de otro órgano no imparcial, el instructor<sup>71</sup>; ni en el abreviado, en el que se le atribuyen más amplias facultades de control al órgano decisor, pero éste no es imparcial, al coincidir con el instructor.

Por ello caben dos soluciones, o bien, instaurar un órgano jurisdiccional específico, para la adopción de esa decisión, al estilo de la “*Chambre d’Accusation*” francesa<sup>72</sup>; o bien reconsiderar el ámbito de atribuciones de los sujetos en la fase previa al juicio,

---

71 En efecto, la Audiencia Provincial tiene atribuida competencia en recursos de apelación interpuestos tras la desestimación del de reforma, contra autos de procesamiento dictados por los Jueces de Instrucción —art. 384 LECr párr. V—. De este modo el órgano decisor toma conocimiento de la causa y avanza un juicio contra el procesado.

Además la Audiencia podrá ordenar al Juez Instructor cumplir las peticiones de procesamiento solicitadas ante ella —art. 384 LECr párr. VI—. La ausencia de apelación cuando se haya desestimado el recurso de reforma interpuesto contra los autos denegatorios del procesamiento, la compensa la LECr con la posibilidad de reproducir ante la Audiencia la petición del procesamiento. Esto supone que cuando la Audiencia Provincial estime procedentes las declaraciones de procesamiento solicitadas, mandará al Juez de Instrucción que las practique, sin dejar resquicio alguno a la valoración de éste. En tal caso, la decisión de procesar le exige una toma de posición respecto de la existencia de indicios racionales de criminalidad contra el imputado, que puede provocar en quien ordena esta imputación formal, prevenciones en contra del sujeto pasivo susceptibles de influir en el momento de sentenciar. Vid. En este sentido MORENO CATENA, V., *El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*, en *Hacia un nuevo proceso penal*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, número 32, 2005, pág. 77.

72 VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político-constitucionales...*, cit., pág. 81, considera que resulta ineludible la instauración de un órgano jurisdiccional específico para adoptar la decisión que el juicio de acusación conlleva. Además, desde el punto de vista orgánico, debería asegurarse la dirección de este trámite por un juez imparcial.

de suerte que el Juez de Instrucción no fuese en su iniciativa hasta donde su implicación le restase la imparcialidad objetiva de la que ha de estar provisto para aquel juicio de acusación. Sin embargo esta última opción se revela ciertamente complicada, pues la adopción de medidas cautelares como la prisión preventiva, no es más que una posibilidad legal consustancial a cualquier modelo de instrucción.

Estando el juez provisto de dicha imparcialidad, la acusación, como actividad, debe atenerse a las existencias del acusatorio, como mecanismo orgánico de la nítida separación entre la función de la parte acusadora y la del juez<sup>73</sup>. De tal modo que la acusación, como acto introductorio, exige la formulación de la acusación determinada contra el imputado como acto previo y de delimitación del juicio. Ello implica:

- Precisión del hecho atribuido, circunscribiendo así el objeto del juicio, en caso contrario haría inútil toda defensa
- Razonabilidad de la imputación, pues se ha de tener en ese momento la probabilidad suficiente para obtener la decisión judicial de apertura del juicio, que es el fin de la acusación.
- Formulación en tiempo oportuno de la acusación, a fin de que el imputado pueda, por su conocimiento en tiempo hábil, cuestionar la concurrencia de aquellos

---

73 Esta medida supondría sin duda un considerable aumento del número de órganos jurisdiccionales, con el consiguiente coste económico, por ello VAZQUEZ SOTELO, J.L., *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, en *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1988, pág. 393, propone que una solución práctica que no alterase sustancialmente la organización de nuestros Tribunales, sería que ese órgano ad hoc llamado a conocer del juicio de acusación y de los recursos contra las resoluciones interlocutorias del Juez de Instrucción, podría ser una Sección específica de nueva creación en las Audiencias Provinciales, solución que también se apunta como necesaria para conocer de los recursos interpuestos contra el Juez de Garantías en el modelo alternativo del Fiscal investigador.

requisitos de inequívocidad y razonabilidad. Al respecto ya se manifestó el Tribunal Constitucional en su sentencia 44/1985, al extender el derecho de defensa a todas las fases del proceso, situando así a todas las partes interesadas en el proceso penal “en un plano de equiparación y contradicción, evitando la supremacía y preponderancia de las partes acusadoras que, con anterioridad, agravaba la posición de los inculpados... El derecho de defensa sólo podrá restringirse en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación según las leyes procesales, y si resulta indispensable a tal fin. Pero fuera de estos supuestos excepcionales, el derecho a la defensa del imputado se ostenta con carácter absoluto en todas las fases que componen el proceso, como lo indica la expresión de dicho artículo 118 de la LECr, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, y por consiguiente, teniendo el derecho de defenderse en la denominada fase intermedia del proceso ordinario común..., por lo que el contenido del artículo 623 de la LECr no puede impedir que el inculpadado en el sumario pueda comparecer en dicho estadio procesal, aunque no hubiera sido procesado previamente, en el que puede actuar en defensa de sus derechos, personándose como parte y recurriendo contra los acuerdos que le perjudiquen”.

En todo caso, dándose todas estas reglas, no bastará con la instauración de un momento jurisdiccional sobre la razonabilidad del juicio, sino que será necesario además, que la resolución del juez sea la que fije el objeto de ese juicio de tal forma que el sumario pierda, desde entonces, cualquier función al respecto<sup>74</sup>. Así

---

74 VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político-constitucionales...*, cit., pág. 70. Como recuerda este autor, así se produce en el derecho comparado, así en USA, donde el indiciamiento por el gran jurado o la acusación por el fiscal será una exposición escrita, sencilla, concisa y precisa de los hechos esenciales constitutivos del delito imputado. Y aún prevé que la corte a moción del acusado pueda suprimir materia impertinente del indiciamiento del

bien, ha de ser entendido el juicio de acusación como el control jurisdiccional que sobre el fundamento de la acción penal tiene lugar en la etapa intermedia del proceso —previo al juicio sobre el hecho— que concluye con la resolución de sobreseimiento o de apertura del plenario<sup>75</sup>. De esta forma el juicio de acusación cumple en la fase intermedia una función negativa, dirigida a depurar la notitia criminis y a evitar que determinadas personas, cuya inocencia resulte evidenciada en esta fase, puedan sentarse en el banquillo, impidiendo la estigmatización que puede producir un juicio innecesario<sup>76</sup>.

#### XIV. El objeto del juicio de acusación

##### 1. Enjuiciamiento sobre la “causa probable”

De hecho, nuestra fase intermedia debería consistir, como pone de manifiesto Napi<sup>77</sup>, en un juicio que busca la existencia de causa razonable para someter a una persona determinada a juicio, en ningún caso se deben buscar razones para la condena de un sujeto, eso será objeto de un momento posterior, el juicio oral. Así bien, en aquélla fase se busca algo más fuerte que una posibilidad y más débil que una certeza como se requiere en la sentencia de condena<sup>78</sup>. Bastará para decretar la apertura del juicio la constatación de una razonable probabilidad de la acusación, constituyendo un juicio provisional. Por ello se habla de juicio de acusación, porque es un auténtico enjuiciamiento que no atiende

---

gran jurado o de la acusación del fiscal. En Francia, por su parte, el *arret de renvoi* preconfigura el contenido de las cuestiones a resolver por el Jurado. Conforme al art. 349 CPP une *question est posée sur chaque fait spécifié dans le dispositif de l'arret de renvoi*. Por último, el art. 207 de la STPO alemana confiere al tribunal atribuciones para modificar los términos de la acusación sobre la que decide abrir el juicio oral

75 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación...*, cit., pág. 237.

76 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal. El Proceso Penal*, (AA.VV), Valencia, 1992, pág. 402.

77 NAPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura penale*, Giuffrè editore, 1989, pág. 163.

78 STC 135/1989, 19 julio.

a los motivos para la condena o la absolución, sino tan sólo a la existencia o inexistencia de lo que en el Derecho anglosajón se conoce como una “causa probable” para someter a una persona determinada al juicio oral, auténtico momento cumbre del proceso penal. La regla de decisión que inspira el juicio de acusación no requiere la certeza de la sentencia de condena, ya que para acordar la apertura del plenario basta con la constatación de una razonable probabilidad en la acusación, pues no debe olvidarse que se trata de un juicio provisional<sup>79</sup>.

Por lo tanto, se ha de conjugar por un lado, juicios que supongan un verdadero filtro para acusaciones infundadas, que eviten la penosidad que el propio juicio supone; pero por otro, el llegar a extremismos en los que reconocer el derecho de acusar en un juicio oral sea tanto como anticiparse a la sentencia condenatoria. De forma tal que la regulación legal se mueva entre no permitir que cualquier acusación pueda llevar a juicio a una persona sin un fundamento serio y razonable, pero no exigir que la acusación aparezca fundada en niveles probatorios tan rigurosos, que la concesión del derecho de acusar suponga prácticamente estar anticipando la condena del que sólo es imputado, procesado o acusado<sup>80</sup>.

## 2. Resolución del órgano jurisdiccional: sobreseimiento o apertura del juicio oral

En definitiva, en este momento, el juez debe acordar sobreseer la causa o abrir el juicio oral mediante una resolución que se convierte en la respuesta negativa, sobreseimiento, o positiva, auto de apertura, a la acción inicialmente ejercitada por el querellante. En ambas se plasma el resultado de una valoración judicial de los presupuestos materiales de la acción, tal como evidencia la regulación legal de los motivos tasados del

---

79 VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político-constitucionales ...*, cit., págs. 85 y 90.

80 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., pág. 68.

sobreseimiento, resolución de contenido material o de fondo, al igual que lo es el auto de apertura del plenario por tener como base una determinada imputación penal<sup>81</sup>. De modo tal que el juicio de acusación servirá para “*valorar la consistencia de la acusación o acusaciones formuladas, a fin de impedir que tenga que sentarse en el banquillo una persona respecto de la que no hay méritos para ello. Por eso este trámite alcanza su verdadera significación cuando se deniega dicha apertura y se acuerda el correspondiente sobreseimiento*”<sup>82</sup>.

Esta resolución del órgano jurisdiccional debe acaecer una vez, habiendo sido trasladadas las actuaciones a las partes personadas, éstas solicitaran la apertura del juicio oral formulando escrito de calificación o el sobreseimiento de la causa. Al referirnos a partes personadas lo hacemos al Ministerio Fiscal, querellante e imputado. El querellante podrá constituirse en acusación particular, pero también en popular, quien tendrá limitadas sus facultades. De modo tal que el juicio oral no podrá abrirse por el órgano jurisdiccional si, habiéndolo solicitado el acusador popular, no lo hace el Ministerio Fiscal, salvo que se trate de los delitos previstos legalmente para salvaguarda de intereses colectivos o difusos.

En definitiva, en dicha fase, para lograr el fin buscado, será preciso que se atiendan a una serie de principios constitucionales<sup>83</sup>:

- La dirección en esta fase ha de atribuirse a un juez imparcial. En efecto, la misma razón que impide sumar a la instrucción la decisión sobre el fondo, aconseja no sumar a aquélla el enjuiciamiento que se traduce en la sentencia de reenvío, esto es, en la decisión de la alternativa sobre la apertura del juicio oral y el sobreseimiento.

---

81 STC 310/2000, de 18 de diciembre.

82 STS de 28 de enero de 2005.

83 VARELA CASTRO, L., *Fundamentos político...*, cit., págs. 74 y ss.

- Ha de salvaguardarse el contradictorio reforzando las garantías de defensa mediante la oportuna comunicación de la imputación. Esa oportunidad en la adquisición de la condición de imputado es la que debe determinar el momento de inicio del proceso. Y subsiguiente la terminación de la investigación como fase, inquisitiva, previa a la procesal, o de dirección jurisdiccional<sup>84</sup>.
- Derivado de la función de esta fase procesal previa a la del juicio, ha de salvaguardarse el principio de igualdad de armas. La garantía del proceso penal comprende el derecho a promover y participar en la causa<sup>85</sup> y, por ello a que se complete el material instructorio, pero también la de la defensa a hacerse oír sobre la concurrencia de los presupuestos para la apertura del juicio oral<sup>86</sup>, lo que obliga a afirmar la igualdad de las partes en cuanto a sus posibilidades participatorias. A este respecto el Tribunal Constitucional en sus sentencias 47/1987, de 22 de abril y 66/1989, de 17 de abril, afirmó que el principio de igualdad supone la necesidad de que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales.

En concreto respecto de la fase intermedia el Tribunal Constitucional en esta última sentencia manifestó que “el reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas

---

84 Dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 273/1993, de 20 de septiembre que *“La imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de “prueba prohibida”*”.

85 STC 32/1994, de 31 de enero.

86 STC 66/1989, de 17 de abril.

dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia (que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla), cobra sin duda en el proceso penal singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria, incluidos los supuestos de prueba anticipada... pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito”<sup>87</sup>.

A pesar de la resolución del Tribunal Constitucional, parece que no ha quedado tan claro como era de esperar el que la igualdad de armas también ha de garantizarse en la fase intermedia del proceso. Pues el legislador por LO 7/1988, introduce el procedimiento abreviado y con él el antiguo artículo 790.1 LECR, actual 780.1, por el que se dispone que se de traslado de las diligencias previas al MF y a las acusaciones personadas para que en el plazo establecido soliciten la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias. Semejante precepto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, el cual fue resuelto por sentencia 186/1990, acordando la

---

87 Esta sentencia nació como consecuencia de la antigua redacción del artículo 627 LECr, por ser en este precepto donde no se respetaba en la fase intermedia la igualdad de armas, estableciéndose en sede de procedimiento ordinario que, una vez recibidos los autos por el Tribunal competente, se pasarán para instrucción al Ministerio Fiscal, y posteriormente al procurador del querellante si se hubiere personado. De este modo, y si la opinión fuera de conformidad con el auto de conclusión del sumario, ambas partes solicitarán del Tribunal lo que estimen conveniente respecto de la apertura del juicio oral o sobreseimiento de cualquier clase que sea. Por ello la sentencia citada afirmó que “procedía integrar lo mandado en el artículo 627 LECr, norma de origen preconstitucional, con las garantías resultantes del artículo constitucional citado, que incluyen la igualdad de armas entre las partes, y por tanto, y en este caso, el traslado a los procesados en los mismos términos que los previstos en el artículo 627 LECr para el Ministerio Fiscal y el querellante si lo hubiera, de forma que la exégesis de la norma procesal otorgue, de acuerdo con los artículos 24.2 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, la “oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas”.

adecuación de aquel al artículo 24 CE, con base en que, por un lado, la etapa de preparación del juicio oral en el procedimiento abreviado, no responde a la finalidad de completar la fase de instrucción previa, único supuesto en el que tendría sentido dar traslado de las actuaciones a todas las partes del proceso sino la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio previa formulación, en el primer caso, de acusación; por otro, que ya se daba la oportunidad al imputado de poder intervenir en un momento procesal anterior, por lo que darle traslado de las actuaciones en la fase intermedia, para poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o nuevas diligencias, podría revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas para la conclusión de las diligencias previas.

– Se ha de garantizar el derecho a ser juzgador sin dilaciones indebidas, y ello partiendo esencialmente de que se trata de un juicio provisional que cumplirá mejor su función si aproximamos el momento del hecho enjuiciado y el de su enjuiciamiento. De tal modo que la admisión de las diligencias propuestas, o de las subsidiariamente ordenadas por el juez, no dependerá únicamente de su pertinencia y utilidad, sino de su indispensabilidad. Así pues, cabe que en esta fase se lleve a cabo excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias<sup>88</sup>, y esta excepcionalidad depende de que se consideren o no indispensables. Esto es, se debería reducir el alcance de estas diligencias a los elementos objetivos del tipo penal, sin comprender los elementos subjetivos o los normativos, quedando igualmente excluidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, grados de ejecución, modalidades de participación, e incluso aquellos aspectos fácticos relativos a la pretensión de reparación civil<sup>89</sup>.

---

88 Semejante redacción se halla hoy prevista en el artículo 780.1 LECR.

89 En este sentido se manifestaban respecto del antiguo artículo 790.2 LECr, VARELA CASTRO, L, *Investigación y preparación del juicio oral*, en “La reforma del proceso penal”, (AA.VV), Madrid, 1990, pág. 159. También

La regulación de dichas diligencias precisa que puedan ser solicitadas no sólo por las partes acusadoras, como actualmente se halla previsto en el artículo 780.2 LECr, sino por el imputado, a fin de permitir a este la posibilidad de poder acreditar tanto la falta de tipicidad de los hechos, como la inexistencia de los hechos típicos objeto de imputación. El derecho al proceso con todas las garantías es incompatible con el menoscabo del derecho de defensa y de la igualdad de partes, de modo que si la ley las contempla, también debería conceder esta oportunidad al imputado<sup>90</sup>.

- Es una exigencia ineludible garantizar el derecho de defensa, en cuanto nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado. Así el Tribunal Constitucional de manera reiterada manifiesta que *“la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación...; nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento”*<sup>91</sup>. De forma tal que en la fase de investigación ha de darse una resolución inicial por la que el órgano jurisdiccional atribuya esa legitimación pasiva, para que en el juicio de acusación pueda tener lugar la formalización de la acusación y la posterior resolución jurisdiccional sobre la razonabilidad de esta acusación.

Junto a esta configuración del juicio de acusación, hay otras funciones, que aunque se puedan considerar instrumentales, también debe cumplir, en este sentido debe servir para depurar el

---

MUÑOZ CUESTA, J., *La fase intermedia. El juicio de acusación. La rebeldía de coacusados*, en “Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal”, 1-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000, pág. 277.

90 ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., pág. 208.

91 SSTC 152/1993; 129/1993; 186/1990; 135/1989;

procedimiento, de tal forma que la estimación o no de cualquier cuestión de previo pronunciamiento que pudiera ocasionar la finalización del proceso por auto de sobreseimiento libre, debe tener lugar en ella<sup>92</sup>. Resulta extraña y desacertada la actual ubicación de las cuestiones previas en el procedimiento ordinario, pues carece de explicación lógica que si la acción penal se ha reconocido formalmente en el auto de apertura del juicio oral, una vez acordado éste, pueda tener lugar un incidente que obligue a sobreseer libremente, cuando en buena técnica, esas cuestiones ya deberían haber quedado resueltas en la etapa intermedia<sup>93</sup>.

Por otro lado en el juicio de acusación se deben proponer las pruebas tanto de la acusación como de la defensa, de forma que pudiera utilizarse no sólo para la proposición de la prueba, sino a su vez, para ejercer el control sobre la fiabilidad de las mismas, como sucede en la institución anglosajona del Discovery. Igualmente cabe la petición de práctica de prueba anticipada de aquellas otras pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del plenario.

Todo este juicio, tal y como lo hemos configurado, debiera estar presidido por los principios de oralidad, contradicción y concentración.

---

92 Nos estamos refiriendo a las cuestiones que prevé el artículo 666 LECR.

93 CHOZAS ALONSO, J.M., *Loa artículos de previo pronunciamiento y su tratamiento procesal*, Tribunales de Justicia, núm. 11, noviembre, 1998, pág. 1067.