

# Procesamiento, sobreseimiento, acusación

(La Ley de Enjuiciamiento Criminal según su redacción de la de 8 de abril de 1967 y el "Anteproyecto de Bases del Código procesal penal" de 1967)

VICTOR FAIREN GUILLEN,

Catedrático de Derecho procesal en la Facultad  
de Derecho de Valencia

Este trabajo constituye un anticipo de la publicación del Informe que a petición de la Universidad de Valencia elaboré sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal", remitido a tal efecto por el Ministerio de Justicia.

Aprobado por unanimidad por la Junta de Facultad de Derecho de Valencia, ésta acordó también que una vez surtidos sus efectos por remisión al Ministerio de Justicia, se publicase en su totalidad, lo cual esperamos hacer.

Mientras tanto, nos parece que el problema de tanta actualidad —aún más, desde la modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal por la de 8 de abril de 1967— sobre las figuras del procesamiento, del sobreseimiento y de la acusación, conectadas entre sí y en relación con las facultades atribuidas a jueces y partes, tenía entidad propia para ser tratado con ocasión de la aparición de las "Bases".

Y en la lectura de las mismas, la número 16, sobre el Ministerio Fiscal y sus atribuciones, nos depara la primera oportunidad según la sistemática del A. para enfocar estos problemas y anotar nuestro propio pensar sobre los mismos.

Esta Base 16 puede decirse que es de las más importantes del A.

Por lo que se ve hasta el presente en el A., al Ministerio Fiscal se le pretenden ampliar sus facultades en cuanto a diversos problemas: así, es sólo él quien debería promover el proceso civil prejudicial (Base 5a.) con exclusión de los demás interesados; sería el único que podría promover la petición de extradición (Base 7 a.-3), así como también el único que tendría legitimación para pedir el reconocimiento de sentencias extranjeras (Base 7a.-4a.). Por su parte, la Ley de 8 de abril de 1967 amplía sus facultades, vinculando en materia competencial al juez instructor-decisor.

Vista esta tendencia ampliatoria bastante clara, pasemos a examinar la Base 16 punto por punto.

"La actuación del MF. como órgano a quien se encomienda en el proceso penal el ejercicio de las acciones penales y civiles bajo el principio de legalidad..."

El A. no establece el monopolio del MF. en esta materia (lo veremos en la Base 18, en que hace coexistir la acusación popular), pero sí se refuerzan considerablemente sus atribuciones.

La expresión “bajo el principio de legalidad” (que debería estar expuesta íntegramente en el Título preliminar del A.), constituye, a nuestro entender, una alusión a relacionar con el artículo 105 de la vigente Lecrim. (1).

El A. parece seguir la doctrina de considerar el MF. como parte en el proceso (1 bis). Las atribuciones que se conceden, más bien hacen pensar en una “parte material” que en una “parte formal”; deseamos y esperamos que sea “parte imparcial” (2) —“prima facie” abonaría por este parecer el que en esta Base, 16-3.º, se diga que debe “oponerse”; a su tiempo comentaremos esta frase incompleta a nuestro entender—. Y desde luego, si se quiere fundar un “proceso correccional” en el que el juez, siguiendo el principio acusatorio (3), espere la recogida del material sobre hechos supuestamente delictivos por parte de otra entidad, esta debe ser el MF., al cual no cabrá negar así su carácter de “parte material”, aunque “imparcial” (4).

Esta alusión al juez que espera que el material esté reunido, nos creemos en el caso de hacerla, pues según la Ley de 8 de abril de 1967, las “diligencias previas” (art. 789) en los procesos por delitos “menores” están encomendadas al juez instructor y decisor de la primera instancia. Y ello, aunque no agote el sistema inquisitivo, significa una tendencia inquisitiva frente a la acusatoria (5). Fundamen-

---

(1) Sobre las ventajas de este principio, cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Principios técnicos y políticos*, cit., pág. 19 y s.; sobre el discutido tema, GOLDSCHMIDT (J.), *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1961, pág. 119 y ss., y las tendencias en 1935 —fecha en que se pronunció dicha conferencia—.

(1 bis) Compartimos esta doctrina, sostenida por numerosos autores. Por ejemplo, SILVA MELERO, *La estructura del proceso penal en relación con el concepto de parte*, en “Revista de Derecho procesal”, Madrid, 1946, II, pág. 259 y ss.; VIADA, *Curso*, cit., I, pág. 211 y ss.; esta posición en el proceso del MF. es compatible con el hecho de que sea “un órgano de la Justicia” (cfr. ZAFRA, *Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal*, en “Revista de Derecho procesal”, Madrid, 1961-4, pág. 102 y ss.), así como con que “actúe como institución” posible contradicción que inquieta a IRIBAS (*El Ministerio Fiscal no es parte*, en “Revista de Derecho procesal”, Madrid, 1952-2, págs. 196 y 193, respectivamente).

(2) Cfr. W. GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad*, cit., pág. 194.

(3) Cfr. la bibl. a la nota 45.

(4) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad*, *passim*.

(5) Cfr., p. ej., GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., pág. 112 y ss.; VIADA, *Curso*, I, pág. 40; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 185, muy gráficamente; desde MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung*, cit., pág. 269 y ss.: y 272 y siguientes; ZU DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, cit., pág. 58; KERN, *Strafverfahrensrecht*, Munich-Berlín, 1956, 4.ª ed., pág. 148 y s.; EBERHARD SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2.ª ed., Cöttingen, 1964, I, pág. 199; LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Verfassungsgesetz*, gran comentario, 21 ed., Berlín, 1963, I, pág. 112 y s.; STOCK, *Strafprozessrecht (ein Grundriss)*, Tübingen, 1952, pág. 69; en cualquiera de

talmente, el sistema acusatorio impone el alejamiento de las funciones le instruir y sentenciar.

Pero terminadas esas "diligencias previas", en el estadio posterior, ya se ha visto en dicha ley cómo el juez instructor-decisor está vinculado en una serie de cuestiones a las peticiones del MF. (no así a las de la acusación particular).

Pues bien, si además de ser en el futuro el MF. el director de las "diligencias previas" (así lo consagra la Base 33 en rel. con la 16), conservase después de las mismas el predominio que hoy ostenta según la Ley de 8 de abril de 1967 en cuanto a los procesos por "delitos menores", rechazaríamos en bloque un proceso desequilibrado. Lo decimos como advertencia de nuestra actitud ante la Base 44, que parece ser la heredera de la Ley de 8 de abril de 1967 (6).

Entremos en el examen del contenido de la Base 16, que no puede entenderse sin relacionarla con la 33, que encomienda las "diligencias previas", como se ha dicho, a la dirección del MF.

El número 1 de la Base 16 se refiere a la "investigación extrajudicial" por parte del MF., "en averiguación de los hechos que ofrezcan la apariencia de infracción criminal". Y, como es lógico, se le conceden a tal efecto amplios poderes de tipo inquisitivo, de investigación.

Nótese que este régimen es el clásico preliminar del Code francés ("enquête préliminaire", arts. 75 y ss.), del italiano ("Degli atti preliminari all'istruzione" y esp. "Atti di polizia giudiziaria del Procuratore della Repubblica", arts. 219 y ss.), del alemán ("Vorverfahren", §§ 158 y ss. de la StPO.), de la investigación preliminar del "Rättegångsbalk" sueco (Kap. 23), dirigida por el MF. auxiliado por la policía (o en casos, es la misma policía la que instruye esta investigación preliminar, art. 75 del Code francés, Kap. 23-3 del sueco). La

---

estas obras pueden verse copiosos argumentos contra la confusión entre las funciones instructora (investigadora) y juzgadora. Recalquemos, con un fragmento de CARNELUTTI: "La investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquéllas; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación, se valoran los resultados de la investigación de otro. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo..., pero, sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración" (*Lezioni sul processo penale*, II, pág. 180, y s.).

(6) Cfr. muy reciente e interesante —lo citamos, naturalmente, en abstracto— con ref. a las posibilidades de un MF de alterar la competencia de un Tribunal penal —territorial— por peligro de turbación de la tranquilidad pública, por razón de la seguridad de personas o presión de violencia en cuanto a las que participan en el proceso, CONSO, *Un istituto in crisi: la rimessione per ordine pubblico o per legittimo sospetto*, en "Rivista de Diritto processuale", 1967, número 1, pág. 100 y ss.

relación entre en MF. y la policía es muy intensa, como se debe inducir del tipo de diligencias a practicar (Cfr. dichos Códigos e incluso la Base que examinamos). En algunos países (Suecia), el MF. y la policía estaban administrativamente muy combinados, y ha costado trabajo histórico el distinguirlos.

Aunque no sea este el caso de España, esta actividad “extrajudicial” (Base 16) del MF. es inquisitiva, necesaria siempre para preparar un juicio de tipo acusatorio, con igualdad de partes.

El mismo A. podría reconocer este carácter inquisitivo (Base 2, principios, supra): muy parcial por el momento, pues sólo atañe—hasta ahora— a estas “diligencias previas”.

No podemos por menos que rememorar los peligros de que nos habla la doctrina —y la experiencia histórica— en cuanto al delicadísimo papel del MF. en el proceso penal (7), dadas sus extensas relaciones con el Poder político (8); dada la naturaleza multiforme de esta institución (9).

Estamos de acuerdo en la calidad intrínseca del personal de la

---

(7) Cfr., p. ej., SABATINI, *Il pubblico ministero nel Diritto processuale penale*, Turín, 1948, II, pág. 27 y s.; ALIMENA, *ob. cit.*, pág. 206 y ss.

Acertadamente en cuanto al MF. en lo civil en un Estado totalitario, PRIETO CASTRO, *Construcción dogmática del MF. en materia civil*, en sus “Trabajos y orientaciones de Derecho procesal”, Madrid, 1964, pág. 20 y s.; con la hermosa respuesta que pone en boca del mismo Fiscal del T. S. español de 1881 (página 21).

En lo penal, el MF., especialmente en la Alemania nazi, rebasó toda comparación. Sin necesidad de aludir a la etapa paroxística del predominio del Tribunal Popular Revolucionario, de trágica memoria, recordemos que se sustituyó el “interés o no interés del Estado” al interés de la Justicia en que el inocente fuera absuelto (Cfr. GRUNAU, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1936, pág. 796); y siempre antes de la etapa paroxística, cfr. el Decreto para la simplificación de la administración de justicia de 13 de agosto de 1942 y las amplísimas facultades del MF. alemán, comparadas con las de los Tribunales, en SCHWARZ, *Richter und Staatsanwalt in Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, cuad. 23, 1 diciembre 1942, pág. 337 y ss.

(8) Cfr. por todos el actual Fiscal del Tribunal Supremo español, HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del MF. según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, Marzo de 1947, *passim*.

Por causa de la multiplicidad de tareas del MF. y su diversa índole, se ha llegado a proponer para el futuro su desdoblamiento en dos Cuerpos: uno, destinado a evacuar los trabajos de “dictamen, informe, control de la legalidad y fomento de la jurisprudencia”, y otro para la persecución de los delitos y la defensa de determinados intereses (menores, incapacitados) en el orden civil. Cfr. ZAFRA, *Posición del MF. en el futuro proceso penal*, en “Revista de Derecho procesal”, Madrid, 1961-4, pág. 47 y s.

(En cuanto al nombre, sigue sin complacernos el de “Ministerio Fiscal”, que recuerda sus relaciones con el fisco sencillamente; de los múltiples propuestos, el que más nos atrae es el de raigambre legislativa española, y de gran expresividad, de “Promotor de la Justicia” (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, ed. sep. de la “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, México, 1948, pág. 39).

(9) Proteiforme, decía J. GOLDSCHMIDT (Cfr. *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 301, nota 1.565).

carrera del MF. en España; pero esta garantía —fundamental, se reconoce, sin ella las demás carecerían de base— debe ser completada con otras de tipo netamente jurídico que prevengan omisiones o excesos.

A) Contra las omisiones del MF. —y mejor, de sus miembros— la mejor defensa en el orden penal está en la conservación de la “acción popular” (10) —que el A. preserva, Base 18—.

B) Contra hipotéticos excesos de los miembros del MF. o de sus dependientes —la policía judicial— precisa arbitrar un medio, también judicial, ya que la actuación, tanto de aquél como de ésta, a lo largo de las “diligencias preliminares” es declarada “extrajudicial” en el A. (Base 16-1.º).

En 1961, informando al Ministerio de Justicia en una encuesta sobre la reforma de las leyes orgánica y procesales, sugerimos la posibilidad de pensar en la introducción en España del proceso de “Habeas corpus” (lo referíamos, sobre todo, en cuanto a las relaciones entre las diversas jurisdicciones penales) (11); por su parte, la Universidad de Valladolid, respondiendo a la misma encuesta, opinaba en favor de “un recurso rápido, de la especie del “habeas corpus” a fin de evitar abusos en materia de prisión provisional” (12).

Y esto es lo que propugnamos. No se trata de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un proceso extraño; hemos demostrado el parentesco íntimo del antiguo recurso aragonés —más bien, un proceso cautelar de gran envergadura— de “manifestación criminal” con el británico de “Habeas corpus”, de formulación sistemática muy posterior (13). Debidamente modernizado, el antiguo proceso cautelar aragonés respondería a las exigencias de un actual Estado de Derecho, como excelente medio para reprimir, por vía judicial, cualquier exceso de *cualquier* autoridad (14).

A una Ley Orgánica tocaría el resolver el problema de los jueces destinados a instruir y resolver estos procesos cautelares.

(10) Cfr. ALIMENA, *ob. cit.*, pág. 206 y ss.

(11) FAIREN GUILLÉN (en nombre de la Facultad de Derecho de Valencia), *Respuesta a las cuestiones formuladas por el Ministerio de Justicia sobre la reforma de las leyes orgánicas y procesales*, Valencia, 1961, pág. 28.

(12) La calificación que hicimos de la encuesta de “fragmentaria” (cfr. página 3) nos excusa de explicar el porqué de otras respuestas. No conocíamos el alcance que a las “diligencias previas” ni a la “investigación preliminar” se quería dar.

(13) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de manifestación de personas en relación con el “habeas corpus” británico*, en “Revista de Derecho procesal”, Madrid, 1963-1, pág. 9 y ss.

También se ha ocupado del tema SÁENZ DE TEJADA, en su útil obra *El derecho de manifestación aragonés y el “habeas corpus” británico*, Madrid, (s. a.), *passim*.

(14) No se vea en estas líneas una censura dirigida en concreto contra la actuación del MF. Las hemos incluido porque ha sido la primera ocasión presentada para tratar de la re-introducción en España de este proceso cautelar, dirigido contra excesos de *cualquier* autoridad.

Tornando a nuestras "diligencias previas", vemos que el A. deja en blanco el grave problema de su valor en el juicio propiamente dicho; aunque la Base 37 pueda tranquilizar —con respecto a los "actos de comprobación" del juez en la "instrucción preliminar"—, la Base 44 (procedimiento para enjuiciar delitos menos graves), con el antecedente de la Ley de 8 de abril de 1967, nos proporciona fuerte intranquilidad.

Es necesario —naturalmente— que el MF. pueda acusar, pero también estimamos que lo es el que el momento de arranque de la acusación se halle a disposición del juez o tribunal, a través de su facultad de procesar o no procesar, y en su caso, de sobreseer o no sobreseer, sin sentirse vinculado totalmente por las peticiones de los acusadores de que "se abra" el juicio oral.

El sistema que propone el A. (Base 40), no parece ser insatisfactorio; en una audiencia, el juez, previo debate contradictorio, debe poder dirigir su imputación concreta a una persona en concreto: ella será la piedra clave de la futura acusación. Y si el juez no dirige imputación alguna, y los recursos contra la resolución no prosperan, no debe haber ulterior juicio; ha sido denegado. Este estimamos que es el verdadero sentido de las relaciones entre la facultad judicial de autorizar o denegar la apertura del juicio oral y la acusación, si acordó abrirlo.

Aparece así la trascendencia del acto que hoy llamamos procesamiento —que aparece fugazmente en las Bases 40 y 20-3—.

Estimamos necesario que se conserve la facultad del juez o tribunal penal de "dar el juicio" por propias actuaciones, esto es, que pueda cortar la pretensión acusatoria aún en su período de preparación. En ese "reconocimiento escalonado" que se atribuye a la acción penal (15) —nosotros lo atribuimos a la pretensión (16)— el tribunal debe tener posibilidades de cortar el proceso, denegando la apertura del juicio y el debate sobre el fondo. Esto es, debe mantenerse la facultad de sobreseer antes de comenzar el debate, "denegando la acción" (17).

Pero el sobreseimiento puede ser considerado como una consecuencia del no procesamiento. Este, a su vez, debe aparecer en el futuro como lo que actualmente es, aunque con incorrecta regulación: como un juicio de imputación (18) dirigido contra una o varias personas determinadas, con toda la garantía que la imputación concreta representa, y previo a la apertura del juicio oral. A ello parece ir la "audiencia preliminar" de la Base 40 del A., contradictoria, e inspi-

(15) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., II, pág. 199.

(16) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal y Derecho político*, en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955, pág. 76 y ss. y en *Ideas sobre una Parte General del Derecho procesal*, en "Revista de Derecho procesal", 1966, pág. 60 y ss.; lógicamente, dado nuestro concepto de acción como un derecho de petición.

(17) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., II, pág. 200 y ss.

(18) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, 2.<sup>a</sup> edic., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1952, tomo I, pág. 366 y ss.

rada probablemente —véase la terminología de la Base 20-cuarta, “existencia o no de indicios racionales de criminalidad”— en el auto de procesamiento de la Lecrim., mejor dicho, en lo que directamente debe antecederlo, más él mismo.

Esta situación es la que debe reformarse (19) pero no abolirse dejando un vacío, una laguna, entre la querrela y la acusación formal (20).

En efecto, el procesamiento —la imputación formal, si se quiere— es uno de los escalones que conducen a la posición de acusado en el futuro. Aún actualmente, y pese a sus defectos, supone para el procesado una serie de garantías; supone —esto es fundamental— madura reflexión en el juez que va a ordenarlo, que debe mostrar mediante su fundamentación. Supone la imposibilidad de que se pueda pasar desde la simple aparición de una parte activa al juicio oral directamente; esto es aún más grave en países —como en España— en donde se admite la “acción popular” (21).

Una gran parte de la doctrina se muestra, en general, favorable a la conservación formal de este paso, de esta inculpación, en un momento de la instrucción penal —creemos que debe ser al final— previo al “dare actionem” (22) frente a una persona determinada y por una motivación determinada, dándose así destino concreto personal y real a la instrucción.

Es un paso necesario en la determinación de la legitimación pasiva en el proceso (23) (y cuando ésta se ha conseguido, se produce la condena); así, pues, este paso intermedio debe reunir toda clase de garantías (formas), y de meditación previa, pero expresada.

Las quejas contra el “auto de procesamiento” se producen, a nuestro entender, por su defectuosa estructuración en la actualidad (24); sus mismos detractores vienen a reconocerlo, apuntando modificacio-

(19) Pueden hallarse algunas pautas de posible reforma en SOTO VÁZQUEZ, *El auto de procesamiento y algunos de sus problemas*, en “Revista de Derecho procesal”, Madrid, 1961-1, pág. 109 y ss.

(20) Así, lógicamente, ZAFRA, *Posición del MF.*, cit., pág. 52.

(21) Cfr. VIADA, *Curso*, II, pág. 154 y s.

(22) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, pág. 232 y s.; FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., I, pág. 366 y ss.; JIMÉNEZ ASEÑO, *Ventura y riesgo del auto de procesamiento*, en “Revista iberoamericana de Derecho procesal”, Madrid, 1964-4, pág. 657 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales*, cit., pág. 65; LÓPEZ-REY ARROJO, *La reforma procesal en Bolivia*, Buenos Aires, s. a., conservándolo para aquél país; el mismo VIADA, *Curso*, cit., II, pág. 154 y s.

(23) En este sentido, también MUÑOZ ROJAS, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, pág. 36.

(24) Así, VIADA, *Curso*, II, pág. 148 y ss.; *El imputado, el procesado y el acusado en el Derecho español e hispano-americano*, en el “Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, tomo 12 (1949), pág. 122 y s.; RUIZ GUTIÉRREZ, *El procesamiento*, en “Actas” del I Congreso español de Derecho procesal, Madrid, 1950, pág. 435 y ss. (conclusiones); y *El auto de procesamiento debe desaparecer*, en “Revista Iberoamericana de Derecho procesal”, Madrid, 1965-2, pág. 273 y ss.

nes que lo esparcen, pero que no agotan su significación y contenido en cuanto a la determinación de la legitimación pasiva (25).

El "procesamiento" aparece, en el A., en su Base 40. La significación de esta "Audiencia preliminar" para el futuro de la actuación del MF. (y del acusador particular) la entendemos a través de la idea clásica del "juicio de acusación".

Este juicio ha tenido casi siempre el objeto de "dare actionem" en el sistema acusatorio puro, garantizando así el no paso de acusaciones infundadas (26).

Por ello, uno de los caminos que un tribunal penal —en abstracto— tiene para no conceder la acusación, es el no procesar (27), y así lo ve el Tribunal Supremo (28).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que al MF. —parte imparcial— no se le puede someter a un "juicio de acusación" con la rigidez que a un acusador particular. Por ello, si el tribunal acuerda "procesar" (sigamos la terminología actual", por la misma razón de la calidad del MF. —si ha procesado a petición del mismo o "ex officio"—, debe dejar libre el campo a la futura acusación contra el procesado, a menos que surja para el tribunal un *motivo muy claro* de sobreseimiento. La duplicidad de órganos instructor ("procesador") y sentenciador ("sobreseedor") (admitáanse estos barbarismos por una sola vez), constituye una garantía más; y no olvidemos, de otro lado, que el procesamiento es una actuación provisional, cuya base puede desvirtuarse en el mismo proceso.

Otro es el caso de la futura acusación particular (a la que hay que suponer parte imparcial). Aquí sí que procede tamizar lo que va a ser objeto de su acusación, mediante un juicio profundo, y sólo después de hacerlo procederá abrirle el paso a la misma, terminada la instrucción.

El tribunal —instructor— no puede quedar vinculado al MF. a efectos de proceder (y aún menos a la acusación particular); y aún habiendo procesado, debe quedar en mayor libertad para sobreseer frente a esta última —si es la única que pretende acusar— que frente al MF., pero sin vincularse totalmente a él.

¿Hasta qué límite quedarían los jueces y tribunales vinculados al

(25) El intentar sustituir el papel del actual y defectuoso procesamiento por el auto de prisión o fianza, significa confundir la *inculpación* —verdadero y elemental significado del procesamiento, aunque enmascarado por su mala regulación legal— con las *consecuencias cautelares de la inculpación*. El Juez, que ha dictado auto de prisión o de fianza, "ha inculpado" en el seno del auto (véase la Lecrim., art. 503-3a.: "motivos bastantes para creer responsable criminalmente..."), por lo que es incorrecto dar preponderancia a la consecuencia que de la inculpación extrae. Incorrecto legalmente y doctrinalmente.

(26) Cfr. desde MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1877, pág. 30 y s.

(27) Por lo que errónea, pero gráficamente, se ha llamado falta de "pruebas suficientes para el sometimiento a juicio" (Cfr. SOTO VÁZQUEZ, *El auto de procesamiento*, cit., pág. 113 y ss.)

(28) Cfr. sobre esta práctica española, SOTO VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 116 y ss.



MF. y a la acusación particular en cuanto a los acuerdos tomados en esa "audiencia preliminar" de la Base 40? (¿Procesamiento o no procesamiento?)

El A. nos proporciona el grave problema de no hablar del sobreseimiento ni, por tanto, del tribunal competente para sobreseer.

Sin embargo, se induce de las Bases 40 y 41 (juicio oral) que la facultad de sobreseer, en los delitos graves, le corresponde no al juez, sino al tribunal (29).

Centrándonos en éste, al A. le corresponde expresar (tampoco lo hace) si en el futuro se ha de seguir el mismo sistema en el "período intermedio" o no, a efectos del sobreseimiento; esto es, si el tribunal debe quedar o no vinculado al MF. y a la acusación particular y, en su caso, al procesamiento o no procesamiento. Estas vinculaciones, las estimaríamos inadmisibles, y más adelante propondremos solución.

Notemos, además, que si del "procesar o no procesar" de la Base 40 nos elevamos a ese —desconocido por el A.— "sobreseer o no sobreseer", tampoco se han fijado límites para éste (al no tratarlo). Pues bien, si la vinculación del tribunal es inadmisibile, la posibilidad de sobreseer de modo ilimitado, cortando toda posibilidad de acusar, es muy grave; y aún más si —volviendo al proceso para "delitos menores" o al defectuoso sistema de la Ley de 8 de abril de 1967— esta facultad se concediese al juez instructor y no al tribunal decisor. Sólo podría admitirse tal posibilidad transformando esta "audiencia preliminar" en un total y verdadero juicio de acusación, lo que no cabe plantear como tal, dada la existencia del MF. como "parte imparcial".

Una posible solución podría imaginarse así:

1) Partimos de que es el MF. quien ha dirigido las "diligencias precisas".

2) El MF. y la acusación particular (si la hay), en esa "audiencia preliminar" de la Base 40, pueden pedir el procesamiento justificando "motivos suficientes". Incluso estimamos que debería arbitrarse un recurso ágil contra la resolución que denegase tal procesamiento.

3) Si la instrucción *termina* sin procesamiento, debe concederse al MF. (y a la acusación particular) un trámite, análogo en su significado al del acta, artículo 627 de la Lecrim., para que soliciten del

(29) En la legislación vigente, por regla general, le corresponde a la Audiencia Provincial, pero el nuevo artículo 795 de la Lecrim. (redacción de la Ley de 8 de abril de 1967, proceso para delitos flagrantes, etc., con pena no superior a presidio o prisión mayores, etc.) fija la competencia del juez instructor para sobreseer provisionalmente si concurre alguna de las causas del artículo 641.

Otro conflicto lo constituye el hecho de que en el citado procedimiento no se dice a quien corresponde el sobreseimiento definitivo en su caso, aunque la doctrina interpreta el silencio de la Ley de 8 de junio de 1957 —de la que proviene la regulación de la que estudiamos— en el sentido de que las partes acusadoras, en lugar de "calificar provisionalmente" acusando, pueden pedir el sobreseimiento y ese es el momento en el que la Sala puede sobreseer. Cfr. MARÍN CORNEA, *El juicio oral en la Ley de 8 de junio de 1957*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1958, I, pág. 870 y ss. y esp. pág. 872 y s.

tribunal lo que estimen oportuno sobre el sobreseimiento o sobre la apertura del juicio oral; si piden esta segunda, forzosamente habrán de solicitar que se revoque la resolución final de la instrucción, a fin de intentar obtener de nuevo el procesamiento en otra "audiencia preliminar"; o bien, que el tribunal ordene al inferior el procesamiento por vía del actual artículo 384.

Esto es, MF. y acusación particular habrán tenido *dos ocasiones* de pronunciarse de modo fundamental sobre la procedencia de abrirse el juicio, de acusar.

Y aquí nos hallamos con dos posiciones posibles, alternativas, en cuanto a la vinculación del tribunal al MF. y a la acusación particular que pidieren la apertura del juicio oral:

A) El tribunal queda en completa libertad de sobreseer, pese a dichas peticiones, ampliándose así enormemente el marco del actual artículo 637 Lecrim.

Ello nos parece peligroso; es llevar el principio acusatorio a sus más extremados límites, como si el MF. no debiera ser una "parte imparcial".

B) El tribunal queda vinculado a la petición de apertura del juicio oral por el MF., para los casos en que el sobreseimiento no tenga una *base clara*, ampliándose el límite impuesto por el actual artículo 645 de la Lecrim., que admite aquella solución sólo cuando concurra el no ser el hecho constitutivo de delito (art. 637-2a.). Tratamiento análogo debe darse a la petición de apertura del juicio oral formulada por el actor particular, si bien teniendo en cuenta que éste no es "parte imparcial".

Esto es, debería ampliarse el marco de facultades del tribunal en cuanto a sus posibilidades de sobreseer (*denegare actionem*), pese a las peticiones que las futuras partes acusadoras le dirigieran; teniendo en cuenta que si la desvinculación total del tribunal de estas peticiones constituiría un exceso del principio acusatorio, su vinculación supondría un traslado (y ampliación) al MF., en este momento procesal, de las facultades que inquisitivamente detentó durante las "diligencias preliminares"; momento en el que la continuación o no del proceso dependería de la voluntad del MF. y no del juicio formado por el tribunal.

¿Qué motivos hallamos para pedir que se amplien las facultades del tribunal de sobreseer por otros motivos que no sean el único del artículo 645, si el MF. pidió la apertura del juicio oral?

Esta facultad del tribunal era, hasta el presente, "excepción a la regla general de que siempre que se considere más o menos probable la comprobación del hecho delictivo objeto del procedimiento o el descubrimiento de los culpables del mismo, se solicite la apertura del juicio, sin necesidad de atender a ninguna otra consideración" (30).

(30) Cfr. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid, 1913, III, pág. 606.

La alteración fundamental para el futuro vendría determinada. A) por el aumento de facultades del MF., que interesa equilibrar; B) por el contenido de esa “audiencia preliminar”, del cual debería poder también discutirse en vía de recurso, y C) de la audiencia previa del MF. en cuanto a sus peticiones. Lo mismo, y con más razón, con respecto a la acusación particular, aunque ésta haya tenido mucha menos actuación en las “diligencias previas” (Base 18).

No obstante, nos curamos en salud, diciendo que sólo cuando el motivo de sobreseimiento esté muy claro pueda el tribunal cortar la posibilidad, ya deseada expresamente, de acusar, sobreseyendo.

Como nos hallaríamos quizá ante una especie de avance por parte del tribunal de su facultad prevista actualmente en el artículo 733 —que se conserva, mejorándola, en el A.—, la fórmula de “usar con moderación” sería la adecuada para estos casos; e incluso que la advertencia —modernizada— del artículo 733 fuera presupuesto previo del sobreseimiento cuando el MF. opinare que procede la apertura del juicio oral y aquél no hubiere de basar en el actual número 2 del artículo 637.

Estamos discurriendo sobre el sobreseimiento —consecuencia de haberlo hecho sobre el procesamiento— porque —lo repetimos— nos extraña que no aparezca en el A. (¿Será error nuestro?) Y esta desaparición, si es querida, la conceptuamos como un grave error.

El temor al sobreseimiento por temor a “truncar el proceso” debe desaparecer.

Si el A. llegase a adoptarse, el sobreseimiento, en el futuro, tendría lugar tras una “audiencia preliminar” (Base 40) contradictoria (Base 20) por parte del imputado y su defensa; habrían aparecido los principios de contradicción para éste en cuanto a “la existencia o no de indicios racionales de criminalidad” (Base 20-cuarta); en cuanto a los “motivos suficientes para que pueda dirigirse la acusación contra una o varias personas” (Base 40). Así se paralizaría la sospecha, contra el sobreseimiento libre, de haberse procedido en secreto, contra el principio de publicidad (31). Pues el sumario, tal y como lo entendemos ahora, habría dejado de ser tal.

El propio A. ofrece un argumento “ad absurdum” en favor de que la resolución del juez instructor de no procesar pueda ir seguida de un sobreseimiento. En efecto, a la defensa del imputado se le da participación en la “audiencia preliminar” a fin de “proponer pruebas contradictorias...” (Base 20-cuarta). Con ello trata de oponerse a un posible procesamiento. Y el objetivo remoto es el de evitar que “pueda dirigirse la acusación...” (Base 40).

Esto es, si la defensa triunfa en su oposición e incluso logra que fracasen los recursos de las demás partes pidiendo el procesamiento,

---

(31) Cfr. ISASA, *Estado de la Administración de Justicia en España* (Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1884), en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1884, LXV, pág. 287.

la vía que se abre, lógicamente, es la del sobreseimiento (en las condiciones de que se habló). Y aún tendrán los tribunales otros motivos para sobreseer, sin vinculación alguna a peticiones del MF. ni de nadie, sino explícitamente, “ex officio” —y lo aplaudimos—: se trata del caso de “inexistencia de condiciones de procedibilidad” —de falta de un presupuesto procesal—, Base 24-3. Esta Base nos da una excelente solución al problema de los presupuestos procesales, pero olvida el mecanismo, que debe ser, lógicamente, el del sobreseimiento, habiéndose de reservar la sentencia para el fondo de los asuntos —pensamos, al contrario de la Base 29, que no debe tratarse de sentencias en aquellos casos—.

Y, por último, en cuanto a ampliar la desvinculación de los tribunales para sobreseer, de las peticiones del MF. (y, por supuesto, de las de las acusaciones particulares), no olvidemos que si aquél es guardián de la ley, los guardianes por excelencia de la misma son los tribunales.

Si hallaremos un caso de vinculación absoluta. Aquel en que el MF. y las acusaciones particulares pidan el sobreseimiento. Si se quiere —y se debe— mantener aquí el sistema acusatorio, tales posiciones dejan “la acusación desierta”; el tribunal debe quedar vinculado por su falta. Puede suponerse, como actualmente, una “salida” del tribunal en busca de acusador, pero si no tiene éxito, el tribunal, si no se transforma él mismo en acusador —inquisitivo— no puede ordenar que continúe el juicio.

Todo cuanto hemos dicho en favor del procesamiento (volvamos a él, para terminar resumiendo), se ha expresado sin perjuicio de proclamar que en la actualidad está necesitado de reformas; que su trascendencia extraprocesal es excesiva, dado que es de tipo provisional y se basa en “rebus sic stantibus” —principio cautelar—; por la que, p. ej., es inadmisibles que la propia Lecrim., en su artículo 388, haga contestar al “procesado” a la pregunta de “si fue procesado anteriormente” (¿por qué no preguntarle si fue desprocesado o absuelto?), y lo mismo a los testigos (con notorio error terminológico y lingüístico: “Si ha estado procesado y la pena que se le impuso”, art. 436). No es de extrañar que se hallen defectos doctrinales en el procesamiento, cuando la propia ley invitaba a confundirlo con una pena, ¡adelantándose a la idea de la “penosité” de CARNELUTTI! (32).

El procesamiento —la inculpación, mejor dicho— sólo debe surtir efectos en el interior del propio proceso, por ser un paso en el curso del mismo. Pero, corrigiendo sus defectos, debe subsistir, y nos holgaremos de que la simple alusión a él que se produce en la Base 40 del A. sea correctamente desarrollada.

En cuanto al sobreseimiento, se ha visto su conexión con el procesamiento. Precisa conservarlo. El problema fundamental se halla en conectarlo bien con la “audiencia preliminar” y con la acusación for-

(32) Cfr. CARNELUTTI, *Auto de procesamiento*, cit., pág. 216 y ss.

mal. A los prelegisladores les compete esta labor difícil, pero fundamental, sin mermas de garantías ni automatismos so pretexto de agilidad (33) (34) (35).

Volvamos el texto de la Base 16.

La gama de facultades que se conceden al MF. en cuanto a las “diligencias previas” es muy extensa, aunque relacionada, al parecer, sólo a título enunciativo.

Y surgen, naturalmente, dudas en cuanto a su amplitud.

Así, en cuanto a la “detención de los presuntos inculpados”. Si son “presuntos inculpados” —en la Base 2 se nos ha hablado nada menos que del “presunto reo”— son, sencillamente, “sospechosos”, y así lo dice más correctamente la Base 20. ¿Por qué estas imprecisiones terminológicas?

No nos vamos, ni mucho menos, a tornar exégetas del A., pero nos parece que existe una interferencia entre este punto y las Bases 20 y 38.

En efecto, según la Base 20-primera se fija que la detención se regulará conforme a los principios de la Base 38. Y la 38 dice (4.º) que “el detenido será puesto a disposición de la autoridad judicial dentro de las setenta y dos horas” (36). Hasta aquí todo parece bien, puesto que la Base 16, en el extremo que comentamos, sujeta al MF. a la “duración señalada en la ley”, pero... el juez a cuya disposición el MF. haya puesto al detenido, también en otro plazo de setenta y dos horas, y previa audiencia del mismo, “deberá decretar su libertad o prisión, por auto en el que se expresarán las razones de la medida, cuya resolución se notificará...” (Base 38-5.º).

Pues bien, puesto el detenido a disposición del juez, éste tiene ya competencia para investigar (audiencia) e incluso dictar auto de soltura. ¿Con qué datos? Estos se los tendrá que suministrar el MF., que es quien dirige las “diligencias previas” (Base 33) “extrajudicialmente” (Base 16-1.º).

¿Cómo va a continuar el MF. las diligencias previas si el detenido ya no está a su disposición? Esta duda la plantea el mismo A.

Cierto es que, según la Base 16-1-2.º, el MF. puede “solicitar del órgano jurisdiccional competente la constatación de los datos que

(33) De “mania de rapidez” habla ZAFRA (*La posición*, cit., pág. 53). Si ésta se consigue cercenando garantías, el proceso estará al servicio de la comodidad administrativa —velocidad—, puede ser, pero no de la Justicia.

(34) Recordemos que la doctrina nos habla de la necesidad de una mayor lógica en cuanto a la petición de apertura del juicio oral y la calificación provisional del actor (Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, pág. 191). Las Bases de Fernández Villaverde (1900) y del Conde de Romanones (1918) abrían perspectivas en este momento procesal, sobre las que nos abstenemos de opinar aquí.

(35) Reconocemos que este largo discurso sobre el procesamiento y el sobreseimiento se hallarían mejor encuadrados en torno al comentario de la Base 40. Por falta material de tiempo para reelaborar este original, no procedemos así, y aprovechamos el examen de las facultades del MF. para hacerlo. Excuse el lector este defecto de sistemática.

(36) Este comentario ha de conectarse con el correspondiente a la Base 38.

estime útiles al ejercicio posterior de las acciones y a la adopción de medidas cautelares que sean adecuadas a cada caso". Pero, en tales casos, parece que quien deba dirigir tales diligencias sea ya el juez solicitado (37), con lo cual el problema queda sin franca resolución.

Según la Base 16-1.º-d), el MF. podrá "acordar la entrada y registro en lugares cerrados en los casos excepcionales que se determinen en el Código". Queda claro que se tratará de los fijados en la Base 39 (casos de flagrante delito, razones de urgencia y que no sea posible obtener el correspondiente mandato judicial).

Tampoco queda claro cual sea el "status" de una persona detenida durante estas "diligencias previas" y luego puesta en libertad. Si medió resolución judicial, a ella hay que atenerse. Pero si la libertad la ordena el propio MF., no creemos que se pueda hablar de un "status" concreto, que, sin embargo, interesa fijar, ya que la medida de detención es "excepcional" (Base 38-1.º) como atentatoria a un derecho fundamental del hombre.

El apartado e) de la Base 16-1-1.º ("ocupación, conservación, clausura y cualquier otra medida sobre objetos muebles o inmuebles en cuanto sea necesaria a su investigación"), causa dudas sobre su enorme extensión.

Por todo ello, y hasta ahora, en cuanto a las medidas de la Base 16-1-1.º, aunque no ocultemos que el principio de que las "diligencias previas" deben ser dirigidas por el MF. (y no por el juez instructor) es bueno, tampoco ocultamos nuestra preocupación y reserva. Precisaremos más esclarecimientos para formular opiniones más concretas, aunque las de su control ya han sido expresadas, supra.

El número 3 de la Base 16 faculta (¿U obliga?, mejor esto, por tratarse del principio de legalidad) al MF. a "formular la acusación ejercitando las acciones penales y civiles...".

Hasta aquí, conformes, pero con las reservas hechas anteriormente, sobre no vinculación al Juez ni al Tribunal por sus peticiones, excepto en casos muy concretados en la Ley.

"... y civiles en los casos en que procedan habida cuenta del régimen de ésta o a ponerse a élla en su caso."

El singular utilizado hace suponer que el MF. sólo puede "oponerse" a la "acción civil", pero no a la penal ejercitada por un acusador particular. Bien es verdad que el régimen de la Base 20 haría esto difícil. Pero llamamos la atención sobre este texto, que parecería impedir actuaciones del MF. —contrarias, de otro lado, a la Base 1— que indirectamente supusieran oposiciones a la acusación particular (p. ej., peticiones de sobreseimiento —según cómo y cuándo éste se regule—, retirada de la acusación); actuaciones que le deben ser permitidas, siguiendo consagrada su posición de "parte imparcial".

En cuanto al número 4 de la Base 16 (intervención del MF. en la ejecución de las sentencias), estamos perfectamente de acuerdo.

(37) Tal es el arg. del § 162 de la ZPO alemana. Cfr. el comentario de LÖWE-ROSENBERG, ob. cit., I, pág. 766 y ss.