

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Área de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

**LA POTESTAD DE ACUSAR DEL MINISTERIO FISCAL EN EL
PROCESO PENAL ESPAÑOL: NATURALEZA, POSIBILIDADES DE
SU EJERCICIO DISCRECIONAL, ALCANCE DE SUS DIFERENTES
CONTROLES Y PROPUESTAS DE MEJORA DEL SISTEMA**

Programa de Doctorado: Una nueva Justicia Penal

Presentada por:

D. Arturo Todolí Gómez

Dirigida por:

Dr. D. José Martín Pastor

Valencia, 2013

ÍNDICE

Pág

ABREVIATURAS..... 11

INTRODUCCIÓN 14

CAPÍTULO I

MODALIDADES DEL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN

1. El principio de legalidad 20
2. La oportunidad reglada 23
3. La oportunidad pura 32

CAPÍTULO II

LA POTESTAD DE ACUSAR DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

1. El Ministerio Público en el sistema de Civil Law 38
1.1. Italia 38
 1.1.1. La configuración orgánica 38
 1.1.2. El ejercicio de la acusación 40
1.2. Francia 47
 1.2.1. La configuración orgánica 47
 1.2.2. El ejercicio de la acusación 60
1.3. Alemania 66
 1.3.1. La configuración orgánica 66
 1.3.2. El ejercicio de la acusación 78
1.4. Chile 88
 1.4.1. La configuración orgánica 88
 1.4.2. El ejercicio de la acusación 89
2. El Ministerio Público en el sistema Common Law 92
2.1. Inglaterra y Gales 93
 2.1.1. La configuración orgánica 93
 2.1.1.1. El Attorney-General 94
 2.1.1.2. El Director of Public Prosecutions 96

| | |
|---|------------|
| 2.1.1.3. El Crown Prosecution Service | 98 |
| 2.1.2. El ejercicio de la acusación | 101 |
| 2.2 <i>Estados Unidos de Norteamérica</i> | 106 |
| 2.2.1. La configuración orgánica | 106 |
| 2.2.2. El ejercicio de la acusación | 110 |
| 3. Consideraciones sobre la potestad de acusar del Ministerio Público en el Derecho comparado..... | 113 |

CAPÍTULO III

EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA POTESTAD DE ACUSAR DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

| | |
|--|------------|
| 1. Antecedentes históricos del Ministerio Fiscal en España | 116 |
| 2. La relación del Ministerio Fiscal con los poderes del Estado | 123 |
| 2.1. <i>El Poder Ejecutivo</i> | 123 |
| 2.2. <i>El Poder Legislativo</i> | 132 |
| 2.3. <i>El Poder Judicial</i> | 133 |
| 3. Principios que rigen la institución del Ministerio Fiscal | 137 |
| 3.1. <i>Principios orgánicos</i> | 137 |
| 3.1.1. La unidad de actuación | 137 |
| 3.1.2. La dependencia jerárquica | 141 |
| 3.2. <i>Principios funcionales</i> | 145 |
| 3.2.1. La legalidad | 145 |
| 3.2.2. La imparcialidad..... | 147 |
| 4. Funciones y competencias del Ministerio Fiscal en el actual marco normativo | 150 |
| 4.1. <i>Como órgano de defensa de la legalidad</i> | 150 |
| 4.2. <i>Como órgano promotor de la justicia</i> | 153 |
| 4.3. <i>Como órgano de defensa del interés público tutelado por la Ley y de los derechos de los ciudadanos</i> | 154 |
| 4.4. <i>Como órgano que vela por la independencia de los tribunales</i> | 156 |
| 5. La esfera legal de la potestad de acusar: artículos 124.2 CE, 105 Lecrim, 2.1 y 3.4 EOMF | 157 |

CAPÍTULO IV EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA ACUSACIÓN

| | |
|--|------------|
| 1. La constatación de hechos presuntamente delictivos | 162 |
| 2. El pronóstico de la prueba: probabilidad de éxito de la acusación .. | 166 |
| 3. El alcance de los conceptos jurídicos indeterminados en el proceso penal como margen de discrecionalidad: traslación de las tesis administrativistas | 169 |
| 4. Los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del Derecho Penal..... | 179 |
| 5. La aplicación de principios generales del Derecho como límites de la discrecionalidad..... | 185 |

CAPÍTULO V LOS CONTROLES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE ACUSAR

| | |
|---|------------|
| 1. El control interno en la estructura orgánica del Ministerio Fiscal ... | 191 |
| <i>1.1. La comparación entre los sistemas de control internos de los órganos de la Administración y del Ministerio Fiscal</i> | <i>191</i> |
| <i>1.2. Los instrumentos genuinos de control interno del Ministerio Fiscal</i> | <i>194</i> |
| 1.2.1. Las circulares, consultas, instrucciones y órdenes de servicio - instrucciones internas-..... | 194 |
| 1.2.2. El visado como instrumento directo e inmediato de control | 198 |
| 1.2.3. Características del visado en función del tipo de procedimiento: ordinario, abreviado, rápido y jurado | 203 |
| <i>1.3. Medidas correctoras o disciplinarias en el funcionamiento interno del Ministerio Fiscal.....</i> | <i>213</i> |
| <i>1.4. Propuestas para mejorar estos sistemas de control interno</i> | <i>216</i> |
| 2. El control externo por el Poder Ejecutivo..... | 225 |
| 2.1. <i>La naturaleza del control del Poder Ejecutivo sobre los actos del Ministerio Fiscal.....</i> | <i>225</i> |
| 2.2. <i>Las vinculaciones del Poder Ejecutivo con el Ministerio Fiscal</i> | <i>226</i> |
| 2.2.1. El nombramiento y el cese del Fiscal General del Estado | 226 |
| 2.2.2. <i>La facultad dada al Ejecutivo por el artículo 8.1 y 2 del EOMF</i> | <i>228</i> |
| 2.3. <i>Alternativas al actual sistema de control por el Ejecutivo</i> | <i>232</i> |
| 3. El control jurisdiccional..... | 237 |

| | |
|--|-----|
| 3.1. Las dos posiciones doctrinales sobre el alcance del control jurisdiccional respecto de los actos de la Administración..... | 237 |
| 3.1.1. La tesis del control pleno..... | 239 |
| 3.1.2. La tesis del control limitado | 242 |
| 3.1.3. La comparación de esta doctrina con el alcance del control jurisdiccional sobre los actos del Ministerio Fiscal..... | 245 |
| 3.2. El control jurisdiccional en función de ejercitar o no la acusación por el Ministerio Fiscal..... | 251 |
| 3.2.1. En el procedimiento ordinario | 257 |
| 3.2.1.1. El control sobre el ejercicio positivo | 257 |
| 3.2.1.2. Dos posibilidades de control del tribunal sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular (artículo 642 Lecrim) e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 644 Lecrim)..... | 264 |
| 3.2.2. En el procedimiento abreviado..... | 267 |
| 3.2.2.1. El control sobre el ejercicio positivo | 267 |
| 3.2.2.2. El control del juez instructor sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 782.2, apartados a y b, Lecrim) | 270 |
| 3.2.3. En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos..... | 275 |
| 3.2.3.1. El control sobre el ejercicio positivo | 275 |
| 3.2.3.2. El control del juez instructor sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 800.5 Lecrim) | 277 |
| 3.2.4. En el proceso ante el Tribunal del Jurado..... | 281 |
| 3.2.4.1. El control sobre el ejercicio positivo | 281 |
| 3.2.4.2. El control del juez instructor sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 26.2 LOTJ)..... | 289 |
| 3.3. El grado de vinculación del órgano jurisdiccional al objeto del proceso: posibilidades discrecionales en el planteamiento de la tesis de desvinculación..... | 291 |
| 3.3.1. En el procedimiento ordinario (artículo 733 Lecrim) | 298 |
| 3.3.2. En el procedimiento abreviado (artículos 788.3 y 789.3 Lecrim) | 301 |

3.4. *Propuestas alternativas al sistema actual de control jurisdiccional*303

CAPITULO VI
SUPUESTOS DE DISCRECIONALIDAD EN EL FUNCIONAMIENTO
REAL DEL SISTEMA

1. La interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en las diferentes fases del proceso.....311

2. La cláusula de oportunidad en la persecución de los delitos contra la libertad sexual: artículo 191.1 del Código Penal.....318

3. El único supuesto de estricta discrecionalidad reglada: el delito de amenazas del artículo 171. 3 del Código Penal.....326

4. La discrecionalidad producida por el funcionamiento de los instrumentos de control internos del Ministerio Fiscal335

 4.1. *Cuando se solicite el sobreseimiento en el juicio rápido, junto con la acusación particular (artículo 800.1 Lecrim)337*

 4.2. *La acusación sin conformidad en el juicio rápido (artículo 800.2 Lecrim)339*

 4.3. *La acusación con conformidad en el juicio rápido (artículo 801 Lecrim)341*

 4.4. *La petición de sobreseimiento en fase de diligencias previas del procedimiento abreviado: ausencia de visado previo345*

 4.5. *La petición de diligencias innecesarias, no indispensables, en el trámite de calificación del procedimiento abreviado (artículo 780.2 Lecrim)348*

 4.6. *La conformidad en el procedimiento abreviado351*

 4.6.1. *Antes del juicio oral (artículo 784.3 Lecrim)351*

 4.6.2. *Iniciado el juicio oral (artículo 787 Lecrim)355*

 4.7. *La audiencia alegatoria del artículo 786.2 Lecrim del procedimiento abreviado.....363*

 4.8. *La modificación en el trámite de conclusiones definitivas en el juicio oral (artículo 788.3 y 4 Lecrim)367*

 4.9. *La retirada de acusación373*

 4.10. *Decisiones del fiscal en el caso de plantearse la tesis de desvinculación.....381*

CAPITULO VII
EL PROCESO PENAL DE MENORES COMO INTRODUTOR DE
ELEMENTOS DISCRECIONALES EN LA ACTUACIÓN DEL
MINISTERIO FISCAL

| | |
|---|------------|
| 1. El modelo adoptado por la LORPM: principio de oportunidad reglada y ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal en aras del interés del menor | 385 |
| 2. El procedimiento de responsabilidad penal del menor | 392 |
| 2.1. <i>La fase de instrucción o expediente</i> | <i>392</i> |
| 2.2. <i>La fase intermedia o de alegaciones</i> | <i>398</i> |
| 2.3. <i>La fase de juicio oral o audiencia</i> | <i>399</i> |
| 2.4. <i>La fase de ejecución</i> | <i>400</i> |
| 3. Supuestos de oportunidad reglada en la fase instructora o expediente | 402 |
| 3.1. <i>La admisión de la denuncia como primer filtro en la persecución de la infracción penal: archivo y desistimiento en la continuación del expediente (artículos 16.2 y 18 LORPM)</i> | <i>402</i> |
| 3.2. <i>El desistimiento de la continuación del expediente</i> | <i>422</i> |
| 3.2.1. <i>El sobreseimiento del artículo 19 LORPM</i> | <i>422</i> |
| 3.2.1.1. <i>Presupuestos objetivos</i> | <i>423</i> |
| 3.2.1.2. <i>Presupuestos subjetivos</i> | <i>426</i> |
| 3.2.1.3. <i>Presupuestos formales</i> | <i>433</i> |
| 3.2.2. <i>El sobreseimiento del artículo 27.4 LORPM</i> | <i>435</i> |
| 4. La discrecionalidad durante la fase intermedia o de alegaciones: la conformidad del artículo 32 LORPM | 442 |
| 5. La fase de audiencia: la conformidad ilimitada del artículo 36 LORPM | 447 |
| 6. La personación de la acusación particular: artículo 25 LORPM | 451 |
| 7. El control interno en este proceso | 457 |

CAPITULO VIII
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL EN EL
ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LECRIM DE 2011

| | |
|--|------------|
| 1. El intento de reforma y sus fines | 470 |
| 2. La dirección de la investigación preliminar por el Ministerio Fiscal y su control judicial | 473 |

| | |
|--|------------|
| 3. El desdoblamiento de las competencias judiciales en la fase procesal | 478 |
| 4. La regulación del Ministerio Fiscal | 479 |
| 5. El principio de oportunidad: la exclusividad de su ejercicio por el fiscal | 485 |
| 5.1. <i>Modalidades de ejercicio de la oportunidad</i> | 487 |
| 5.1.1. En función de la extensión de las penas | 487 |
| 5.1.1.1. En delitos cuyas penas no superen los dos años de prisión | 487 |
| 5.1.1.2. En delitos cuyas penas no superen los cinco años de prisión | 490 |
| 5.1.2. Otros supuestos del ejercicio de la oportunidad | 495 |
| 5.1.2.1. En la fase intermedia | 495 |
| 5.1.2.2. Organizaciones criminales, arrepentimiento y grave peligro para la seguridad nacional | 496 |
| 5.2. <i>El control jurisdiccional de su ejercicio</i> | 500 |
| 6. El régimen de la acusación particular y de la acción civil | 502 |
| 7. La conformidad y la mediación | 509 |

CAPITULO IX

PROPUESTA DE UN MODELO DE OPORTUNIDAD PARA EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

| | |
|---|------------|
| 1. Modelo basado en el proceso alemán | 515 |
| 2. Posibilidades de otros ordenamientos de Derecho comparado | 521 |
| CONCLUSIONES | 527 |
| BIBLIOGRAFÍA | 546 |
| JURISPRUDENCIA | 564 |

ABREVIATURAS

AAVV= Autores varios

AP/AAPP= Audiencia/s Provincial/es

art./s.= artículo/s

ATC= Auto del Tribunal Constitucional

CA/CCAA= Comunidad/es Autónoma/s

CC= Código Civil

cit.= obra citada

CE= Constitución Española

CFGE= Circular de la Fiscalía General del Estado

CGPJ= Consejo General del Poder Judicial

COJ= *Code de l'Organisation Judiciaire*

CP= Código Penal

CPP= *Code de Procédure Pénale*

CPPC= Código Procesal Penal chileno

CPPI= Código de Procedimiento Penal Italiano

CPRC= Constitución Política de la República de Chile

CRF= Constitución de la República Francesa

CRI= Constitución Italiana

ed.= Edición (o editor)

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

EOMF= Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FGE= Fiscalía General del Estado/Fiscal General del Estado

FJ= Fundamento jurídico

GG= Constitución Alemana

GVG= Ley Orgánica de los Tribunales de Alemania

Ibidem= igual que la referencia anterior

IFGE= Instrucción de la Fiscalía General del Estado

Lecrim= Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO= Ley Orgánica

LOCMPC= Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de Chile

LOPJ= Ley Orgánica del Poder Judicial

LORPM= Ley Orgánica sobre responsabilidad penal de los menores

LOTJ= Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

LRJAPPAC= Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

MF= Ministerio Fiscal

núm.= número

p/pp= página/s

ROEMF = Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero

ROJ= Repertorio de Jurisprudencia del CENDOJ (Centro de Documentación Judicial)

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

S/STC= Sentencia/s del Tribunal Constitucional

S/STS= Sentencia/s del Tribunal Supremo

StPO= *Strafprozessordnung* (Código Procesal Alemán)

TC= Tribunal Constitucional

TJ= Tribunal del Jurado

TS= Tribunal Supremo

TSJ= Tribunal Superior de Justicia

vid.= véase

INTRODUCCIÓN

Desde hace bastante tiempo se habla de la crisis de la justicia en nuestro país, y en Europa ya se han comprobado los resultados de los sistemas procesales en los que el MF tiene un papel relevante y a los que nuestro ordenamiento no puede permanecer ajeno, ya que de lo que se trata es de idear sistemas y métodos que sean capaces de dotar a la Administración de Justicia de mayores niveles de eficacia en general.

Por ello, el tema de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, desde el punto de vista de la potestad de acusar por el MF, se ha planteado como una de las posibles vías de solución a esa situación, si bien el punto de partida debe efectuarse analizando los aspectos prácticos, es decir, cómo realiza aquel su función, a la vista de los efectos que puede tener una actuación determinada sobre el resultado final del proceso penal.

Los diferentes enfoques del concepto de discrecionalidad, el alcance de la misma y sus controles, respecto de la actuación de los órganos en general que integran la Administración Pública, ha constituido el tema central de estudio tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia administrativista, y aún sigue siendo objeto de debate.

Por tanto, creo que no puede hacerse un estudio de la misma en la actuación del fiscal, prescindiendo de dichos planteamientos, ya que, como se verá, estos constituyen elementos teóricos de comparación para poder dar un enfoque más adecuado al ejercicio de dicha discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal por el MF, tanto respecto del contenido de la misma como del alcance de sus controles.

Una primera aproximación al concepto de discrecionalidad implica que un órgano público tiene la facultad -concedida por el legislador- de decidir, de

forma justa, razonable o equitativa cuando concurren ciertas circunstancias, entre diferentes opciones posibles, con los límites previstos en el propio ordenamiento.

Podría afirmarse que, en ocasiones, el MF prepara y defiende sus acusaciones conforme a ciertos criterios discrecionales, dentro de lo que el mismo ordenamiento jurídico permite, a salvo de los diferentes controles internos que caracterizan su propia estructura orgánica -basada en los principios de jerarquía y unidad de actuación- y del funcionamiento de los controles jurisdiccionales, y sin olvidar los principios de legalidad e imparcialidad que deben regir el normal funcionamiento de la institución.

Los actos que jurídicamente podrían atribuirse al MF derivados del ejercicio de una acusación serían discrecionales o reglados.

Los actos reglados, revelan la existencia de una norma que vincula la potestad del órgano que debe acordar el acto, es decir, no se abre la posibilidad de optar entre diversas soluciones ante un mismo supuesto de hecho, de forma que el MF tendría el deber jurídico de acusar ante la constatación de que la norma sea aplicable al caso.

Los actos discrecionales serían, en principio, aquellos que son dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, cuando se abre la posibilidad de elegir diversas opciones ante un mismo supuesto, de forma que aquí la norma otorga una posibilidad de apreciar si existe o no un interés público en perseguir un delito o si ese interés puede ser salvado de forma distinta a la imposición de una determinada pena. Normalmente, en estos casos, concurren elementos reglados mediante la imposición de determinados requisitos cuyo cumplimiento puede, en su caso, excluir la acusación.

Este trabajo se inicia recordando las diferentes modalidades en el ejercicio de la acusación. Seguidamente, en el capítulo II, se efectuará un análisis de las funciones que desempeña el Ministerio Público en algunos ordenamientos de Derecho Comparado, ya que en los mismos, con diferentes planteamientos y grados, se reconocen relevantes márgenes de discrecionalidad en su actuación, haciendo referencia no sólo a los sistemas de Europa continental, más próximos jurídicamente al nuestro, sino igualmente a los sistemas anglosajones -Inglaterra y EEUU-, si bien, respecto de estos últimos, debe tenerse en cuenta que se basan en valores constitucionales y legales muy diferentes al nuestro.

Se sigue en el capítulo III, con el origen de la institución, su relación con los poderes del Estado, sus principios orgánicos y funcionales, sus competencias y los fundamentos constitucionales y legales de la potestad de acusar.

A continuación, en el capítulo IV, se desglosan los elementos básicos en los que debe basarse una acusación, constatación de hechos y pronóstico de prueba, con especial referencia a los conceptos jurídicos indeterminados desde su formulación teórica en el campo del Derecho Administrativo y su enfoque constitucional para el Derecho Penal, a la vista de que su planteamiento, en determinados supuestos, revela márgenes de discrecionalidad.

En el capítulo V se analizan los diferentes controles en el ejercicio de la acusación, que son esenciales para comprender cómo se articula esta en la práctica y los efectos que produce en los diferentes supuestos.

Respecto del control interno dentro de la estructura orgánica del MF, hago referencia a los diferentes sistemas reconocidos estatutariamente -consultas, circulares, instrucciones, órdenes e instrucciones internas-, incidiendo especialmente en los visados, que son el mecanismo genuino y cotidiano de control en la actuación del MF, analizando su funcionamiento y desvelando los

efectos que se producen en el proceso penal en función de la eficacia de los mismos. Planteo algunas propuestas en un intento de mejorar y racionalizar el actual sistema de control interno.

El alcance del control ejercido por el Poder Ejecutivo no ha estado exento de polémicas, sobre todo por las vinculaciones con el MF a través del régimen de nombramiento y cese del FGE y otros altos cargos de la institución, si bien debe tenerse en cuenta que, tal y como está concebido el sistema, deben aceptarse planteamientos de política criminal.

En este punto, se plantean algunas alternativas para mantener, con mayor eficacia, una real autonomía en la actividad del MF en determinados supuestos.

En el caso del control jurisdiccional, después de efectuar un planteamiento comparativo entre el alcance de dicho control sobre los actos administrativos y los actos emanados del MF en el curso del proceso, teniendo en cuenta las diferencias en función de la distinta naturaleza de dichos actos, se trata dicho control sobre los actos del MF en el proceso penal, ya sea por el ejercicio positivo de la acusación, ya sea por la decisión denegatoria de su ejercicio, y se analizan las posibilidades que se prevén en los diferentes procedimientos, planteando finalmente diversas alternativas para mejorar el sistema.

Posteriormente, en el capítulo VI, se examinarán varios supuestos que implican que el MF, en la práctica, puede configurar su decisión de acusar disponiendo de ciertos márgenes de discrecionalidad.

Así pues, en primer lugar, aquellos supuestos de dudoso encaje en una norma penal integrada por conceptos jurídicos indeterminados, cuya aplicación al caso concreto delimita esencialmente la calificación jurídica de los hechos realizada por el MF y que, en este sentido, siempre suscita dudas.

En segundo lugar, se analizará la cláusula de oportunidad prevista en el art. 191.1 CP, donde se le otorga al MF la posibilidad de poder actuar en lugar de la víctima efectuando un juicio de valor que en la práctica no resulta sencillo.

A continuación, se estudiará concretamente el único supuesto reconocido en nuestro ordenamiento como de oportunidad reglada, esto es, el previsto en el art. 171.3 CP, relativo a la posibilidad de que el MF pueda abstenerse de acusar cuando se denuncia una amenaza, mediando chantaje, consistente en revelar un delito cometido por el amenazado.

Además, se producirían márgenes de discrecionalidad como consecuencia del funcionamiento de los instrumentos de control internos, teniendo en cuenta la ausencia de visado o el grado de eficacia del mismo, realizado por el Fiscal Jefe o Fiscal Coordinador o Delegado, y efectuado sobre los proyectos de calificación elaborados por los fiscales jerárquicamente dependientes, ya que dichos controles deben garantizar el cumplimiento de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que dominan toda la actividad del MF. Desde luego, se producirán decisiones con ciertos márgenes de discrecionalidad a lo largo del proceso, no sólo en la fase de instrucción, sino en la fase intermedia, en las conformidades y durante el desarrollo del juicio oral.

El capítulo VII se dedica al proceso penal de menores regulado en la LO 5/2000, de 12 de enero -modificada por LO 8/2006, de 4 de diciembre-, que supone el paradigma de la consagración del principio de oportunidad en la persecución penal conforme a la apreciación por el MF de la entidad de un interés público en el ejercicio de la acción penal, convirtiendo al MF en director de la instrucción.

A pesar de que este proceso, por sus características peculiares, mantiene grandes diferencias con el proceso de adultos, sobre todo teniendo en cuenta que la dirección de la instrucción es llevada a cabo por el MF, sin embargo, resulta de interés por los supuestos en los que se desarrolla el principio de oportunidad, y porque no sería descartable poderlos introducir, con ciertas matizaciones, en el proceso penal para adultos.

En el capítulo VIII realizaré un breve análisis de los aspectos más relevantes que se incluían en el decaído Anteproyecto de reforma de la Lecrim, elaborado en julio del año 2011, al ser el último gran intento de reforma de nuestro proceso penal, pues no sólo se pretendía introducir de forma amplia el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, sino, además, atribuir la dirección del proceso al propio MF.

Por último, en el capítulo IX realizo una propuesta de modelo para el proceso penal español basado principalmente en las figuras jurídicas que incorpora el proceso alemán, si bien, también indico otras posibilidades de adopción de ciertas figuras derivadas de los ordenamientos comparados analizados en capítulo II.

CAPÍTULO I

MODALIDADES DEL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN

1. El principio de legalidad

El principio de legalidad significa que el MF tiene el deber de ejercitar la acción penal y mantenerla, siempre y cuando considere que unos determinados hechos revisten los caracteres de delito.

Por el principio de legalidad, viene configurada la garantía de determinación por ley de los delitos y las penas a través del art. 25.1 CE, siguiendo el clásico principio del Derecho Penal *nullum crimen, nulla poena sine lege*, recogido asimismo a nivel de legalidad ordinaria en el art. 10 CP, de forma que ninguna persona puede ser condenada a una pena que no se encuentre prevista en una norma –en nuestro caso con rango de LO-, anterior a la comisión del hecho punible o, en su caso, posterior, pero más favorable, y que reúna la descripción de la conducta ilícita y la sanción aplicable para que sea conocida por su autor.

El principio de legalidad implica mantener la seguridad jurídica, puesto que cuando se produce en la realidad un determinado presupuesto de hecho que da lugar a una conducta sancionable, se origina la correspondiente consecuencia jurídica concretada en la respectiva norma penal. Con este principio también debe tutelarse la aplicación igualitaria de la ley penal, sin que esta quede suspendida por presiones económicas, sociales o políticas.

Por tanto, en nuestro sistema procesal penal no existe, en sentido puro, y por la prevalencia del principio de legalidad, la posibilidad de renuncia a la acción penal por parte del MF guiada por criterios de discrecionalidad.

Así pues, la potestad de acusar del MF en nuestro ordenamiento viene delimitada por el principio de legalidad que, como se verá más adelante, tiene su plasmación en varios preceptos, tanto constitucionales como legales (arts. 124.1, 9.3, 103.1, 106.1 CE; 6 EOMF).

Sin embargo, esta forma de concebir el ejercicio de la acción penal, basada en el principio de legalidad, no se ha encontrado exenta de críticas. Se ha dicho que ningún Estado puede perseguir todos los delitos que se cometen en su territorio. Ningún sistema penal puede responder a todos los hechos criminales que se cometen en la respectiva comunidad, pues nunca hay suficientes medios judiciales, penitenciarios o policiales para investigar, enjuiciar e incluso ejecutar las condenas respecto de todos sus responsables.

En este sentido, CONDE PUMPIDO, denomina discrecionalidad sumergida o implícita, aquella que es directamente provocada por la imposibilidad efectiva de llevar a cabo una actividad de persecución de todas y cada una de las infracciones criminales de que tienen noticia los órganos encargados de la investigación oficial, añadiendo que dichos márgenes de discrecionalidad se reparten, según los sistemas, entre el juez, la policía judicial y el MF, quienes vienen constreñidos a filtrar y priorizar la investigación de unas causas penales en detrimento de otras¹.

De hecho, en la práctica, nunca se persiguen todos los hechos delictivos ni se enjuician a todas las personas presuntamente responsables, ya que, en ocasiones, concurren circunstancias marcadas por una cierta alarma social, por presiones políticas, por intereses económicos o por la influencia de los medios

¹ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español", en AAVV, *La reforma del proceso penal*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1989, p.303.

de comunicación de masas, que pueden determinar la prioridad de perseguir unos delitos en detrimento de otros.

Por ello, poco a poco se ha ido instaurando en los ordenamientos continentales el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, de gran tradición en el sistema jurídico anglosajón, pero, como se verá, también en países de nuestro entorno, como Alemania, donde se permite en no pocos casos una oportunidad reglada. Desde esta perspectiva, la acusación formulada por el MF, puede contener un cierto margen de discrecionalidad.

Así pues, se consiguen canalizar selectiva y racionalmente los esfuerzos del aparato público de persecución penal en relación con determinados sectores de la criminalidad que se consideran políticamente como objetivo prioritario. Por ejemplo, a través de la conformidad, entendida como una manifestación de dicho principio, se autoriza la negociación de la petición de condena entre la defensa y la acusación a fin de conseguir a cambio un juicio rápido y sin dilaciones, con gran economía procesal, y con ventajas tanto para el acusado como para la víctima, cuales son, entre otras, una rebaja importante de la pena o el posible resarcimiento civil del daño causado.

De esta forma no sólo se consigue agilizar la Administración de Justicia, sino además se establecen las bases para lograr en la práctica que el Derecho Penal sea un auténtico Derecho Penal mínimo a través de un proceso real de descriminalización, en la medida en que no se toman en consideración los hechos delictivos más insignificantes o irrelevantes.

En cualquier caso, el principio de legalidad en el funcionamiento del MF conlleva una garantía sustancial que impide la discrecionalidad, debiendo ceñirse en sus actuaciones a reglas predeterminadas que posibilitan mecanismos de control sobre sus decisiones y, por ello, se excluye la llamada

oportunidad pura pero no la reglada, en cuanto que esta posibilita el control y la previsibilidad respecto de su actuación.

2. La oportunidad reglada

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación R (87) 18, de fecha 17 de septiembre de 1987, aprobó una serie de medidas destinadas a tener en cuenta el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal con el fin de simplificarla, acortar la duración del proceso y poder transigir asuntos penales, en especial, en presencia de las infracciones menores².

² La Recomendación en su apartado B dice: "1.- De conformidad con su constitución, los Estados Miembros deberían revisar su legislación, teniendo en cuenta las facultades que corresponden al Ministerio Fiscal y a otras autoridades que intervienen en esta etapa del procedimiento para que puedan transigir los asuntos penales, en especial cuando se trata de infracciones menores, sobre la base de los principios siguientes: 2.- La ley ha de determinar las condiciones de las transacciones que propongan las autoridades al denunciado, especialmente: a) el pago del importe de la transacción al Estado o a una institución de utilidad pública o de beneficencia; b) la restitución de los bienes y ventajas obtenidas por la comisión de la infracción; c) una indemnización adecuada a la víctima, que debe ser percibida antes de la transacción, o constituir un elemento de esta (...). La autoridad debe tener la facultad de revisar su propuesta en beneficio del denunciado, teniendo en cuenta las posibles objeciones de este. 3.- La autoridad deberá establecer las circunstancias bajo las cuales podrá recurrir a la transacción, adoptar líneas directrices y un baremo de las sumas a pagar en las transacciones, con el fin de que el principio de igualdad ante la Ley sea respetado de la manera más escrupulosa posible. A este efecto, sería útil que se hicieran públicas esas circunstancias, líneas directrices y baremos. 4.- El denunciado que no desee transigir deberá tener siempre entera libertad para no responder a la propuesta o para rechazarla. 5.- La aceptación de la transacción excluirá definitivamente el ejercicio de la acción penal cuando el denunciado haya cumplido las condiciones que le hayan sido propuestas. 6.- La autoridad publicará, manteniendo el anonimato de los denunciados, un informe anual sobre la manera de ejercer sus facultades en

En nuestro ordenamiento, la justificación de la oportunidad se ha basado en el hecho de que el Estado no sólo debe considerar medios represivos para la persecución de la criminalidad en consonancia con el castigo de conductas que transgredan la norma penal, sino que además, conforme a los arts. 24 y 25 CE, debe atender a derechos fundamentales como son el derecho de la víctima a una pronta reparación de los perjuicios causados por el delito o el derecho del condenado a la reinserción social, superando la antigua posición retribucionista según la cual si el proceso penal existía era, sobre todo, para castigar las conductas tipificadas por la norma como ilícitas.

Por ello, el principio de oportunidad se conecta con la noción de discrecionalidad, en la idea de que el fiscal ostente un poder de disposición de la acción penal que le va a permitir no ejercitarla y, en su lugar, abrir vías alternativas al proceso.

La doctrina española no ha coincidido inicialmente en la introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento, de forma que frente a una opinión tradicionalmente defensora a toda costa del sometimiento al principio de legalidad³, derivada básicamente del tenor de los preceptos aplicables en nuestro ordenamiento procesal penal, desde hace ya bastantes años y en

materia de transacción, etc.". La Recomendación se ocupa después de sugerir procedimientos simplificados para los asuntos menores.

³ Así, AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, ed. Reus, Madrid, 1914 (1ª ed.) y 1923 (2ª ed), p. 570 y ss, aunque admite que el MF puede eximirse o excusarse del ejercicio de la acción en determinados casos y por razones especialísimas del interés o conveniencia políticos, y GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, ed. Bosch, Barcelona, 1951, p.526.

coincidencia con la tendencia europea más extendida , han empezado a surgir partidarios de la instauración de dicho principio⁴.

Frente a la postura de entender vigente de forma estricta el principio de legalidad, se admite la oportunidad porque, por una parte, sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento procesal vigente, se entiende integrante del propio principio de legalidad a aquel, por cuanto sería la propia ley la que señalara las reglas a que debe quedar sometida una actividad discrecional en ese sentido, y, por otra parte, se admite la compatibilidad de ambos principios si se valorara la indispensable e inaplazable celeridad de la justicia penal basada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o por motivos de interés público.

Este principio se considera aplicable en nuestro proceso penal en la modalidad de oportunidad reglada, no puramente discrecional, siendo concebido como aquel por el cual se atribuye a la autoridad encargada de la acusación oficial, esto es, al MF, la facultad de no ejercitar la acción penal, a pesar de la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su

⁴ Entre otros, GIMENO SENDRA, V., "La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español", *Revista de Derecho procesal*, núm. 3, 1992, p. 521; MARCHENA GÓMEZ, M., "El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro", ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 138; y CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio...", *cit.*, p. 294, donde señala que el principio de oportunidad, del que ya existían manifestaciones anteriores, fue reforzado en Alemania tras la reforma de 1974 y se admite en países como Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Noruega, Dinamarca, algunos cantones suizos, Gran Bretaña, Islandia, Chipre, Polonia y Francia, si bien de forma distinta, ya que en algunos de ellos se admite genéricamente y en otros, según tipo de delitos o teniendo en cuenta las circunstancias de cada delincuente.

autor, sometida al cumplimiento de determinados presupuestos y requisitos fijados por la norma.

Una parte importante de nuestra doctrina considera que este principio debe considerarse como excepción o incluso complemento del de legalidad, teniendo como referencia a este último, porque en definitiva su ámbito riguroso de aplicación debe ser necesariamente el mismo, es decir, las facultades y los límites de los poderes públicos⁵.

Por tanto, este principio debe venir referido a las facultades y límites en la actuación del órgano de la acusación pública en el seno del proceso penal.

La posibilidad de abstención en el ejercicio de la acción penal atribuida al fiscal vendría de este modo limitada por la concurrencia de determinados presupuestos y requisitos.

Los presupuestos vendrían delimitados por el ámbito objetivo dentro del cual cabe la aplicación de juicios de oportunidad, como serían, por ejemplo, aquellos delitos en los que no existe interés público en la persecución, ya que la lesión social es escasa o el grado de culpabilidad del autor es ínfimo.

⁵ Así, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2010, p. 107 y ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, ed. PPU, 1991, p.185. El primero afirma que el MF ejerce la acción penal sometido al principio de legalidad, sin que el ordenamiento procesal le permita la invocación de un principio de oportunidad, pero debido a su función de tutelar el interés público y los derechos subjetivos de los ciudadanos (art.124 CE), la propia norma fundamental autorizaría al legislador a instaurar este segundo principio, que no puede resultar nunca contradictorio, sino complementario, del primero.

Los requisitos vendrían determinados por la necesidad de que en tales supuestos se cumplieran determinadas condiciones como pueden ser la reparación de los perjuicios causados a la víctima por el hecho penalmente reprochable o la ausencia de antecedentes penales.

Así pues, el principio de oportunidad afectaría al MF en el proceso, y objetivamente a todas aquellas conductas que el mismo debería realizar en el cumplimiento de sus funciones, conforme al principio de legalidad, pero que por diversas circunstancias pasan al ámbito de su discrecionalidad.

Pero esta posibilidad de introducir la oportunidad reglada en nuestro proceso penal, podría entenderse como propuesta de reforma para un mejor funcionamiento de la justicia penal, en el sentido de que, para evitar posibles vulneraciones del principio de legalidad, justamente por el escaso interés en la persecución de determinados delitos, se facilitaría un adecuado ajuste entre la norma que faculte dicha oportunidad y el responsable funcionamiento real del sistema en la aplicación de la misma al caso concreto.

La única excepción al principio de legalidad contemplada en nuestro ordenamiento se refiere a la amenaza condicionada de revelar la comisión de un delito cometido por el amenazado (art.171.3 CP), de forma que la no persecución del delito que se puede revelar, se condiciona a la concurrencia de determinados requisitos adicionales impuestos por la norma o que el imputado debe cumplir, pero siempre teniendo en cuenta dicho interés público⁶. Esta es

⁶ ORTELLS RAMOS, M., "Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, Madrid, 1990, p. 247, nota 64, se planteaba la posibilidad de inconstitucionalidad de la llamada oportunidad reglada en la persecución de los delitos por el MF, ya que dentro de los límites de la Ley, las condiciones para una actuación por el MF pueden venir marcadas por las

la única manifestación del principio de oportunidad reglada en nuestro ordenamiento penal que afecta directamente a la potestad de acusar del MF.

Son múltiples los motivos que aconsejan la adopción del referido principio de oportunidad⁷, si bien el utilitarista de descarga de una Administración de Justicia que se ve desbordada por el número de causas penales que llega a su conocimiento, es el más atractivo, siendo las alternativas ante tal situación, de una parte, aumentar los medios humanos y materiales al servicio de la Administración de Justicia, y de otra, seleccionar las causas que deberán ser objeto de persecución y sanción sobre la base de criterios de diversa índole.

Los inconvenientes de la adopción del principio de oportunidad se centran en aspectos de carácter constitucional, distinguiendo entre el principio de legalidad, la Administración de Justicia como función atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales y el principio de igualdad.

Desde el primer aspecto se denuncia la vulneración del principio de legalidad⁸ en una triple vertiente: legalidad "subespecie", taxatividad y

instrucciones internas emanadas de la estructura jerárquica del MF, de forma que condicionarían con carácter general y abstracto la aplicación de la ley penal, suponiendo por ello dos infracciones: 1ª) Del principio de legalidad, rector de la actuación del MF (art. 124.2 CE) y, 2ª) La reserva de Ley en materia penal prevista en el art. 25.1 CE y tal vez de Ley Orgánica (art. 81 CE).

⁷ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pp. 193-198.

⁸ La compatibilidad de los principios de legalidad y oportunidad, y en consecuencia la plena virtualidad del primero de ellos, quedaría asegurada por el hecho de que es precisamente la ley la que fija las circunstancias y condiciones en las que el MF puede dejar de ejercitar la acción penal. En ese sentido, MARTÍNEZ SERRANO, A., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, en AAVV, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 27-28, sistematiza las causas que fundamentan las

necesidad de que todo ciudadano pueda prever las consecuencias de su delito, con el consiguiente detrimento de la seguridad jurídica y la pérdida de credibilidad del sistema desde la perspectiva de prevención general.

Desde el aspecto relativo a la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces, la atribución de funciones jurisdiccionales al MF podría implicar una vulneración de tal principio constitucional, lo que se observa especialmente en aquellos supuestos en que la decisión de archivo del fiscal –como en el proceso de menores⁹–, no precisa de posterior confirmación judicial, permitiendo además, de ese modo, la involución hacia el sistema inquisitivo en donde se confundían las funciones acusadora y juzgadora.

En cuanto al principio de igualdad, su vulneración se infiere del eventual trato diverso que permite la discrecionalidad atribuida al fiscal, máxime

autorizaciones legales para el no ejercicio de la acción penal en este proceso, según que estén basadas en:

A) La naturaleza del hecho: a) Carácter mínimo de la infracción; b) Culpabilidad leve del infractor; c) Contribución mínima del delito; d) Antigüedad de la infracción.

B) El autor del hecho: a) Delincuente primario; b) Edad juvenil o senil; c) Infractor-Víctima; d) Cambio positivo del comportamiento tras la infracción menor; e) Conveniencia de aplicarle una medida rehabilitadora en vez de una pena; f) Sumisión a un tratamiento rehabilitador.

C) La relación entre delincuente y víctima: a) Parentesco próximo; b) Reparación voluntaria del daño; c) Restitución de la cosa; d) Delito provocado por la víctima.

D) El interés general: a) Escasa lesión social producida por el delito; b) Estimulación para la pronta reparación del delito; c) Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; d) Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

⁹ Como se verá en el capítulo dedicado al proceso de menores, el supuesto de desistimiento de incoación del expediente del art. 18 LORPM.

cuando se efectúa a través de conceptos jurídicos indeterminados como "falta de interés público en la persecución" o "culpabilidad mínima", incrementándose la discriminación en aquellos casos en los que la aplicación de la oportunidad se liga a prestaciones económicas en atención a criterios tales como la cuantía de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal o la situación social del perjudicado.

En este punto, la doctrina se ha planteado si el principio de oportunidad debe venir exclusivamente referido al momento inicial del proceso o podría ser posterior, una vez practicadas diligencias de investigación, e incluso en el momento de decidir la acusación.

Pero, además, se ha entendido que el principio de oportunidad puede regir en el momento en el que el MF debe decidir formular o no una determinada acusación, considerándose la institución de la conformidad como una de las manifestaciones de dicho principio.

La conformidad se basa en la idea de consenso como uno de los principios inspiradores del proceso penal, con una predominante finalidad de contribuir a la descarga de los órganos judiciales al simplificar el procedimiento, y si en principio -como se ha dicho por una parte de la doctrina-, no debería entenderse como manifestación del principio de oportunidad, sin embargo, en este también está presente la idea de disminuir la sobrecarga de trabajo en la jurisdicción, sobre todo por el aumento de la pequeña criminalidad, donde apenas existe interés público en la persecución de los delitos.

Por tanto, si bien oportunidad y conformidad no responden a idénticos planteamientos, ya que la primera obedece más bien a objetivos de política criminal -falta de interés público en la persecución- y la segunda a razones de

economía procesal, por otra parte, pueden participar de algunos objetivos comunes como el mencionado¹⁰.

Así pues, GIMENO SENDRA, a raíz de la reforma de la Lecrim por LO 7/88, afirmó que la conformidad era una manifestación del principio de oportunidad en forma pura, pues ni precisaba de autorización u homologación judicial ni jurídicamente quedaba condicionada al cumplimiento de futuro por el acusado de prestación o condición alguna, sino tan sólo al efectivo cumplimiento de la pena que en el acto se le imponga¹¹.

ARMENTA DEU afirma que la conformidad puede considerarse una manifestación del principio de oportunidad en un sentido amplio y en tanto en cuanto supone una forma de dar fin al proceso, sin que se hayan desarrollado todas aquellas fases que, conforme al principio de legalidad, hubiera cabido esperar¹². Añade que la previa opción sobre la conformidad que efectúa el legislador cuando decide concebir una determinada actuación por parte del MF en los supuestos donde debe seguir la persecución -delitos públicos y semipúblicos-, implica que se encuentre en una situación habitualmente sujeta al principio de legalidad, pero, sin embargo y al mismo tiempo, en un determinado ámbito con márgenes de discrecionalidad, donde podría actuar libremente¹³.

¹⁰ Nuestro TS, ha manifestado en más de una ocasión, que la *ratio legis* de la conformidad se encuentra en la oportunidad y economía procesal tendentes a evitar la fase costosa y dilatoria del juicio oral.

¹¹ GIMENO SENDRA, V., "La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)", *La Ley*, 1990, p. 977-978.

¹² ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., p.185.

¹³ ARMENTA DEU, T., "El juicio de faltas y los principios de oportunidad y acusatorio", *El juicio oral*, Colección Studia Iurídica, ed. Departamento de Justicia de la Generalitat de

Nuestra jurisprudencia también se refirió a la conformidad y la STS de fecha 22 de marzo de 1999¹⁴, interpretaba la misma “como una forma de terminación anormal del proceso, reconociendo un cierto carácter de disponibilidad del objeto del proceso que se ha visto ampliado al admitirse en el proceso penal la posibilidad de negociación entre acusación y defensa, evitando la celebración del juicio oral”.

Así pues, la vigencia de la conformidad en nuestro proceso, con el alcance limitado del control jurisdiccional, y la realidad de que en la mayoría de los procesos penales la única parte acusadora es el MF, derivada de su carácter de órgano acusador necesario que legalmente le corresponde, de conformidad con el art. 105 Lecrim, frente a la naturaleza contingente de los acusadores particulares a los que la ley posibilita el ejercicio de la acusación (art. 110 Lecrim) y la escasa, e incluso inexistente, presencia de la acción popular, supone que, en la práctica, se atribuya al MF la capacidad, la mayoría de las veces, de decidir sobre el destino de las actuaciones procesales con cierta independencia y al margen de la valoración judicial.

3. La oportunidad pura

Como se ha mencionado, la oportunidad pura en el ejercicio de la acción penal, es decir, la que no estaría sometida a condición alguna, no tendría cabida en nuestro proceso penal, a la vista de que el ejercicio de dicha acción se dejaría en manos del titular de dicha facultad, de forma que el fiscal podría

Cataluña, junio 1994, p. 85, la autora cita simplemente como significativa la doctrina seguida por los administrativistas, García de Enterría, TR. Fernández y Sainz Moreno, relativa a los conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa.

¹⁴ STS (Sala 2ª) nº 463/1999, rec. 2763/1998, ponente Sr. Martínez Arrieta (ROJ: STS 1957/1999).

disponer libremente de su capacidad de acusar o no, sin estar sometido a regla escrita alguna¹⁵.

Se ha dicho que en la práctica, la naturaleza de los principios de obligatoriedad -donde se impone al Estado la obligación de perseguir todas las infracciones penales- y discrecionalidad -donde el ejercicio de la acción dependería en mayor o menor medida de la voluntad de los órganos de acusación- no pueden darse en forma pura u absoluta, sino más bien se hablaría del predominio de uno u otro principio según se adopten en cada modelo de justicia penal¹⁶.

Así sucede en la mayoría de los ordenamientos continentales, como el alemán o el francés. Sin embargo en los ordenamientos de la *Common Law* se suceden márgenes de discrecionalidad que no son sometidos a condición legal alguna.

Sin perjuicio de lo que de dirá más adelante, en Inglaterra no hay norma alguna que imponga el ejercicio de la acción penal y en los Estados Unidos de América el ejercicio de la acción penal se impuso por vía consuetudinaria y viene condicionada por la jurisprudencia del TS de aquel país¹⁷.

¹⁵ En esta opción descansa la posibilidad de que el fiscal adopte decisiones que puedan ser calificadas como arbitrarias, a pesar de ponderar los intereses estatales y particulares en la persecución al acudir al principio de proporcionalidad que deberá implicar el ejercicio del poder discrecional de forma igual en casos iguales o muy semejantes.

¹⁶ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., p.43. Así lo indica cuando pone el ejemplo de Alemania, en la persecución de las pequeñas y medianas infracciones, donde a pesar de regir el principio de legalidad, son tantas las excepciones a este principio en tales infracciones, que más bien la regla general parece ser la oportunidad.

¹⁷ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, 1ª ed, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 14.

Efectivamente, en el sistema procesal estadounidense, el ejercicio de la acción penal está confiado a la discrecionalidad del *prosecutor* que apenas tiene límites¹⁸.

En este sistema, el fiscal no sólo posee el monopolio de la acción y la decisión de su ejercicio, sino que puede ejercitarla sin acomodarse en ocasiones a los presupuestos legales exigidos por el caso y la verdad material. Este sistema da lugar a la institución del *plea bargaining*, en el cual el acusador, el acusado y su defensor discuten los términos de la acusación y examinan las posibilidades de llegar a un acuerdo, aunque este pase por acusar por un delito distinto y de menor gravedad, del cual se confesará culpable el acusado. Obtenido el acuerdo, el juez lo aprueba y dicta sentencia de conformidad con el mismo. Con ello, lo que se evita es tener que ir al juicio oral con jurado.

Por otra parte, en nuestra doctrina, la llamada discrecionalidad pura debe entenderse desde planteamientos de política criminal y, se dice que, en la práctica, es difícil compatibilizar el estricto cumplimiento del principio de legalidad con aspectos de naturaleza político-criminal, ya que, en este sentido, se atiende al diseño de prioridades y directrices que ha querido dar el legislador

¹⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Por un Ministerio Público dentro de la legalidad" en *Die rolle des Staatsanwaltes erfahrungen in Europa*, Vecchiarelli Editore, Roma, 2005, p.131, cita la obra de V.Fanchiotti, *Lineamenti del proceso penale statunitense*, indicando que no consta principio constitucional alguno que incluso de forma indirecta, ofrezca regulación mínima de la acusación. Sin embargo, es el principio de separación de poderes el que ofrece a la jurisdicción su pasividad frente al *prosecutor*, ya que este se encuentra integrado en el Poder Ejecutivo, y es responsable sólo frente al pueblo que lo ha elegido – en los ordenamientos de los Estados federales- o al jefe del ejecutivo, en el ordenamiento del Estado.

en cada momento a través de los programas de política criminal elaborados por el Gobierno¹⁹.

En este sentido y relacionada con los objetivos que puede perseguir cualquier política criminal, un sector doctrinal ha denominado "discrecionalidad política" o también de oportunidad²⁰, a aquella que consiste en la posibilidad de ejercer la acción penal según criterios extrajurídicos. Aquí el ejercicio de la acción penal depende de si es oportuna respecto de ciertos objetivos políticos.

En el caso del MF, estos objetivos pueden venir marcados por la orientación política de la autoridad a la que corresponda la dirección del MF²¹.

¹⁹ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p. 27, incide en el debate axiológico entre el principio de legalidad y la política criminal seguida según los casos, afirmando que los valores derivados de los mismos son incompatibles sin que desde el punto de vista filosófico-jurídico se haya producido una respuesta definitiva. Se añade que debe darse solución desde posturas intermedias que combinen ambos aspectos y deberían tenerse en cuenta por el legislador cuestiones tan básicas como las necesidades económicas y sociales en el momento de dar forma a la norma penal, evitando de este modo el exceso de criminalización que en parte viene justificado por motivos de opinión pública que representan intereses electoralistas del poder político del momento.

²⁰ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p. 15, así la denomina, pero resulta evidente que dicho término puede conducir a confusión ya que la oportunidad además puede ser jurídica - como reglada-, como se ha visto, dentro de lo que marca la norma y por tanto, ajena a la propia oportunidad política.

²¹ SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 127, configura la discrecionalidad política *stricto sensu*, como aquella en que la norma puede otorgar, expresa o implícitamente, márgenes de libertad a determinados órganos gubernativos para que se valoren aspectos y consecuencias políticas de sus decisiones. Lógicamente este tipo está previsto para los órganos de la Administración Pública –el autor

En nuestro ordenamiento, resultaría *a priori* impensable, que el legislador, atendiendo a una clara intención de intereses partidistas, le otorgara al MF facultades discrecionales tan amplias, por ejemplo a través de elementos normativos como los conceptos jurídicos indeterminados, que puedan favorecer además dichos intereses, ya que, en definitiva, el legislador debe respetar la principal función del MF, que viene marcada constitucionalmente por ser el defensor del principio de legalidad. Por ello, esta discrecionalidad política no sería esencial para el ejercicio de la acción penal en nuestro caso, donde prevalece dicho principio.

No obstante, esto no quiere decir que la aplicación imparcial y rigurosa de la ley sea incompatible con planteamientos de política criminal que deben atender a estrategias globales en materia de investigación, persecución o represión de la criminalidad.

A raíz de todo esto, se ha intentado delimitar la línea divisoria entre dos tipos de discrecionalidades –técnica y política-, ya que no siempre es clara, porque en ocasiones una intención política puede venir ocultada bajo la apariencia de aspectos técnicos y, por otra parte, existen supuestos en los cuales no cabrían posturas políticas, por más que sean criticados o debatidos, atendiendo a su propia configuración técnica.

pone como ejemplo la posibilidad de suspender un acto de una Entidad Local por el Delegado del Gobierno, apreciando *si se atenta gravemente al interés de España-*, afirmando que se trata de un concepto jurídico indeterminado en el que se hace muy posible que se puedan utilizar, para su apreciación y aplicación, criterios estrictamente políticos.

La discrecionalidad técnica siempre deberá considerarse en una determinada decisión, debiendo suprimirse los aspectos políticos de la misma, sobre todo, si nos encontramos ante ciertos hechos presuntamente delictivos²².

Por tanto, la obligatoriedad del ejercicio de la acusación definida por la norma sólo tiene sentido entendida como prohibición de la llamada discrecionalidad política, excluyendo la posibilidad de tomar en consideración factores extrajurídicos en el ejercicio de la acción penal.

No obstante, en algunos supuestos –prioritariamente en la llamada delincuencia gubernativa–, se plantea la dificultad para diferenciar adecuadamente entre discrecionalidad técnica y política, pudiendo concurrir connotaciones valorativas de marcado acento socio-político y, en consecuencia, se suceden las críticas respecto de una determinada actuación del MF, ya que se duda de si la misma se ha ejercido teniendo en cuenta criterios estrictamente jurídicos.

²² Me refiero a los llamados delitos gubernativos, donde entran en juego imputaciones de autoridades y altos funcionarios públicos –cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, etc-.

CAPÍTULO II

LA POTESTAD DE ACUSAR DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

1. El Ministerio Público en el sistema de Civil Law

1.1. Italia

1.1.1. La configuración orgánica

En Italia la institución del *Pubblico Ministero* ha evolucionado radicalmente, pasando de un modelo en el que el Ministerio Público se encontraba bajo la dependencia directa del Gobierno y en el que su organización interna se articulaba sobre la base del principio de jerarquía, a un modelo de judicialización del Ministerio Público, en el que este se encuentra desvinculado del Poder Ejecutivo y en el que se ha atenuado la jerarquía interna.

Puede afirmarse que las singularidades del proceso penal en Italia viene condicionada por la independencia del Ministerio Público italiano respecto del Poder Ejecutivo ya que el art. 104.1 de la CRI, establece que la Magistratura -a la que pertenecen los miembros del Ministerio Público-, constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder²³.

²³ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder..., cit.*, pp. 123-134 y GUTIERREZ BERLINCHES, A., *La acusación en el proceso penal Italiano*, ed. Colex, Madrid, 2006, p.57, donde resalta el hecho de que, a diferencia de España, no existe un FGE nombrado y cesado a propuesta del ejecutivo, sin que el Gobierno pueda solicitar del MF la promoción de actuaciones en defensa del interés público. Únicamente es un órgano al que se le encomienda el ejercicio de la acción penal con sujeción al principio de legalidad y necesidad (art. 112 CRI).

Así pues, en Italia ninguna institución externa puede dar instrucciones al Ministerio Público sobre la manera de llevar a cabo sus actividades y sobre las prioridades a seguir en el uso de los medios de investigación y en el ejercicio de la acción penal. Ninguna institución externa puede supervisar el desarrollo de sus actividades. De la misma forma, ninguna institución responde de sus actividades en el ámbito del proceso democrático.

En ningún otro país el Ministerio Público tiene tan amplias potestades, con tanta independencia y menos responsabilidad. Analizando la relación entre estas variables, en Italia se han potenciado las condiciones de independencia del Ministerio Público, pero descuidando las condiciones para regular su responsabilidad. Por tanto, puede afirmarse que no existe un control democrático de la política criminal.

Por otra parte, al haberse diluido parcialmente el principio de jerarquía en el seno de la institución, cada órgano del Ministerio Público goza de un amplio margen de autonomía en su actuación.

En cuanto a las funciones de dirección, coordinación y supervisión jerárquica de la actividad del Ministerio Público, en Italia no existe una estructura jerárquica unitaria que tenga el poder de coordinar la actuación de los concretos órganos del Ministerio Público en todo el territorio nacional²⁴.

Aunque dentro de los concretos órganos del Ministerio Público sí que existe formalmente una estructura jerárquica, sus miembros no están sometidos

²⁴ La coordinación se ha conseguido, en el ámbito de la delincuencia mafiosa, con la creación de Direcciones Antimafia de Distrito, coordinadas por la Dirección Nacional Antimafia, a cuya cabeza está colocado el Procurador Nacional Antimafia, y con la introducción del art. 371 *bis* CPPI, que regula la *attività di coordinamento del procuratore generale antimafia*.

absolutamente al principio de jerarquía y gozan de una relativa independencia dentro de los órganos a los que pertenecen.

En definitiva, la independencia del Poder Ejecutivo y la atenuación de la dependencia jerárquica interna dentro de la institución del Ministerio Público, dificultan, respectivamente, el desarrollo de una política criminal unitaria y la exigencia de una responsabilidad política por el uso de los poderes de la institución, y el mantenimiento de la necesaria unidad y coordinación en el ejercicio de la acusación pública.

Por ello, desde diferentes sectores se afirma la necesidad de regular la responsabilidad de la actividad del Ministerio Público en el ámbito de una estructura jerárquica de ámbito nacional.

Lo expuesto explica que en Italia se debata entre completar la jerarquización del Ministerio Público, con la creación de un vértice único y responsable políticamente, o entre potenciar al máximo la autonomía de cada magistrado individual²⁵.

1.1.2. El ejercicio de la acusación

El Código de Procedimiento Penal (CCPI)²⁶, introduce la innovación de conferir un marcado carácter acusatorio en el proceso penal en el sentido de romper con la tradición francesa inspirada en una instrucción dominada por el principio inquisitivo en la que el juez era el protagonista, de forma que al MF no sólo le corresponde la acusación, sino además la investigación de los hechos

²⁵ CASELLI, G. C., “Magistratura e política in Italia”, en AAVV., *Il ruolo del pubblico ministero: esperienze in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 221-225.

²⁶ *Codice di Procedura Penale*, aprobado por *Decreto del Presidente della Repubblica* de 22 de septiembre de 1988, núm. 447.

delictivos y la búsqueda de elementos probatorios a través de su coordinación con la policía judicial²⁷.

La función y las actividades del Ministerio Público en Italia se regulan con detalle en la Constitución de la República Italiana (CRI)²⁸, en el Código Penal²⁹, en el Estatuto de la Magistratura –el Ordenamiento Judicial-³⁰, y en otras leyes y reglamentos especiales³¹.

El CCPI supuso la desaparición de la figura del Juez de Instrucción, atribuyendo la dirección de la investigación –las llamadas *indagini preliminari*- al Ministerio Público, quien, no obstante, no puede llevar a cabo en la fase de investigación actividades que supongan ejercicio de la potestad jurisdiccional, las cuales corresponden al *Giudice per le indagini preliminari*.

En efecto, son el Ministerio Público y la Policía Judicial –la *Polizia Giudiziaria*- quienes llevan a cabo, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las investigaciones necesarias para las determinaciones inherentes al ejercicio de la acción penal (art. 326 CPPI).

²⁷ Arts. 326 y 327 CPPI.

²⁸ *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947.

²⁹ *Codice Penale*, aprobado por *Regio Decreto* de 19 octubre de 1930, núm.1938.

³⁰ *Ordinamento giudiziario*, aprobado por *Regio Decreto* de 30 de enero de 1941, núm. 12.

³¹ Por ejemplo, en el *Decreto Legislativo* de 5 de abril de 2006, núm. 160, que establece la nueva disciplina de acceso a la magistratura, y de progresión económica y funciones de los magistrados, y en el *Decreto Legislativo* de 20 de febrero de 2006, núm. 106, sobre disposiciones relativas a la reorganización de la oficina del Ministerio Público, dictados en ejecución de la *Legge* de 25 de julio de 2005, núm. 150, de delegación al Gobierno para la reforma del ordenamiento judicial.

Por su parte, el art. 327 CPPI precisa que el Ministerio Público dirige la investigación, y dispone al respecto directamente de la Policía Judicial³², y el art. 358 de la misma norma establece que el Ministerio Público debe realizar todas las actividades necesarias respecto a los fines marcados por el art. 326 de dicho texto legal, llevando a cabo también diligencias sobre hechos y circunstancias en favor de la persona sujeta a la investigación preliminar³³.

El Ministerio Público puede realizar personalmente las diligencias de investigación o delegar específicamente³⁴ en la Policía Judicial (arts. 55 a 59 CPPI) para que esta, bajo su dirección, realice cualquier actividad de investigación (art. 370 CPPI).

Toda *notitia criminis* se debe canalizar a través del Ministerio Público a los efectos de que este pueda incoar una investigación preliminar. Así, la Policía Judicial debe comunicar, de forma escrita o incluso oral – respecto a determinados delitos y en caso de urgencia-, la *notitia criminis* al Ministerio Público lo antes posible, indicando en dicha comunicación los elementos esenciales del hecho y los datos hasta el momento recogidos, así como las correspondientes fuentes de prueba, y adjuntando la documentación de las actuaciones y averiguaciones efectuadas (art. 347 CPPI).

Después de la intervención del Ministerio Público, la Policía Judicial debe cumplir los actos específicamente delegados y toda la actividad de

³² Este precepto se debe poner en conexión con el art. 109 CRI, según el cual la autoridad judicial dispone directamente de la Policía Judicial.

³³ Este último precepto, como se puede observar, establece del principio de imparcialidad y objetividad respecto de la actuación del Ministerio Público, debiendo investigar tanto a favor como en contra del inculpado.

³⁴ Por lo tanto, no es posible una delegación genérica.

investigación que, en el ámbito de las directivas recibidas, sea necesaria, pero además también puede desempeñar por propia iniciativa, informando rápidamente al Ministerio Público, todas las actividades de investigación oportunas para descubrir los delitos o requeridas por los elementos sucesivamente aparecidos, y asegurar las nuevas fuentes de prueba (arts. 327 y 348.3 CPPI).

El Ministerio Público también puede tener conocimiento de la noticia del delito de oficio (art. 330 CPPI), mediante denuncia de los particulares (art. 333 CPPI) o de los funcionarios públicos y encargados de un servicio público (art. 331 CPPI), y mediante el informe –denominado *referto*- que están obligados a elaborar los sanitarios en los casos previstos por el art. 334 CPPI.

Para la persecución de determinados delitos se requiere la previa actuación de parte (art. 50.2 CPPI), a través de la *querela* –acto consistente en una declaración de voluntad de la parte ofendida por el delito mediante la que se ejercita la acción penal y que constituye una condición de procedibilidad en los procesos por delitos privados- (arts. 336 a 340 CPPI), la *istanza di procedimento* –que también constituye un presupuesto para la persecución de los delitos frente a los que no se puede actuar de oficio, y cuyo ámbito se limita a determinados delitos cometidos en el extranjero- (art. 341 CPPI), o la *richiesta di procedimento* –que consiste en la solicitud de incoación del procedimiento penal por parte de una determinada autoridad pública y que opera respecto a determinados delitos que por su carácter especial exigen el requerimiento previo de la autoridad afectada- (art. 342 CPPI).

Por otra parte, para garantizar el principio de igualdad previsto en el art. 3 CRI, y evitar un ejercicio discriminatorio de la acusación pública, en Italia el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público se rige por el principio de

legalidad. El art. 122 CRI establece la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, disponiendo en su art. 112 que “el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal”, en presencia de indicios racionales de criminalidad, con la consiguiente prohibición de un ejercicio discrecional de la misma.

A ello hay que añadir, que el Ministerio Público monopoliza el ejercicio de la acción penal –no existe por lo tanto, ni la acción particular ni la acción popular-, con sujeción al principio de legalidad –esto es, ejercitándola obligatoriamente cuando no subsistan los presupuestos para la solicitud de archivo- (arts. 112 CRI, y 50.1, 405.1 y 416.1 CPPI), aunque hay algunas concesiones al principio de oportunidad, destacando entre las mismas la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, también denominada *patteggiamento* (arts. 444 y ss. CPPI). Esta figura, similar a la conformidad en nuestro proceso penal, tiene por objeto la aplicación de una sanción sustitutiva, una pena pecuniaria o una pena privativa de libertad que, teniendo en cuenta las eventuales circunstancias atenuantes y la posterior disminución de hasta un tercio de la pena prevista, no supere los dos años de reclusión o de arresto, única o conjuntamente con una pena pecuniaria. Su aplicación será solicitada de común acuerdo al juez por el Ministerio Público y el imputado.

Aunque la CRI establece el ejercicio obligatorio de la acción penal, esto es, la persecución de todos los delitos cometidos, de hecho es materialmente imposible su completa y plena persecución –la magnitud de la actividad delictiva se opone a la posibilidad de perseguir todos los delitos-, de ahí que los miembros del Ministerio Público gocen de un amplio margen de apreciación y de discrecionalidad a la hora de ejercitar la acción penal.

De la previsión constitucional deriva que el Estado tiene la obligación de sufragar todos los gastos que el Ministerio Público considere necesarios para

realizar la investigación penal –lo contrario constituiría un límite a la observancia del principio constitucional de obligatoriedad de la acción penal- y que el Ministerio Público no es responsable por la investigación penal realizada o por el ejercicio de la acción penal llevado a cabo, aun cuando *a posteriori* su actividad resulte ser manifiestamente infundada e injustificada. En cualquier caso, el Ministerio Público podrá alegar que la sospecha de que se cometió un delito le llevó a actuar.

Dicho de otro modo, la obligatoriedad de la acción penal implica que cualquier decisión discrecional del Ministerio Público en materia de investigación penal o de ejercicio de la acción penal constituye un acto debido, exento de responsabilidad.

Esta disfuncionalidad trae consigo dos importantes consecuencias:

1ª) No se garantiza el principio de igualdad del ciudadano ante la ley.

2ª) Quedan excluidas del control democrático opciones de prioridad, como son aquellas relacionadas con la política criminal.

Analizando aspectos relevantes del proceso penal italiano, este se caracteriza por una particularidad en el control judicial en la facultad de acusar en la fase intermedia³⁵, ya que si el juez rechaza la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Público en un supuesto concreto por falta de fundamento de la noticia del delito, puede imponerle la formulación de la acusación, señalando la audiencia preliminar³⁶. Antes, habrá convocado una audiencia para debatir la

³⁵ Libro V, Título VIII del CPPI, *Chiusura delle indagini preliminari*. Arts. 405 a 415 bis.

³⁶ Art. 409.5 CPPI. También cabe la posibilidad de que el juez ordene ulteriores investigaciones complementarias, dándole al Ministerio Público un plazo para realizarlas (409.4 CPPI).

petición de archivo donde puede oponerse la persona ofendida por el delito indicando el objeto de la investigación suplementaria y los elementos de prueba correspondientes³⁷.

Este refuerzo de la potestad jurisdiccional en el control de las decisiones de no acusación del Ministerio Público, es del todo coherente con la vigencia del principio de legalidad.

Realmente se trata de un control de legalidad, donde en la audiencia preliminar, tras examinar la consistencia de las pruebas de cargo, el juez decide sobre la procedencia del juicio -ordinario o abreviado- y, si se diera el caso, sobre la negociación de una conformidad sobre la pena a imponer. El Ministerio Público está sometido también a las limitaciones de derechos de las partes -autorizaciones de escuchas telefónicas o registros domiciliarios y medidas cautelares- que recaen sobre este juez que se caracteriza por controlar y acordar investigaciones preliminares.

En el supuesto de que el Ministerio Público acuse³⁸, la acusación debe ser debatida en una audiencia en la que puede recibirse declaración al imputado y practicarse determinados medios de prueba³⁹.

Sin embargo, en esta audiencia, el Ministerio Público ejercita sus funciones con plena autonomía, sin que pueda recibir órdenes por el jefe del órgano al

³⁷ Arts. 408 a 410 CPPI.

³⁸ Los arts. 416 y 417 CPPI, indican los requisitos que debe contener el escrito de acusación.

³⁹ Arts. 421 y 422 CPPI. Este es el momento en el que la persona sujeta a investigación adquiere la cualidad de imputado y donde finalmente el juez procede a la valoración del fundamento de la acusación.

que pertenece en un supuesto concreto, pudiendo ser sustituido únicamente con su consentimiento o por relevantes exigencias del servicio⁴⁰.

La audiencia termina con una vista en la que el juez pronunciará sentencia que de lugar a no proceder contra el imputado -por causas de derecho o de hecho conducentes a la absolución- o dispondrá la apertura de juicio oral, en función de su convencimiento sobre los hechos punibles y el grado de participación del imputado, terminando en este caso con un juicio oral que llevará a la sentencia⁴¹.

1.2. Francia

1.2.1. La configuración orgánica

El Ministerio Público en Francia se encuentra regulado en la Constitución de la República Francesa (CRF)⁴², en la Ley Orgánica reguladora del Estatuto de la Magistratura (Ordenanza núm. 58-1270)⁴³, en la Ley Orgánica sobre el Consejo Superior de la Magistratura⁴⁴, en el Código de Organización Judicial (COJ)⁴⁵, en el Código de Procedimiento Penal (CPP)⁴⁶, en el Código de Procedimiento Civil⁴⁷, y en otras normas.

⁴⁰ Art. 53.1 y 2 CPPI.

⁴¹ Arts. 418 a 433 CPPI.

⁴² *Constitution de la République Française*, de 4 de octubre de 1958.

⁴³ *Ordonnance* núm. 58-1270, de 22 de diciembre de 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

⁴⁴ *Loi organique* núm. 94-100, de 5 de febrero de 1994 *sur le Conseil Supérieur de la Magistrature*.

⁴⁵ *Code de l'Organisation Judiciaire*, de 18 de marzo de 1978.

⁴⁶ *Code de Procédure Pénale*.

⁴⁷ *Code de Procédure Civile*.

Le ministère public o *le parquet* -o también llamados *les magistrats debout*, magistrados de a pie, por oposición a *les magistrats du siège*, magistrados sentados o jueces- es un órgano con rango de autoridad compuesto principalmente por magistrados -a veces representado por otras personas, como los funcionarios de la policía-, encargado de defender el interés general de la comunidad y la aplicación de la ley.

El Ministerio Público tiene pues la importante misión de proteger el interés general y actuar en nombre de la sociedad dentro del sistema judicial.

En consideración a estas funciones, los miembros del Ministerio Público forman parte de la magistratura, y cada magistrado del Ministerio Público y la institución en su conjunto cuentan con ciertas -no plenas- garantías de independencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, la conveniencia de que exista una política criminal unitaria de ámbito nacional -la llamada *politique d'action publique*-, que garantice la uniformidad y la igualdad en la aplicación de la ley y reduzca la arbitrariedad, conduce a que el Ministerio Público esté subordinado al Poder Ejecutivo, a través del Ministro de Justicia y de la Dirección de Asuntos Penales e Indultos.

En consecuencia, la problemática del Ministerio Público radica en encontrar un equilibrio eficaz entre las dos preocupaciones mencionadas. Por una parte, mantener el contacto entre el Ministerio Público y la política criminal diseñada por el Poder Ejecutivo, y, por otra parte, dotar a la institución del Ministerio Público de suficientes garantías para contribuir a un sistema judicial independiente.

El papel del Ministerio Público, que es el de defender los intereses de la sociedad, el orden público y la aplicación de la ley, opera en tres áreas o ámbitos fundamentales: el ejercicio de la acción pública ante los tribunales penales, la intervención en los tribunales civiles, y facultades administrativas.

En el ámbito penal, el Ministerio Público francés representa los intereses de la sociedad y con vistas a ello ejerce la acción pública contra las infracciones penales, es decir, ejerce la acusación pública u oficial, interviniendo en el proceso como una parte principal del mismo. Actúa tanto en la fase de instrucción como durante el juicio.

Asimismo, los servicios de la policía judicial están a disposición del Ministerio Público, con el objeto de investigar las infracciones penales (arts. 12 y 13 CPP), lo que le permite decidir sobre el ejercicio o no de la acción pública.

El Ministerio Público se encuentra constitucional e institucionalmente ubicado en el marco de la magistratura, de la cual también forman parte los jueces. El art. 1, I Ordenanza núm. 58-1270 establece que el cuerpo o Poder Judicial incluye tanto a los jueces *-magistrats du siège-* como a los miembros del Ministerio Público *-magistrats du parquet-*.

Por ello, a cualquier magistrado, durante su carrera, se le puede asignar la función de juez o la función propia del Ministerio Público (art. 1, II Ordenanza núm. 58-1270).

De esta forma, por regla general, un magistrado, a lo largo de su carrera, realizará tanto las funciones de juez como las propias del Ministerio Público.

Aunque los magistrados del Ministerio Público formen parte del mismo cuerpo que los jueces, conviene anticipar que el nivel de independencia

concedido a los jueces y a los miembros del Ministerio Público no es el mismo. Estos no tienen las mismas garantías de independencia que los jueces, ya que, por una parte, la institución del Ministerio Público está vinculada con el Poder Ejecutivo, con el objeto de promover y hacer cumplir la política criminal establecida por el Gobierno en el ámbito judicial, y, por otra parte, la institución del Ministerio Público se estructura sobre la base del principio de jerarquía.

Con todo, al Ministerio Público se le otorga una autonomía suficiente y una tutela profesional para llevar a cabo sus investigaciones y tomar sus decisiones dentro de un sistema judicial que funcione razonablemente bien. Este equilibrio se puede medir sobre la base de los poderes que se otorgan en los procesos penales y las garantías vinculadas a su nombramiento y a su carrera.

Las garantías con que cuenta la institución del Ministerio Público están fuertemente ligadas a la existencia del *Conseil Supérieur de la Magistrature* - Consejo Superior de la Magistratura, CSM-.

El CSM es el órgano de garantía de los magistrados –jueces y miembros del Ministerio Público-, ostentando poderes en materia de nombramiento, disciplina, y destitución de aquellos y su composición es mixta e incluye jueces, miembros del Ministerio Público y otro tipo de personalidades.

Al señalar el art. 20, I CRF que el Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación, el Ministro de Justicia dirige la política de acción pública –esto es, la política criminal- determinada por el Gobierno, y velará por la coherencia de su aplicación en el territorio de la República francesa (art. 30, I CPP).

Al Ministro de Justicia no le corresponde el ejercicio directo de la acción pública, recayendo esta función sobre el Ministerio Público. Este constituye

pues un instrumento del Poder Ejecutivo para la aplicación de su política criminal en el ámbito judicial, garantizando de esta forma el principio de igualdad de los ciudadanos.

Estamos ante lo que se denomina la función política del Ministerio Público⁴⁸.

Con tal fin, el Ministro de Justicia dirigirá a los magistrados del Ministerio Público instrucciones generales de actuación (art. 30, II CPP)⁴⁹. Asimismo, el Ministro de Justicia podrá denunciar ante el Ministerio Público las infracciones de la ley penal de las que tenga conocimiento y encomendarle, mediante instrucciones escritas y remitidas a las actuaciones, promover o hacer promover diligencias o informar a la jurisdicción competente para tales requerimientos escritos que el Ministro estime oportunos (art. 30, III CPP).

Las instrucciones ministeriales para abrir una investigación deben realizarse por escrito, y deben ser registradas en el expediente abierto para que las conozcan todas las partes, con el fin de aumentar la transparencia en el ejercicio de las potestades jerárquicas del Ministro de Justicia sobre el Ministerio Público, y conjurar el riesgo de manipulación política.

Como se puede comprobar, son legalmente admisibles las instrucciones positivas -dirigidas a la persecución de un delito-, mientras que las instrucciones negativas -para no perseguir un delito- son inaceptables.

Las instrucciones, las recomendaciones, la presión directa o indirecta y las decisiones sobre la base de las relaciones personales, la animosidad, y los

⁴⁸ De esta forma se relacionan la legitimidad democrática, la política criminal y el estatuto del Ministerio Público.

⁴⁹ La impartición de estas instrucciones generales tiene por objeto la unificación en la interpretación y aplicación de la ley por parte del Ministerio Público.

intereses económicos o políticos que podrían conducir al fracaso de la persecución de un concreto caso también están prohibidas. Estas instrucciones no se imparten en la práctica, pero el establecimiento de dichas prohibiciones es importante para evitar posibles abusos.

La Dirección de Asuntos Penales y de Indultos es un servicio de la administración central del Ministerio de Justicia. En concreto, es esta Dirección la imparte instrucciones sobre el ejercicio de la acción pública al Ministerio Público.

El Ministro de Justicia propone el presupuesto de la magistratura al Parlamento, y administra y distribuye posteriormente los fondos asignados a aquella y desempeña un rol relevante en las decisiones relativas al estatuto de los magistrados del Ministerio Público -evaluaciones de profesionalidad, disciplina, traslados, promociones y nominaciones para órganos directivos-.

El Presidente de la República nombra a los miembros del Ministerio Público mediante decreto para todos los niveles de los tribunales, bajo la recomendación del Ministro de Justicia. El CSM ofrece una opinión sobre estos nombramientos, pero el Ministro de Justicia no está vinculado por la misma. En la práctica, sin embargo, aquel casi siempre sigue las recomendaciones del CSM.

Por otra parte, el Parlamento francés no ejerce ningún control directo sobre el Ministerio Público en particular, ni sobre la magistratura en su conjunto. Es el Ministro de Justicia quien actúa como representante de la magistratura en las relaciones con el Parlamento. No obstante, el Parlamento puede influir en el Ministerio Público a través de la legislación, y en particular a través del procedimiento presupuestario.

En cuanto a la organización del Ministerio Público, está representado ante cada órgano jurisdiccional penal (art. 32, I CPP), ya que es una parte necesaria de cualquier proceso penal, excepto cuando tenga que resolverse únicamente sobre la acción civil (arts. 464 y 486 CPP). Por ello, la estructura del Ministerio Público tiene en cuenta el organigrama judicial.

De esta forma encontramos al Procurador de la República ante los tribunales de distrito, a los Procuradores Generales ante las *Cour d'appel* y las *Cour d'assises*, y al Procurador General ante la *Cour de cassation*.

Cada Procurador de la República y cada Procurador General cuentan con el apoyo de un equipo de sustitutos, que también pertenecen a la magistratura.

Como ya se ha indicado, en Francia el Ministerio Público se encuentra constitucional e institucionalmente ubicado en el marco de la magistratura, de la cual también forman parte los jueces.

No obstante, la garantía de la inamovilidad únicamente está prevista para los jueces (art. 64, IV CRF) y no para los miembros del Ministerio Público, ya que el art. 4 Ordenanza núm. 58-1270 dispone que los jueces son inamovibles.

Así pues, como consecuencia de la jerarquización del Ministerio Público, sus magistrados no gozan de las mismas garantías de inamovilidad que los jueces.

Los magistrados del Ministerio Público son nombrados con carácter permanente, aunque, a diferencia de los jueces, pueden, en teoría, ser removidos de su posición debido a las necesidades de la institución.

No obstante, en la práctica, los magistrados del Ministerio Público cambian su posición solo si desean hacerlo, y, por lo general, cuando solicitan la promoción.

Los magistrados del Ministerio Público gozan de ciertas protecciones en cuanto a su conducta profesional. Aquellos están autorizados a actuar ante el tribunal de acuerdo con los dictados de su propia conciencia, incluso si se les han dado instrucciones diferentes por sus superiores. De esta forma, están obligados a presentar las instrucciones escritas que han recibido para evitar medidas disciplinarias, pero pueden expresar oralmente sus propios puntos de vista. Aquellos consideran que esta regla constituye una defensa muy importante de su autonomía profesional.

Así, aunque los miembros del Ministerio Público están bajo la dirección y el control de sus superiores y bajo la autoridad del Ministro de Justicia, en la audiencia del juicio tienen libertad de actuación, pues su palabra es libre (art. 5 Ordenanza núm. 58-1270).

Las relaciones internas dentro del Ministerio Público aparecen estructuradas bajo del principio de subordinación jerárquica -pero con ciertos límites-, para garantizar la coherencia y la uniformidad de la acción pública.

El Ministerio Público presenta un alto grado de organización jerárquica. Cada órgano se encuentra supervisado por el órgano superior. Y cada miembro de un órgano del Ministerio Público debe obedecer a su superior dentro del mismo órgano.

De este modo, el Procurador de la República tiene autoridad sobre sus sustitutos, y asimismo está sujeto a las instrucciones y directivas del Procurador General ante la Corte de Apelación correspondiente. Por otra parte, como ya se ha indicado, todos los magistrados del Ministerio Público están, en última instancia, sujetos a la autoridad del Ministro de Justicia.

En la cúspide de la institución se encuentra el Ministro de Justicia, ante quien responden directamente los diferentes Procuradores Generales. El Ministro de Justicia puede impartir directamente instrucciones escritas a los Procuradores Generales, pero no a los Procuradores de la República.

No existe una relación jerárquica entre el Procurador General de la Corte de Casación y los Procuradores Generales de las Cortes de Apelación, ya que estos se encuentran directamente subordinados al Ministro de Justicia –que es quien ostenta la jefatura de la institución- y no reciben instrucciones de aquel.

El Procurador General de la Corte de Casación solo ostenta competencias en el ámbito de este tribunal. Todos los Procuradores Generales de las Cortes de Apelación se encuentran en situación de igualdad.

En su respectivo ámbito territorial, los Procuradores de la República se organizan bajo la supervisión de los Procuradores Generales de las Cortes de Apelación, que son quienes les imparten las instrucciones.

Cada Procurador de la República y cada Procurador General ejercen su jerarquía sobre los miembros del Ministerio Público que forman parte de los concretos órganos dirigidos por aquellos.

Por ello, las funciones correspondientes al Ministerio Público están atribuidas con carácter exclusivo al titular del órgano correspondiente, de forma que los demás magistrados que desarrollan su actividad en el mismo órgano son considerados meros sustitutos (arts. 34 y 39 CPP).

El principio de jerarquía dentro de la institución se traduce en las siguientes atribuciones del Procurador General ante la Corte de Apelación:

a) El Procurador General representará en persona o a través de sus sustitutos al Ministerio Público ante la *Cour d'appel* y la *Cour d'assises* instituida en la

sede de la *Cour d'appel*. Podrá, dentro de las mismas condiciones, representar al Ministerio Público ante las demás *Cours d'assises* de la competencia de la *Cour d'appel* (art. 34 CPP).

b) El Procurador General se encargará de velar por la aplicación de la ley penal en toda la extensión de la demarcación que corresponde a la *Cour d'appel* y por el buen funcionamiento de los órganos del Ministerio Público radicados en su demarcación. Con este fin, impulsa y coordina la acción de los Procuradores de la República así como la dirección de la política de actuación de los órganos de su demarcación (arts. 35, I y II CPP).

c) Sin perjuicio de los informes particulares que realice bien por propia iniciativa, bien a requerimiento del Procurador General, el Procurador de la República dirigirá a este último un informe anual sobre la actividad y la gestión de su órgano así como sobre la aplicación de la ley (art. 35, III CPP).

d) El Procurador General tendrá, dentro del ejercicio de sus funciones, el derecho de requerir directamente a la fuerza pública (art. 35, IV CPP).

e) El Procurador General puede encomendar a los Procuradores de la República, mediante instrucciones escritas y remitidas al expediente del procedimiento, promover o hacer promover diligencias o informar a la jurisdicción competente para tales requerimientos escritos que el Procurador General estime oportunos (art. 36 CPP).

En relación con lo expuesto, cualquier persona que hubiera denunciado los hechos ante un Procurador de la República podrá interponer recurso ante el Procurador General correspondiente contra la decisión de archivo adoptada como consecuencia de dicha denuncia. El Procurador General podrá, en las condiciones previstas en el art. 36 CPP, ordenar al Procurador de la República

competente la promoción de las diligencias. Si estimara que el recurso es infundado, se lo hará saber al interesado (art. 40-3 CPP).

f) El Procurador General tiene autoridad sobre todos los magistrados del Ministerio Público de la demarcación de la Corte de Apelación (art. 37 CPP).

g) Los oficiales y agentes de la Policía Judicial se sitúan bajo la supervisión del Procurador General. Este podrá encargarles que recojan todas las informaciones que estime útiles para una buena administración de justicia (art. 38 CPP).

h) El Procurador General dispone de un plazo adicional para interponer recurso, aunque el Procurador de la República haya decidido no recurrir (arts. 505 y 548 CPP).

i) El Procurador General tiene la potestad de avocación y de sustitución sobre sus subordinados.

De la misma forma, los Procuradores de la República ejercen potestades jerárquicas propias –que solo ellos pueden ejercer- sobre los magistrados del Ministerio Público que se encuentren bajo su jurisdicción.

No existen previsiones normativas sobre la distribución de casos y las asignaciones.

Las reglas de organización interna de cada órgano son adoptadas por el jefe del mismo.

Como consecuencia del principio de jerarquía el magistrado del Ministerio Público se encargará de tramitar los requerimientos escritos de conformidad con las instrucciones que le sean dadas según las condiciones previstas en los expuestos arts. 36, 37 y 44 (art. 33 CPP).

Además, con el fin de cumplir con sus funciones, a su discreción, los Procuradores Generales tienen derecho a convocar reuniones de los magistrados del Ministerio Público bajo su jurisdicción para fomentar la armonización en la aplicación de la ley.

Asimismo, de acuerdo con las reglas de organización interna de cada órgano, el jefe del órgano tiene la potestad de sustituir a uno de los magistrados asignados a un caso; de designar, por delegación, otro magistrado; y de intervenir él mismo, mediante la avocación del caso.

En la práctica, sin embargo, cada órgano está organizado con el fin de determinar de antemano el papel de cada magistrado, que por lo tanto conoce qué casos le llegarán.

Por lo tanto, esta organización suele seguirse, y muy pocas veces sucede que un magistrado es sustituido en un caso contra su voluntad.

Sin embargo, esta jerarquía está experimentando notables excepciones:

a) El Procurador General puede encomendar a los integrantes del Ministerio Público promover o hacer promover diligencias, pero no acordar la suspensión o el archivo de la causa penal (art. 36 CPP).

b) Los actos realizados por un magistrado del Ministerio Público desobedeciendo las órdenes de sus superiores serán válidos ante la jurisdicción. El magistrado correrá el riesgo de una acción disciplinaria que puede llegar hasta la revocación.

c) La obediencia se limita solo a lo escrito, en virtud de un principio consuetudinario que significa que la pluma es esclava, pero la palabra es libre, y por lo tanto, los magistrados del Ministerio Público pueden libremente formular de forma oral las observaciones que crean convenientes por el bien de

la Justicia durante el juicio (art. 33 CPP), ya que la obediencia se limita a los actos o requerimientos escritos. Estamos, pues, ante del denominado derecho independiente de palabra.

En estas situaciones poco frecuentes, el magistrado informa al tribunal de las instrucciones que ha recibido, pero explica que personalmente no las comparte, basado en su propia opinión como magistrado. Es entonces cuando ofrece al tribunal su propia opinión. Aunque esto no ocurre a menudo, este derecho es muy importante para los miembros del Ministerio Público, que no son simples funcionarios civiles, sino que también forman parte de la magistratura, sujeta a específicas normas éticas que rigen la búsqueda de la verdad. Por supuesto, también es posible que un miembro del Ministerio Público ante esta situación solicite a su superior ser apartado del caso.

Una característica específica del Ministerio Público es que es indivisible. Esta característica deriva de que los magistrados del Ministerio Público constituyen un único cuerpo. Cada magistrado del Ministerio Público representa a la totalidad y por ello el acto realizado por uno de ellos se considera realizado por el conjunto de la institución y los integrantes de la institución son intercambiables y pueden compartir funciones. Así lo establece el art. L122-4 COJ al disponer que cualquier magistrado del Ministerio Público puede desempeñar las funciones encomendadas a la institución en el ámbito de un proceso judicial.

El principio de intercambiabilidad es absoluto, e incluso, si la actuación del sustituto contraviene las instrucciones del superior, aquella se considerará válida y apropiada, siempre y cuando sea respetuosa con la ley.

En tal caso, el sustituto podrá ser objeto de sanciones disciplinarias, pero sus actos no pueden ser rescindidos. Así, la asignación de un caso concreto a un sustituto tiene serias consecuencias legales y puede involucrar a todo el órgano.

Los miembros del Ministerio Público están sujetos a responsabilidad civil por errores cometidos en su ejercicio profesional, aunque solo por las omisiones y errores personales (art. 11, I Ordenanza núm. 58-1270). El Estado, sin embargo, está obligado a reparar los daños causados por el mal funcionamiento del sistema judicial. La responsabilidad podrá ser exigida solo por los más graves errores o incidencias de denegación de justicia (art. L141-1 COJ). Esto incluye los daños cometidos por los magistrados del Ministerio Público en su ejercicio profesional.

1.2.2. El ejercicio de la acusación

La acción pública en este país, especialmente en materia penal, pertenece a la sociedad que confía su ejercicio al Ministerio Público.

La acción pública o penal para la imposición de las penas es promovida y ejercida por los magistrados del Ministerio Público o por los funcionarios a quienes les esté confiada por la ley (art. 1, I CPP). Esta acción puede ser promovida también por la persona perjudicada, de acuerdo con las condiciones determinadas por la ley (art. 1, II CPP)⁵⁰.

El Ministerio Público ejercitará la acción pública y promoverá la aplicación de la ley (art. 31 CPP).

⁵⁰ En Francia no existe un genuino ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, rigiendo el principio del monopolio del Ministerio Público sobre el ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público recibe las quejas y las denuncias y decidirá el curso que deba darles conforme a las disposiciones del art. 40-1 CPP (art. 40, I CPP)⁵¹.

Cualquier autoridad constituida, cualquier agente público o funcionario que, en el ejercicio de sus funciones, tenga conocimiento de un crimen o de un delito está obligado a dar aviso sin demora al Procurador de la República y a transmitir a este magistrado todos los informes, los atestados y las actas relativos al mismo (art. 40, II CPP).

El Ministerio Público decide sobre el ejercicio de la acusación, a menos que un Juez de Instrucción esté a cargo del caso -en ese caso, el Ministerio Público solo ofrece su propia opinión, cuando el Juez de Instrucción debe decidir si procede o no enviar el caso a un tribunal para juicio-.

Según el art. 40-1 CPP, cuando el Ministerio Público estime que los hechos que han sido puestos en su conocimiento en aplicación de las disposiciones del art. 40 CPP constituyen una infracción cometida por una persona cuya identidad y domicilio son conocidos y con respecto a la que no existe ninguna disposición legal que impida el ejercicio de la acción pública, decidirá si es oportuno:

a) Bien promover diligencias.

b) Bien iniciar un procedimiento alternativo a las diligencias en aplicación de las disposiciones de los arts. 41-1 ó 41-2 CPP⁵².

⁵¹ De esta forma, la puesta en marcha del proceso penal depende del Ministerio Público, institución dotada de legitimidad democrática por su vinculación con el Poder Ejecutivo.

⁵² El art. 41.1 CPP faculta al fiscal -previamente a decidir sobre el ejercicio de la acción pública-, para la adopción de medidas para asegurar la reparación del daño causado a la

víctima, poner fin al daño resultante del delito o contribuir a la rehabilitación del autor de los hechos, directamente o por medio de un oficial de policía judicial, de un delegado o de un mediador del MF, destacando entre ellas: proceder a recordar al autor de los hechos las obligaciones que resultan de la Ley; orientar al autor de los hechos hacia una institución sanitaria, social o profesional; pedir al autor de los hechos que regularice su situación con respecto a la ley o a los reglamentos; pedir al autor de los hechos que repare el daño resultante de estos; favorecer que se realice, con el acuerdo de las partes, un intento de mediación entre el autor de los hechos y la víctima; en caso de infracción cometida bien contra su cónyuge, su pareja de hecho o su compañero vinculado por un pacto civil de solidaridad, bien contra sus hijos o los de su cónyuge, pareja de hecho o compañero, solicitar al autor de los hechos que resida fuera del domicilio o residencia de la pareja y, llegado el caso, que se abstenga de mostrarse en dicho domicilio o residencia o en las inmediaciones de este, así como, si fuera necesario, someterse a un tratamiento sanitario, social o psicológico.

Por su parte, el art. 41.2 CPP faculta al fiscal, en tanto no se haya ejercitado la acción pública, para proponer, directamente o por intermediación de una persona habilitada, una composición penal a cualquier persona física que reconozca haber cometido uno o varios de los delitos castigados a título de pena principal con una pena de multa o una pena de privación de libertad de una duración inferior o igual a cinco años, así como, llegado el caso, de una o varias infracciones conexas, que consistirá en una o varias de las siguientes medidas:

- 1º Pagar una multa acordada al Tesoro Público.
- 2º La desposesión en provecho del Estado de los objetos que hayan servido o estaban destinados a cometer el delito o que sean su producto.
- 3º La inmovilización de su vehículo por un período máximo de seis meses.
- 4º Poner a disposición de la secretaría judicial del tribunal de grande instance su permiso de conducir, por un periodo máximo de seis meses.
- 5º Poner a disposición de la secretaría judicial del tribunal de grande instance su licencia de caza, por un periodo máximo de seis meses.
- 6º Efectuar en beneficio de la colectividad un trabajo no remunerado por una duración máxima de sesenta horas, en un plazo que no podrá ser superior a seis meses.

c) O bien archivar el procedimiento cuando circunstancias particulares unidas a la comisión de los hechos lo justifiquen (*classement sans suite*)⁵³.

Este poder de opción del Ministerio Público se llama *principe d'opportunité des poursuites*, esto es, oportunidad de acusación o de persecución.

Esto significa que en Francia el ejercicio de la acción penal no se rige por el principio de legalidad, sino por el de oportunidad.

7° Seguir un curso o periodo de formación en un servicio u organismo sanitario, social o profesional por una duración que no podrá exceder de tres meses en un plazo que no será superior a dieciocho meses.

8° No emitir, en un período máximo de seis meses, cheques distintos a los que permitan la retirada de fondos por el librador para el librado o cruzados, y no utilizar tarjetas de crédito.

9° No presentarse durante un período que no excederá de seis meses, en el o en los lugares en los que la infracción fue cometida, que serán designados por el fiscal, con excepción de los lugares en los que la persona resida habitualmente.

10° No encontrarse o recibir, durante un período que no excederá los seis meses, con la o las víctimas de la infracción designadas por el fiscal, o no relacionarse con ellas.

11° No encontrarse o recibir, durante un período que no excederá los seis meses, con el o los coautores o eventuales cómplices que designe el fiscal o no relacionarse con ellos.

12° No abandonar el territorio nacional y entregar su pasaporte durante un período que no excederá los seis meses.

13° Cumplir, llegado el caso, a su costa, un curso de formación cívica.

14° En caso de infracción cometida bien contra su cónyuge, su pareja de hecho o su compañero vinculado por un pacto civil de solidaridad, bien contra sus hijos o los de su cónyuge, pareja de hecho o compañero, residir fuera del domicilio o residencia de la pareja y, llegado el caso, abstenerse de aparecer en dicho domicilio o residencia o en las inmediaciones de esta, así como, si fuera necesario, someterse a un tratamiento sanitario, social o psicológico.

⁵³ La víctima podrá, después de una decisión de este tipo, constituirse en parte civil, lo que obliga al Ministerio Público a abrir una investigación judicial.

Esto es la consecuencia de un intento consciente del Parlamento de otorgar al Ministerio Público un poder discrecional para seleccionar los casos, reconociendo que, en la práctica, es materialmente imposible perseguir toda infracción penal.

Una de las principales garantías contra la eventual arbitrariedad del Ministerio Público es la posibilidad de las víctimas de solicitar la intervención de un Juez de Instrucción para llevar a cabo una investigación sobre el caso. Esta es una garantía muy eficaz contra el abuso parte del Ministerio Público del principio de oportunidad.

La aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público se ha sistematizado en los últimos años con el fin de garantizar la transparencia.

La actividad de investigación es dirigida por el Ministerio Público o por los Jueces de Instrucción, en función de la naturaleza y gravedad de la infracción penal.

Por lo menos hay un Juez de Instrucción en cada tribunal penal de primera instancia.

Los Jueces de Instrucción pertenecen al Poder Judicial, como cualquier otro juez, y actúan de forma independiente. Ellos investigan los delitos graves y supervisan el trabajo de la policía judicial en las investigaciones. Sin embargo, ellos incoan los procedimientos de investigación solo a solicitud del Ministerio Público.

El Ministerio Público tiene el deber de asignar la investigación de los delitos más graves al Juez de Instrucción que corresponda –*crimes*–, mientras que para

los delitos menos graves –*delits*- puede solicitar una investigación judicial, a su discreción (arts. 79 y 80 CPP).

Esto es, la participación del Juez de Instrucción solo es obligatoria en la investigación de los delitos más graves, mientras que con respecto a los delitos menos graves solo podrá intervenir a petición expresa del Ministerio Público.

El Juez de Instrucción es independiente en su investigación y actúa *à charge et à décharge*, esto es, tanto a favor como en contra de la persona acusada.

El Ministerio Público, el abogado defensor, y el abogado de la víctima pueden pedir al Juez de Instrucción la adopción de cualquier actuación que pueda resultar útil para la investigación.

En los casos de delitos flagrantes, y cuando un Juez Instructor todavía no haya sido asignado al caso, el Ministerio Público puede ordenar una orden de búsqueda y la detención del sospechoso, y tomarle declaración inmediatamente (art. 70 CPP).

En conclusión, el grado de discrecionalidad reconocido al Ministerio Público en Francia, ha podido ser viable gracias al amplio consenso de las fuerzas políticas de aquel país⁵⁴.

Se han argumentado motivos económicos y de orden público para mantener ese grado de discrecionalidad, ya que por una parte no se dispone de todos los medios humanos y materiales para perseguir con eficacia todos los hechos presuntamente delictivos de los que se tiene noticia y por otra, la persecución

⁵⁴ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, *cit.*, p.136, añade que esta discrecionalidad se basa en la expresión ya mencionada de *opportunité des poursuites* –oportunidad de las persecuciones-, donde el principio de legalidad deja importantes márgenes de discrecionalidad a los operadores jurídicos.

de determinados delitos podría poner en peligro las relaciones internacionales con otros países⁵⁵.

Por último, recordar que en Francia, a diferencia de España, impera el monopolio público de la acción penal, por lo que se corre el riesgo de manipulación partidista de esa discrecionalidad y por otra parte, no hay que olvidar el papel tradicional de la instrucción judicial, aunque en este caso el Ministerio Público ostenta facultades instructoras más relevantes que en España ya que en ocasiones pueden tomarse decisiones que afectan a los derechos de los imputados⁵⁶.

1.3. Alemania

1.3.1. La configuración orgánica

Alemania es una república federal compuesta por dieciséis Estados Federados, llamados *Länder* o, de forma no oficial, *Bundesländer*.

Los *Länder* son la división administrativa inmediatamente inferior al nivel federal -administración central-. La Constitución de la República Federal de Alemania (GG) –la denominada Ley Fundamental de la República Federal de

⁵⁵ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder..., cit.*, p.137.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder..., cit.*, p.139, destaca la tendencia hacia la supresión de la figura del juez instructor y de la limitación de las facultades del Ministerio Público en la adopción de medidas cautelares, que se podrían en manos de una autoridad judicial diferente, es de suponer una especie de Juez de garantías. Este autor hace un esbozo a grandes rasgos de lo que supuso el intento de reforma procesal, afectando entre otros al Estatuto del Ministerio Público francés, en el año 1997, que se encomendó al presidente de la Corte de Casación, Pierre Truche.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

Alemania⁵⁷ - les otorga competencias plenas para legislar en todas las materias que no incumban al conjunto de la Federación (§§ 30, 31 y 70 a 74 GG).

Como consecuencia de la organización territorial expuesta se produce una bipartición de la Administración de Justicia. Existe una Administración Federal de Justicia –con su Ministro Federal de Justicia-, y una Administración de Justicia –con su correspondiente Ministro de Justicia- en cada *Land*⁵⁸.

La Constitución Alemana no se refiere a la institución del Ministerio Público, ni, en consecuencia, tampoco sanciona la independencia personal de los miembros del Ministerio Público, ni la independencia institucional de este último.

El § 20.(2) GG proclama el principio de la división de los poderes del Estado, estableciendo el sistema de los denominados “poderes parciales estatales”, que mutuamente y recíprocamente se controlan y autolimitan, y se complementan entre sí⁵⁹.

De conformidad con el § 92 GG, el Poder Judicial se configura y comporta como un poder del Estado independiente, que forma parte de la Administración de Justicia.

De esta forma, la Administración de Justicia comprende diversas facetas, que corresponden a los distintos poderes del Estado. La organización de los

⁵⁷ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.*

⁵⁸ Conviene señalar que la mayoría de las competencias en materia de Justicia están asumidas por los *Länder*.

⁵⁹ Según esta norma “todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”.

poderes del Estado impone una división de la Administración de Justicia y una división del proceso penal en correspondencia al ámbito de competencia de los distintos poderes estatales.

Por una parte, la Administración de Justicia está integrada por el Poder Judicial y por un Ministerio Público vinculado al Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la fase averiguación del hecho punible y la fase de formulación de la acusación corresponden al Ministerio Público, asistido por la Policía Judicial –ambas instituciones dependen del Poder Ejecutivo- y la fase de enjuiciamiento del hecho criminal a los tribunales penales –que forman parte del Poder Judicial-.

Estos tribunales penales no pueden juzgar por sí mismos, sino únicamente a iniciativa del Ministerio Público, cuya actuación constituye un presupuesto necesario para la actividad jurisdiccional de aquellos.

El Ministerio Público –denominado *Staatanwaltschaft*- se encuentra regulado principalmente en la Ley Orgánica de los Tribunales⁶⁰ (GVG) -§§ 141 a 152-, y en la Ley Procesal Penal⁶¹ (StPO). No hay una legislación específica relativa al Ministerio Público.

El Ministerio Público, tanto desde una perspectiva externa como desde un punto de vista interno, aparece jerárquicamente estructurado.

Debido a su estructura federal, en Alemania no existe solamente un Ministerio Público Federal, sino que también existe un Ministerio Público del *Land* en cada uno de los dieciséis Estados Federales para los tribunales allí existentes.

⁶⁰ *Gerichtsverfassungsgesetz.*

⁶¹ *Strafprozeßordnung.*

El Ministerio Público de los *Länder* no está obligado a acatar las instrucciones del Ministerio Público Federal, y este último debe abstenerse de impartirlas, sin perjuicio, como veremos, de su potestad de avocación.

En Alemania el Ministerio Público es una autoridad dentro de la Administración de Justicia dependiente del Poder Ejecutivo.

El Procurador Federal General y los Procuradores Federales son nombrados por el Presidente Federal, a propuesta del Ministro Federal de Justicia, que requerirá la aprobación del Consejo Federal –*Bundesrat*, cámara de representación territorial⁶²- (§ 149 GVG), quienes ostentarán, una vez nombrados, la condición de funcionarios públicos (§ 148 GVG)⁶³.

Dentro del Gobierno Federal el Ministro Federal de Justicia es quien tiene la responsabilidad política de la actividad del Procurador Federal General y de su oficina.

Esta responsabilidad política del Ministro Federal de Justicia deriva de la propuesta de nombramiento y, como se indicará, del derecho de impartir instrucciones al Procurador Federal General. El ejercicio de este derecho también significa que el Ministro citado se mantiene completamente informado de todas las actuaciones importantes desarrolladas en el área de la cual el Procurador Federal General es responsable.

⁶² De esta forma el nombramiento del Procurador Federal General requiere ser aceptado por una mayoría de los Estados Federales o *Länder*.

⁶³ El Procurador General Federal es un funcionario político (§ 36.1.5 del Acta Federal del Servicio Civil), lo que significa que, si bien no puede ser cesado, se le puede asignar un estatus no-activo en cualquier momento. Sin embargo, hasta ahora ningún Gobierno Federal ha hecho uso de esta facultad.

A los miembros del Ministerio Público de los *Länder* los nombra el Gobierno, el Primer Ministro o el Ministro de Justicia del respectivo *Land*.

Las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Público se instrumentalizan mediante el denominado derecho de instrucción externo.

En concreto, el derecho de inspección y de dirección del servicio corresponde al Ministro Federal de Justicia, respecto al Procurador Federal General y a los Procuradores Federales⁶⁴; a la Administración de Justicia del *Land*, respecto a todos los funcionarios del Ministerio Público del *Land* respectivo; y al primer funcionario del Ministerio Público en los Tribunales Superiores del *Land* y en los Tribunales del *Land*, respecto a todos los funcionarios del Ministerio Público de su demarcación (§ 147 GVG).

Mediante estos condicionamientos normativos, el Ministerio Público participa por sí mismo, como órgano subordinado al Ministerio de Justicia, en la defensa de la voluntad estatal para el correcto ejercicio del *ius puniendi*.

Por lo tanto, se puede concluir afirmando la total ausencia de independencia del Ministerio Público.

A diferencia de los otros ordenamientos analizados -Italia y Francia- los funcionarios del Ministerio Público no pertenecen a la magistratura, sino al

⁶⁴ Por poder de dirección se entiende el poder del Ministro Federal de Justicia, como miembro del Gobierno Federal, de impartir al Procurador Federal General –que no es parte del Gobierno- instrucciones sobre la conducción de procesos en particular. El Procurador Federal General, que por regla general no coordina directamente las investigaciones, debe atenerse a estas directivas transmitiéndolas a los órganos del Ministerio Público competentes. Normalmente, en la práctica se ha hecho raro uso de este condicionamiento formal y directo, y la comunicación se realiza mediante charlas personales entre el Procurador Federal General y el Ministro Federal de Justicia o el Secretario de Estado de Justicia.

Poder Ejecutivo y se ubican en el Ministerio de Justicia. De esta forma, el Poder Judicial se confiere únicamente a los jueces.

El Ministerio Público no es una autoridad judicial porque no ejerce funciones jurisdiccionales, ya que el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido por el § 92 GG; por su falta de independencia (§ 97 GG⁶⁵); y por la falta del efecto de cosa juzgada de sus resoluciones. El Ministerio Público, por lo tanto, es un órgano de la Administración de Justicia, pero no del Poder Judicial⁶⁶.

Los funcionarios del Ministerio Público no son –a diferencia de los jueces– independientes, sino que deben seguir las directrices de sus superiores jerárquicos y del Ministro de justicia.

Por ello, las relaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial están basadas en el principio de funcionamiento separado e independiente, y por el principio de paridad de categoría con el sistema judicial.

Los órganos del Ministerio Público son independientes de los tribunales en el ejercicio de sus deberes y funciones oficiales (§ 150 GVG).

Los funcionarios del Ministerio Público no podrán ejercer funciones judiciales.

Asimismo, no se les puede asignar la responsabilidad de supervisar el servicio de los jueces (§ 151 GVG).

⁶⁵ Este precepto establece que los jueces son independientes y están sujetos solo a la ley.

⁶⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Traducción de la Ley procesal alemana y de sus normas complementarias, Diccionario jurídico procesal-penal (Alemán-Español), ed. Bosch, Barcelona, 1985, p.70.

La Constitución Alemana no prevé la existencia de un organismo similar al Consejo Superior de la Magistratura -como en Francia o Italia- o al Consejo General del Poder Judicial -España-.

El Procurador Federal General es, políticamente hablando, responsable únicamente ante el Ministro Federal de Justicia y el Gobierno Federal, pero no ante el Parlamento -*Bundestag*-. De este modo, este no dispone de un derecho directo de supervisión sobre la actuación de aquel y de su oficina. Por consiguiente, la responsabilidad del Procurador Federal General solo puede articularse a través del Ministro Federal de Justicia.

Esto no obsta para que el Procurador Federal General intervenga en las Comisiones del *Bundestag* para informar sobre procesos, investigaciones y sucesos dentro de su área de responsabilidad.

Entre el Procurador Federal General y los miembros del *Bundestag* y *Bundesrat* existen muchos contactos en el ámbito de la política legislativa, con ayuda de los cuales aquel puede transmitir al Parlamento propuestas u sugerencias de mejora de la legislación, de asistencia en medidas organizativas y en materia presupuestaria.

Las mismas relaciones descritas se producen entre el Ministerio Público de los *Länder* y los correspondientes Parlamentos de los mismos.

Respecto de la organización interna del Ministerio Público, habrá un órgano en cada tribunal (§ 141 GVG).

En concreto, de acuerdo con el § 142.(1) GVG, las funciones oficiales o competencias del Ministerio Público serán desempeñadas:

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

1º) En el Tribunal Supremo Federal⁶⁷ por un Procurador Federal General⁶⁸ y por uno o más Procuradores Federales.

2º) En los Tribunales Superiores de los *Länder*⁶⁹ y los tribunales de los *Länder*⁷⁰ por parte de uno o más Procuradores.

3º) En los tribunales locales⁷¹ por parte de uno o más Procuradores o por funcionarios del Ministerio Público -legos- con derecho a actuar ante los tribunales locales.

El Procurador Federal General asumirá las funciones del Ministerio Público en los asuntos penales que caigan bajo la jurisdicción de los Tribunales Superiores de los *Länder* en primera instancia -§120.(1) y (2) GVG-. Si, en los casos del § 120.(1), GVG los funcionarios del Ministerio Público del *Land* y el Procurador Federal General no pueden ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos debe hacerse cargo de la persecución, decidirá el Procurador Federal General (§ 142a.(1) GVG).

El Procurador Federal General remitirá las actuaciones al Ministerio Público del *Land* antes de presentar un escrito de acusación o de un escrito de solicitud -§ 440 StPO- en los supuestos contemplados en el § 142a.(2) GVG.

Las actuaciones no se remitirán al Ministerio Público del *Land* si el delito afecta a los intereses de la Federación en un grado considerable, o, si es

⁶⁷ *Bundesgerichtshof*.

⁶⁸ *Generalbundesanwalt*.

⁶⁹ *Oberlandesgerichte*.

⁷⁰ *Landgerichte*.

⁷¹ Denominados *Amtsgerichte*, que son órganos judiciales -juzgados- servidos por jueces unipersonales.

conveniente, en aras de la uniformidad legal, que el Procurador Federal General persiga el delito (§ 142a.(3) GVG).

El Procurador Federal General deberá remitir un caso del que se haya hecho cargo -de conformidad con el §120.(2), números 2 a 4 GVG, o en virtud del § 74 bis.(2) GVG-, al Ministerio Público del *Land* si el caso es ya no es de especial importancia (§ 142a.(4) GVG).

De estos últimos preceptos se deduce que el Procurador Federal General no tiene derecho a dar instrucciones a los departamentos del Ministerio Público de los Estados Federales, pero sí puede transferir procesos de su área de responsabilidad -por caer dentro de su competencia original- al servicio del Ministerio público de un *Land* o, inversamente, asumir la competencia de un proceso iniciado por el departamento del Ministerio Público de un *Land*.

En circunstancias extremas, un funcionario del Ministerio Público que carece de competencia puede llevar a cabo los actos oficiales necesarios en su demarcación (§ 143.(2) GVG).

Si los funcionarios del Ministerio Público de los diferentes Estados Federados no están de acuerdo en determinar quién de ellos puede hacerse cargo de la persecución, el funcionario del Ministerio Público que sea su superior común decidirá. En otro caso resolverá el Procurador Federal General (§ 143.(3) GVG).

A los funcionarios del Ministerio Público se le puede asignar la competencia, para los demarcaciones de varios tribunales de los *Länder* o Tribunales Superiores de los *Länder*, para la persecución de ciertos tipos de delitos, para la ejecución de las penas respecto de estos asuntos, y para el tramitación de las solicitudes auxilio judicial de las oficinas que quedan fuera

del ámbito territorial de esta Ley, siempre que dicha asignación sea conveniente para una realización adecuada o más rápida resolución de los procedimientos, en cuyo caso la competencia territorial de los funcionarios del Ministerio Público para los asuntos asignados a ellos se extiende a todos los tribunales de las demarcaciones para las que se les hayan asignado estos asuntos (§ 143.(4) GVG).

Los gobiernos de los *Länder* estarán facultados para emitir los instrumentos legales que establezcan que la competencia para la ejecución de las sentencias o para la ejecución de las medidas de reforma y prevención sea asignada, en todo o en parte, a un único órgano del Ministerio Público para los distritos de varios tribunales de los *Länder* o Tribunales Superiores de los *Länder*, siempre que dicha asignación responda al propósito de avanzar con los casos o de procurar una rápida conclusión de los procedimientos de ejecución. Los gobiernos de los *Länder* podrán dictar decretos de transferencia de esta autorización a las administraciones de justicia de los *Länder* (§ 143.(5) GVG).

Internamente el Ministerio Público está estructurado bajo los principios de unidad y de jerarquía, tal y como se deduce:

1º) Del § 142a GVG, que permite la asunción por el Procurador Federal General de la persecución penal ante ciertos delitos especialmente graves.

2º) Del § 144 GVG, que prevé que, si el Ministerio Público de un tribunal está compuesto por varios funcionarios, las personas asignadas ante el primer funcionario serán tratadas y actuarán como personas sustitutas del mismo.

Están personas están autorizadas, cuando actúen en su lugar, para desempeñar el cargo del mismo sin necesidad de justificar un encargo especial⁷².

Con esta regulación se persigue garantizar la uniformidad en la aplicación del Derecho dentro de la demarcación del superior jerárquico.

El jefe del órgano del Ministerio Público es quien decide sobre la asignación de responsabilidades dentro del mismo.

3º) Del § 145.(1) GVG, que, al regular los poderes del primer funcionario – se trata del funcionario de más alto rango-, dispone que los primeros funcionarios –jefes- del Ministerio Público en los Tribunales Superiores del *Land* –Cortes de Apelación- y en los Tribunales del *Land* –Tribunales de Primera Instancia- tienen el poder de avocación o de sustitución, esto es, el derecho, en todos los tribunales de su demarcación, a hacerse cargo o asumir por sí mismos todas las tareas oficiales del Ministerio Público, o comisionar o encargar su realización a otro funcionario que no sea el inicialmente competente para realizar esas tareas -esto es, pueden separar al funcionario del Ministerio Público de un determinado asunto-⁷³.

4º) Del § 146 GVG, que establece que los funcionarios del Ministerio Público deben cumplir y acatar las órdenes e instrucciones oficiales de sus

⁷² Este precepto recoge el principio de unidad de actuación del Ministerio Público dentro del *Land*. El Ministerio público es único, al menos dentro de cada *Land*.

⁷³ Los funcionarios del Ministerio Público con derecho a actuar ante los tribunales locales – juzgados- solo podrán desempeñar las funciones oficiales del Ministerio Público en los tribunales locales (§ 145.(2) GVG).

superiores que se refieran al servicio. Se trata del denominado derecho de instrucción interno⁷⁴.

5º) Del § 147 GVG, según el cual el derecho de inspección y de dirección del servicio en el ámbito interno de la institución corresponde al primer funcionario del Ministerio Público en los Tribunales Superiores del *Land* y en los Tribunales del *Land*, respecto a todos los funcionarios del Ministerio Público de su demarcación.

A todo ello hay que añadir que el ejercicio de las aludidas potestades del superior jerárquico no está sujeto a requisitos formales, puesto que aquel no tiene el deber de motivarlo ni documentarlo. Una instrucción oral, por ejemplo, sería absolutamente suficiente.

Por otra parte, se constata que contra las decisiones del superior jerárquico no hay prevista tutela judicial.

Los funcionarios auxiliares del Ministerio Público también están sujetos al principio de jerarquía. Estos están obligados, por su condición, a obedecer las órdenes del Ministerio Público de su demarcación y de los funcionarios que sean sus superiores jerárquicos (§ 152.(1) GVG)⁷⁵.

⁷⁴ Debido a la organización federal, el Procurador Federal General debe abstenerse de dar instrucciones al Ministerio Público de los *Länder*.

⁷⁵ Estos funcionarios auxiliares del Ministerio Público son determinados por los Gobiernos de los *Länder*.

Los Gobiernos de los *Länder* quedan autorizados a designar, por medio de un Reglamento, los grupos de funcionarios y de empleados a los que se debe aplicar esta disposición. Los empleados deberán estar en el servicio público, haber cumplido veintiún años de edad, y haber estado ocupados por lo menos dos años en los grupos de funcionarios y empleados designados.

1.3.2. El ejercicio de la acusación

Alemania fue el primer país europeo en modificar la estructura del proceso penal basado tradicionalmente en el modelo francés de Juez Instructor. En este país con la reforma operada por la Ley de 9 de diciembre de 1974, conocida doctrinalmente como la “Gran Reforma del proceso penal”⁷⁶, que dio lugar a la Ley Procesal Penal de 7 de enero de 1975 - StPO-, se modificó el sistema de investigación judicial a cargo del Juez Instructor⁷⁷, que estaba previsto para los delitos graves, asumiendo el Ministerio Público la dirección de la fase de averiguación o de investigación, también denominada procedimiento preparatorio⁷⁸, en los procesos penales (§§ 160 y ss. StPO).

A tal efecto el § 158 StPO dispone que la denuncia de un hecho punible y la solicitud penal podrán presentarse ante el Ministerio Público, las autoridades y funcionarios de la Policía, y ante los *Amtsgerichte* –Juzgados locales-; el § 159 de la misma norma establece que cuando existan indicios de muertes no naturales o cuando se descubra el cadáver de un desconocido, las autoridades de la Policía y del término municipal están obligadas a denunciarlo rápidamente al Ministerio Público; y el § 163 del mismo texto legal prescribe que las autoridades y funcionarios de Policía deberán investigar los hechos punibles, tomar todas las ordenaciones que no permitan aplazamiento con el fin de prevenir el ocultamiento de la causa, y remitir sus actuaciones sin demora al Ministerio Público.

Los Gobiernos de los *Länder* pueden delegar la autorización, por medio de un Reglamento, en las Administraciones de Justicia de los *Länder* (§ 152.(2) GVG).

⁷⁶ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts.*

⁷⁷ *Untersuchungsrichter.*

⁷⁸ *Ermittlungsverfahren o Vorverfahren.*

Por su parte, el § 160.(1) StPO dispone que el Ministerio Público, tan pronto como tenga conocimiento, por medio de denuncia o por otra vía, de la sospecha de un hecho punible, deberá averiguar las circunstancias, con el fin de tomar su decisión sobre si procede el ejercicio de la acción pública, y el § 152.(2) StPO establece que el Ministerio Público está obligado a practicar la investigación de todos los hechos punibles perseguibles, en caso de que existan suficientes indicios fácticos de haberse cometido un hecho delictivo.

Las averiguaciones del Ministerio Público deberán extenderse a las circunstancias que sean de importancia para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho, pudiendo servirse, para ello, del auxilio judicial (§ 160.(3) StPO).

En este procedimiento de investigación el Ministerio Público debe actuar con objetividad, debiendo averiguar no solo las circunstancias que sirvan de inculpación, sino también las que sirvan de exculpación⁷⁹, y recoger todas las pruebas cuya pérdida fuera de temer (§ 160.(2) StPO).

En cuanto a las diligencias de investigación el Ministerio Público podrá practicarlas por sí mismo u ordenar su práctica a las autoridades y funcionarios de la policía, quienes estarán obligados a atender las peticiones o solicitudes de dicho órgano público (§ 161 StPO)⁸⁰.

⁷⁹ Por consiguiente el Ministerio Público, en el proceso penal, no es parte, pues está obligado a actuar con estricta objetividad. Por esta misma regla, el Ministerio Público puede interponer recursos en favor del imputado.

⁸⁰ La policía es el órgano ayudante de más importancia del Ministerio Público, aunque su superior es el Ministerio del Interior de cada *Land*. La doctrina señala que el principal problema con el que se enfrenta la fase de averiguación en Alemania es que la policía, al amparo del § 163.(1) StPO, se ha convertido en la práctica en el verdadero órgano instructor en

En la fase de investigación los poderes del Ministerio Público son amplios, pudiendo realizar la inspección ocular del cadáver y estar presente en la autopsia (§ 87.(1) y (2) StPO), solicitar información de todas las autoridades públicas (§ 161 StPO), interrogar a testigos y peritos (§ 161a StPO), interrogar al inculpado (§ 163 StPO), acordar la conducción coactiva del inculpado a su presencia (§§ 133.(2), 134, 163a.(3) StPO), etc.

El Ministerio Público tiene en Alemania el denominado monopolio de la acusación.

En principio, solo el Ministerio Público puede formular una acusación ante los tribunales de justicia en materia penal y, en determinados casos, está obligado a ello.

Por tanto, el Ministerio Público tiene, salvo contadas excepciones⁸¹, el monopolio del ejercicio de la acción penal –no es posible la acusación particular⁸² ni la popular- (§§ 152.(1) y 243.(3) StPO) y está sujeto al principio

los procesos penales. De hecho, la incoación y la realización del procedimiento de investigación y especialmente la investigación de los hechos está en manos de la Policía. En el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad la policía conduce autónomamente la investigación hasta el final, ordenando el Ministerio Público pocas investigaciones complementarias y limitándose a concluir dicho procedimiento, ejercitando la acción penal o archivando el proceso.

⁸¹ La acción privada solamente es admisible en determinados delitos. Únicamente en estos casos no será necesario acudir previamente al Ministerio Público (§§ 374 y ss. StPO). La acción privada no excluye la acción pública, que el Ministerio Público puede ejercer si existe interés público (§§ 376 y 377 StPO).

⁸² No obstante, la víctima podrá adherirse a la acción pública interpuesta (§§ 395 y ss. StPO).

de legalidad, debiendo perseguir todos los delitos de los que tenga conocimiento (§§ 152.(2), 160.(1) y 170.(1) StPO⁸³).

El principio de obligatoriedad de la acción penal no está sancionado constitucionalmente de forma expresa, sino que se deduce del principio de igualdad reconocido en el § 3 GG. Pero tal principio, así obtenido, entra en conflicto con el principio constitucional de proporcionalidad.

Por ello, el principio de obligatoriedad se encuentra delimitado por el principio de oportunidad. De esta forma, no obstante el principio de legalidad, existen manifestaciones del principio de oportunidad reglada –expresión del principio de proporcionalidad-⁸⁴. Por ejemplo:

1ª) El § 153 StPO prevé la no persecución de asuntos de poca importancia.

2ª) El § 153a StPO contempla el archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos.

3ª) El § 153b StPO regula la abstención de la acción.

4ª) El § 153c StPO prevé la no persecución de hechos extranjeros.

⁸³ Según el primero de estos preceptos el Ministerio Público está obligado a practicar la investigación de todos los hechos punibles perseguibles, en caso de que existan suficientes indicios fácticos de haberse cometido un hecho delictivo. De acuerdo con el segundo, el Ministerio Público está obligado a formular acusación si las investigaciones ofrecen motivos para el ejercicio de la acción pública.

⁸⁴ MUHM, R., “Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial. El caso alemán”, en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, p. 59. y GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., p.47

5ª) El § 153d StPO se refiere a la abstención de la persecución por delitos políticos.

6ª) El § 153e StPO contempla la abstención de la acción en caso de arrepentimiento activo.

7ª) El § 154 StPO hace referencia a la abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, cuando carezca de importancia la consecuencia jurídica a imponer al lado de la ya impuesta.

8ª) El § 154a StPO prevé una limitación de la persecución penal.

9ª) El § 154b StPO permite la abstención del ejercicio de la acción pública en casos de extradición y destierro.

10ª) El § 154c StPO contempla la no persecución de un hecho delictivo cometido por el sujeto pasivo de una coacción o chantaje.

11ª) El § 154d StPO permite el archivo de la causa cuando el ejercicio de la acción pública dependa de una cuestión prejudicial civil o administrativa, y esta no se haya resuelto en el plazo fijado.

12ª) La persecución de los delitos de acción privada mediante el ejercicio de la acción pública depende de la discrecionalidad del Ministerio Público, en función de la existencia o no de interés público (§§ 376 y 377 StPO).

La fase de investigación o procedimiento preparatorio debe concluir cuando el Ministerio público haya recogido el material necesario para decidir sobre el ejercicio de la acción penal (§ 160.(2) StPO). En consecuencia, llegados a este punto, las posibilidades son dos:

1ª) Archivar la causa, cuando las investigaciones no ofrezcan suficientes elementos para el ejercicio de la acción pública (§ 170.(2) StPO).

Como se ha señalado, a la decisión de archivo se puede llegar por motivos procesales –por ejemplo, por prescripción del delito-, por motivos jurídico-materiales –por ejemplo, por no ser los hechos constitutivos de delito-, por motivos fácticos –por ejemplo, porque del hecho punible no sea responsable el inculpado-, o como consecuencia del ejercicio del principio de oportunidad reglada.

Si el Ministerio Público no accede a la solicitud de ejercicio de la acción pública, o decreta, después de la terminación de sus investigaciones, el archivo del proceso lo comunicará al solicitante (§ 171 StPO), quien, de ser el ofendido por el delito, podrá poner en marcha el procedimiento impugnatorio especial⁸⁵ previsto en el § 172 StPO, para decidir sobre si la acusación debe formularse⁸⁶.

Por lo tanto, dicho procedimiento tiene por objeto que el solicitante-ofendido por el delito pueda hacer examinar por un tribunal si el Ministerio Público, cuando ha tomado la decisión de archivar el proceso, ha actuado respetando el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal.

De hacer uso de este procedimiento, el solicitante–ofendido por el delito tiene que recurrir, siempre con carácter previo, en queja ante el Procurador Federal General (§ 172.(1) StPO). Si la queja es denegada deberá solicitar la

⁸⁵ *Klageerzwingungsverfahren.*

⁸⁶ Este procedimiento únicamente es admisible si se procede por delitos perseguibles según el principio de legalidad (§ 172.(2) StPO), pero la doctrina considera que se debería extender también a los delitos perseguibles según el principio de oportunidad, para poder controlar los posibles abusos de la discrecionalidad en los que pudiera incurrir el Ministerio Público. En este sentido vid. ORTELLS RAMOS, M., *Cuatro aproximaciones al nuevo proceso penal chileno desde la perspectiva del proceso penal en países de la Unión Europea*, en "El nuevo proceso penal chileno"; ed. Universidad de Concepción (Chile), 2000, p. 315.

resolución judicial correspondiente ante el tribunal competente (§ 172.(2) y (4) StPO), indicando la hechos que fundamentan el ejercicio de la acción pública y los medios de prueba (§ 172.(3) StPO).

El tribunal competente podrá exigir al Ministerio Público la presentación de las actuaciones realizadas hasta ese momento, así como ordenar la práctica de las diligencias de investigación que considere pertinentes para la preparación de su resolución, encomendando su ejecución a un juez comisionado o requerido de auxilio.

El imputado tiene derecho a ser oído antes de la emisión de la resolución judicial (§ 173 StPO).

El tribunal podrá rechazar la solicitud, por falta de suficientes motivos para que el Ministerio Público ejerza la acción pública, pudiendo solamente desde entonces ejercitarse la acción pública con fundamentos en nuevos hechos o medios de prueba (§ 174 StPO), o estimarla, ordenando al Ministerio Público el ejercicio de la acción con la presentación del correspondiente escrito de acusación (§ 175 StPO).

2^a) Ejercitar la acción pública, cuando las investigaciones ofrezcan suficientes elementos para dicho ejercicio, presentando el escrito de acusación ante el tribunal competente, en el que deberá solicitar la apertura del procedimiento principal (§§ 151, 170.(1), 199.(2), y 200 StPO).

Si el Ministerio Público decide ejercer la acción pública anotará en los autos la terminación de las investigaciones (§ 169a StPO). Esta anotación es importante ya que, a partir de la misma, el defensor del inculpado tiene un derecho ilimitado para examinar los autos y, en concreto, la documentación de la investigación del Ministerio Público (§ 147.(1) y (2) StPO).

Ejercitada la acción pública el hasta ahora inculgado pasará a ostentar la cualidad de imputado (§ 157, II StPO).

Una cuestión controvertida es la de si el funcionario Ministerio Público no considera punible el hecho cometido por el inculgado –bien por motivos fácticos, bien por motivos jurídicos-, puede ser obligado por su superior a acusar.

En estos casos la solución más práctica pasa por la decisión del superior de sustituir al funcionario en cuestión, encomendando la causa a otro, o, al amparo del § 145.(1) GVG, asumiendo el mismo la realización de la acusación.

Como conclusión, en este país se han debatido diversas posturas doctrinales respecto de cual debe ser el papel que desempeñe el Ministerio Público, teniendo en cuenta su vinculación al Poder Ejecutivo⁸⁷.

Así pues, una postura doctrinal defiende el sistema expuesto -de vinculación del Ministerio Público por instrucciones, externas e internas- por la necesidad de aplicar una política criminal uniforme, que garantice la igualdad de trato, y por la efectividad de su actuación, al permitir la coordinación de las investigaciones.

Para otra parte de la doctrina, la vinculación del Ministerio Público con el Ejecutivo, a través del derecho de instrucción externo, hace que la neutralidad del juez, garantizada constitucionalmente a través de la independencia judicial, se vea menoscabada por la contribución del Ministerio Público como brazo del Ejecutivo.

⁸⁷ Las diversas posturas que a continuación se mencionan, pueden verse en MUHM, R., "Crisis...", *cit.*, pp.59-61.

Esta vinculación por instrucciones y las excepciones al principio de acusación obligatoria pueden hacer que el Ejecutivo tenga a su alcance bloquear la prosecución de un proceso penal.

La organización del Ministerio Público permite que el poder político pueda influir en cualquier fase del proceso sobre el curso de la acción penal, requiriendo informes sobre el desarrollo de la actividad investigadora objeto de su interés, pidiendo el archivo de las actuaciones⁸⁸, o solicitando la sustitución de los funcionarios públicos encargados del caso, o la avocación de las actuaciones.

Esta doctrina ha criticado las connivencias y las injerencias ilícitas entre los miembros del Gobierno y los miembros del Ministerio Público y la aparente incapacidad de este para ejercer la acción penal frente a personajes influyentes del mundo político y económico.

Además, se apunta que la vinculación por instrucciones del Ministerio Público es incompatible con la neutralidad, imparcialidad y objetividad con la que debe actuar (§ 160.(2) StPO) y con su compromiso con la Verdad y la Justicia.

Por ello, este sector doctrinal se muestra favorable a la limitación de los poderes de los superiores jerárquicos –externos y externos-, a eliminar la subordinación de los funcionarios del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y a reforzar en definitiva la autonomía de la institución, especialmente atendiendo a la circunstancia de que el principio de obligatoriedad de la acción penal encuentra numerosas excepciones, y de que el

⁸⁸ Siempre dentro de los límites de los §§ 258a y 344 del Código Penal (StGB), que prohíben el favorecimiento personal en actos propios del oficio y el abuso de este mediante una persecución indebida.

principio de oportunidad se ha aplicado en casos en los que se hallaban implicados sujetos del mundo político y de las altas finanzas.

En concreto, para aumentar la imparcialidad y la transparencia en el funcionamiento del Ministerio Público y conferir mayor dignidad profesional y moral a sus integrantes, y para asegurar la realización del precepto constitucional de igualdad frente a la ley, se propone⁸⁹:

1º) Que los funcionarios del Ministerio Público tengan el derecho de ejercer sus propias funciones, en el ámbito de las directivas e instrucciones de sus superiores, de manera autónoma y bajo su responsabilidad.

2º) El deber de documentar por escrito las instrucciones impartidas por el superior a propósito de un procedimiento específico. Cuando, por razones de urgencia, las instrucciones aludidas tuvieran que ser impartidas de forma verbal, deberían ser confirmadas por escrito en un breve plazo de tiempo.

3º) Establecer el derecho del funcionario del Ministerio Público subalterno a no seguir las instrucciones relativas a un proceso específico, salvo en caso de urgencia, cuando dude de la licitud de la instrucción o esté convencido de su ilicitud.

4º) La obligación de motivar la resolución de avocación.

5º) Establecer el principio de plena autonomía del Ministerio Público durante el juicio oral, de forma que en esta fase aquel pueda actuar según su propia convicción y conciencia.

⁸⁹ MUHM, R., "Crisis...", *cit.*, p.60.

Desde postulados doctrinales más rupturistas con el *status quo* se postula la configuración de un Ministerio Público dotado de un grado de autonomía e independencia similar al de los jueces, con abrogación de los poderes de dirección externo e interno.

En definitiva, se argumenta que con dicha reforma se evitaría el riesgo de una aplicación peligrosamente indulgente de las normas que regulan el archivo del proceso penal⁹⁰.

1.4. Chile

1.4.1. La configuración orgánica

En Chile, el Ministerio Público es un organismo jerarquizado y autónomo⁹¹ que en el proceso penal, por una parte, ejerce la acción penal pública, y por otra, dirige la fase de investigación de los hechos delictivos de forma exclusiva, de aquellos que determinan la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, con estricta sujeción al principio de objetividad⁹².

El Ministerio Público se organiza en una Fiscalía Nacional y en Fiscalías Regionales (art. 12 LOCMPC).

En la elección del Fiscal Nacional interviene los tres poderes del Estado. Será designado por el Presidente de la República a propuesta de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado adoptado por los dos tercios de sus miembros (arts. 80 CPRC y 15 LOCMPC).

⁹⁰ MUHM, R., "Crisis...", *cit.*, p.61

⁹¹ Art. 80 A.I de la Constitución Política de la República de Chile –CPRC- y arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de 8 de octubre de 1999-LOCMPC-.

⁹² Art. 80 A.I CPRC; 3, 77, 180 y 181 CPPC y 1 y 3 LOCMPC.

Por su parte los Fiscales Regionales son nombrados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva Región (arts. 80 CPRC y 29 LOCMPC).

Las características que definen la independencia y autonomía del Ministerio Público en Chile son de dos tipos:

1º) La primera se basa en la inmovilidad de los cargos del Fiscal Nacional y Fiscales Regionales ya que sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema- ejercerán su cargo durante diez años (arts. 16 y 30 LOCMPC)- , a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La remoción de los Fiscales Regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional (arts. 80 G CPRC y 53 LOCMPC).

2º) La segunda tiene que ver con su autonomía presupuestaria, ya que su presupuesto no está incluido en el del Ministerio de Justicia (art. 90 LOCMPC).

1.4.2. El ejercicio de la acusación

En el nuevo Código Procesal Penal chileno (CPPC), se establece la intervención de un Juez de Garantías que viene a resolver las cuestiones referidas a derechos fundamentales de las partes como consecuencia de los efectos del proceso que dirige el Ministerio Público de forma exclusiva.

La investigación de un hecho que revista los caracteres de infracción penal podrá iniciarse de oficio por el ministerio Público, por denuncia presentada ante la Policía (arts. 83.e, 84, 173.II y 174 CPPC), ante el propio Ministerio

Público, ante cualquier tribunal con competencia criminal o por querrela (art. 173.I y II CPPC).

Me referiré a aquellos aspectos del proceso, donde las decisiones del Ministerio Público, pueden estar sometidas, eventualmente a algún tipo de control judicial o de las partes en el proceso.

En primer lugar debe destacarse que la investigación tiene una duración máxima de dos años, donde el fiscal deberá proceder a su cierre. Esto ya implica otorgar una facultad al fiscal, que en caso de incumplimiento del plazo, las partes pueden acudir al Juez de Garantías, con la posibilidad de que este, en caso de negativa del fiscal, pueda proceder a sobreseer la causa (art. 247.3 CPPC). En el caso de que el fiscal acepte el cierre de la investigación, dispondrá de un plazo de diez días para formular acusación, de forma que transcurrido dicho plazo sin formularla, el Juez de Garantía acordará el sobreseimiento, de oficio o a petición de alguna de las partes (art. 247.5 CPPC).

La víctima podrá solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento al objeto de continuar con la investigación, pudiendo reclamar contra la denegación de dicha solicitud ante las autoridades superiores del Ministerio Público (art. 167.2 CPPC).

El Ministerio Público podrá no iniciar la investigación si considera que los hechos no son constitutivos de delito o por otras causas cuando se considere extinguida la responsabilidad penal, pero esta decisión deberá ser siempre motivada y someterse a la aprobación del Juez de Garantía (art. 168 CPPC).

Como se ha visto, estos dos supuestos de la fase de investigación -archivo provisional o no inicio de la investigación-, pueden estar sujetos a control judicial.

El art. 170 CPPC, establece una cláusula de oportunidad cuando señala que el Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se esté en presencia de un hecho delictivo que no comprometa gravemente el interés público, salvo que la pena mínima asignada al delito exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se trate de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En este caso su decisión deberá ser motivada y comunicada al Juez de Garantía.

Pero esta decisión está sometida a dos controles: uno es judicial, ya que el art.170.3 CPPC prevé que el Juez de Garantías podrá dejar sin efecto la decisión en el plazo de diez días si la pena mínima prevista excede de las señaladas o porque el delito lo ha cometido un funcionario o bien porque la víctima manifieste de cualquier modo su interés en la persecución penal. El otro control, conforme a lo previsto en el art. 170.5 CPPC, es de carácter interno dentro de la propia estructura del Ministerio Público, ya que si el Juez de Garantías rechazara la reclamación formulada por la víctima, se podrá reclamar contra la decisión del fiscal ante las autoridades superiores del Ministerio Público. Las autoridades superiores comprobarán si las decisiones del fiscal respectivo se ajustan a los criterios del servicio y directrices que se hayan dictado al respecto.

Por último, una vez finalizada la investigación, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, formular acusación o tomar la decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes necesarios para basar una acusación. Esta última

decisión deja sin efecto la investigación realizada y dará lugar a la revocación de medidas cautelares, continuando en su caso, la prescripción de los hechos presuntamente delictivos. Tanto la decisión de sobreseimiento como esta última de no perseverar están sometidas al pronunciamiento del Juez de Garantías (arts. 249 y 256 CPPC).

La decisión de sobreseimiento del fiscal podrá ser adoptada por el juez, pero también podrá sustituirla por otra modalidad distinta o incluso motivando otra causa diferente, pero también podrá rechazarla, pudiendo el fiscal en este último caso, formular acusación o comunicar su decisión de no perseverar en la causa (art. 256 CPPC).

A pesar de esto, el art. 259 CPPC prevé una posibilidad de forzar la acusación para el fiscal cuando el querellante particular se oponga a la solicitud de sobreseimiento o a la comunicación de no perseverar, de forma que el Juez de Garantía dispondrá que la causa sea remitida al Fiscal Regional para que revise la decisión del fiscal respectivo. En el plazo de tres días el Fiscal Regional decidirá si se ha de formular acusación por el mismo fiscal encargado del caso, o en su caso, designar otro distinto o incluso ratificar el sobreseimiento o no continuación que ha sido impugnada por el querellante.

A partir de aquí, el Juez de Garantías podrá facultar al querellante al objeto de que formule acusación o por el contrario, decretar el sobreseimiento de la causa (art. 258.3 CPPC).

En definitiva, en este innovador proceso, existe un control judicial de la decisión de no acusar del Ministerio Público, pero no existe ese mismo control

cuando se trata del fundamento de la decisión de acusar⁹³, si bien el art. 258.3 CPPC sí que lo prevé cuando la acusación la efectúa el querellante, mediante la apreciación de la suficiencia de los antecedentes de la instrucción⁹⁴.

2. El Ministerio Público en el sistema de Common Law

2.1. Inglaterra y Gales

2.1.1. La configuración orgánica

Es conocida la diferencia de contenidos jurídicos entre el sistema anglosajón y el continental o *Civil Law*⁹⁵.

Inglaterra y Gales son dos de los cuatro países que forman El Reino Unido como Estado unitario⁹⁶, y su sistema parlamentario con sede de gobierno en

⁹³ Únicamente existe control judicial que se pueda derivar de los artículos de previo pronunciamiento conforme a lo previsto en el art. 264 CPPC. A similitud del ordenamiento italiano, mantiene ORTELLS RAMOS, M., en *Cuatro aproximaciones...*, cit., p. 317, que la apreciación de la acusación basada en un fundamento serio para el enjuiciamiento no es revisada por ningún órgano jurisdiccional, pero sin embargo, a diferencia de aquel, aquí no hay control ni jurídico ni fáctico.

⁹⁴ ORTELLS RAMOS, M., en *Cuatro aproximaciones...*, cit., p. 317, ya hacía referencia a este diferente trato en el control de las acusaciones, cuando el CPPC estaba en fase de proyecto, afirmando que esa diferencia resultaba justificada y en este sentido el ordenamiento chileno optaba por configurar un Ministerio Público muy poderoso en comparación con otros ordenamientos como el alemán, portugués, italiano o español.

⁹⁵ En Inglaterra hay una peculiar separación de poderes. En la historia de Inglaterra existe un claro predominio de la Corona y el Poder Judicial tiene más fuerza que en otros países porque la concepción de Derecho se vincula a las ideas germánicas, de forma que aquel hay que buscarlo y encontrarlo en los precedentes o tradiciones. De ahí viene su denominación de *Common law* (Derecho común), que se compone sobre todo de tradiciones, costumbres, precedentes y convenciones u acuerdos tácitos.

Londres, tiene tres administraciones nacionales descentralizadas en Edimburgo, Cardiff y Belfast, las capitales de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, respectivamente.

A diferencia de otros países, en el ordenamiento jurídico inglés y galés no ha existido una institución que se pudiera equiparar a un genuino Ministerio Público, puesto que no existía una estructura organizada de órganos públicos con la función de ejercer la acción penal en nombre del Estado.

No obstante, en los últimos tiempos se han dado pasos hacia la creación de una institución que si bien no se puede identificar, sí se puede equiparar, con matices, a la del Ministerio Público continental, a través de la creación de una serie de órganos centrales, como se verá a continuación.

2.1.1.1. El Attorney-General

En el Reino Unido no existe un equivalente al Ministro de Justicia continental, por lo que las competencias del Poder Ejecutivo en materia de Administración de Justicia corresponden al *Lord Chancellor*, al Ministro del Interior, y a los *Law Officers of the Crown* –en el caso de Inglaterra y Gales, el *Attorney-General* y el *Solicitor-General for England and Wales*-⁹⁷.

Estos *Law Officers of the Crown* forman parte del Gobierno y, por ello, deben ser miembros del Parlamento, ante el que responden, además, deben ser abogados, y es el *Attorney-General* quien preside la abogacía inglesa.

El *Attorney General* es un Ministro sin gabinete que dirige la *Attorney General's Office* y debe ser miembro de la Cámara de los Comunes.

⁹⁶ Los otros países son Escocia e Irlanda del Norte.

⁹⁷ Su regulación la encontramos en la *Law Officers Act* de 1997.

El *Attorney-General* es el principal asesor jurídico del Gobierno y de los Ministerios que lo integran. De esta forma, asesora y representa a la Corona y a los departamentos gubernamentales ante los tribunales.

En la práctica, el *Treasury Solicitor*, como figura adjunta del *Attorney-General*, proporciona normalmente los abogados o los informes del *Treasury Counsel* para comparecer ante los tribunales y por tanto, actúa en nombre de la *Attorney-General* cuando se requiere su actuación ante un tribunal, si bien el *Attorney-General* puede comparecer en persona⁹⁸.

La persona designada para la función de *Attorney-General* proporciona asesoramiento jurídico del Gobierno, actúa como representante del interés público, y resuelve los problemas entre los departamentos gubernamentales.

Ni el Gobierno ni el Parlamento deben impartirle instrucciones.

El ayudante del *Attorney General*, y quien puede actuar como su sustituto, es el *Solicitor General for England and Wales*, también miembro del parlamento y del Gobierno.

El *Attorney-General* en cuanto que primer abogado de la Corona tiene competencias decisivas en materia penal y se pueden destacar las siguientes:

a) Tiene facultades de control y supervisión sobre la persecución de los delitos, pero personalmente no se suele involucrar en los juicios penales. La persecución penal es responsabilidad del *Crown Prosecution Service*, dirigido por el *Director of Public Prosecutions*. No obstante, el *Attorney General* puede incoar cualquier proceso penal, constituyéndose como acusación.

⁹⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio fiscal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 74.

b) Su autorización es necesaria para poder proceder penalmente contra determinados delitos –por ejemplo, motín, revelación de secretos oficiales, terrorismo, etc.-.

c) Tiene potestad para dictar una orden de *nolle prosequi*, que implica la imposibilidad de incoar o continuar un proceso, alegando motivos de interés general o seguridad nacional, e indirectamente, el otorgamiento de impunidad al imputado (*immunity from prosecution*), por simples razones de oportunidad⁹⁹.

d) Tiene potestad de avocación, para asumir la acusación en cualquier proceso pendiente, desplazando a los acusadores personados, para moderar los cargos o, incluso, no aportar pruebas con el objeto de que el imputado resulte absuelto¹⁰⁰.

e) Puede apelar ante los tribunales superiores en aquellos supuestos en los que, aunque el caso particular haya sido resuelto, puede haber una cuestión jurídica de interés público en juego.

Por tanto, puede afirmarse que a través del *Attorney-General* el Gobierno puede intervenir e influir en el proceso penal.

2.1.1.2. El Director of Public Prosecutions

El *Director of Public Prosecutions* constituye un cargo de libre designación política, al ser nombrado por el *Attorney General*, estando sometido a sus

⁹⁹ DELMAS MARTY, M., *Procesos penales en Europa. (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Edijus, Madrid, 2000, p.421.

¹⁰⁰ La decisión de no acusar en un caso determinado es un medio para otorgar impunidad a quienes colaboran con la acusación y para proteger el interés público bajo determinadas circunstancias.

instrucciones y directrices, si bien ha de poseer la condición de *barrister* o *solicitor* con un mínimo de diez años de ejercicio profesional¹⁰¹.

El *Director of Public Prosecutions* no responde políticamente ante el Parlamento, sino ante el *Attorney General*.

Se puede decir por lo tanto que, más que un cargo político, es un cargo técnico, dotado de autonomía operativa.

La responsabilidad política por las decisiones y actuaciones del *Director of Public Prosecutions* recae sobre el *Attorney-General*, en la medida en que su actuación derive de sus instrucciones, pero al margen de esto, la responsabilidad del *Attorney-General* por la actuación del *Director of Public Prosecutions* es puramente informativa.

Además de su función como órgano asesor, el *Director of Public Prosecutions* ostenta importantes competencias en materia penal:

a) Supervisa la persecución penal pública y puede ejercer la acción penal siempre que lo considere oportuno.

b) Tiene la potestad de avocación, asumiendo así el ejercicio de la acusación en cualquier proceso pendiente, para moderar los cargos o, incluso, no aportar pruebas con el objeto de que el imputado resulte absuelto.

c) Su consentimiento es imprescindible para poder perseguir determinados delitos –por ejemplo, disturbios racistas, auxilio al suicido, incesto, etc.-.

¹⁰¹ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos...*, cit., p.75. Los letrados en este sistema responden a dos denominaciones: *barrister* o *solicitor*. La primera se refiere a aquel letrado más especializado o que puede encargarse de asuntos más complejos y la segunda al que normalmente lleva más asuntos, pero sin una especialización concreta.

d) Debe ser informado de la comisión de determinados delitos –asesinato, homicidio, robo, violación, etc.- antes de que se ejercite la acción penal.

En conclusión, la existencia de estos dos órganos centrales - *Attorney-General* y *Director of Public Prosecutions*-, no permite afirmar que los mismos constituyan el equivalente funcional del Ministerio Público continental, aunque sí que representarían una aproximación al mismo.

Estos órganos centrales no ostentan el poder de dirección sobre la policía, sino que su función es, más bien, correctora o moderadora de la actuación policial, poniendo límites al localismo policial y a su discrecionalidad. A través de sus potestades, estos dos órganos centrales pueden limitar las divergencias de criterio excesivas entre los distintos jefes de policía; garantizar una cierta uniformidad en la persecución de determinados delitos, siendo social o políticamente conflictivos o relevantes y hacer llegar a los tribunales penales las posiciones del Gobierno.

2.1.1.3. El Crown Prosecution Service

En 1983 el Gobierno Thatcher publicó un documento de trabajo titulado *An Independent Prosecution Service for England and Wales*, en el que se defendía una estructura de ámbito nacional para la persecución penal, pero sin suprimir la potestad policial de ejercer la acción penal y la consiguiente no separación entre la investigación y la acusación.

Esta propuesta se consolidó con la *Prosecution of Offences Act* de 1985, que creó el *Crown Prosecution Service*¹⁰².

¹⁰² DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p. 53.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

El *Crown Prosecution Service* es un departamento no ministerial del Gobierno del Reino Unido responsable de la persecución pública de los delitos en Inglaterra y Gales.

El *Crown Prosecution Service* depende y se encuentra bajo la dirección del *Director of Public Prosecutions* y constituye una estructura jerárquica de ámbito nacional.

En concreto, Inglaterra y Gales han quedado divididas en distritos, en cada uno de los cuales hay destacado un número variable de *Crown Prosecutors*, bajo la dirección de un *Chief Crown Prosecutor*, sujeto a las órdenes y a la dirección del *Director of Public Prosecutions*, ante quien responde.

En virtud de esa dependencia jerárquica, el *Crown Prosecution Service* actúa con sujeción a los criterios y directrices uniformes de actuación impartidos por el *Director of Public Prosecutions*.

La actividad del *Crown Prosecution Service* no reviste naturaleza ejecutiva, ya que el Gobierno no suele intervenir en el funcionamiento del *Crown Prosecution Service* a través del *Director of Public Prosecutions*.

Los miembros del *Crown Prosecution Service* son nombrados entre abogados por el *Director of Public Prosecutions*, y poseen un estatuto funcional.

La creación del *Crown Prosecution Service* no ha afectado a la existencia, al estatuto y a las atribuciones del *Attorney-General* y del *Director of Public Prosecutions*.

En cuanto a sus competencias, aunque el *Crown Prosecution Service* no puede, salvo intervención del *Director of Public Prosecutions*, iniciar de oficio

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

el proceso penal, todas las causas iniciadas por la policía le deben ser encomendadas para su dirección técnica.

Respecto de la forma de actuar de este órgano, el *Code for Crown Prosecutors* establece las bases sobre las cuales la persecución penal debe ser rechazada, suspendida o continuada.

La persecución penal continuará, en primer lugar, si existen indicios suficientes para proporcionar una perspectiva realista de condena contra cada acusado por cada cargo, y en segundo lugar, si existe un interés público en continuar.

El *Crown Prosecution Service* debe decidir, primero, después de valorar los indicios proporcionados por la policía, si hay suficientes indicios en el caso que justifiquen la acusación.

La policía proporciona al *Crown Prosecutor* los indicios hallados y, aunque este tome la decisión de no acusar por el momento, asistirá a la policía indicándole qué investigación e indicios adicionales fundamentarían la formulación de la acusación. Si no se obtienen nuevos indicios, ninguna actuación se podrá realizar contra el sospechoso¹⁰³.

Si hay suficientes indicios para actuar, el *Crown Prosecutor* debe todavía decidir si existe un interés público en la acusación.

Por lo tanto, el *Crown Prosecution Service* solo puede comenzar o continuar con la persecución penal si el caso en cuestión ha superado ambos controles.

¹⁰³ Las reglas relativas al ejercicio de la acción penal están específicamente destinadas a evitar que se celebren procesos no basados en sólidas bases probatorias y que los ciudadanos puedan por ello resultar gravemente dañados.

De esta forma, el *Crown Prosecution Service* actúa como filtro de las decisiones policiales, pudiendo solicitar a la policía la práctica de nuevas pruebas; goza de autonomía en la dirección técnica de la acusación; y puede desistir de la acción penal sin el consentimiento de la policía.

Así pues, la creación del *Crown Prosecution Service*, que actúa con sujeción a criterios uniformes impartidos por el *Director of Public Prosecutions*, ha permitido un control efectivo sobre la policía, poniendo freno al localismo y a la discrecionalidad con los que actuaba aquella.

Asimismo, el *Crown Prosecution Service* tiene el poder de avocación para asumir la acusación en cualquier proceso penal, haya sido iniciado por un particular, por la policía o por otro organismo público.

Por último, hay que destacar que, cualquiera que haya sido el acusador inicial, en fase de recurso no existe otra acusación que la del *Crown Prosecution Service*.

Estas competencias y la organización jerárquica de ámbito nacional del *Crown Prosecution Service* garantizan un mínimo de uniformidad en el ejercicio de la acción penal.

No obstante, no se puede concluir afirmando que el *Crown Prosecution Service* constituya un genuino Ministerio Público, puesto que, en puridad, no tiene la potestad para ejercer la acción penal.

2.1.2. El ejercicio de la acusación

El ejercicio de la acusación en el Derecho inglés y galés viene configurado como una función pública difusa o descentralizada.

Cualquier persona puede ejercer la acción penal. Sin embargo, la admisión del ejercicio de la acción penal por los particulares no significa que en Inglaterra exista una auténtica acusación popular, ya que los particulares ejercitan la acción penal en nombre de la Corona o, si se quiere, del Poder Ejecutivo. Es a la Corona o al Poder Ejecutivo a quien corresponde la legitimación activa para ejercer la acción penal, que viene tácitamente delegada a los particulares. Prueba de ello es que estos solo pueden ejercer la acción penal siempre que lo consienta la Corona y la personación de esta en una causa supone el desplazamiento del acusador privado.

El ejercicio de la acción penal ha sido básicamente desempeñado por la institución a quien compete el mantenimiento del orden público, esto es, por la policía, de forma que la intervención de los particulares en su ejercicio ha sido habitualmente subsidiaria.

Sin embargo, la policía, cuando ejerce la acción penal, no está investida de una autoridad especial, sino que actúa asimismo como un ciudadano privado, en nombre de la Corona.

De esta forma, en el proceso penal la policía asume tanto la función de investigación como el cometido de acusación.

La policía no se integra en una estructura unitaria y centralizada, sino que aparece articulada sobre una base u organización local. Esto conduce a la inexistencia de una dirección política unitaria sobre la policía¹⁰⁴.

¹⁰⁴ El Ministerio del Interior carece de la facultad de supervisar y de impartir instrucciones vinculantes a los diferentes jefes de policía –a excepción de la *Metropolitan Police*–, por lo que la coordinación de los distintos distritos policiales se realiza de forma informal, fundamentándose su efectividad en la homogeneidad de origen y formación de aquellos.

A pesar de esto, debido al carácter difuso o descentralizado del ejercicio de la acción penal, la policía no ostenta el monopolio sobre dicho ejercicio.

Además de los particulares, la acción penal puede ser ejercitada también por los departamentos ministeriales, por los entes locales y por otros organismos públicos, en el marco de sus correspondientes ámbitos competenciales y por los órganos centrales antes vistos.

En el ejercicio de la acción penal la policía ha gozado de un amplio margen de autonomía a la hora de decidir cuándo y cómo ejercerla.

La discrecionalidad policial en el ejercicio de la acción penal ha resultado históricamente favorecida por:

1º) La inexistencia de una dirección política unitaria sobre la policía, que posibilita que cada jefe de policía imparta directrices y órdenes sobre el ejercicio de la acción penal en su respectivo distrito policial.

2º) La *caution*, que constituye un instrumento policial alternativo al ejercicio de la acción penal. La *caution* es una amonestación formal que la policía dirige al delincuente en los supuestos en los que no considere oportuno proceder contra él. Esta *caution* carece de efectos jurídicos en sentido estricto ya que no puede ser aportada como prueba en un hipotético futuro proceso por un nuevo delito. Se trata de una práctica policial tolerada por el Parlamento y los Tribunales ya que realmente sí que tiene efecto disuasorio sobre el delincuente para futuras acciones. Es utilizada en delitos no graves y generalmente en las infracciones menores de tráfico, siempre que no haya reincidencia¹⁰⁵.

3º) El *guilty plea*, que se fundamenta en la disponibilidad de las partes sobre el objeto de proceso. A través de este instrumento, si el imputado admite los

¹⁰⁵ DELMAS MARTY, M., *Procesos...*, cit., p. 158.

cargos formulados en su contra no se celebrará juicio y el juez dictará sentencia de conformidad con la acusación¹⁰⁶.

De esta forma, si la policía entiende que ha reunido suficientes pruebas de cargo para proceder contra un presunto delincuente, si no hace uso de la *caution* mencionada, debe deducir la imputación (*charge*) ante el *Magistrates Court*, lo que implica la descripción de los hechos y su calificación jurídica. Presentada esta imputación y recibida declaración al imputado, se pondrá a disposición del *Magistrates Court*, quien decidirá, previa audiencia de las partes procesales, cual es el procedimiento a seguir¹⁰⁷.

El procedimiento penal propiamente dicho comienza por la remisión del expediente por el *Crown Prosecution Service* al *Magistrates Court*, para que este convoque directamente a juicio oral, en el caso de delitos menos graves, o abra el juicio de acusación, a efectos de conseguir o no el *transfer for trial*,

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, *cit.*, p. 45, señala que según datos del año 1988 alrededor de un 90 % de las causas por delitos leves y un 60 % de causas por delitos graves fueron resueltos por esta vía. A pesar de que a diferencia del derecho norteamericano, el inglés no prevé una institución similar al *plea bargaining* de aquel –posibilidad de acuerdo para negociar la pena-, el acogimiento del imputado al *guilty plea*, se explica por la esperanza de una condena indulgente, la relajación – a partir de la *Police and Criminal Evidence Act de 1986-*, de la antigua norma según la cual las confesiones obtenidas como resultado de amenaza o promesa no podían ser válidas como prueba en juicio y por último en el hecho de que en el derecho inglés no se recoge un derecho absoluto a la asistencia letrada durante el interrogatorio policial, limitándose a autorizar, si el imputado lo solicita, una conversación privada de este con un abogado.

¹⁰⁷ DELMAS MARTY, M., *Procesos...*, *cit.*, p. 159 y LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, ed. Colex, Madrid, 2001, p.41.

indispensable para proceder por delitos graves de competencia de las Crown Court¹⁰⁸.

A pesar de que con el *Crown Prosecution Service* se ha permitido un control efectivo sobre la policía, como se ha dicho antes, la actuación tanto del *Director of Public Prosecutions* como del *Attorney-General* goza de un amplio margen de discrecionalidad, ya que quedan fuera de todo control judicial sus decisiones de *nolle prosequi* y de no sostener la acusación en un caso concreto.

Como conclusión final, puede decirse que a diferencia de otros países, en Inglaterra y Gales, a pesar de la existencia de órganos centrales como el *Attorney-General* y el *Director of Public Prosecutions*, no ha existido una institución que se pudiera equiparar a un genuino Ministerio Público, puesto que no existía una estructura organizada de órganos públicos con la función de ejercer la acción penal en nombre del Estado. No obstante, con la creación del *Crown Prosecution Service*, que garantiza un mínimo de uniformidad en el ejercicio de la acción penal, se ha dado un paso importante hacia la creación de una institución que si bien no se puede identificar absolutamente, sí se puede equiparar, con matices, a la del Ministerio Público continental.

Los tres órganos expuestos están vinculados, directa o indirectamente, con el Poder Ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, a pesar de su vinculación gubernamental, ni el *Director of Public Prosecutions*, ni el *Attorney-General*, ni el *Crown Prosecution Service*, suelen hacer un uso partidista de sus competencias.

¹⁰⁸ DELMAS MARTY, M., *Procesos...*, cit., p. 159.

2.2 Estados Unidos de Norteamérica

2.2.1. La configuración orgánica

En la configuración del fiscal estadounidense influyó tanto la tradición anglosajona del *Common Law*, como una serie de caracteres propios, que iban orientados hacia el sistema de gobierno presidencialista del Estado Federal.

En este sistema la figura del fiscal si que goza del monopolio de la acción penal, a diferencia del sistema inglés, y con amplios márgenes de discrecionalidad.

Las razones, según la historiografía jurídica norteamericana, hay que buscarlas en distintos factores, si bien parece apuntarse la idea de la impregnación de las nuevas ideas ilustradas europeas de finales del siglo XVIII -sobre todo la asunción del principio de separación de poderes que ubicó a la Fiscalía en el seno del Poder Ejecutivo-, el apego a la autoridad y la descentralización del poder en los Estados de la Unión¹⁰⁹.

En Norteamérica, el sistema político adoptado impone la existencia de dos organizaciones judiciales separadas:

1ª) La federal para toda la nación que la compone el Tribunal Supremo - *United State Supreme Court*- y los tribunales inferiores. Estos últimos divididos a su vez en las *United States District Court* y las *United States Courts of Appel*.

2ª) La estatal propia de cada uno de los Estados de la Unión. Normalmente cada Estado tiene un TS, unos tribunales intermedios de apelación, los

¹⁰⁹ Para una explicación más detallada de estas hipótesis, vid. DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p. 66.

tribunales de primera instancia en cada demarcación del condado, y en la base de la escala judicial, los Juzgados de Paz.

El sistema de nombramiento de los jueces varía según se trate de una u otra organización¹¹⁰.

A la cabeza de la organización del MF se encuentra el *United States Attorney-General*¹¹¹, que como jefe del Departamento de Justicia desempeña las funciones propias de un Ministro de Justicia y de Interior ya que entre sus funciones destacan el ser Jefe de la Policía y responsable del orden interno, es una especie de Abogado del Estado que tiene encomendada la defensa y representación de los intereses del Gobierno Federal, y como fiscal ejercita la acción pública para perseguir delitos federales y asume las facultades de supervisión de las acciones penales ejercitadas por los representantes del MF en cada distrito. La supervisión se lleva a efecto señalando las líneas generales de actuación, si bien puede intervenir en casos de especial relevancia, aunque los fiscales estatales seguirán disponiendo de gran autonomía ya que el *Attorney-General* carece de poder disciplinario sobre ellos, si bien pueden ser advertidos de destitución por el Presidente de los Estados Unidos aunque el procedimiento se torna complejo al ser preceptivo el consentimiento del Senado.

Inmediatamente subordinados al *Attorney-General*, se hallan el Vice Fiscal General -*Deputy Attorney General*- que asiste y sustituye al Fiscal General en el ejercicio de sus funciones y dirige y coordina todas las unidades orgánicas

¹¹⁰ Sobre el sistema de elección, vid. LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *El Ministerio...*, cit., p.38.

¹¹¹ Fue creado por la Judiciary Act de 1789, que fue la ley que creó la organización judicial federal.

dentro del Departamento de Justicia¹¹². A continuación se encuentra el Fiscal General Asociado -*Associate Attorney General*- con funciones consultivas del Fiscal y del Vice Fiscal General. Por último, dentro de la organización del Estado Federal, se encuentra el Letrado General -*Solicitor General of the United States*- que representa al Gobierno Federal ante la Corte Suprema y tiene poder para decidir cuando y cómo el Gobierno va a recurrir una decisión judicial ante el Tribunal Supremo de la Nación.

En el nivel de los Estados de la Unión nos encontramos con la figura de los Fiscales Estatales -*United States Attorneys*- que en el marco territorial de su distrito tienen atribuida la dirección del Departamento de Justicia, la representación del Estado ante los Tribunales y la defensa de los intereses del Fisco. Sin embargo, no tienen reconocida la facultad de sostener la acción pública por delitos comunes, que viene atribuida a sus inferiores.

De esta forma, es el Fiscal del Distrito -*District Attorney*- el que ejercita la acción penal, si bien cuando la ejercita ante los Tribunales se denomina *Public Prosecutor*.

Esto es así porque cuando comparece en juicio lo hace no en representación del Gobierno del que depende, sino en nombre del pueblo americano, al ser este el titular de la acción pública para la persecución de los delitos. Esto explica la falta de subordinación entre estos fiscales y los Fiscales Estatales, al otorgarse a los primeros un gran margen de maniobra en el ejercicio de la acción penal.

¹¹² Entre ellas se encuentra el célebre "*Federal Bureau Investigation*" F.B.I.

Por último se encuentran los *Assistans* o *Deputies* que en la práctica son los que desempeñan materialmente, por delegación del titular del cargo, las obligaciones procesales que a este legalmente corresponden¹¹³.

Respecto del sistema de nombramiento, tanto el *United States Attorney-General* como el resto de miembros del Gabinete, así como la figura de los Fiscales Estatales -*United States Attorneys*-, son designados libremente por el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, si bien estos últimos, al ser considerados empleados públicos al servicio de los Estados, deben ser autorizados por el Senado.

Sin embargo, los Fiscales de Distrito son elegidos por votación popular y los ayudantes del fiscal son nombrados libremente por estos.

Al margen de esta estructura convencional, destaca la figura del Fiscal Especial -*Special Prosecutor*- que tuvo su origen en la facultad que ciertos ordenamientos estatales otorgaban al juez para impedir la actuación de un fiscal movido por intereses partidistas¹¹⁴. Este fiscal tiene la misión de investigar los delitos gubernativos cometidos por altos cargos del Poder Ejecutivo y es el *Attorney General* quien decide si la naturaleza de un asunto concreto merece la designación de un fiscal independiente.

¹¹³ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *El Ministerio...., cit.*, p.41.

¹¹⁴ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...., cit.*, p. 91, recuerda el escándalo protagonizado por el ex-presidente Richard Nixon en el conocido caso *Watergate*, y que dio lugar a la regulación de la figura del fiscal independiente -*independent Counsel*- a través del Ethics in government Act de 1978. Hasta entonces, no existía regulación legal de su nombramiento y este se efectuaba por el propio Presidente de los Estados Unidos, en ocasiones con confirmación del Senado y la última, en 1952, bajo la presidencia de Truman, designado por el *Attorney General*.

La designación compete a tres jueces federales y se efectuará entre juristas no vinculados profesionalmente con el Estado. Esta figura también ha sido adoptada en la esfera de los distintos Estados Federales.

2.2.2. El ejercicio de la acusación

En cuanto a las particularidades que ofrece el proceso norteamericano, este se presenta como un modelo de resolución de conflictos –arraigado en todos los países del *Common Law*-, donde destaca el hecho de que la legalidad no se presenta como un valor absoluto y por tanto, puede ser dispensado, sobre todo para resolver ciertos conflictos y además, su aplicación debe encomendarse a operadores jurídicos con cierta capacidad de iniciativa y maniobra¹¹⁵.

En cuanto a la investigación, esta es compartida entre la policía y el fiscal, tanto en la esfera estatal como en la esfera federal, si bien en la práctica y en la mayoría de los casos, el fiscal se limita a recibir las pruebas aportadas por la Policía y a actuar en consecuencia. Esto conlleva que no exista separación entre las facultades de investigación y acusación.

En este punto, debe destacarse que tanto la policía como el fiscal, en sus respectivas actuaciones, obedecen a diferentes criterios de legalidad. Así pues, la Policía opera sobre la base de indicios fiables -denominada por la doctrina norteamericana *probable cause*-, mientras que el fiscal debe probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable para poder ejercitar la acción penal con elevadas probabilidades de éxito.

¹¹⁵ CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público en los Estados Unidos de Norteamérica*, Estudios Jurídicos, Ministerio fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Tomo IV, 1999, p.188.

El proceso penal presenta una estructura y principios rectores muy similares entre los distintos ordenamientos estatales, así como entre estos y el ordenamiento estatal.

En este último las normas se hallan codificadas en el *Federal rules of criminal Procedure*, aprobadas y revisadas periódicamente por el TS, según la antigua práctica de los países de la Common Law, por la que la legislación procesal es dejada en manos del máximo órgano judicial. Pero además, debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el TS ha ido progresivamente declarando en el interior de los ordenamientos estatales muchos de los derechos proclamados en el *Bill of Rights*, es decir, de las diez primeras enmiendas de la Constitución que en origen era vinculante para las autoridades federales, al entender tales derechos fundamentales para una convivencia libre¹¹⁶.

El proceso se basa en el principio acusatorio puro *-adversary system-*, lo que conlleva la absoluta ajenidad y neutralidad del juez respecto de las partes y la sustancial igualdad procesal de estas, por lo que el proceso penal tiende a ser una mera controversia entre dos litigantes. Destaca la libre disponibilidad de ambas partes sobre el proceso, donde se perfila y discute el objeto del proceso ante el juez, una vez que se han fijado las normas aplicables, y sólo en el caso de que no exista acuerdo sobre cuestiones fácticas, se abre el juicio, cuya finalidad es precisamente fijar los hechos.

Pero esta operación viene encomendada a legos en derecho, que en la tradición anglosajona viene representada por los miembros del jurado.

¹¹⁶ CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público en los Estados Unidos...*, cit., p.188.

El imputado puede allanarse a la pretensión del acusador *-guilty plea-* e incluso, negociar con él los cargos *-plea bargaining-*¹¹⁷.

El trámite de admisión tiene lugar en la vista preliminar, que normalmente tendrá lugar ante el mismo juez que posteriormente presidirá el juicio. La finalidad de esta vista es comprobar que existen elementos suficientes para proceder, así como que las pruebas de cargo han sido legalmente obtenidas.

La vista preliminar admite dos procedimientos diferentes, según se trate de delitos graves o menos graves: el *indictmen* y el *information*¹¹⁸.

El procedimiento del *indictmen* se desarrolla bajo la dirección del juez ante un gran jurado, que cumple una finalidad de garantía: debe ser un grupo de conciudadanos del imputado quienes determinen si hay suficientes pruebas de cargo contra él. Sin embargo, en el *information*, esta decisión corresponde al propio juez.

No obstante, el derecho a la incriminación que se otorga al gran jurado en virtud de la enmienda V a la Constitución en el procedimiento de *indictmen*, es el único derecho constitucional relevante que aún no ha sido declarado aplicable dentro de los ordenamientos estatales.

¹¹⁷ La mayor parte de los procesos penales en EEUU se resuelven mediante la solución negociada o *plea bargaining* –súplica por el descuento, en traducción literal-, que consiste, previo reconocimiento de hechos por el infractor, en un acuerdo que evita a la iniciación del juicio de naturaleza muy variada, en el que se promete una recomendación beneficiosa, o una importante rebaja en la pena o incluso la anulación de algún cargo, a cambio del cumplimiento de acuerdos reparatorios a favor de la víctima. En este sentido, se puede decir que se trata de una modalidad de mediación penal en el proceso.

¹¹⁸ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p. 81.

Por otra parte, esta figura del *indictmen* tiene un protagonismo especial en el Fiscal por cuanto la defensa no tiene derecho a llamar a sus propios testigos ni a interrogar a los de la acusación, pero además, porque existe un deber de testificar bajo juramento cuando se es citado por el gran jurado -bajo la advertencia de cometer falso testimonio constitutivo de delito- y aunque no tengan tales testificales valor de prueba en el juicio si que sirven como arma al fiscal para obtener elementos probatorios que posteriormente puede hacer valer en el juicio oral.

3. Consideraciones sobre la potestad de acusar del Ministerio Público en el Derecho comparado

Como se ha visto en el anterior estudio de Derecho comparado, la organización, las potestades y las funciones del Ministerio Público responden en gran parte a cuestiones de política legislativa y, por tanto, siempre nos encontraremos ante un tema discutible y opinable. Y ello sin perjuicio de los condicionamientos constitucionales que pueden existir en cada uno de los estados.

Esta reflexión conduce a que no exista una uniformidad en los sistemas europeos sobre el Ministerio Público, porque en su configuración intervienen determinados aspectos o variables, complejos y de distinta naturaleza.

Un primer aspecto es el relativo a la configuración orgánica del mismo.

En relación con el estatuto orgánico del Ministerio Público conviene analizar, por una parte, su integración, encuadramiento o vinculación con los poderes del Estado, en especial con el Poder Ejecutivo o con el Poder Judicial.

Partiendo del estudio realizado existen tres modelos básicos atinentes a la relación del Ministerio Público con los poderes del Estado.

Existen ordenamientos jurídicos -como el italiano-, en los que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial y es, por lo tanto, independiente del Poder Ejecutivo.

En otros países -Alemania, Reino Unido- el Ministerio Público se encuentra vinculado, de diversos modos, al Poder Ejecutivo, y no es independiente.

Un modelo intermedio -el francés- se caracteriza porque el Ministerio Público forma parte orgánicamente del Poder Judicial pero depende funcionalmente del Poder Ejecutivo, careciendo, en consecuencia, de independencia.

Continuando con el punto de vista orgánico, por otra parte, también se debe atender a su organización interna y a las relaciones internas entre sus componentes.

Atendiendo a este aspecto, la institución del Ministerio Público se estructura, en los diferentes países analizados, normalmente en torno a los principios de unidad, dependencia y jerarquía, con la excepción del ordenamiento italiano, en el que la dependencia jerárquica interna se encuentra ciertamente matizada o atenuada.

Una segunda variable a tomar en consideración, desde una perspectiva funcional, son las principales funciones y actividades que se encomiendan al Ministerio Público, que se centran en el ámbito del proceso penal.

En este apartado, hay que considerar el rol del Ministerio Público en la fase de investigación del proceso penal y en el ejercicio de la acción penal.

En algunos de los ordenamientos analizados -el alemán y el italiano- al Ministerio Público se le encomienda la dirección de la investigación preliminar; en otros sistemas -el francés- la actividad de investigación es dirigida por el Ministerio Público o por los jueces de Instrucción, en función de la naturaleza y gravedad de la infracción penal, de modo que la intervención

judicial solo es obligatoria para la investigación de los delitos más graves, mientras que con respecto a los delitos menos graves solo podrá tener lugar a petición expresa del Ministerio Público.

Por otro lado, donde sí se constata una cierta uniformidad -con la salvedad de Inglaterra y Gales- es en la atribución al Ministerio Público de la potestad de ejercitar la acción penal, esto es, del poder de acusar.

Ahora bien, las diferencias comienzan a la hora de precisar si el Ministerio Público ostenta o no el monopolio en el ejercicio de la acusación, y si este ejercicio está configurado en torno al principio legalidad -u obligatoriedad- o al principio de oportunidad.

Hay ordenamientos -el italiano, el alemán, el francés- en los que el Ministerio Público ostenta el monopolio, legal o fáctico, en el ejercicio de la acusación, mientras que en otros supuestos -el Reino Unido- el ejercicio de la acusación es compartido.

Por último, a pesar de que se encuentran ordenamientos -el italiano- en los que el ejercicio de la acción penal se basa en los principios de legalidad y obligatoriedad, en la mayor parte de los casos -los de Francia, Alemania, Reino Unido- dicho ejercicio se rige por el principio de oportunidad.

En definitiva, como se ha podido constatar, no existe un modelo uniforme ni ideal de Ministerio Público. El Derecho comparado europeo analizado nos ofrece diversos modelos, cada uno de los cuales presenta ventajas e inconvenientes.

CAPÍTULO III

EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA POTESTAD DE ACUSAR DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. Antecedentes históricos del Ministerio Fiscal en España

Este nuevo capítulo, referido a la institución del MF en España, lo iniciaré sobre todo teniendo en cuenta su evolución histórica desde la época de la configuración del Estado liberal de Derecho, que, tras no pocos avatares, pudo consolidarse bien entrado el siglo XIX.

Con anterioridad, la defensa de los intereses de la Corona estuvo encomendada desde la Baja Edad Media a abogados a servicio exclusivo del rey.

En el Derecho castellano solían ser llamados "promotores fiscales", ya que en la terminología jurídica preliberal la palabra "fisco" designaba simplemente una determinada persona jurídica instrumental, que representaba el centro de imputación de los derechos y deberes del soberano. De ahí procede el adjetivo "fiscal", usado actualmente para calificar al Ministerio Público¹¹⁹.

Varios son los investigadores que apoyan la tesis de que fue en las Ordenanzas de Guadalajara de 1436, durante el reinado de Juan II de Castilla, donde nació de derecho el MF en España, ya que en aquellas, por vez primera, se encargó a los denominados promotores fiscales el ejercicio de atribuciones

¹¹⁹ DIEZ PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p.141.

de forma expresa, para denunciar los delitos de oficio y acusar a los inculpados¹²⁰.

España no fue excepción dentro del proceso penal del Antiguo Régimen imperante en Europa, y por tanto imperó el principio inquisitivo, de forma que no era necesaria la existencia de un acusador distinto del juez, alcalde o corregidor.

Sin embargo, dado que el proceso penal podía iniciarse de oficio o a instancia de parte, personándose partes acusadoras, públicas o privadas, el promotor fiscal podía actuar como acusador siempre que el rey tuviera interés en la causa.

Con el final del Antiguo Régimen no desapareció el sistema inquisitivo del proceso penal, ni se produjo la implantación en España de un moderno Ministerio Público, ya que ninguno de los textos legales del siglo XIX establece un nuevo diseño para el proceso penal, aunque hay cierto rechazo al principio inquisitivo sobre todo en lo concerniente a las garantías de la investigación criminal.

Los primeros intentos de creación y regulación de un moderno Ministerio Público se encuentran en el Proyecto de Reglamento para las causas civiles y criminales de 1811 y, sobre todo, en el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812. Este Reglamento establecía que el fiscal debía ser oído siempre en los juicios penales, aunque hubiera parte acusadora y en los juicios civiles cuando versaran sobre causa pública¹²¹.

¹²⁰ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos...*, cit., p.106.

¹²¹ DIEZ PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p.143.

El concepto de Estado de Derecho fragua los fundamentos que identifican a la estructura política de la edad contemporánea, como lo son la ideología de la ilustración y el racionalismo, concretados en la defensa de la libertad, la soberanía popular, la primacía de la ley, el control del poder y la separación de sus tres clásicas funciones.

Pero este nuevo Estado no fue consecuencia de la Revolución Francesa iniciada en 1789, sino más bien de la contra-revolución que instauró el régimen napoleónico, prevaleciendo el Poder Ejecutivo sobre cualquier otro.

En España, la influencia del modelo francés fue indudable, aunque esta se produjera de forma peculiar y tardía, teniendo en cuenta las especiales características de la sociedad española.

En el año 1835, poco después de la muerte de Fernando VII, asumió la regencia la Reina María Cristina al ser Isabel II menor de edad y justamente buscó en los sectores liberales el apoyo que su antecesor había siempre rechazado, sobre todo para proteger la dinastía de las pretensiones carlistas que no aceptaban como sucesora a su hija. De esta manera se abrió un periodo renovador que dio nuevo impulso a las reformas pretendidas inicialmente con la Constitución de 1812.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835, supone un punto de inflexión trascendente para la institución, ya que recoge los principios liberales de la Constitución de 1812 y se fijan las principales líneas de actuación para los entonces representantes del MF- fiscales y promotores fiscales- en el ejercicio de la acción penal. De este Reglamento cabe destacar las siguientes novedades:

1ª) Se establece la obligatoriedad de la acción penal en todas las causas donde se ventilen delitos públicos.

2ª) Prevalece la defensa de la causa pública y de la Real Jurisdicción ordinaria en la que se mantiene una clara vinculación con la Corona.

3ª) Se reconoce independencia en la opinión al MF en el ejercicio de sus funciones.

4ª) Se instauran los principios de legalidad e imparcial en el funcionamiento del MF (art. 107 Reglamento)¹²².

Respecto de la organización interna, el Reglamento distingue dos categorías¹²³:

1ª) Fiscal, para aquellos que sirven en el TS y las Audiencias.

2ª) Promotor fiscal, para aquellos miembros del MF que sirven en Juzgados inferiores.

Sus funciones se podían resumir en tres básicas:

1ª) Acusación pública en todos los delitos perseguibles de oficio.

2ª) Defensa de todos los intereses del Estado en cualesquiera procesos.

3ª) Supervisión del correcto funcionamiento de los tribunales.

¹²² Este precepto decía: "Empero todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la Ley en cuyo nombre la ejercen. Y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia".

¹²³ Arts. 99 y 101 del Reglamento.

Este Reglamento se limitaba a atenuar el rigor del principio inquisitivo mediante la obligación de que se celebrara un juicio plenario y, por tanto, aún no se contemplaba el principio acusatorio formal en el proceso.

Este modelo respondía a las ideas jurídico-políticas napoleónicas que se basaban en una institución unitaria y jerarquizada, representante del Gobierno ante los tribunales y dependiente del Poder Ejecutivo¹²⁴.

Posteriormente se suceden una serie de reformas hasta bien entrado el siglo XX, que afectan, directa e indirectamente, al MF, y que paso a enumerar:

1ª) El RD de 9 de abril de 1858 aprueba el primer Reglamento Orgánico del MF, estableciendo el principio de unidad de actuación, actuando por delegación de sus superiores y consultándoles si fuere preciso.

2ª) La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, dedicaba su Título XX al MF, no modificando sus anteriores funciones ni su estructura, aunque dispuso que el acceso a la carrera fiscal se efectuara mediante oposición, favoreciendo la profesionalidad y estabilidad, y reafirmó los principios de unidad en su actuación y de dependencia del Gobierno¹²⁵.

¹²⁴ El nombramiento y cese de todos los fiscales y promotores fiscales correspondía al Gobierno. Fruto de la influencia francesa, fue justamente la Constitución de Bayona de 8 de julio de 1808 la primera –hasta la II República Española– que recogió expresamente la figura del fiscal en su articulado. Su art. 105 decía: “Habrá en el Consejo Real un procurador general o fiscal, y el número de substitutes necesarios para la expedición de los negocios”.

¹²⁵ El art. 763 de la citada Ley decía: “el Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta Ley y de las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial”.

3ª) Las leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 1882, representan la codificación procesal en España e introducen el principio acusatorio formal. De forma que a partir de entonces el MF ejercerá la acusación pública en un proceso cuya investigación está atribuida al Juez de Instrucción. Se introduce el art. 105 Lecrim que encarna el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, llamado por algunos –por la influencia alemana- principio de legalidad¹²⁶.

4ª) El RD de 10 de marzo de 1881 crea el Cuerpo de Abogados del Estado ya que hasta entonces la defensa en juicio del Estado había correspondido al MF, dependiendo hasta entonces del Ministerio de Hacienda. Fue justamente la necesidad de especialización de dicho servicio, el motivo de la creación del nuevo Cuerpo.

5ª) El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por RD de 21 de junio de 1926, fue la disposición reguladora de la institución hasta la actual regulación de 1981, siendo desarrollada por dos Reglamentos de 1927 y 1969. No alteró la estructura ni las funciones del MF, pero institucionalizó el deber de consulta de los subordinados y separó la carrera fiscal de la judicial, unificada anteriormente por la Ley de 19 de agosto de 1885¹²⁷. En el art. 1 se consolida la finalidad de promover la acción de la justicia en beneficio del interés público y se adelantan los principios de imparcialidad y legalidad¹²⁸.

¹²⁶ DIEZ PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p.147.

¹²⁷ DIEZ PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p.149, afirma que posiblemente la división de ambas carreras se debió a la desconfianza de Primo de Rivera hacía el activismo político de cierto grupo de funcionarios.

¹²⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos...*, cit., p.116.

6ª) La Constitución de 9 de diciembre de 1931, durante la II República, recoge por vez primera, como texto constitucional, la institución del MF.

Así pues, en su art. 104 (Título VII, "Justicia"), señalaba: "El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia". De esta manera se intentó salvaguardar la independencia respecto del Poder Ejecutivo, contemplando los arts. 97 y 99 la figura del Fiscal General de la República como nueva cabeza de la institución, siendo aforado para el nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente próximo de nuestro TC.

No obstante, por la convulsa coyuntura histórica que interrumpió el régimen republicano –guerra civil –, las previsiones constitucionales no llegaron a desarrollarse y, por tanto, siguieron rigiendo el Estatuto y Reglamento anteriores -de 1926 y 1927-, aprobados durante la dictadura de Primo de Rivera.

7ª) La dictadura franquista no trajo reformas importantes, pero cabe destacar la concepción del MF absolutamente vinculada al Poder Ejecutivo, sobre todo a través del art. 35 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, cuando hacía referencia expresa al MF como "órgano de comunicación del Gobierno y los Tribunales", si bien dicha expresión tuvo diferentes interpretaciones¹²⁹.

¹²⁹ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos...*, *cit.*, pp.125-127, menciona que al respecto se dieron hasta ocho interpretaciones diferentes por diversos autores, entre ellos, Fernando Martín-Granizo, Victor Fairén Guillén y Fernando Herrero Tejedor.

Por otra parte, se aprobó el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero –ROEMF-, aún parcialmente vigente.

Por último, esta última situación se prolongó hasta la entrada en vigor del texto constitucional, donde, a salvo de lo que se dirá sobre el ámbito constitucional y legal de la institución, se le dedicó expresamente el art. 124 CE, en todos sus apartados, siendo este el producto –como otros muchos preceptos-, del espíritu de consenso del momento.

El desarrollo de la institución tuvo su plasmación con el actual EOMF, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

2. La relación del Ministerio Fiscal con los poderes del Estado

2.1. El Poder Ejecutivo

Como ya se dijo en la introducción de este trabajo, el ejercicio de la acción penal implica, respecto de la potestad de acusar por el MF, poner en marcha el *ius puniendi* del Estado, y de esta manera se producen efectos en el ámbito constitucional, ya que por una parte, afecta a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y por otra, supone un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro del Estado.

Históricamente, no debe olvidarse que la institución del MF en España viene marcada por la influencia francesa en el primer tercio del siglo XIX, vinculándose al poder del Estado, y en la LOPJ de 1870 ya se destacaba expresamente que, además de velar por la observancia de la ley y promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, tenía la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial.

Por tanto, siguiendo el modelo francés que deseaba seguir manteniendo la supremacía del Poder Ejecutivo sobre los demás, y a pesar de crearse la figura de los Abogados del Estado en 1866, el Estatuto de 21 de junio de 1926, fruto de readaptar esta figura a nuestras leyes procesales anteriores, reiteraba, en su art. 1, la referencia a la representación del Gobierno antes mencionada.

Se criticó esta cuestión en el sentido de entender que el Estado había aprovechado los antecedentes históricos para mantener un órgano de su confianza, de componentes imprecisos y complejos, para conseguir sus propósitos de vigilancia de la judicatura para poder perpetuarse por encima de dicho poder¹³⁰.

A pesar de esto, la cuestión principal parece incidir más en qué tipo de funciones desempeña el MF que en su propia dependencia del ejecutivo, ya que debe atenderse al interés público y no al interés del Gobierno, ya que los controles que puede ejercer este sobre el MF se legitiman desde el momento en que el Gobierno ha sido elegido conforme a un sistema democrático¹³¹.

En nuestro sistema actual, el Poder Ejecutivo tiene legitimidad democrática porque cuenta con la confianza de los representantes del pueblo a través del

¹³⁰ Así lo menciona MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos..., cit.*, p.116, citando la obra de Fernández Martín-Granizo, M., *El Ministerio Fiscal en España (notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español)*, Separata de documentación jurídica números 10 y 11, Madrid, 1977.

¹³¹ El Reglamento del Estatuto de 1926, aprobado por RD de 28 de febrero de 1927, se considera antecedente de la legislación franquista, con vinculación absoluta del MF al ejecutivo, de forma que en la LO del Estado de 10 de enero de 1967, en su art. 35 se disponía que el MF era un órgano de comunicación entre el Gobierno y los tribunales de justicia. Resulta evidente que ambas normativas fueron aprobadas en sistemas políticos no democráticos.

Congreso de los Diputados, teniendo encomendada la dirección de la política interior conforme al art. 97 CE, y, en el ámbito de la justicia penal, debe valorar cuál es el interés público en la persecución de los delitos, y para ello utiliza la institución del MF¹³².

Por tanto, en el marco diseñado por la CE, la relación entre el Gobierno y el MF se conjuga en términos de vinculación, pero no de dependencia, y el nexo entre ambos órganos constitucionales viene justificado básicamente por las necesidades impuestas por la ejecución de una política criminal cuyo diseño corresponde constitucionalmente al Gobierno.

En este sentido, si, ante la imposibilidad material de perseguir en la práctica todos los delitos por la escasez de medios materiales y personales, en muchos ordenamientos rige el principio de oportunidad, la vinculación entre el MF y el Poder Ejecutivo la considero imprescindible, ya que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal requiere que el ejercicio de la discrecionalidad venga determinado por la política criminal del Poder Ejecutivo -por gozar este de legitimidad democrática o popular, y porque a este le compete valorar el interés público en cada caso concreto- y se encuentre sujeto a la responsabilidad política de aquel. Solo de esta forma se puede

¹³² ORTELLS RAMOS, M., "Nuevos poderes...", *cit.*, p. 229-230, al tratar de la naturaleza del MF, incide en que la tesis más extendida sobre la integración del MF en alguno de los Poderes del Estado, es la de su dependencia jerárquica respecto al Ejecutivo, de forma que unos autores afirman críticamente una amenaza de la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad y otros se muestran favorables porque se ejerce por el Ejecutivo a través de la actuación del MF ante los tribunales, una de las manifestaciones de su función constitucional de dirigir la política interior, de forma que en esta segunda postura, se ha reclamado una expresión normativa más acabada, eliminando las ambigüedades.

conseguir que el principio de oportunidad en la persecución penal se ejercite de forma uniforme, sin incoherencias, y garantizando la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal.

A propósito de estas afirmaciones, considero oportuno reproducir la posición doctrinal, coincidente, de dos grandes estudiosos del MF en Europa.

Para DÍEZ-PICAZO “parece que la única independencia que cabe reclamar para el Ministerio Fiscal es independencia en sentido débil. La solución más equilibrada al problema de la relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno pasaría, así, por una suerte de vinculación indirecta, como única vía de cohonestar las arriba mencionadas exigencias de la legalidad con las de la política criminal. Aquí independencia ya no significa prohibición absoluta de intromisión o condicionamiento, sino que equivale más bien a lo que puede denominarse «autonomía operativa»: el Gobierno debe ser responsable de los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal, más absteniéndose de interferir en sus decisiones en casos concretos”, y “la única vía para lograr una actuación mínimamente coordinada por parte del Ministerio Fiscal es que este posea una estructura unitaria y jerárquica”¹³³.

Por su parte, en palabras de DI FEDERICO, “credo, quindi che sia necessaria una riflessione sull’uso del concetto stesso di indipendenza, perché se lo si usa indifferentemente sia con riferimento al giudice che al pubblico ministero si generano non poche confusioni e fraintendimenti, che seppur particolarmente evidenti nel caso italiano non sono assenti neppure nel dibattito sugli assetti giudiziari di altri paesi di civil law. Sotto il profilo funzionale il termine «indipendenza» ha, e non può non avere, un significato diverso quando viene riferito allo status del giudice o a quello del pubblico ministero. Gli

¹³³ DÍEZ-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., pp. 176 y 180.

obiettivi, e quindi anche le garanzie, dell'indipendenza nei paesi democratici di regola sono cioè diversi a seconda che si tratti del giudice o del pubblico ministero. (...) Mi limito qui a ricordare che l'indipendenza del giudice è una condizione necessaria, anche se non sufficiente, per garantire alcune delle caratteristiche fondamentali del suo specifico ruolo, vale a dire quello di organo passivo che giudica in modo imparziale controversie da altri a lui sottoposte dopo aver ascoltato, su un piano di piena parità, le parti in conflitto. È quindi necessario creare le migliori condizioni perché egli venga sottratto ad influenze sia esterne che interne al giudiziario. In democrazia, la stessa legittimazione del suo ruolo dipende non solo dal suo essere ma anche dal suo apparire come indipendente ed imparziale.

Molto diverse le caratteristiche funzionali del ruolo del pubblico ministero. Lungi dall'essere passivo e *super partes* il suo ruolo è per sua natura essenzialmente attivo (spetta a lui l'iniziativa penale, ed in molti paesi, Italia inclusa, anche la direzione delle indagini di polizia). Non è quindi un organo imparziale, né la sua legittimazione dipende dall'apparire tale. Visibile la differenza tra i ruoli del giudice e del pubblico ministero sotto il profilo dell'indipendenza interna: per essere efficace l'attività del pubblico ministero richiede spesso un coordinamento delle sue iniziative con altri componenti del suo ufficio o con quello di altri uffici di procura, mentre per il giudice un tale coordinamento nel merito del suo agire e decidere rappresenterebbe una violazione della sua indipendenza. Rilevanti anche le differenze per quanto riguarda l'indipendenza esterna. La natura intrinsecamente discrezionale dell'azione penale rende la definizione delle priorità da seguire nel suo esercizio parte integrante e rilevante delle scelte da effettuare per un'efficace repressione dei fenomeni criminali. Proprio per il loro grande rilievo politico, tali scelte vengono di regola in vario modo fissate in via generale nell'ambito

del proceso democrático, e sono vincolanti per i pubblici ministeri. Sotto questo profilo l'indipendenza esterna del pubblico ministero consiste non tanto, come è invece per il giudice, nel non ricevere direttive di ordine generale dall'esterno, ma piuttosto nel non ricevere, con modalità prive di trasparenza, disposizioni di natura particolare rispetto a casi specifici¹³⁴.

Sin perjuicio de las dos vinculaciones principales a las que me referiré en el apartado de los controles -nombramiento y cese del FGE y las facultades del art. 8.1.2 EOMF-, son significativas las siguientes vinculaciones -llámense atenuadas, matizadas, indirectas o relativas-, en relación con el Poder Ejecutivo, que pueden condicionar la actuación del MF:

1ª) Existen una serie de nombramientos para cargos específicos y ascensos que son decididos por el Gobierno a propuesta del FGE, incluso cuando se trate de cargos en Fiscalías de CCAA (art. 13.1 y 36.1 EOMF). En particular, los Fiscales del TS, los Fiscales Superiores de las CCAA y los Fiscales Jefes Provinciales. Para el nombramiento del Fiscal Superior de la CA se prevé un procedimiento similar al mencionado respecto del FGE, de forma que oído el Consejo de Justicia de la CA -donde exista-, se comunicará la propuesta de candidato a la respectiva Asamblea legislativa autonómica, celebrándose una comparecencia a fin de valorar los méritos e idoneidad del candidato.

Además, los Fiscales Jefes de los respectivos órganos y los Tenientes Fiscales podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del FGE, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado y, en su caso, al Fiscal Superior de la CA. Los Fiscales Superiores de las CCAA podrán proponer

¹³⁴ DI FEDERICO, G., "Lecture di ordinamento italiano e comparato", en AAVV., *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 353-354.

también al FGE la remoción por el Gobierno de los Fiscales Jefes de los órganos de su ámbito territorial (art. 41.5 EOMF).

2ª) También los miembros integrantes de los órganos colegiados rectores de la institución son designados mayoritariamente por el Gobierno. Los miembros de la Junta de Fiscales de Sala (art. 13.5 EOMF) son designados por el Gobierno, previo informe del FGE (arts. 13.1, II; 15; 34.1ª; 35.1; y 36.1 EOMF). Algunos de los miembros del Consejo Fiscal (art. 14.1 EOMF) son designados directa o indirectamente por el Gobierno (arts. 13.1, II; 34.1ª; 35.1; y 36.1 EOMF).

3ª) La necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala cuando el FGE imparta instrucciones en asuntos que afecten a miembros del Gobierno.

Con la reforma de 2007 se han redimensionado las relaciones entre el Gobierno y el FGE, introduciéndose la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del FGE en materia jurídica (art. 15 EOMF), que deberá ser previamente oída siempre que aquel vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte directamente a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de estos (art. 25, I EOMF).

Esa audiencia será necesaria en el caso previsto, pero entiendo que su opinión no será vinculante, esto es, el FGE no resultará obligado por el parecer de la Junta de Fiscales de Sala.

Además, hay que tener en cuenta que, como se ha mencionado, el Gobierno influye decisivamente en la composición de la Junta de Fiscales de Sala.

4ª) El régimen de abstención del FGE, y su reforma.

El Ministro de Justicia debía decidir sobre la intervención del FGE en un proceso cuando alguna de sus partes hubiera acudido al primero alegando que en el segundo concurría alguna causa de abstención.

Con la reforma de 2007 se ha modificado el régimen de abstención del FGE, de forma que cuando en él concurra alguna de las causas de abstención establecidas para los jueces y magistrados en la LOPJ, ya no resolverá el Ministro de Justicia, como sucedía con anterioridad, sino la Junta de Fiscales de Sala, aprovechando su condición de órgano colegiado de perfil esencialmente jurídico, que será presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (art. 28, II EOMF).

5ª) La obligatoriedad de elevar al Gobierno la memoria anual sobre la actividad del MF es preceptiva y, conforme a lo previsto en el art. 9.1 EOMF, versará sobre la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia, recogándose las observaciones de las memorias que a su vez deben enviar a la FGE los respectivos Fiscales Jefes Provinciales. Una copia de la misma se remitirá a las Cortes Generales y al CGPJ y será presentada por el FGE a las Cortes Generales.

6ª) El FGE informará al Gobierno, cuando este lo interese y no exista obstáculo legal, respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el MF, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia, pudiendo, excepcionalmente, ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros (art. 9.2 EOMF). La referencia al obstáculo legal debe referirse, por ejemplo, al secreto de sumario en una causa penal, pero, a pesar de ello, se hace difícil encajar supuestos concretos en los que realmente concurra

obstáculo legal. Por tanto, a requerimiento gubernamental, el FGE deberá informar preceptivamente de todo aquello que se le solicite.

7ª) No existía autonomía presupuestaria del MF respecto del Gobierno, de forma que esto suponía una técnica poderosa a través de la cual se instrumentalizaba la vinculación entre el Poder Ejecutivo y el MF, al depender absolutamente este respecto de aquel en materia presupuestaria.

Con la reforma de 2007 se incluyó una asignación presupuestaria singularizada para la FGE, lo que ha reforzado su ámbito de autonomía.

De acuerdo con el art. 72.3 EOMF “los Presupuestos Generales del Estado y los de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia contemplarán, dentro de la Sección que corresponda, y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para atender a aquellas. En todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de funcionamiento de la administración de la Fiscalía General del Estado”.

No obstante, sobre todo en lo que respecta a los medios personales de la institución, dicha dependencia es determinante porque –si bien las CCAA han asumido las transferencias materiales casi en su totalidad-, el Estado define las plantillas del MF anualmente, con la creación de plazas de plantilla orgánica,

nuevos puestos de Jefaturas, Decanos, refuerzos de fiscales donde se consideren necesarios y los incentivos por productividad semestrales¹³⁵.

8ª) Recae en el Ministro de Justicia la potestad sancionadora sobre los miembros de la institución cuando incurran en responsabilidad disciplinaria, directamente o mediante el recurso de alzada (art. 67, I.3 y III EOMF).

9ª) Por último, destacar la dependencia absoluta del MF respecto al Poder Ejecutivo para la selección y la formación de los fiscales.

2.2. El Poder Legislativo

El MF no se halla integrado ni depende del Poder Legislativo, porque carece de toda vinculación con las Cortes Generales¹³⁶.

No obstante, los partidarios de establecer ciertas conexiones, parten de la idea fundamental de que al ser el MF el defensor de la legalidad, vela por el cumplimiento de la obra realizada por el Poder legislativo frente a las

¹³⁵ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma del Ministerio fiscal*, ed. Colex, Madrid, 2003, p. 51, proponía algunas posibilidades para dar autonomía presupuestaria al MF: equiparar al MF con algún organismo autónomo, como la Agencia de Protección de Datos, que está integrada en el Ministerio de Justicia, o más deseable, configurar al MF como una institución constitucional dotada de cierta autonomía y equiparlo al Consejo de Estado que posee su propio capítulo dentro de los Presupuestos Generales, sin adscripción a Ministerio alguno, pero para ello debería otorgarse al MF de capacidad de autonomía en la gestión del gasto, es decir, habilitar la dotación de personal especializado e independiente que lo gestione.

¹³⁶ ORTELLS RAMOS, M., en AAVV, *Derecho Jurisdiccional, III*, ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 114.

desviaciones en la aplicación de las normas en que puedan incurrir cualesquiera otros poderes del Estado¹³⁷.

Se ha dicho que el MF cumpliría mejor sus funciones entendiendo cierta conexión natural con las Cortes Generales ya que de la misma emana la legalidad y los intereses colectivos y sociales se encuentran representados por las diferentes corrientes de opinión elegidas por el pueblo¹³⁸.

La conexión con el Poder Legislativo tendría el siguiente ámbito normativo:

1ª) El MF debe colaborar con las Cortes siempre que no exista obstáculo legal e informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuere requerido (art. 10 EOMF).

2ª) Dicha colaboración tiene plasmación a través de las comisiones de investigación en el Parlamento (art. 76.1 CE).

3ª) Las comunicaciones siempre se harán a través de los presidentes de las Cámaras, pero parece que el órgano de intermediación no será siempre el FGE, a la vista de que el art. 10 EOMF deja abierta su elección por parte de la Cámara requirente que podrá dirigirse al órgano del MF que estime oportuno, incluso a un funcionario determinado¹³⁹.

2.3. El Poder Judicial

Las tesis que defienden el encuadramiento del MF en la órbita del Poder Judicial fundamentan su postura, por una parte, en que el art. 124 CE se refiere al MF, ubicado sistemáticamente dentro del Título VI: “Del Poder Judicial” y

¹³⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio fiscal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p.70.

¹³⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Ibidem...*, cit., p.70.

¹³⁹ Esta es la opinión de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio...*, cit., p.70.

no en el Título IV: “Del Gobierno y de la Administración”, y, por otro lado, en el art. 2.1 EOMF, en el que se dice que el MF está “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”.

Además, se argumenta que la conceptualización del MF dentro del Poder Judicial es esencial y básica por cuanto la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos se confía simultáneamente a los jueces y tribunales y al MF, e incluso velar por la independencia de aquellos es misión a desempeñar indistintamente por el CGPJ ¹⁴⁰ y por el MF.

También se indica la imperativa audiencia del CGPJ con carácter previo al nombramiento del FGE (art. 124.4 CE).

Los defensores de esta tesis destacan que, como consecuencia de la judicialización del MF, se obtienen unos resultados altamente positivos¹⁴¹. Así pues, se previene la politización del MF, por no estar este en manos del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, el de evitar la injerencia gubernativa en la Administración de Justicia y el de garantizar una persecución mínimamente eficiente y justa en los casos de delincuencia gubernamental o política.

De esta forma, se salvaría la desconfianza basada en la conexión existente entre el Poder Ejecutivo y el ejercicio de la acción penal atribuida al MF, y el riesgo de la consiguiente instrumentalización partidista de la misma en la lucha política. Por una parte, como instrumento de ataque para la persecución de los rivales políticos y, por otra, como instrumento defensivo para facilitar la

¹⁴⁰ Según el art. 122.2 y 3 LOPJ, el CGPJ es el órgano de autogobierno del Poder Judicial.

¹⁴¹ MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Studia Albortiana núm. LXXXIX, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005, p. 317.

impunidad respecto de los delitos cometidos por autoridades políticas y funcionarios afines en los casos de delincuencia gubernamental¹⁴².

Se concluye, argumentando que, en modo alguno, se puede considerar que el MF forme parte del Poder Judicial, por las siguientes razones¹⁴³:

1º) El MF no forma parte del Poder Judicial organización, es decir, no integra esa parte organizada del conjunto de jueces y magistrados que tienen atribuida la potestad jurisdiccional, conforme a la LOPJ.

En primer lugar, porque el MF no está protegido por el régimen general de garantías de la independencia judicial previsto para los tribunales ordinarios - sobre todo, la inamovilidad-.

En segundo lugar, los fiscales carecen de los requisitos de unidad de cuerpo y de estatuto personal configurados para los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En tercer lugar, por la falta de dependencia y de pertenencia al CGPJ, esto es, porque el MF -a diferencia de los tribunales ordinarios- no está sujeto en los aspectos gubernativos a las potestades administrativas del CGPJ, y porque no puede formar parte del mismo ninguno de sus integrantes por su específica calidad de miembro del MF.

2º) El MF tampoco forma parte del Poder Judicial político, esto es, no siendo Poder Judicial organización tampoco es Poder Judicial en el sentido empleado por la ciencia jurídico-política, ya que no constituye una de las excepciones al principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), ni, en consecuencia, puede ser considerado como un tribunal especial constitucionalmente reconocido.

¹⁴² MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio..., cit.*, p. 318.

¹⁴³ MARTÍN PASTOR, J., *Ibidem..., cit.*, p. 318.

En primer lugar, porque los componentes del MF carecen -a diferencia de los titulares de los órganos jurisdiccionales especiales- del requisito esencial de la independencia, ya que aquellos, por una parte, están vinculados al Gobierno, y, por otra parte, están sujetos a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores jerárquicos, en virtud de los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica.

En segundo lugar, porque ningún precepto constitucional atribuye jurisdicción o potestad jurisdiccional al MF. En este sentido, el art. 124.1 CE, aclara que la función del MF no es la de actuar la justicia, sino la de promover su actuación "en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley".

Además, debe tenerse en cuenta que el art. 541 LOPJ, que es el precepto que dicha norma dedica al MF, se encuentra ubicado sistemáticamente dentro de su Libro V "Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia", de donde se puede deducir que el MF es un cooperador de la Administración de Justicia, pero sin formar parte del Poder Judicial.

Prueba de todo ello la encontramos en los arts. 124.3 CE y 541.2 LOPJ, que se encargan de precisar que el MF no se rige por la LOPJ, sino por lo que disponga su propio Estatuto.

En definitiva, si el MF no es un órgano jurisdiccional, nunca será constitucional atribuirle poderes y funciones que signifiquen potestad jurisdiccional o que estén reservadas a los órganos jurisdiccionales. De otra manera, se produciría una vulneración del principio acusatorio pues resulta

necesario preservar la separación entre las funciones de acusar y juzgar y los órganos que las asumen¹⁴⁴.

3. Principios que rigen la institución del Ministerio Fiscal

3.1. Principios orgánicos

3.1.1. La unidad de actuación

Conforme a los arts. 124.2 CE y 2.1 EOMF¹⁴⁵, la actividad del MF viene marcada por los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica, preceptos que hay que poner en relación con los arts. 22 y siguientes del EOMF¹⁴⁶.

El principio de unidad de actuación se encuentra regulado en el art. 22 EOMF cuando se dice que el MF es único para todo el Estado. Este principio se ha justificado básicamente por la necesidad de que se actúe ante los tribunales con un solo criterio y sentido respecto de la interpretación y aplicación de la ley para crear seguridad jurídica, aunque su actividad funcional venga establecida además por las circulares, consultas u órdenes del FGE y de los Fiscales Jefes.

¹⁴⁴ MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio..., cit.*, p. 320.

¹⁴⁵ El art. 2.1 EOMF dice: "El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad".

¹⁴⁶ El art. 22.2 EOMF se refiere a la jefatura superior del FGE y su representación en todo el territorio español, la impartición de órdenes e instrucciones para el servicio y orden interno de la Institución y las funciones del Teniente Fiscal –apartado 6º-, fundamentalmente de sustitución del Jefe cuando reglamentariamente proceda y por delegación. El art. 23 EOMF se refiere a las funciones de los miembros del MF de forma genérica, que actuarán en representación de la Institución y por delegación de su jefe respectivo.

Por tanto, y sin perjuicio de lo que diré más adelante cuando me refiera a las técnicas de control interno que rigen la actuación del MF, existen criterios en determinados asuntos que, por su trascendencia o complejidad, merecen ser fijados y en muchas ocasiones suelen ser modificados en función de las circunstancias que puede producir la práctica cotidiana. A esto se refiere el art. 24 EOMF, cuando prevé la celebración periódica de Juntas Provinciales o Juntas de Fiscalías especiales. Por su parte, los Fiscales Superiores de las CCAA podrán convocar Junta de Fiscales que integre a quienes desempeñaren la Jefatura de las Fiscalías Provinciales de sus respectivos ámbitos territoriales para mantener unidad de criterios o fijar posiciones respecto de temas relacionados con su función (art. 24.3 EOMF).

El art. 22.10 EOMF fue introducido con la finalidad de ejercer un mayor control en la actuación de los miembros del MF y revisión en el cumplimiento de criterios y diversas órdenes, al establecerse la obligatoriedad de convocar periódicamente la llamada Junta de Coordinación de la Fiscalía Provincial, dirigida por el Fiscal Jefe Provincial e integrada por los Tenientes Fiscales, Fiscales Jefes de Área y Fiscales Decanos.

El art. 25 EOMF se refiere a la impartición de órdenes e instrucciones por el FGE a sus subordinados, convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos, si bien cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el FGE deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala.

También -sigue el precepto-, los miembros del MF pondrán en su conocimiento los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer.

El cumplimiento de las órdenes o instrucciones referidas a asuntos específicos, deberán cumplirse por los miembros del MF por vía de informe o dictamen y a través de su inmediato superior jerárquico, y esta facultad de impartir estas órdenes es asimismo extensible a los Fiscales Jefes Superiores de las CCAA y los Fiscales Jefes Provinciales, respecto de sus respectivos subordinados. El precepto finaliza con otorgar total libertad en la intervención oral de los miembros del MF, tras observar una orden o instrucción por vía de informe, siempre que la haya recibido en un asunto específico, en lo que se crea conveniente al bien de la justicia.

En la práctica, a tenor de lo indicado en el precepto, resulta evidente que la unidad de actuación no quedará desvirtuada por introducir aspectos o matices oralmente, que no consten en informes anteriores, siempre y cuando se mantenga el criterio superior.

Lógicamente cualquier desviación en este sentido que pueda tener repercusión en una decisión judicial en el proceso, deberá ser motivada y justificada "a posteriori" ante el superior y en ese sentido, no se está exento de adoptar decisiones que podrían contener algún margen de discrecionalidad¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Como supuesto típico y por su frecuencia, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, es de resaltar la posibilidad de retirar una acusación a criterio del fiscal que asiste al juicio oral, sobre todo –y esto es lo habitual-, cuando no se trata del mismo fiscal que realizó el escrito de acusación. En estos casos, en el trámite de conclusiones, se manifiesta oralmente la retirada de la acusación, de forma que hay que dar cuenta posteriormente al superior de los motivos de porqué se actuó en ese sentido –por vía de informe escrito-. Es evidente que el único motivo de fondo es el apreciar que las pruebas practicadas han sido insuficientes para mantener la acusación, pero esto no deja de ser valorativo y por tanto, se juega con un cierto margen discrecional.

En definitiva, el FGE no imparte únicamente instrucciones de alcance general e incluso de naturaleza doctrinal para la fijación de criterios de interpretación jurídica con carácter vinculante, para asegurar la necesaria unidad que ha de presidir la actuación del MF y con ello además la unidad aplicativa de la ley, sino igualmente está autorizado expresamente -vía art. 25 EOMF-, para poder dirigir a cualquier miembro del MF órdenes e instrucciones de carácter particular referidos a asuntos concretos que pueden condicionar la marcha del proceso, con independencia del criterio del fiscal que está conociendo del mismo conforme a la distribución del trabajo efectuada en su Fiscalía de destino.

Es evidente que las instrucciones de alcance general no plantearán problema alguno para su conciliación con los principios de legalidad e imparcialidad en la medida que emanan de los órganos técnicos del MF (Junta de Fiscales de Sala, por asuntos doctrinales, art. 14.2 EOMF), o del Consejo Fiscal (cuestiones organizativas, art. 14.1 EOMF), por cuanto la publicidad de las mismas y su debate parecen asegurar la transparencia de los acuerdos.

Sin embargo, de entrada, no sucedería lo mismo cuando se acude a la posibilidad de dictar órdenes o instrucciones particulares por el FGE, que por su frecuente carácter no escrito y reservado pueden arrojar sombra de duda respecto de su imparcialidad, especialmente en aquellos supuestos en los que se diluciden controversias de índole político o de la llamada delincuencia gubernativa, donde, en su caso, cabría una actitud complaciente del FGE hacia el Gobierno que le propuso en su día.

Para evitar en parte lo dicho, la reforma estatutaria de 2007, a través del art. 25 citado, añadió que, cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que

afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el FGE deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala.

No obstante, es posible que esta disposición tenga una eficacia limitada para servir de contrapeso a la actuación del FGE, si se tiene en cuenta la composición de la Junta de Fiscales de Sala, conformada a voluntad del FGE a la vista de la regulación del régimen de nombramientos y ascensos a la primera categoría de la Carrera Fiscal (se proponen por el FGE al Gobierno en virtud del art. 13.1 EOMF).

3.1.2. La dependencia jerárquica

Se ha dicho que el principio de dependencia jerárquica parece ser consecuencia inmediata del principio de unidad de actuación, entendiendo así que se trata de un principio instrumental, destinado a asegurar la unidad de criterios en el funcionamiento del MF. En esencia este principio organiza piramidalmente el MF, siempre que, cada uno de sus miembros actúe según las instrucciones recibidas del Fiscal Jefe respectivo y estos, a su vez, en función de las instrucciones que reciban del FGE.

Este principio supone el desarrollo de la personalidad jurídica única que ostenta el MF en todo el Estado (art. 2.1 EOMF), y, por tanto, orgánicamente, la organización de las Administraciones Públicas y del MF, vienen a ser, al menos, muy similares, ya que el art. 3.1 y 4 LRJAPPAC señala la vigencia del principio de jerarquía en la actuación de dichas administraciones y su personalidad jurídica única.

Así pues, la estructura piramidal comienza en el FGE, seguida por los Fiscales Superiores de las CCAA, Fiscales Jefes Provinciales, Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área y, dejando al margen la figura de los Tenientes Fiscales

como segundos de abordó después de los Fiscales Superiores y Jefes Provinciales, se encontrarían los llamados Fiscales Decanos -de reciente creación y puesta en funcionamiento¹⁴⁸-, que vienen a ser lo que hasta la fecha eran los llamados Fiscales Coordinadores de secciones especiales -violencia contra la mujer, medio ambiente y urbanismo, siniestralidad laboral, delitos socioeconómicos y anticorrupción, seguridad vial, etc-¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Por BOE de 28 de julio de 2010, se publicó el RD. 859/2010, de 2 de julio, por el que se determina el número máximo de Fiscales Decanos de secciones especializadas, basándose en la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modificó la Ley 50/1981, de 30 de junio, reguladora del EOMF, y que supuso la introducción de importantes modificaciones estructurales y organizativas en el MF, tendiendo a la especialización y al desarrollo de un nuevo diseño territorial de las Fiscalías, de forma que con el objetivo de completar el despliegue del EOMF que inició la citada Ley 24/2007, y favorecer la necesaria especialización del MF, de conformidad con lo previsto en el art.18.3 EOMF, se determinó el número máximo de Fiscales Decanos que dirigirán las secciones especializadas que lo necesiten para su correcto funcionamiento según el tamaño de las mismas. La constitución de secciones especializadas no sólo se circunscribió al tratamiento de determinados tipos de materias, sino que también podía servir, como así ocurría en las Fiscalías de mayor tamaño, para la racionalización y distribución del trabajo. Así ocurrió por ejemplo en la Fiscalía Provincial de Valencia, donde ya se habían constituido con anterioridad varias secciones especializadas, pero a raíz de la entrada en vigor de este RD – por el que se dispusieron 11 plazas de Fiscales Decanos para la provincia-, se creó alguna más para poder racionalizar ciertos aspectos dado el gran número de fiscales – superior a cien-, que componían su plantilla orgánica provincial.

¹⁴⁹ Esta estructura viene definida en el art. 22 EOMF, en su nueva redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, ya mencionada, al crearse las llamadas Fiscalías de Área, con la consiguiente nueva figura del Fiscal Jefe de Área, que venía a ser lo mismo que los antiguos Destacamentos de las Fiscalías Provinciales, con las figuras de Coordinador de los mismos en funciones de superior jerárquico.

De esta forma, siguiendo el art. 22 EOMF, el FGE ostenta la jefatura superior del MF, aunque podrá delegar en Fiscales de Sala funciones relacionadas con materias propias de su competencia, siguiéndole los Fiscales Superiores de las CCAA, que, además de dirigir su Fiscalía, actúan en todo el territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente, asumiendo en el mismo la representación y la jefatura del MF, sin perjuicio de las atribuciones del FGE. Sus funciones son las previstas en el EOMF, las que les delegue el FGE y las correspondientes en materia disciplinaria.

A continuación están los Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales -salvo en el caso de CCAA uniprovinciales, donde el Fiscal Superior asumirá también las funciones que corresponderían al Jefe Provincial-, y están jerárquicamente subordinados al anterior (art. 22.7 EOMF).

Los Fiscales Jefes de las Fiscalías de Áreas están jerárquicamente subordinados a los Fiscales Jefes Provinciales (art. 22.8 EOMF), y en caso de vacante, ausencia o imposibilidad serán sustituidos por el Fiscal Decano más antiguo de la Fiscalía de Área, y en su defecto, por el propio Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial o en quien este delegue.

Los Fiscales Decanos ejercen la dirección y coordinación de las Secciones de Fiscalías de acuerdo con las instrucciones del Fiscal Jefe Provincial y, en su caso, del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, y por delegación de estos (art. 22.9 EOMF).

Por último, la Junta de Coordinación de la Fiscalía Provincial, que será convocada periódicamente y dirigida por el Fiscal Jefe Provincial, a fin de coordinar la dirección del MF en su ámbito territorial, y que está integrada por el Teniente Fiscal de la Fiscalía Provincial, los Fiscales Jefes de Áreas y los Fiscales Decanos (art. 22.10 EOMF).

Dentro de este esquema, no hay que olvidar la Inspección Fiscal que, como órgano integrado en la FGE (art. 13.1 EOMF), le corresponde ejercer reglamentariamente funciones inspectoras generales con carácter permanente por delegación del FGE, sin perjuicio de las que correspondan al Fiscal Jefe de cada Fiscalía respecto de los funcionarios que de él dependan. En esta unidad, se creó una Sección Permanente de Valoración centralizando toda la información sobre méritos y capacidad de todos los fiscales, teniendo en cuenta su trayectoria profesional y las incidencias de la misma. Así pues, cualquier incidencia, por ejemplo, que haya tenido efectos disciplinarios, a raíz de incumplimientos de órdenes emanadas de superiores, tendrán constancia en esta unidad y podrán condicionar el nombramiento para futuros cargos de naturaleza discrecional, dependiendo de la entidad de las sanciones impuestas, que oscilan desde la simple advertencia hasta la separación del servicio (art. 13.2 y 66.1 EOMF).

Por otra parte, el EOMF en su art. 27, establece un procedimiento que limita, aunque escasamente, el alcance del principio de dependencia jerárquica, mediante el cual el fiscal inferior puede cuestionar la orden recibida del superior, de forma que si esta orden la considerara contraria a las leyes o, por cualquier otro motivo, la estimare improcedente, se lo hará saber así mediante informe razonado a su Fiscal Jefe. Pero si procediera la orden o instrucción del Fiscal Jefe, si este no considera satisfactorias las razones alegadas por el fiscal inferior, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía al objeto de que esta se manifieste sobre dicha orden, pero, en cualquier caso, el Fiscal Jefe podrá reconsiderarla o ratificarla. Si la orden es dada por el FGE, este resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el fiscal superior ratifica su orden, que deberá hacerlo por escrito y razonadamente, deberá consignar expresamente la

relevación de responsabilidades que conlleve su cumplimiento para el fiscal inferior, o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto.

A tenor de este precepto, resulta evidente que cualquier decisión de un fiscal superior, que haya emitido una orden que deba cumplir otro fiscal en esa relación piramidal, podrá ser rebatida por este, pero si las órdenes las han emitido Fiscales Jefes, los asuntos deben tratarse en Juntas de Fiscalía, lo que justamente no juega a favor del fiscal que debe cumplir la orden al tener en cuenta que, por norma general, la mayoría de los integrantes de la Junta serán afines, por depender sus nombramientos para determinados cargos, al Fiscal Jefe respectivo. Por ello precisamente, se pueden producir situaciones en las que determinados asuntos sean condicionados por órdenes, incluso no escritas, que pueden contener componentes discrecionales que podrían ser dudosos conforme al principio de legalidad.

3.2. Principios funcionales

3.2.1. La legalidad

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la esfera legal de la potestad de acusar, la CE asigna al MF la misión de 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (arts. 124.1 CE; 541.1 LOPJ; y 1 EOMF).

Pero esto hay que considerarlo conjuntamente con los preceptos constitucionales que encarnan dicho principio, como son el art. 9.3 CE: "La Constitución garantiza el principio de legalidad (...)"; art. 103.1: "La Administración Pública sirve con objetividad (...) y actúa (...) con sometimiento pleno al ley y al Derecho"; y art. 106.1 CE: "Los Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa (...)".

El art. 1 EOMF viene a ser un calco del art. 124.1 CE al reiterar de forma literal prácticamente todo el precepto : "(...) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (...)", siguiendo el art. 6 EOMF con la función general de su observancia al disponer: " Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan".

El resto de principios, sobre todo los mencionados en el propio art. 9.3 CE -jerarquía normativa, publicidad de normas, irretroactividad de normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de poderes públicos-, vienen a completar, por vía de ejemplo, el principio de legalidad, de forma que es evidente que, por la interpretación conjunta de todos ellos, se impone a la Administración en general la observancia de dicho principio, teniendo en cuenta además que dicha observancia viene también impuesta al resto de los ciudadanos en virtud del art. 9.1 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

3.2.2. La imparcialidad

Partiendo de la sumisión al principio de legalidad y la ausencia de interés en cualquier asunto de los que deba intervenir, debe tenerse en cuenta que el MF tiene la condición de parte en los asuntos en los que interviene, y, por tanto, no ha sido fácil hablar de imparcialidad cuando se trata del MF¹⁵⁰.

No obstante, puede decirse que el MF es objetivamente parcial por cuanto se atiende al interés superior y exclusivo en el respeto al ordenamiento jurídico¹⁵¹.

Por tanto, la imparcialidad debe entenderse referida a la ausencia de todo interés subjetivo en el asunto, lo que implica que el representante del MF que intervenga en una causa determinada no debe tener ninguna actitud que le haga apartarse de la aplicación seria y rigurosa del ordenamiento jurídico.

Por ello, y aunque los fiscales no pueden ser recusados, sin embargo si deben abstenerse por las mismas causas que los jueces y magistrados, aunque existen otros mecanismos para evitar que un fiscal siga en una causa determinada¹⁵².

¹⁵⁰ ASECIO MELLADO, J.M., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2008, p.144, lo afirma cuando dice: "...se da la paradoja de tener que afirmar que el Ministerio Fiscal es una parte imparcial lo que, desde luego, además de no decir nada, desde un punto de vista semántico significa utilizar dos términos que se excluyen mutuamente".

¹⁵¹ ASECIO MELLADO, J.M., *Ibidem...*, cit., p.144.

¹⁵² El art. 28 EOMF, faculta a las partes personadas que puedan interesar del fiscal superior que ordene al fiscal inferior su no intervención en el pleito si acaece una causa de abstención. En este sentido, FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.612, indica que la dicción del citado precepto -no podrán ser recusados- no responde a la hipótesis de que en el fiscal concreto no pueda concurrir alguna de las causas que motivan la recusación del juez ya que de hecho los fiscales sí vienen obligados a abstenerse

El art. 7 EOMF establece: "Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia, en defensa de los intereses que le estén encomendados".

Según CONDE PUMPIDO FERREIRO¹⁵³, este principio ofrece dos vertientes.

1ª) Objetiva, donde la imparcialidad constituye un criterio de actuación que se conecta con la legalidad y deriva de ella, de forma que, aun no proclamándose expresamente dicho principio, el fiscal deberá regirse por él para evitar la influencia de otros criterios o intereses. Ese interés –que debe ser coincidente con el del juez- debe buscar la verdad material aplicando la norma adecuada al caso concreto.

2ª) Subjetiva, que se manifiesta como un deber del fiscal que le impone separar criterios e ideologías personales, para actuar objetivamente en cumplimiento de la legalidad.

No obstante, como se ha dicho, la actuación imparcial y objetiva del fiscal ha planteado problemas doctrinales en orden a la naturaleza de su posición en el proceso, ya que es órgano de postulación procesal y parte, conforme se reconoce en la Lecrim.

En este sentido se ha llegado a afirmar que el MF es parte formal, pero no material del proceso o incluso que no es parte propiamente o que el proceso penal no es un proceso de partes¹⁵⁴.

cuando en ellos concurra alguna de las mencionadas causas, siendo la vía jerárquica la procedente para separar al fiscal del asunto.

¹⁵³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio..., cit.*, p.77.

Sin embargo, se ha señalado –creo que acertadamente–, que el fiscal tiene en el proceso penal más funciones que las puramente postuladoras y muchas son asistenciales del juez, por lo que impide relegarlo a la mera condición de parte, sobre todo porque es más relevante el aspecto del “porqué hace” en un proceso determinado que “lo que hace”, y en ese sentido prevalece no un derecho que ejercitar, sino más bien un deber que cumplir conforme a los principios mencionados¹⁵⁵.

A pesar de todo esto, no es descartable la pérdida de imparcialidad objetiva cuando se trate de investigaciones relacionadas con los llamados delitos gubernativos, justamente atendiendo a las vinculaciones con el Poder Ejecutivo a las que se ha hecho referencia, básicamente por la regulación vigente de la propia institución que otorga una serie de mecanismos para impedir u obstaculizar en casos concretos la virtualidad de los principios de legalidad e imparcialidad¹⁵⁶.

En este sentido, el fiscal español no puede interpretar la legalidad a su buen criterio en cada caso, sino que debe seguir las líneas esenciales que le impongan los órganos de la cúpula jerárquica del MF, de forma que la

¹⁵⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio..., cit.*, p.78, reflejando las opiniones de Gómez Orbaneja para intentar dar una solución al conflicto. Sobre estas cuestiones, vid. FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal..., cit.*, pp. 612- 623.

¹⁵⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Ibidem..., cit.*, p.78, citando a Carnelutti. Un supuesto que excedería de la mera postulación sería el recogido en el art.2 Lecrim cuando se obliga a todas las autoridades y funcionarios, dentro de los límites de su respectiva competencia, a apreciar las circunstancias adversas como favorables del presunto reo, estando obligados a falta de disposición expresa, a instruir a este de sus derechos mientras no se hallare asistido de defensor.

¹⁵⁶ ORTELLS RAMOS, M., “Nuevos poderes...”, *cit.*, p. 233.

imparcialidad del MF, en orden a su propia dependencia jerárquica, podría ser neutralizada.

4. Funciones y competencias del Ministerio Fiscal en el actual marco normativo

4.1. Como órgano de defensa de la legalidad

La expresión, "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad", atribuida al MF por los arts. 124.1 CE y 1 EOMF, debe entenderse en el contexto de ejercitar las acciones procesales pertinentes al objeto de que los tribunales aseguren dicho principio, no sólo en los supuestos en los que se haya comprobado su inobservancia, sino además cuando potencialmente sea necesario para asegurarlo¹⁵⁷.

Aquí podemos ver una primera aproximación al fundamento constitucional de la actuación del MF, en el sentido de velar por el cumplimiento de dicha legalidad, entendida como sometimiento a todo el ordenamiento jurídico vigente, de forma que se acudiría a los órganos jurisdiccionales competentes siempre que dicha vulneración resulte acreditada.

La defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público se entienden unidos a la defensa de la propia legalidad ya que los primeros son directos beneficiarios del orden jurídico que implica el respeto a dicho principio en el Estado de Derecho y en el segundo intervienen como

¹⁵⁷ GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, ed. Tecnos, Madrid, 1989.p. 148.

beneficiarios todos los poderes del Estado través de la defensa que de ese interés se realiza ante los tribunales¹⁵⁸.

La misión de defender la prevalencia de la legalidad tiene una doble vertiente en la actuación cotidiana del fiscal: es la pauta de obrar del fiscal y es al mismo tiempo la propia finalidad de su actuación¹⁵⁹.

Por tanto, y a pesar de que todos los poderes públicos están sometidos al imperio de la ley, dicha legalidad tiene un valor funcional diferente para el MF al ser investido expresamente por la CE como principal defensor de la misma.

Para el cumplimiento de las misiones asignadas por la ley, las funciones que corresponden al MF son múltiples y variadas, y se encuentran descritas en el art. 3 EOMF¹⁶⁰.

En el ámbito del proceso penal, corresponde al MF ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. También solicita de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos. En el proceso de menores, instruye directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la LORPM, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime

¹⁵⁸ Recordar, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Thomson Aranzadi, 5ª ed., ampliada, Cizur Menor, Navarra, 2000, p. 233, que el concepto de interés público es un concepto jurídico indeterminado, donde la CE en su art. 103.1 le ha dado un sentido delimitador, aunque amplio, para limitar un actuación determinada, evitando cualquier decisión que aparentemente sea legítima, más bien la intención es servir un interés general o común.

¹⁵⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio...*, cit., p.76.

¹⁶⁰ Para posibilitar el cumplimiento de dichas funciones, el art. 4 EOMF contempla las facultades del MF.

oportunas, debiendo siempre orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor. Vela por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban, en cada caso, la ayuda y asistencia efectiva.

En el marco del proceso civil el MF, en defensa de la legalidad y del interés público o social, es parte en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley; e interviene en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

En el contexto constitucional el MF tiene que velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa; intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; e interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el TC en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan.

Además, en el ámbito de la jurisdicción, corresponde al MF ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros; y velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

Otras funciones del MF son las de intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas;

defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención; y promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.

4.2. Como órgano promotor de la justicia

La condición de órgano promotor de la justicia delimita tanto el ámbito en que ha de moverse el MF como la posición que en el mismo le corresponde ocupar.

La defensa de la legalidad a que se ha hecho referencia debe articularse desde una posición activa en el proceso y dentro del marco de garantías que incorpora el Estado de Derecho.

La defensa de la legalidad constituye la nota distintiva en el estatuto funcional del MF en cuanto órgano público de promoción de la justicia¹⁶¹.

Así pues, el art. 124,1 CE no habla de proceso, sino de justicia “(...) promover la acción de la justicia (...)”, como valor prevalente respecto del propio proceso, y por tanto hay que entender que, dentro del proceso, el MF debe estimular activamente a jueces y tribunales postulando la defensa de la legalidad.

Esto también tiene su reflejo en el art. 3.1 EOMF cuando, entre sus funciones, se dispone: “velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes”. Aquí no sólo se incorpora que se vigile el cumplimiento de la legalidad dentro del

¹⁶¹ DE LA OLIVA, A., “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal”, en *Tribunales de Justicia nº 1*, 1997, p.10.

proceso, sino que se realice eficazmente la función jurisdiccional, lo que implica dar a la actuación del MF un papel activo en el control de la actividad jurisdiccional.

4.3. Como órgano de defensa del interés público tutelado por la Ley y de los derechos de los ciudadanos

El interés público tutelado por la ley a que se refieren tanto el art. 124.1 CE como el art. 1 EOMF, realmente encarna una de las atribuciones de poder de las que goza el Poder Ejecutivo y que utiliza el MF en representación del Estado.

Aquí el problema ha estado en intentar discernir que se entiende por interés público.

Se ha dicho que ese interés público es de naturaleza no patrimonial, a diferencia del que se defiende para el Estado por el Cuerpo de Abogados del Estado.

También se ha identificado el interés público con el bien común.

Se ha concebido como un mandato otorgado por los poderes del Estado en orden al mantenimiento de un orden jurídico y, en ese sentido, el MF es mandatario de los Poderes Ejecutivo y Legislativo por cuanto el supremo interés de ambos es procurar que el interés público tutelado por la ley y el interés social encuentren su amparo en el Poder Judicial, a través de la actividad del MF, creado constitucionalmente para tal misión¹⁶².

Actuar en defensa del interés público, implicará hacerlo cuando se ventilen intereses donde los particulares no sean los únicos dueños de la acción, en el

¹⁶² GRANADOS PÉREZ, F., *El Ministerio..., cit.*, p.163.

sentido de que, el ejercicio o no de esa acción, puede afectar al conjunto de la comunidad y por tanto a los intereses comunes de convivencia.

Pero apreciar en cada caso particular que es lo que afecta al interés común o no, no es en ocasiones tarea fácil y por tanto, provoca decisiones discrecionales, no exentas de polémica, sobre todo cuando se trata de asuntos de cierta repercusión en la opinión pública y medios de comunicación, ya que en estos casos suelen darse interpretaciones o términos oscuros, que incluso son encauzados por órdenes internas o circulares e instrucciones, que pueden albergar ciertas intenciones del ámbito próximo al Poder Ejecutivo.

Respecto de la defensa de los derechos de los ciudadanos, deben entenderse la defensa de aquellos derechos fundamentales incluidos en los arts. 14 a 30 CE.

Si se viola algún derecho fundamental por la actividad jurisdiccional, el MF utilizará todos los recursos procesales a su alcance para restablecer la situación, incluso el recurso de amparo ante el TC (arts. 162.1b CE; 46.1 a y b, 47.2 LOTC).

Una actuación fundamental en defensa de tales derechos se refiere a garantizar la defensa en juicio y fuera de él de los menores e incapacitados que carezcan de representación legal.

Esto es frecuente en la práctica, por cuanto muchas exploraciones de menores en sede judicial se realizan exclusivamente en presencia del juez o magistrado y del representante del MF, entendiéndose que, además, se preserva - en mayor grado- la fidelidad del contenido de sus declaraciones, frente al riesgo de condicionamiento de la verdad que supondría la presencia física de sus padres o representantes legales.

Además, en materia civil, la intervención del MF es muy amplia - básicamente como defensor judicial del menor o presunto incapaz, en las situaciones de conflicto con sus representantes legales-.

4.4. Como órgano que vela por la independencia de los tribunales

En este aspecto el MF cumple un papel decisivo en la defensa del sistema político por cuanto la independencia del Poder Judicial es necesaria para que exista un auténtico Estado de Derecho.

La defensa del sistema político, y concretamente la independencia del Poder Judicial, tienen un lugar privilegiado en el cumplimiento del principio de legalidad.

Aunque no se recoge constitucionalmente esta función del MF, del EOMF – arts. 3.2 y 3.8-, sí se recogen alusiones a velar por la independencia judicial, cuando se refieren a velar por el respeto a las instituciones constitucionales y mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros.

También la LOPJ se refiere a la acción del MF en este sentido, cuando en su art. 14 menciona que el juez o magistrado que se considere perturbado o inquietado en su independencia lo debe poner en conocimiento del CGPJ y del juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado (ap. 1º), y el MF de oficio o a petición de aquellos promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (ap. 2º).

Las acciones a que se refiere el precepto deben entenderse referidas, por una parte, a las que penalmente procedan por conductas dirigidas a menoscabar, inquietar o perturbar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional -por

ejemplo, amenazas o coacciones- y, por otra parte, las que sean pertinentes como consecuencia de ciertas conductas propias de jueces y magistrados, que hagan dudar de dicha independencia.

Además, el MF será parte en el proceso de reclamación al Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 293.1c LOPJ) como en el eventual proceso de repetición contra jueces y magistrados (art. 296 LOPJ).

En el supuesto de responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados, también se prevé la intervención del MF, concretamente en los casos de separación, suspensión, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación.

5. La esfera legal de la potestad de acusar: artículos 124.2 CE, 105 Lecrim, 2.1 y 3.4 EOMF

La misión encargada por el legislador al MF viene marcada básicamente por el principio de legalidad consagrado constitucionalmente, pero además es necesario abordar concretamente cuáles son los preceptos que específicamente le habilitan para poder considerar márgenes de discrecionalidad como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

El art. 124.2 CE dice: "El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad".

Como se comprueba, la norma constitucional, reincide en la legalidad, que en este caso no debe interpretarse como necesariamente equivalente a la obligatoriedad de ejercitar la acción penal cuando se esté en presencia de una *notitia criminis*, referencia en la que insiste el art. 105 Lecrim cuando dice:

“Los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente para querrela privada (...)”.

El art. 3.4 EOMF, viene a ratificar lo anterior cuando dispone: “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:“(...) Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”.

Todo ello implica que en principio, de acuerdo con el principio de legalidad, se obliga al MF a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de delito y que llegue a su conocimiento, sin que deba atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia. Así pues, debe decidir si concurren los presupuestos de hecho y de derecho para mantener una acusación, que debe basarse en un juicio de probabilidad y que viene determinada por la calificación jurídica de los hechos.

Además, aun siendo cierta la sumisión al principio de legalidad, el MF asume la condición de parte en los procesos en los que interviene, si bien conforme al principio de imparcialidad que rige igualmente su actuación, lo hará con ausencia de interés subjetivo alguno en los asuntos en los que sea parte y con actitud que implique la aplicación seria y rigurosa del ordenamiento jurídico.

No obstante, esta necesidad en el ejercicio de la acción penal por el MF ha sido matizada en nuestro proceso penal por la posibilidad, como se ha dicho antes, de incorporar el principio de oportunidad reglada, como complementario al de legalidad y en este sentido, por la misma referencia del art. 105 Lecrim a “ejercitar (...) acciones penales que consideren procedentes”, se han admitido

interpretaciones como la de CONDE PUMPIDO FERREIRO, quien afirma que la cláusula "consideren procedentes", indica que, acorde a la realidad del momento, se atenúa el principio de necesidad del ejercicio de la acción penal que generalmente se ha visto incorporada a dicho precepto, de forma que el modelo constitucional del MF, a quien se atribuye como misión esencial promover el ejercicio de la función jurisdiccional y procurar la satisfacción del interés social ante los Tribunales, permite el acogimiento y utilización del principio de oportunidad, reglada y bajo control, configurando al MF como instrumento útil para la adaptación en el tiempo de la norma jurídica a la realidad social¹⁶³.

Por ello se ha dicho que la consideración de ejercitar las acciones penales procedentes puede entrañar cierto margen de discrecionalidad en su ejercicio, sobre todo en supuestos concretos de criminalidad de *bagatela*, ante todo por la finalidad de obtener una disminución de la sobrecarga de trabajo de la jurisdicción provocada por el notable aumento de la delincuencia en su modalidad de pequeña criminalidad¹⁶⁴.

Otra de las direcciones que justifican la aplicación del principio de oportunidad reglada, es la de la justicia alternativa, aceptándose planteamientos de política criminal que obedecen a la mejor reparación de los derechos violados de las víctimas o la más probable rehabilitación o reinserción del delincuente.

¹⁶³ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., *Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada*, en Libro homenaje a Beristain, San Sebastián, 1989, p. 1020.

¹⁶⁴ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, *cit.*, p. 14, compara el proceso español con el alemán, donde rige con cierta frecuencia el principio de oportunidad jurídica en la persecución de este tipo de delitos de escasa relevancia.

En este sentido, y en lo que afecta a la mejor reparación de los derechos de las víctimas, se han formulado planteamientos donde sería posible una mediación penal, únicamente para infracciones de menor gravedad, como son las faltas o delitos de escasa relevancia -pequeñas estafas, apropiaciones indebidas, daños-, en los que si constara un acuerdo reparador entre el autor y la víctima, el MF, por ejemplo, valorando los términos del acuerdo, las circunstancias del caso y de las partes, podría decidir si debe acusar o, en su caso, solicitar el sobreseimiento¹⁶⁵. De esta manera se otorgaría al MF un cierto margen de discrecionalidad dentro del ámbito de delitos acotados por el legislador y con base en una serie de criterios, como podrían ser el propio contenido del acuerdo reparador o la reincidencia o la peligrosidad del autor.

Realmente, estos mismos criterios se encuentran actualmente vigentes para, en fase de ejecución de sentencia, pronunciarse sobre la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, ya que los requisitos establecidos en los arts. 81 y 88 del CP, no operan de forma automática y puede atenderse, para denegar la concesión de dichos beneficios, a criterios discrecionales como los mencionados.

En definitiva, este principio de oportunidad reglada no ha sido recogido por nuestro proceso penal con carácter general¹⁶⁶, pero para poder conocer en

¹⁶⁵ Para ver algunas propuestas sobre la mediación penal en el proceso, es interesante el artículo de DEL RIO FERNÁNDEZ, J.L., "El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad", *Diario la Ley*, núm. 3, 2006.

¹⁶⁶ No es así en el proceso de menores, donde el fiscal, a salvo sus facultades instructoras, ejerce una función de mediador, de forma que ponderando la rehabilitación del menor infractor y la pronta reparación de la víctima, protegiendo ambos intereses, puede dictar resolución de archivo de la causa conforme a este principio de oportunidad.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

detalle los márgenes de decisión del MF una vez vistos los fundamentos legales que condicionan su actuación y la discrecionalidad que puede conllevar la introducción de una oportunidad reglada, es necesario atender a los elementos o parámetros jurídicos que pueden configurar su decisión.

CAPÍTULO IV

EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA ACUSACIÓN

1. La constatación de hechos presuntamente delictivos

El primer paso que el representante del MF realiza en el ejercicio de la acción penal como facultad de acusar, es el relativo a la constatación de los hechos en los que debe basarse la acusación, hechos que en la mayoría de los casos vienen dados por el contenido de la propia denuncia de parte, querrela o atestado policial y que son remitidos al Juzgado de Instrucción correspondiente para su reparto¹⁶⁷.

Este primer paso consiste en tomar en consideración aquellos hechos que pueden revestir las características de una infracción penal, ya sea delito o falta,

¹⁶⁷ Aquí es importante el papel del MF como cauce al Juzgado de Instrucción conforme a lo previsto en el art. 773.2 Lecrim, en el sentido de que las denuncias presentadas ante su sede, son tramitadas como Diligencias de Investigación Penal, y una vez repartidas al fiscal que por turno de reparto corresponda, solicitando en su caso, aquellas diligencias que estime pertinentes, si se considera que los hechos revisten indiciariamente las características de delito, se remitirán las actuaciones al Juzgado de Instrucción que se estime competente. En otro caso, se decretará el archivo de las actuaciones, comunicando dicha decisión al denunciante o perjudicado al objeto de que pueda reiterar su denuncia ante el Juzgado de Instrucción. No hay que olvidar que obviamente, aunque lo diga el precepto, las actuaciones deberán archivar si se tiene conocimiento de que existe un procedimiento judicial por los mismos hechos. En el mismo sentido, el art. 5 EOMF (nueva redacción por Ley 24/2007, de 9 de octubre), reitera lo anterior, añadiendo que las diligencias del MF no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, pudiéndose, no obstante, ordenar la detención preventiva, gozando las diligencias que se practiquen por el MF o bajo su dirección, de presunción de autenticidad, inspirando la práctica de dichas diligencias, los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.

y en este sentido dicha labor puede considerarse como integradora de la previa investigación que el Juez Instructor ha dirigido desde el inicio del proceso.

Salvo en aquellos delitos que son perseguibles a instancia de parte, el ejercicio de constatación de hechos se basa en un interés público que es preciso garantizar, si bien este primer ejercicio en nuestro proceso penal lo puede realizar tanto el MF -por las denuncias recibidas directamente en su sede- como el Juez Instructor, siendo el MF el que, a la vista de esa primera constatación en ocasiones de forma indiciaria, decida si los hechos pueden revestir las características de una infracción penal y, por tanto, a su juicio, deba seguirse la investigación hasta la fase intermedia.

Una vez decidido que los hechos son constitutivos de dicha infracción, debe dirigirse la acusación basada en los mismos hacia una persona cierta, imputado en fase de investigación, acusado en fase intermedia.

En este sentido, la apertura de la fase intermedia que da lugar al ejercicio de la acusación por el MF, implica que el instructor realice un juicio de probabilidad respecto del grado de participación del imputado en los hechos presuntamente delictivos¹⁶⁸. Dicho juicio de probabilidad debe formarse en la fase de investigación, en la que el papel del MF en la práctica muchas veces es

¹⁶⁸ Así lo afirma ORTELLS RAMOS, M., en *Cuatro aproximaciones...*, *cit.*, p. 309 cuando refiriéndose a las funciones de la instrucción en el proceso justifica el juicio de probabilidad en el interés de los posibles acusados a no verse sometidos, sin base suficiente, al debate de un juicio oral, que por si mismo ya puede implicar daños morales y desprestigio social para los mismos.

más que relevante, ya que deben evitarse las acusaciones sin suficiente fundamento¹⁶⁹.

En la fase intermedia el escrito de acusación del MF debe basarse en los elementos de convicción que son deducidos de los datos relevantes que han surgido durante la fase de investigación y que han constituido propiamente las fuentes de prueba, que el MF, en ocasiones, ha dirigido y asegurado¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Resulta evidente que el instructor suele dar traslado al MF de las actuaciones durante la fase de investigación al objeto de que este solicite diligencias a practicar para evitar en lo posible cerrar esta fase sin que el mismo haya efectuado un juicio valorativo de los elementos probatorios que debe disponer, de forma que en su caso, si lo estima conveniente al considerar que no es necesario practicar más diligencias, puede interesar, como por ejemplo en el Procedimiento Abreviado, el trámite de inicio de la fase intermedia conforme se prevé en el artículo 779.4ª Lecrim, lo que implica que considera que reúne de elementos suficientes para poder mantener una acusación.

¹⁷⁰ Esto no quiere decir en absoluto que las diligencias que se practiquen a instancia y bajo la dirección del MF, gocen siempre de valor probatorio, ya que esto sería una excepción a la regla general de que únicamente vinculan a los órganos jurisdiccionales aquellas que se practiquen el acto del juicio oral. La Circular de la FGE 1/1989, de 8 de marzo, pone de manifiesto que las diligencias practicadas carecerán de valor probatorio, refiriéndose al antiguo art. 785 bis.2 Lecrim (actual 773.2 Lecrim), ya que la referencia a las garantías no se predica igualmente respecto de las formalidades y efectos, que obviamente sólo se tiene atribuida por ley al juez o tribunal. En este sentido, MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio..., cit.*, p. 214.

La IFGE 2/2008, sobre las funciones del fiscal en la fase de instrucción, después de recordar que el fiscal debe velar para que el sistema de justicia penal sea lo más rápido posible con base en las Recomendaciones 18/1987 y 19/2000 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, afirmaba que "(...) Ni el hecho de que la investigación de las infracciones penales se inicie directamente ante el Juzgado de Instrucción ni la eventual remisión a dicho órgano de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal supone que este pueda relajar su obligación de continuar coadyuvando activamente al buen fin de la instrucción (...) es lo cierto que las últimas modificaciones parciales desde la introducción del procedimiento abreviado por

A esto se refiere concretamente el art. 5.2, 2º párrafo, del EOMF cuando dispone que todas las diligencias que el MF practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad, si bien el alcance de este precepto debe matizarse, ya que la CFGE 1/1989, de 8 de marzo, indicó que se trataba de una autenticidad formal -diligencia practicada y constancia documental de la misma- y que dicha autenticidad se limitaba a la fase previa al juicio oral y no era efectiva durante la celebración de este¹⁷¹.

Ley 7/1988, de 28 de diciembre se orientan a profundizar en el principio acusatorio, potenciando el rol protagonista del Ministerio Público en la fase de instrucción. Esta tendencia se reforzó con la reforma operada por Ley 38/2002 cuya Exposición de Motivos subraya las nuevas responsabilidades atribuidas al fiscal para contribuir al éxito de la instrucción: la participación activa del Ministerio Fiscal...cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma.(...) La esencia del fiscal como promotor de la Justicia es la asunción de la iniciativa procesal, defendiendo la legalidad procesal desde una posición activa, estimulando el desenvolvimiento ágil de las actuaciones. La Fiscalía siempre ha exteriorizado su clara voluntad de cumplimiento de tales cometidos". La citada Instrucción concluye, en este papel del MF como responsable -junto con el juez- de la instrucción, afirmando: "(...) Sin perjuicio de las competencias del Juez de Instrucción, no pueden los Sres. Fiscales delegar en este la responsabilidad de llevar a cabo una correcta y eficaz investigación. A estos efectos, debe partirse de que es el Fiscal quien está en mejor posición, en tanto va a defender su pretensión en el acto del juicio oral, para orientar la instrucción".

¹⁷¹ ORTELLS RAMOS, M., "Nuevos poderes...", *cit.*, p. 241, señalaba que compartía dicha limitación, pero evidentemente no resultaba así del propio tenor del precepto y que la presunción de autenticidad podría llegar a justificarse para evitar la ratificación personal en el juicio del fiscal investigador, que se entiende de esta manera, como creador de unos documentos fehacientes, es decir, de hacer fe por si mismos en el juicio sin necesidad de apoyo alguno.

En definitiva, en esta primera fase de constatación de los hechos, se produce un primer ejercicio de valoración por el MF, en el sentido de que deberá apreciar cuál es el grado de probabilidad de que los hechos presuntamente delictivos puedan probarse adecuadamente en el juicio oral, teniendo en cuenta las fuentes de prueba que puedan recabarse durante la fase de investigación que se inicie.

2. El pronóstico de la prueba: probabilidad de éxito de la acusación

La obtención de pruebas suficientes para poder mantener una acusación se ubica en la función preparatoria del juicio oral, de forma que la apertura de este depende, eventualmente, de la calidad de las fuentes de prueba obtenidas para el caso concreto¹⁷².

Durante la investigación, de forma general, se han obtenido aquellas fuentes de prueba necesarias para poder iniciar la fase intermedia del proceso y, a través del auto de imputación, pasar el turno a las acusaciones.

En esta fase es donde verdaderamente el MF debe realizar el ejercicio de valorar si las fuentes de prueba obtenidas son suficientes para seguir adelante con una determinada acusación y configurar así el escrito de calificación, incluyendo en este todo tipo de pruebas que en ocasiones han venido

¹⁷² A efectos teóricos, debe diferenciarse entre fuentes de prueba, medios y la prueba propiamente dicha. Las fuentes serían aquellos elementos o antecedentes en principio externos al proceso en los que pueda fundarse el conocimiento de los hechos que importan al propio proceso. Los medios serían los protocolos o procedimientos por virtud de los cuales dichos antecedentes se incorporan al proceso con la finalidad de lograr el convencimiento psicológico del juez sobre la certeza de tales hechos. La prueba sería el resultado de la valoración efectuada por el juez sobre la certeza de tales hechos en función de los medios obtenidos.

garantizadas por la adopción de medidas cautelares o, en su caso, solicitando otras diligencias que estime necesarias para completarlas¹⁷³.

Esto último es importante en el proceso español ya que no debe olvidarse que en el mismo rige el principio de investigación oficial, que implica que el Juez Instructor es el director de la investigación y, por tanto, no siendo parte acusadora, el examen sobre la calidad de las fuentes de prueba deberá ser efectuado por el MF pudiendo solicitar, a la vista del resultado de las practicadas, aquellas que considere necesarias para completar su acusación.

En este sentido, el MF realiza un ejercicio de probabilidad sobre los hechos presuntamente ilícitos, sobre las posibilidades de que prospere una acusación basada en las fuentes de prueba aportadas o que puedan aportarse, y, con base en ello, el Juez Instructor podrá perfilar, en su caso, el título de imputación, si considera suficiente el resultado conjunto de los medios de prueba propuestos por el MF, para imputar, indiciariamente, unos hechos presuntamente delictivos a una persona o personas determinadas.

La valoración sobre el pronóstico de prueba por el MF no siempre se produce en la práctica de forma exhaustiva, ya que existen supuestos en los que los imputados, antes de que el representante del MF pueda finalizar su análisis, sobre todo en sede de juicios rápidos, reconocen los hechos sin que verdaderamente existan otras fuentes de prueba que probablemente serían

¹⁷³ ORTELLS RAMOS, M., "Nuevos poderes...", *cit.*, p. 235, indicaba como uno de los actos materiales de las partes –incluido el MF– en el proceso penal era el de averiguar de que fuentes de prueba se disponía para "(...) demostrar (en el juicio) el fundamento de la acusación y (antes del juicio) la probabilidad de ese fundamento a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida".

necesarias para asegurar en mayor medida la acusación. Obviamente, el reconocimiento de los hechos por parte del imputado, luego acusado, en este tipo de procesos, evita la mayoría de las veces la celebración del juicio oral, al conformarse con el contenido del escrito de calificación jurídica presentado por el MF¹⁷⁴.

Una vez iniciado el juicio oral, si el acusado confiesa los hechos, este propio acto ya supone la práctica de una prueba, la de confesión en el interrogatorio del acusado, pudiendo, tanto el MF como la acusación particular, en su caso, renunciar al resto de las pruebas propuestas¹⁷⁵.

¹⁷⁴ En la práctica, el análisis de las pruebas que resultan de la breve investigación en los juicios rápidos, se efectúa de forma urgente por el MF, sobre todo el contenido de la denuncia o atestado y en la mayoría de las veces, no se está presente en la declaración de imputado ni tampoco en las testificales que en su caso, estime conveniente el Instructor, de forma que el escrito de acusación se realiza en muchas ocasiones sin la *inmediación* necesaria que en ocasiones convendría y se despacha directamente el traslado previsto en el art. 798. 1 Lecrim, interesando la adopción o no de medidas cautelares y la apertura de juicio oral, si se considera que las pruebas obtenidas son suficientes para mantener una acusación. Realizado este trámite, es necesario tratar oralmente el tema de la conformidad con el letrado de la defensa, si no se ha hecho antes, al objeto, sobre todo, de perfilar las penas ya que el acusado se beneficia de la reducción del tercio respecto de la que será pedida en el escrito de calificación.

¹⁷⁵ El art. 688 Lecrim, se refiere al trámite que debe iniciar el presidente del tribunal, preguntando a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito por el que se le haya imputado, con las responsabilidades civiles derivadas. En la práctica, ya sea ante el Juzgado de Lo Penal o ante la AP, el Juez de Lo Penal o presidente, en su caso, en el trámite de cuestiones previas, da traslado a las acusaciones, y estas, habiendo pactado momentos antes la conformidad con la defensa, manifiestan los términos del acuerdo ante el tribunal -inicialmente lo concreta el MF-, preguntando el Presidente seguidamente al acusado si reconoce los hechos y el resto del contenido de la acusación (circunstancias modificativas, calificación de la infracción, penas solicitadas y responsabilidad civil). En caso afirmativo, quedan conclusos los

En definitiva, el MF, en este ejercicio de valoración de las fuentes de prueba, viene a adelantar lo que más tarde puede configurarse como base para formular una acusación que, en ocasiones, puede condicionarse por criterios formados por reglas de experiencia o convicción que no dejarían de contener ciertos rasgos discrecionales, sobre todo, como a continuación se verá, en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados que pueden contener algunas de las normas que tipifican ilícitos penales.

3. El alcance de los conceptos jurídicos indeterminados en el proceso penal como margen de discrecionalidad: traslación de las tesis administrativistas

Los conceptos utilizados por la leyes, pueden ser determinados o indeterminados y la diferencia principal entre ambos radica en que en los primeros el ámbito de la realidad se delimita por la norma de una manera precisa, mientras que en los segundos no.

No han faltado intentos en nuestra doctrina de trasladar al campo del proceso penal los postulados administrativistas, consistentes en distinguir las actuaciones discrecionales de las que tienen lugar mediante la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados¹⁷⁶.

autos para sentencia, que será de conformidad entre lo pactado por las acusaciones y la defensa.

¹⁷⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Por un Ministerio Público...", *cit.*, p.128, cita a Delgado Barrio quien propuso dicha doctrina en su trabajo "El principio de oportunidad en el proceso penal. Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados", en AAVV, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

Por tanto, uno de los aspectos más relevantes del ejercicio de la acusación, donde puede cobrar especial relevancia un cierto grado de discrecionalidad en la actuación del MF, como cualquier otro órgano regido internamente por criterios administrativos¹⁷⁷, vendría marcado por la indagación de posibles conceptos jurídicos indeterminados ante un supuesto concreto.

No obstante, la doctrina administrativista ha diferenciado la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, afirmando que en esta teoría el ejercicio de la potestad administrativa -en nuestro caso trasladable al MF-, es condicionada legalmente a través de dichos conceptos que generalmente describen de forma abstracta hipótesis de hecho normativas, de forma que cuando la ley condiciona el ejercicio de la potestad administrativa a través de un concepto jurídico indeterminado, sólo admite una solución justa, que sería aquella derivada de la integración de los hechos (o subsunción) en el marco del concepto por un proceso lógico-jurídico¹⁷⁸.

¹⁷⁷ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo: Organización y empleo público (Tomo II)*, Marcial Pons, 20ª ed., Madrid, 2008, p. 44, refiriéndose a los principios de la organización administrativa, destaca el principio de jerarquía como la técnica más elemental y tradicional en la distribución de competencias en una organización, conforme a sistemas de estructuración escalonada y normalmente piramidal de los diferentes órganos, "(...) en virtud del cual los de nivel superior mandan sobre los del inferior, cuya actividad dirigen y controlan para reducir a unidad y coordinar hacia un determinado fin la actividad de conjunto". Por tanto, es evidente que la actuación del MF, dotado de esa estructura y con arreglo al principio mencionado, viene igualmente condicionada por dicho marco.

¹⁷⁸ Así lo pone de manifiesto SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 118, cuando añade que la idea de la solución justa y verdadera, integrada en conceptos reglados, "...se apoya en un concepto transcendente de Justicia (y de Verdad) y en una fe absoluta en las posibilidades del discernimiento humano, idealismo que no es fácil compartir".

En este sentido, no se puede hablar de discrecionalidad cuando se trata de interpretar conceptos jurídicos indeterminados que puedan venir incorporados por las normas, de forma que para afirmar en cada caso si la realidad ofrece base para sustentar que un elemento normativo concurre -y, en consecuencia, la actuación es ajustada a la norma-, es necesario especificar el significado y verificar si los datos de la realidad lo sostienen en concreto.

Pero esta operación de razonamiento no está exenta de dificultades y puede darse la posibilidad de que se mantengan diferentes opiniones, que den lugar a distintas decisiones, en el intento de concretar el significado del concepto normativo y su correlación con el hecho producido¹⁷⁹.

En esta teoría, una importante parte de la doctrina sostiene que no son incompatibles los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad, al poder concurrir al mismo tiempo, por una parte, ciertos elementos imprecisos

¹⁷⁹ SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 116, se refiere a las diferentes posturas doctrinales y a la doctrina del TS en esta materia, concluyendo una parte de esta última la posibilidad de varias versiones -o soluciones- válidas ante un mismo supuesto, poniendo en cuestión el que exista una única solución jurídicamente aceptable y por tanto, la decisión judicial no tendría necesariamente que respetar un margen determinado de apreciación efectuado por la Administración, sino que debería apurar por si misma la interpretación del concepto jurídico y su aplicación al caso concreto, llegando incluso a efectuar valoraciones con criterios ajenos al ámbito jurídico, según su justo saber y entender. Pero más adelante se verá como en el ámbito contencioso-administrativo, según este mismo autor, la decisión judicial no es tan amplia, al no ser totalmente autónoma de la decisión administrativa que debe enjuiciar, ya que aquella debe centrarse en controlar exclusivamente la legalidad de la actuación administrativa, absteniéndose, a diferencia del juez penal o civil, de efectuar valoraciones sobre los hechos realizadas por la Administración si estas juegan en el margen de lo opinable, sin infringir, por tanto, los límites legales.

de normas rectoras de la actuación administrativa, y de otra, la atribución por la norma a la Administración de una estricta potestad discrecional¹⁸⁰.

Esto ha llevado a entender que, en dichos supuestos, la Administración recibía un poder discrecional, porque optaba -con la eficacia jurídica propia de sus actos- por alguna de las posibilidades de dar sentido al elemento normativo impreciso y cualquiera que fuera la opción: actuar, no actuar, cómo, cuando, con ajuste a la norma o de forma indiferente¹⁸¹.

La doctrina administrativista distingue, respecto de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, la zona de certeza positiva -el núcleo del

¹⁸⁰ ATIENZA RODRIGUEZ, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica ", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 85/1995, Estudios, Ed. Civitas Madrid, enero 1995, p. 22, afirma que si bien la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados tienen elementos comunes ya que las directrices también contienen conceptos jurídicos imprecisos, se distinguen básicamente porque la primera es el resultado de regular de una cierta forma la conducta (es opuesta a conducta reglada) y los segundos son un rasgo de un cierto tipo de normas que se oponen a aquellas que son carentes de vaguedad.

¹⁸¹ MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España (Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 331, se refiere al apoderamiento discrecional *strictu sensu*, cuando el legislador contiene en la norma de forma precisa y expresa, el criterio de quien haya de realizar una valoración, apreciación o juicio, confiriéndole por tanto, facultad discrecional para valorar un concepto normativo indeterminado, poniendo como ejemplos, la facultad de apreciar conceptos como *necesidades del tráfico, conveniencia para la economía nacional o destacado interés público*.

concepto-, el halo de incertidumbre -supuestos de dudoso encaje- y la zona de certeza negativa -casos que claramente no encajan en el supuesto-¹⁸².

Por tanto, dentro de esa zona de duda, la actuación probablemente no será considerada contraria al ordenamiento jurídico, terminando por reconocer a la Administración un "margen de apreciación" en la función de verificar en concreto si concurren los conceptos jurídicos indeterminados que se establecen en la norma¹⁸³.

La STC de 12 de junio de 1996 ¹⁸⁴, indicaba que dicho margen de apreciación se daba en la zona intermedia o de incertidumbre, cuando en su FJ 9º decía: "(...) siendo la dificultad para la obtención de ciertos fines un concepto jurídico indeterminado, la intensidad de este control ha de quedar matizada separando aquellos casos en los que de forma patente y manifiesta no se aprecie dificultad para conseguir unos efectos sin necesidad de la afiliación obligatoria -zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado- y

¹⁸² PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, ed. Marcial Pons, 16ª ed., Madrid, 2007, p.106 y SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 120.

¹⁸³ PARADA VÁZQUEZ, R., *Ibidem...*, cit., p.106, destaca este margen de apreciación, no estrictamente de discrecionalidad, y tras citar varias SSTs, resalta la de 9 de diciembre de 1986 (ROJ 6840/1986), ponente Sr, Martín Martín, donde su FJ 2º decía: " El supuesto aquí examinado es análogo al resuelto por Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1986 e igual que entonces debe reiterarse que la facultad de apreciación discrecional no supone una atribución de poder arbitrario (artículo 9.3 de la Constitución y Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero y 18 y 21 de junio de 1985, 17 de enero y 8 de marzo de 1986), unido a supuestos en que la autoridad gubernativa incida en error por no apreciación adecuada o correcta de los hechos determinantes o dar por vigentes (existentes) hechos negativos (obstativos) que jurídicamente no merezcan tal calificación, ...".

¹⁸⁴ STC 107/1996 (BOE 12-7-1996), ponente Sr. Delgado Barrio.

aquellos otros en los que tal dificultad pueda ofrecer duda -zona de incertidumbre o penumbra del concepto-: mientras que en aquellos este Tribunal está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en estos, en cambio, ha de recordarse que el Tribunal Constitucional no puede erigirse en Juez absoluto de dicha dificultad, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación”.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados muestra sus límites para intentar aislar la discrecionalidad, pero esta reaparece, en cierto modo, en el margen de apreciación, convertido en la práctica, en margen de decisión. La decisión será válida si la estimación no ha caído en la zona de certeza negativa del concepto.

En nuestro caso, el fiscal deberá analizar si al supuesto concreto corresponde aplicar una determinada norma que tipifique los hechos y, en caso afirmativo, si la norma contiene algún concepto jurídico indeterminado que además sea de difícil determinación. En ese caso, deberá valorar el alcance de la aplicación de dicho concepto al supuesto, valoración que será esencial para la calificación jurídica de los hechos y en la que deberá atender a criterios técnicos o de experiencia. Este ejercicio, en el momento de decidir la acusación, supone realizar un juicio de probabilidad de los hechos presuntamente delictivos con base en las fuentes de prueba de que se disponga en cada caso.

Por tanto, con independencia de la configuración formal que se le otorgue a la acción penal en cada ordenamiento, resulta obvio que, en muchas ocasiones en las que se ejercita por el MF, suelen adoptarse decisiones que distan de ser automáticas.

Esto es así porque respecto de un supuesto concreto, pueden existir diferentes soluciones conforme al ordenamiento aplicable, porque en definitiva ninguna norma puede regular la operación de subsunción encomendada al MF por la simple razón de que se trata de una operación intelectual realizada según sea el caso, teniendo en cuenta además las diversas circunstancias que concurren.

Obviamente, esto implica un reconocimiento inevitable de márgenes de discrecionalidad en la actividad tanto del juez como del fiscal ya que son aplicadores de normas jurídicas.

El MF actúa como un operador jurídico, no como un profesor, un médico o un ingeniero, quienes pueden basar su actividad en reglas o criterios exclusivamente técnicos.

Considerar si los hechos que constan en un atestado o denuncia son presuntamente delictivos, la concurrencia de pruebas suficientes durante la investigación para poder formular una acusación, la calificación más adecuada a los hechos teniendo en cuenta ciertos matices que podrían cambiarla, la pena que debe pedirse dependiendo de ciertos criterios y su graduación, qué fundamento o argumentación jurídica debe hacerse valer en el juicio oral para mantener la acusación, la estrategia procesal que debe seguirse dependiendo de cómo se desarrolle el juicio oral, todos ellos son supuestos que en la práctica, no siempre tienen una única respuesta, pero que obedecen, no sólo a criterios técnicos, sino además a criterios interpretativos que afectan a todo operador jurídico, al valorar la aplicación de la norma al caso concreto que se le presente.

La discrecionalidad que utiliza el MF en dicha operación no es absoluta porque está unida a la interpretación, a la necesidad de heterointegración de los

enunciados normativos en una determinada acción, basándose en los elementos probatorios que tenga al alcance¹⁸⁵.

Por tanto, ese ámbito de discrecionalidad en el cual se desenvuelve el MF, presupone una operación de valoración de los hechos presuntamente ilícitos y de interpretación y aplicación de la norma penal. A esta última operación de interpretación y de qué forma, técnicamente, debe aplicarse la norma, se le ha denominado por algún autor, "discrecionalidad técnica o interpretativa"¹⁸⁶, basándose en los argumentos de la doctrina administrativista.

Siguiendo con la construcción de esta doctrina, se ha dicho que en ningún caso recibiría una sanción jurídica negativa la actuación de la Administración en los supuestos dudosos de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, ya que el enjuiciamiento jurisdiccional de su actuación no podría proyectarse sobre el ejercicio de apoderamientos discrecionales, porque aquel es un enjuiciamiento estrictamente jurídico y estos apoderamientos se hallan en el plano de lo jurídicamente indiferente. Pero, por otra parte, sí que se fiscalizaría si la valoración realizada por la Administración es lícita en el sentido de no desbordar los límites del concepto aplicable, en concreto, si dicha interpretación expresa la solución ajustada a la norma, pero, en cualquier caso, el órgano judicial no podrá entrar en el debate sobre si hay otras valoraciones posibles o preferibles a su juicio¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Por un Ministerio Público...", *cit.*, p. 128.

¹⁸⁶ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, *cit.*, p. 15.

¹⁸⁷ SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, *cit.*, p. 121, nos indica que ello no quiere decir que el Juez de lo contencioso-administrativo en estos casos deba atenerse a la valoración de los hechos realizada en sede administrativa o que no pueda probar en el proceso el error de apreciación administrativo.

Por consiguiente, puede verse que el debate sobre los actos discrecionales se ha centrado más en el análisis de las técnicas de control que sobre el contenido de los mismos, es decir, más en precisar sus límites, que en reconocer su propia existencia¹⁸⁸.

En nuestro caso, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá cuando se trate el apartado relativo a los sistemas del control en la actuación del MF, resulta evidente que ese control, tanto jurisdiccional como interno dentro del propio sistema de jerarquía del MF, podrá realizarse sobre aquellos aspectos de la acusación que puedan ser claramente tenidos en cuenta para poder ser valorados, sobre todo, en lo que concierne a la apreciación de los hechos en los que se base la acusación, la propia calificación de los mismos como ilícitos o no, en su caso, con encaje adecuado en las normas penales vigentes e incluso la ponderación y proporcionalidad de la pena a imponer.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido exagerada al entender que es aplicable a conceptos tales como interés público o interés general -conceptos de especial relevancia en el actuar del MF-, ya que dichos intereses son directivos igualmente de toda potestad administrativa, incluso de la conferida por la ley como discrecional, si se entiende que puede ser jurisdiccionalmente verificada su correcta concreción hasta sus últimas consecuencias, eliminando los apoderamientos discrecionales incluso cuando son tan claros.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, afirma que la idea de interés público o de interés general, es un concepto legal de alcance indeterminado ya que no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un

¹⁸⁸ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I...*, cit., p.104.

supuesto dado y la primera de las leyes que utiliza el concepto es la CE, poniendo, como ejemplo, entre otros, el art. 124.1 CE, donde el MF promoverá la acción de la justicia en defensa del *interés público*¹⁸⁹.

Siguiendo la doctrina sobre este tema, con esta teoría se trataba desde el inicio de distinguir la discrecionalidad de unos elementos normativos imprecisos, pero en cuya aplicación no hay libertad de elección ya que se trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias de un hecho real concreto¹⁹⁰.

Los conceptos jurídicos indeterminados son abundantes en todas las esferas jurídicas -Derecho civil: buena fe, negligencia..; Derecho penal: temeridad manifiesta, notoria importancia, nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos, extrema gravedad..; Derecho administrativo: utilidad pública, necesidad de urgente ocupación, justiprecio expropiatorio, estado de ruina, fuerza mayor, proposición más ventajosa-, pero la calidad de su contenido es diverso -

¹⁸⁹GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración.*, Thomson Aranzadi, 5ª ed, ampliada, Cizur Menor, Navarra, 2000, p. 231.

¹⁹⁰ Así lo pone de manifiesto PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I...*, cit., p.106, cuando menciona la postura -coincidente con ellos-, de García de Enterría y Fernández Rodríguez, en el sentido de afirmar que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es general a toda normación y el Juez de lo contencioso-administrativo puede fiscalizar sin esfuerzo tal aplicación, valorando si la solución adoptada es la única justa que la ley permite, pero no puede fiscalizar el contenido de una decisión discrecional, siempre que se haya adoptado con los límites legales de apreciación y demás generales -interés público-, ya que implica una libertad de elección entre alternativas igualmente justas ya que la decisión se basa en criterios extrajurídicos -oportunidad, económicos...-, no incluidos en la norma y por tanto susceptibles de juicio subjetivo.

valoraciones éticas o estéticas, constataciones experimentales, apreciaciones técnicas, etc-.

Por otra parte, se pueden ver en la normativa administrativa, innumerables ejemplos de normas que conceden apoderamientos discrecionales a la Administración y algunos de ellos se centran en conceptos como: exonerar el cumplimiento de ciertas condiciones; concesión de autorizaciones atendiendo a la concurrencia de diversos criterios; concesión de subvenciones cuando se contribuya a ciertos fines de interés general, económico y social; la concesión de aguas para un uso privativo será discrecional, si se considera necesario o conveniente.

4. Los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del Derecho Penal

La tesis penalistas sobre los conceptos jurídicos indeterminados han evolucionado desde la jurisprudencia del TC partiendo del principio de taxatividad o determinación de los tipos penales, en la función de garantía de la seguridad jurídica que tal principio está llamado a desempeñar en la materia.

El principio de legalidad y el mandato de taxatividad, prohíben la indeterminación absoluta en la tipificación penal, de forma que, aun siendo relativa la indeterminación de los tipos penales, no debe presentar un grado tal que impida su concreción con arreglo a determinados parámetros objetivos y, por lo tanto, sólo la haga posible a través de una decisión de carácter discrecional por parte del aplicador de la norma.

Esto la diferencia de la teoría administrativa, donde, en principio, como se ha dicho, la función no es de valoración de hechos, sino de control de legalidad de la actuación administrativa. Sin embargo, el juez en materia penal, no sólo está obligado al control de legalidad en diferentes momentos del proceso penal

-desde el trámite por diligencias previas, en su caso, hasta el propio juicio oral-, sino además lo está para valorar libremente los elementos probatorios que se deduzcan del proceso, según reglas de la sana crítica.

Desde luego, la función del MF no es la de decidir el contenido de la resolución judicial que recaiga, pero sí que puede condicionarla dentro del ámbito de sus funciones, al delimitar el objeto del proceso en el momento de perfilar la acusación, donde el juez deberá limitarse a valorar aquellas pruebas que se hayan propuesto, sean admitidas y se practiquen –incluso a instancias del MF-, sin poder exceder de los márgenes de la acusación, por lo que el MF, en el momento de su análisis previo de los elementos que dispone para acusar, deberá efectuar su propia valoración *a priori* en el juicio de probabilidad sobre los hechos, sin perjuicio de lo que resulte del juicio y, en ese sentido, puede orientar con su intervención la propia interpretación judicial de los hechos y la conformación de conceptos jurídicos indeterminados que incluso la norma penal no haya integrado completamente.

Por ejemplo, puede darse el caso -no infrecuente-, de que el fiscal haya intervenido durante la fase instructora en un supuesto de acusación por delito de atentado solicitando diligencias de investigación y asistiendo a declaraciones, formulando el escrito de acusación en la fase intermedia y posteriormente, este mismo fiscal asista a la vista oral con el convencimiento de que del resultado de la prueba mantendrá la acusación. Aquí el concepto del art. 550 del CP, "resistencia activa también grave", es indeterminado y, en otro caso, básicamente cuando no se aprecie que existía por parte del acusado

“acometimiento” frente a los agentes, podría tratarse de un delito de resistencia del art. 556 del CP¹⁹¹.

En este caso el juicio de valor del fiscal sobre el ajuste de los hechos al concepto jurídico indeterminado necesario para integrar el delito, podrá ser más exacto que el del juez sentenciador en el sentido de que desde el inicio, en fase instructora, habrá asistido a las declaraciones de las partes y, por tanto, su valoración sobre la realidad de los hechos, simplemente por la inmediación en la instrucción, contendrá elementos de razonamiento que ayudarán en mayor medida a elaborar la convicción de que debe acusarse, en su caso, con base en dicha norma penal que tipifica el delito y en la que se integra el concepto, teniendo en cuenta los criterios o elementos -como el acometimiento mencionado, entre otros-, que la jurisprudencia u otras fuentes indiquen sobre el concepto de gravedad en estos supuestos.

¹⁹¹ La resistencia constitutiva de atentado ha de ser grave y activa. Por tal clase de resistencia ha entendido la Jurisprudencia del TS, “una conducta activa de enfrentamiento y empleo de fuerza, que no es necesario que se traduzca en agresión”. No es tarea fácil la delimitación de la resistencia constitutiva de atentado y la resistencia del art. 556 del CP. En este sentido, el Auto del TS (Sala 2ª) de 4 de octubre de 1995, ponente Sr. Montero Fernández Cid (ROJ: 1823/1995), marca dicha diferencia en los siguientes términos: “la resistencia leve o no atentatoria excluye la presencia de agresión o acometimiento. La gravedad de la resistencia, que permite distinguir el delito de atentado del de resistencia *stricto sensu*, supone el empleo de fuerza contraria a la acción de la autoridad, y su distinción demanda un detenido examen de las circunstancias de modo, lugar y tiempo que concurran en cada caso. En definitiva, pues, la conducta deberá encuadrarse en el delito de atentado cuando la oposición sea activa, violenta o abrupta, mientras que será típica del delito de resistencia cuando sea meramente pasiva, inerte, renuente e integre una terca y tenaz porfía que obstaculice la acción de los órganos o representantes del poder público”.

La idea de certeza en la descripción del supuesto de hecho en la norma penal es esencial para evitar la ausencia de arbitrariedad por parte de jueces y tribunales en la interpretación y aplicación de la misma, y ello conlleva un margen de seguridad que proporciona al sujeto individual el conocimiento preciso de las conductas sancionadas por la ley.

No obstante, la doctrina del TC ha venido invariablemente admitiendo la compatibilidad entre la exigencia de certeza que comporta el mandato de taxatividad, de un lado, y el recurso ocasional al uso de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación penal, bajo determinadas condiciones, de otro.

Se trata de un tipo de conceptos jurídicos cuya validez en esta sede está sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones que quedaron tempranamente fijadas en la jurisprudencia constitucional para ser después confirmadas en ulteriores resoluciones¹⁹².

El sentido último de estos requisitos evidencia el carácter excepcional de este recurso de la técnica legislativa, pero aun siendo excepcional, la utilización de estos elementos típicos indeterminados tiene cabida en nuestro Derecho, en consonancia con la apreciación en términos relativos del principio de seguridad jurídica, ya que, según el TC ¹⁹³, los conceptos legales no pueden

¹⁹² La STC 62/1982, de 15 de octubre, ponente Sr. Gómez Ferrer Morant, ya se refería al margen de apreciación en la determinación del concepto: "...De acuerdo con estas ideas, para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, ha de examinarse si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad, principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación".

¹⁹³ STC 69/1989, de 20 de abril, ponente Sr. García- Mon y González –Regueral.

alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad o precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos de ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable.

El mandato de taxatividad comporta, asimismo, el requisito de que el concepto utilizado, aun siendo indeterminado, posea un contenido semántico que resulte, al menos, determinable acudiendo a los criterios hermenéuticos tradicionales que son de uso común en nuestro Derecho.

Sobre esta cuestión, aunque partiendo en este caso del principio de tipicidad que rige en materia de sanciones administrativas, cuyo fundamento constitucional es esencialmente el mismo que el que se aprecia en materia penal, se ha hecho notar por el TC que el criterio de la determinabilidad podrá ser satisfecho cuando la indagación del significado de los conceptos indeterminados atienda a determinados criterios: “(...) No vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”¹⁹⁴.

Parece evidente que la concreción en la práctica de este tipo de conceptos indeterminados, deberá realizarse conforme a dichos criterios, otorgando al

¹⁹⁴ STC 69/1989, *cit.*, en nota anterior.

elemento típico indeterminado el significado menos restrictivo que sea posible sin perjudicar con ello la efectiva tutela del bien jurídico de que se trate¹⁹⁵.

No obstante, como decía el profesor COBO DEL ROSAL sobre este tema, las leyes penales, como todas las leyes, pretenden resolver conflictos sociales, pero estos cambian constantemente de signo, de forma que se hace imposible la elaboración de normas rígidas para que perduren en el tiempo, por lo que la mayor parte de los conceptos jurídicos que las integran tienen un núcleo conceptual difuso, de suerte que la exigencias de certeza se cumplirán, no mediante una absoluta taxatividad, sino a través de la exhibición permanente de una zona problemática, de duda e incerteza¹⁹⁶.

En conclusión, y a tenor de lo expuesto, resulta claro que en el proceso penal, la discrecionalidad del MF, deriva en gran medida de la interpretación y encaje en el supuesto de hecho de los conceptos jurídicos indeterminados -para cuya apreciación son necesarios conocimientos especializados-, que contemple la norma penal en cada caso.

Por tanto, partiendo de la base de que la discrecionalidad existe en el momento de decidir una acusación por el MF, puede plantearse la cuestión -a nivel jurídico, pero teniendo en cuenta los aspectos de política criminal u orgánica que pueden influir en su actuación en determinados supuestos-, de cómo se ejerce y qué sistemas hay para controlarla.

¹⁹⁵ En materia penal, al igual que en materia administrativa sancionadora, debe regir en la interpretación del concepto el principio de *favor libertatis*, que implica optar por la medida de intervención menos restrictiva respecto del acusado o particular que pueda ser sancionado.

¹⁹⁶ COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal. Parte General: II*, ed. Servicio de Imprenta Universitaria, Universidad de Valencia, 1981, p.115-116.

5. La aplicación de principios generales del Derecho como límites de la discrecionalidad

Para terminar este capítulo y antes de entrar a analizar los distintos controles que pueden producirse en las decisiones que adopte el MF, haré una breve mención a la función que se le otorga a los principios generales del Derecho por la doctrina administrativista, referida a las decisiones de la Administración, sobre todo por la relación que mantiene con los conceptos jurídicos indeterminados, entendiendo que dicho enfoque es válido para la propia actuación de los fiscales, en su condición de representantes del Estado.

Se ha mantenido que tanto para los casos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran en el halo de incertidumbre, como para los supuestos de atribución de un apoderamiento discrecional en sentido estricto, las posibilidades de ampliar el enjuiciamiento con arreglo a Derecho de las actuaciones de la Administración requieren técnicas distintas al mero control normativo tradicional –bajo determinadas condiciones, lo que está autorizado, prohibido o es debido-, de forma que no sólo puedan ser enjuiciadas por los órganos jurisdiccionales con arreglo a Derecho.

Por tanto, la mención constitucional y legal del ordenamiento jurídico y del Derecho, además de la ley, como parámetros de enjuiciamiento, conduce a otro tipo de proposiciones jurídicas, concretamente, a los principios generales del Derecho¹⁹⁷.

¹⁹⁷ SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 135, analizando los límites jurídicos generales de la discrecionalidad administrativa, después de aludir a los elementos reglados a que debe atender toda decisión discrecional –hechos en los que se basa e interés público-, enmarca los principios generales del derecho como límite igualmente sustantivo, que debe considerarse en la valoración de los hechos, a fin de evitar consecuencias

No es posible entender que con un intento de exacta precisión intelectual y completa comprobación fáctica se conseguirá encontrar la regla precisa para determinar si la apreciación que ha hecho la Administración es correcta o incorrecta. De esta forma, una orientación diferente para ampliar el enjuiciamiento consiste en investigar principios jurídicos que acoten el margen de apreciación que tiene la Administración.

Estos principios tienen, frente a las reglas jurídicas con la estructura más habitual, la característica de la imprecisión en varios sentidos¹⁹⁸. Es difícil determinar qué es un principio jurídico -frente a otros tipos de proposiciones normativas igualmente imprecisas-, cuáles son los principios jurídicos y cuál el contenido normativo de cada uno de ellos.

Por la doctrina se distingue el principio jurídico de la directriz, de forma que el primero expresaría exigencias de justicia, equidad y moral positivas, ordenando no actuar de manera arbitraria y, una vez se concluye que debe regir la decisión de un caso tras una tarea previa de ponderación en relación con otros principios o reglas, postularía una aplicación plena.

absurdas, manifiestamente injustas o claramente desproporcionadas, citando como tales, la interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

¹⁹⁸ SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 136, afirma que los límites de la discrecionalidad y los de su control no pueden fijarse a la perfección ya que se emplean nociones como "error manifiesto" cometido por la Administración en la valoración de los hechos, "margen de apreciación o hechos opinables", que son claramente imprecisas, añadiendo que al no ser el control jurídico una operación matemática, sólo hay abuso de discrecionalidad en la apreciación de los hechos donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable.

La directriz se refiere a aspectos instrumentales o estratégicos y admite conceptualmente grados de cumplimiento, porque consiste en una orientación hacia la que debe avanzarse de forma progresiva¹⁹⁹.

Las directrices atienden al principio de eficacia de la acción administrativa (art. 103 CE), si bien esto no implica que, por ejemplo, el principio de interdicción de la arbitrariedad deba limitarse simplemente por razones de eficacia en el funcionamiento de la Administración, aunque dicho principio no siempre tendría carácter absoluto al poder ser superado en un caso concreto por otros principios o reglas de sentido contrario²⁰⁰.

Por su naturaleza los principios jurídicos no necesitan, para ser vigentes, estar expresados -ni siquiera mencionados- en disposiciones. Si esto ocurre, la vigencia del principio adquiere mayor seguridad, pero sin esa expresión el principio puede ser reconocido como tal.

Diversos principios jurídicos son mencionados en la CE: libertad, justicia, igualdad, pluralismo político (art. 1); solidaridad (arts. 2, 138); legalidad,

¹⁹⁹ ATIENZA RODRIGUEZ, M., "Sobre el control ...", *cit.*, p. 22, establece esta distinción al considerar que la polémica doctrinal sobre la discrecionalidad debe poner de manifiesto la importancia de contar con una teoría adecuada de enunciados jurídicos, afirmando que las reglas o principios se contraponen a normas que confieren poder o de competencia, que no serían normas deónticas, sino que operarían más bien como reglas técnicas, pudiendo estar regulado el resultado normativo definitivo tanto por normas finales (establecen los fines a lograr) como por directrices. Es decir, ante un supuesto de hecho, la Administración actúa conforme a esas normas finales o directrices, produciendo un cambio en la decisión, sin que por tanto esta se haya basado en principios o reglas conforme a lo que "debe ser o hacerse".

²⁰⁰ ATIENZA RODRIGUEZ, M., *Ibidem...*, *cit.*, p. 15.

seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3).

En otros textos normativos o fuera de ellos se mencionan los principios de proporcionalidad o de buena fe, de forma que si un principio de Derecho es expresado o mencionado en una norma, la referencia no va más allá de mencionarlo, sin llegar a determinar cuál es su contenido jurídico.

Esto implica que la determinación de cuáles son los principios generales del Derecho y cuál es su contenido jurídico corresponda, en definitiva, a los mismos órganos que habrán de utilizarlos como criterios de enjuiciamiento, es decir, a los órganos jurisdiccionales.

Por tanto, existe el riesgo de que tales principios, en lugar de operar como unos criterios objetivos de enjuiciamiento a los que los jueces están sometidos, puedan ser expresión de opiniones subjetivas de los mismos y, en definitiva, conduzcan a un enjuiciamiento no jurídico de las actuaciones de la Administración, particularmente de aquellas para las que el Derecho le confiere márgenes de apreciación o poderes discrecionales.

Un ejemplo de esto último son los principios de interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad, ya que, por ejemplo, respecto del primero, debe tenerse en cuenta el concepto riguroso de arbitrariedad –acto o proceder contrario a la justicia, la razón o leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho-, de forma que todo acto que contenga motivación, por discutible que

sea, no deberá calificarse de arbitrario, sin descartar que pueden existir otras soluciones más lógicas²⁰¹.

En lo que afecta a la actuación del MF en el momento de efectuar una acusación, este puede entender aplicable el significado de un principio general del Derecho en un caso concreto a la vista de que la norma penal puede contener un concepto jurídico indeterminado, con elementos integrados en el denominado halo de incertidumbre, de forma que siendo necesaria su determinación, esta se produce por la interpretación de alguno de los principios mencionados. Esta interpretación no dejará de contener las connotaciones subjetivas que conlleva el otorgar ciertos márgenes de apreciación.

Esta labor de interpretación que debe realizar el fiscal en la formulación de la acusación tiene especial fuerza, ya que el propio escrito de calificación provisional limita o acota -en cuanto a hechos, calificación jurídica y pena-, la potestad de resolución que corresponde al órgano jurisdiccional.

Además, esta labor de determinación de un concepto jurídico indeterminado atendiendo a principios generales del Derecho, en lo que afecta al control interno de estas decisiones, dificulta la tarea de dichos órganos de control, sobre todo en aquellos supuestos donde se considera que los miembros del MF tienen mayores facultades discrecionales, básicamente por no operar con eficacia dichos mecanismos de control.

No obstante, este margen de discrecionalidad en la interpretación y aplicación del concepto jurídico, no sólo lo podrá ostentar el fiscal calificador

²⁰¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I...*, cit., p.108, destaca en este punto la necesidad de la motivación de los actos discrecionales (art. 54.1.t LRJAPPAC) y su control judicial conforme a criterios de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad.

que tome la decisión, sino igualmente el fiscal visador a quien se le encomiende la labor de revisión del proyecto de calificación, antes de que se presente en la causa.

A raíz de esto, como se verá más adelante, las circulares, instrucciones e instrucciones internas -o notas de servicio- y sobre todo la labor del fiscal visador, como mecanismos de control internos, no siempre se caracterizan por tener naturaleza normativa y persiguen uniformar las actuaciones del MF en una determinada materia, de forma que los desajustes de actuaciones concretas frente a dichos controles que pueden reunir las características de directrices desde la perspectiva mencionada según las tesis administrativistas, podrían incluso implicar que aquellas se considerasen arbitrarias.

CAPÍTULO V

LOS CONTROLES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE ACUSAR

1. El control interno en la estructura orgánica del Ministerio Fiscal

1.1. La comparación entre los sistemas de control internos de los órganos de la Administración y del Ministerio Fiscal

Antes de iniciar concretamente el análisis de estos instrumentos de control interno dentro de la estructura de dependencia jerárquica y unidad de actuación que rige el funcionamiento del MF, debo referirme a sus análogos en el ordenamiento administrativo ya que, si bien los órganos administrativos disponen de su propia regulación administrativa en este aspecto, existe cierto paralelismo con el MF respecto del control interno en el funcionamiento de los mismos.

En materia administrativa, debe tenerse en cuenta la prevalencia del principio de jerarquía interorgánica, donde existen una pluralidad de órganos con competencia material coincidente y escalonados en distintos niveles en el seno de una estructura organizativa, garantizándose esta a través de un conjunto de poderes por voluntad del órgano de grado superior sobre el inferior, de modo que se puede dirigir y controlar la actividad del inferior, mediante la anulación o modificación de sus decisiones²⁰².

²⁰² PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo: Organización...*, cit., p. 44.

En este sentido, en el MF, el FGE es el órgano superior, que a través de otros órganos técnicos como la Inspección Fiscal y las respectivas Jefaturas en sus correspondientes ámbitos, controlan la actividad de los miembros del MF.

El FGE ostenta la jefatura superior del MF, aunque podrá delegar en Fiscales de Sala funciones relacionadas con materias propias de su competencia y estos asumirán dichas funciones en los términos y límites que establezca el acto de delegación, que será revocable (art. 22.3 EOMF). En la nueva redacción dada por Ley 24/2007 a este precepto, puede verse el paralelismo con lo establecido en los supuestos de delegación de competencias en órganos inferiores en materia administrativa (art. 13 y 14 LRJAPPAC).

El art. 21 LRJAPPAC, determina ese poder de impulso y dirección de la actividad de la Administración, a través de normas de carácter interno, señalando: "Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí sólo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir".

Dicho esto, como se verá a continuación, el mecanismo de funcionamiento de la estructura jerárquica del MF parece ser similar al regirse en parte por instrucciones internas u órdenes de servicio, debiendo considerarse que los órganos que indica la norma administrativa, obviamente, deben entenderse referidos en esta sede a las distintas Unidades Técnicas integradas en la FGE, Fiscalías Superiores de las CCAA, Fiscalías Provinciales, Secciones Especializadas encuadradas en estas, Fiscalías de Área, etc, siendo los destinatarios finales cada uno de los miembros del MF en el ejercicio de sus funciones específicas. Además, se comprueba cierta similitud con los actos del

MF, ya sean informes, dictámenes o el mismo escrito de acusación, que producirán sus efectos, con independencia de la responsabilidad que conlleve para cada uno de los miembros del MF que los hubiere emitido. Sin embargo, los actos del MF no tienen naturaleza administrativa, al ser meramente actos procesales de parte que se incorporan al proceso en las condiciones que establezca la norma y cuyo contenido puede ser rebatido mediante el sistema de recursos que se establezca en cada caso contra las resoluciones judiciales que les afecten.

Por otra parte, las órdenes de servicio o instrucciones internas del MF, no tienen la misma naturaleza que sus análogas en sede administrativa, ya que, en este sentido, la jurisprudencia del TS ha atribuido -en supuestos concretos-, a las circulares e instrucciones de la Administración, la naturaleza de acto administrativo, haciéndolo con una finalidad instrumental consistente en posibilitar su impugnación y, por tanto, su control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto ha supuesto poner en duda el concepto estricto de acto administrativo manejado por la doctrina, porque conforme a su propio régimen jurídico, las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, no se notifican a sus destinatarios, por lo que no se expresan los recursos que proceden frente a ellas²⁰³.

²⁰³ MORENO REBATO, M., "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", *Revista de Administración Pública*, núm. 147, septiembre –diciembre 1998, p.199-200.

1.2. Los instrumentos genuinos de control interno del Ministerio Fiscal

1.2.1. Las circulares, consultas, instrucciones y órdenes de servicio -instrucciones internas-

El EOMF no determina expresamente lo que debe entenderse como circular, consulta e instrucción, sin que entre ellas exista relación de jerarquía alguna, pero partiendo de algunos de sus preceptos (arts. 14, 15, 25 y 26), pueden deducirse las siguientes características:

- Las circulares serían conjuntos de normas sobre interpretación de preceptos procesales y sustantivos a las que deben ajustarse los miembros del MF. El FGE incorpora la iniciativa y se prepara por la Secretaría Técnica, siendo debatida en Junta de Fiscales de Sala del TS²⁰⁴, quienes le asisten en materia doctrinal y técnica para la formación de criterios unitarios de interpretación y actuación legal, sin que el dictamen de esta sea, en definitiva, vinculante para el FGE (art. 15 EOMF).

Al margen de que la circular pueda venir motivada por la reciente publicación de una reforma legislativa, en ocasiones se utiliza como fórmula por el FGE para mostrar ciertas inquietudes en el modo de actuar de los miembros del MF. Por tanto, y sobre todo cuando toma posesión un nuevo FGE, es posible que se dicte alguna circular en ese sentido.

- Las consultas son normas o criterios de interpretación de un precepto legal u otras disposiciones, dictadas por el FGE, previo asesoramiento preceptivo, pero

²⁰⁴ Esta Junta de Fiscales de Sala, bajo la presidencia del FGE, se constituye por el Teniente Fiscal del TS y los Fiscales de Sala del TS, actuando como Secretario el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica.

no vinculante -al igual que las circulares- de la Junta de Fiscales de Sala del TS, a las que han de subordinarse los fiscales, iniciadas por una consulta elevada por un órgano subordinado. La contestación de la consulta tendría el mismo peso vinculante que la circular y su elaboración se realiza igualmente por la Secretaría Técnica de la FGE.

- Las instrucciones son órdenes dictadas por el FGE de contenido más bien organizativo y de funcionamiento puramente técnico o de contenido doctrinal. Van dirigidas a conseguir una actuación unitaria del MF en cuanto que sus miembros desempeñan funciones estatutarias y reglamentadas²⁰⁵. El estudio técnico lo realiza la Secretaría Técnica y el asesoramiento y acuerdo definitivo se debate en el Consejo Fiscal (art.14.4 EOMF), pudiendo tener efectos temporales ilimitados en principio, o limitados a un asunto transitorio y concreto.

Asimismo, conforme al art. 22.3 EOMF, los Fiscales de Sala podrán proponer al FGE las circulares e instrucciones que consideren necesarias, cuando el FGE haya hecho uso de una delegación de funciones a estos, en materias de su competencia, además de coordinar a nivel estatal la actuación de las Fiscalías, sin perjuicio de las facultades de los respectivos Fiscales Jefes de los órganos territoriales.

- Respecto de las instrucciones internas, notas u órdenes de servicio, el art. 25 EOMF determina que el FGE podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Si dichas instrucciones

²⁰⁵ El art. 22.2 EOMF señala que al FGE le corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del MF.

se refieren a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, se deberá oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala. Se añade que las órdenes, instrucciones y comunicaciones se realizarán a través del superior jerárquico, a no ser que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente, dando cuenta posteriormente al superior inmediato, teniendo análogas funciones los Fiscales Superiores de las CCAA respecto a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial y ambos respecto de los miembros que les estén subordinados.

El precepto finaliza con la posibilidad de que el fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio por asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolverse libremente en sus intervenciones orales en lo que crea conveniente. En este sentido, en lo que se refiere a la naturaleza de estas órdenes por asuntos específicos, hay que recordar que por su frecuente carácter no escrito y reservado pueden arrojar sombra de duda respecto de su efectiva imparcialidad.

Las notas de servicio u órdenes internas pueden adoptar diferentes contenidos - emanadas incluso del propio Fiscal coordinador en ocasiones, repartiéndose a cada uno de los fiscales periódicamente-, y pueden ser tanto de carácter organizativo -sobre todo referido a los servicios que deben prestar los fiscales-, como técnico o interpretativo de normas procesales o sustantivas que recuerdan a las circulares, consultas o instrucciones de la FGE, o incluso, en ocasiones, vienen a reflejar, obviamente sin el carácter de aquellas, modos de actuación inmediatos o cambios de criterio de los órganos de Jefatura²⁰⁶.

²⁰⁶ A modo de ejemplo, por su frecuencia en los delitos contra la seguridad del tráfico previstos en el art. 384 CP (pérdida de vigencia o privación cautelar o definitiva del permiso de conducción), varias notas de servicio son significativas ya que recogen aspectos que inciden

En este sentido el apartado VI de la IFGE 1/2003, de 7 de abril, sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones con motivo de la reforma parcial de la Lecrim, recordaba la gran amplitud de su contenido afirmando: "(...) las instrucciones internas de los Fiscales Jefes estableciendo criterios de actuación -art. 25 EOMF- deben permitir homogeneizar la solución de cuestiones sustantivas y procesales que con mayor frecuencia suscita el despacho de causas, aunque no sustituyan la específica labor de revisión de cada proyecto de calificación", añadiendo que estas "(...) pueden recordar la

directamente en la acusación que debe formularse por los fiscales en estos supuestos. El contenido de alguna de ellas es el siguiente:

- "Ante las dudas suscitadas respecto del art. 384.2º del CP, se acusará siempre que una persona conduzca un vehículo a motor con licencia de ciclomotor. No se acusará cuando se conduzca un vehículo de motor con permiso, aunque sea este de inferior categoría."

- "Entre la múltiple problemática que plantea la aplicación de la reforma del CP en materia de Seguridad Vial, se suscita, en relación a las conformidades de los juicios rápidos y la aplicación del art. 801.2 Lecrim, si las defensas plantean un acuerdo optando por la pena de prisión, en los supuestos de los arts. 379 y 384 CP, sólo se admitirán conformidades con penas de cuatro meses y medio para evitar con la reducción del tercio la aplicación del art. 71.2 CP, ya que lo contrario sería un fraude de Ley".

- "Habiendo entrado en vigor el día 8 de diciembre de 2009 el RD 818/09 de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de conductores en el que la anterior licencia de ciclomotores es ahora llamada permiso AM, se ha recibido de la Fiscalía de Sala de Seguridad Vial instrucciones para que a los conductores que poseen licencia de ciclomotor no se les acuse por conducir cualquier otro vehículo".

Esta última nota se elaboró con base en la instrucción de la Fiscalía de Sala de Seguridad Vial, conforme a las funciones de coordinación y unidad de actuación delimitadas en el apartado VI.4 de la IFGE 5/2007, de 18 de julio, sobre los Fiscales de Sala Coordinadores de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y sobre las respectivas secciones de las Fiscalías Territoriales.

obligada introducción de datos en las conclusiones de los escritos de acusación, fijar criterios ante cuestiones susceptibles de diferente apreciación, atender los específicos problemas de criminalidad de cada territorio, delimitar márgenes de penalidad a interesar, establecer criterios indemnizatorios (...).

1.2.2. El visado como instrumento directo e inmediato de control

Dejando de momento el EOMF, debe distinguirse otro instrumento de control interno, esencial para el funcionamiento ordinario del entramado en el seno de las Fiscalías y que afecta diariamente al trabajo de los fiscales. Me estoy refiriendo a los visados.

Los visados implican el "Visto Bueno" (VB) emitidos por los Fiscales Jefes, Tenientes Fiscales, Fiscales Decanos o coordinadores -también denominados visadores-²⁰⁷ en las distintas Fiscalías y Fiscales Jefes de Áreas de Fiscalías, y que tienen diversos efectos sobre el trabajo diario de los fiscales.

²⁰⁷ Recordar que los fiscales coordinadores penalistas se nombran por la Jefatura en función de los méritos acreditados sobre la materia (titulaciones, cursos u otros méritos académicos y experiencia anterior en la especialidad), pero los Fiscales Decanos de las secciones especiales de las Fiscalías serán nombrados y, en su caso, relevados mediante resolución dictada por el FGE, a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo (art. 36.4 EOMF). Sin perjuicio de lo dicho antes respecto del número máximo de Fiscales Decanos de secciones especializadas (RD. 859/2010, de 2 de julio, BOE de 28 de julio de 2010), el art. 18.3 EOMF (redacción Ley 24/2007) inició esta estructura al posibilitar que las Fiscalías podían contar con Secciones especializadas en aquellas materias que se determinen legal o reglamentariamente, o que por su singularidad o por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica, añadiendo que estarán bajo la dirección de un Fiscal Decano, estando adscritos uno o más fiscales pertenecientes a la plantilla de la Fiscalía, teniendo preferencia aquellos que se hayan especializado en la materia. En cualquier caso, en las Fiscalías Provinciales existirá una Sección de Menores, de Violencia sobre la Mujer, e igualmente, cuando el volumen de asuntos

El visado, como medida de control interno, fue introducida por el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, exigiendo el art. 116.2º que los proyectos de calificación sean visados y corregidos o aceptados por el Fiscal Jefe, que adoptará las medidas pertinentes para que la conclusión primera de la calificación responda a la realidad del procedimiento y para que las demás conclusiones sean de perfecta aplicación del Derecho positivo a lo reflejado en la primera.

Como se afirma en el apartado VI de la IFGE 1/2003, de 7 de abril, el visado permite corregir errores y subsanar omisiones, aunque siempre debe contrastarse el texto definitivo con el del proyecto, recayendo la responsabilidad sobre el fiscal firmante del escrito que se incorporará a la causa penal.

La IFGE 1 /1987, de 30 de enero, ya preveía que la unidad de criterio en la actuación de los fiscales hacía necesaria su vigencia, y reconociendo la realidad de las grandes Fiscalías y previendo las adscripciones permanentes o destacamentos -hoy Jefaturas de área-, se autorizaba a los Fiscales Jefes a delegar la función de visado de escritos según las necesidades de la Fiscalía. Posteriores instrucciones de la FGE (6/1992, de aplicación de la Ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal, y 2/2000 sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores), imponían el deber de visar, incluidas las solicitudes de sobreseimiento del art. 18 LORPM.

lo requieran, Secciones de Seguridad Vial, Siniestralidad laboral y Medio Ambiente (art. 18.3, apartados 4, 5 y 6).

La citada IFGE 1/2003, decía que, a la vista del incremento de plantillas producido durante los últimos años, la actividad de control que implica el visado sigue siendo fundamental para mantener la unidad de criterio de las Fiscalías y que los Fiscales Jefes deleguen esta función -aunque en número reducido-, coordinando esta función entre los delegados, debiendo atender, para conferir la delegación, a la mejor preparación jurídica del candidato.

En cuanto a la forma del visado, se consignará en el proyecto de calificación o, en su caso, sobreseimiento, que son aceptados por el visador, la rúbrica y la fecha en que tiene lugar, y se guardarán en la carpetilla (art. 116 ROEMF), sin perjuicio de quedar también reflejados en la carátula de la misma²⁰⁸.

Por los visadores se extremará el cuidado en la revisión de los proyectos, ya que las faltas no detectadas podrían trascender hasta el trámite de conclusiones y provocar distorsiones importantes que podrían dar lugar incluso a la nulidad del escrito de acusación, pudiendo utilizar medios tecnológicos disponibles para verificar los visados (IFGE 3/2002)²⁰⁹.

Si el proyecto de calificación se devolviera al fiscal que lo realizó, procederá a su inmediata rectificación y, en el caso de no llegar a un acuerdo tras contrastar pareceres, a la mayor prontitud se acudirá al Fiscal Jefe para resolver definitivamente la controversia. No obstante los visadores consultarán directamente al Fiscal Jefe las cuestiones jurídicas que susciten dudas e igualmente los atrasos en las causas que se les entreguen para visado. De esto

²⁰⁸ Apartado VI de la IFGE 1/2003, de 7 de abril.

²⁰⁹ La IFGE 1/2003 así lo recuerda afirmando que se han producido nulidades de dichos escritos por omisión de la petición de pena.

se dará cuenta al fiscal respectivo, sin perjuicio de otras actuaciones – disciplinarias- que puedan derivarse²¹⁰.

Las diferencias de criterio entre fiscales visadores se tratarán en junta de cada Fiscalía, que podrá ser extraordinaria (art. 24.4 EOMF), sin perjuicio de unificar criterios conforme a las juntas de coordinación que se celebren periódicamente (art. 22.10 EOMF).

A continuación, debo referirme al extracto o resumen de la causa que debe realizarse preceptivamente por los fiscales para preparar la defensa de la acusación en el juicio oral y que se introduce en la carpetilla interna de Fiscalía, paralela al procedimiento que en cada caso se siga, ya que este es el cauce fundamental por el que el visador efectúa su labor de control sobre la acusación.

Vienen definidos por la IFGE 1/2005, de 27 de enero de 2005, sobre la forma de los actos del MF, cuando en su apartado VI, dice: “ Las notas explicativas o extractos pueden definirse como resúmenes o explicaciones de uso interno que los fiscales elaboran en relación con las causas en las que intervienen, a efectos de facilitar el conocimiento y comprensión del contenido del procedimiento por los demás fiscales que hubieren de intervenir en la misma”.

El art. 116.1º ROEMF, impuso al fiscal que solicitara la apertura del juicio oral y calificara la causa, la obligación de confeccionar un extracto de las declaraciones de los acusados y testigos, de los informes de peritos y de la prueba documental, siendo suficientemente expresivo para que el fiscal que

²¹⁰ Apartado VI de la IFGE 1/2003, *cit.*

asista al juicio tenga conocimiento del contenido de la prueba. La IFGE 1/1987, exigió una redacción clara y especial cuidado en su confección y la ordenación de fotocopias para su adecuada comprensión.

La finalidad básica, aparte de facilitar el visado, es la de procurar al fiscal asistente al juicio –normalmente distinto del que ha calificado-, un adecuado y rápido conocimiento de la prueba practicada en la fase de instrucción del proceso sin necesidad de reexaminar la causa.

No obstante, existen excepciones en las que no es preceptiva su confección:

a) En caso de reconocimiento de los hechos por el acusado, manifestando este su conformidad antes de la conclusión de la fase instructora de diligencias previas, cuando se pueda seguir por el trámite de diligencias urgentes (art. 779.1.5ª Lecrim).

b) En los procedimientos abreviados, cuando por la previa negociación extraprocesal se prevea alcanzar conformidad (art. 784.3 Lecrim).

c) En los juicios rápidos cuando se alcance similar previsión fundada de conformidad (art.800.2 y 4 Lecrim).

d) En todos los supuestos -fase de investigación o intermedia-, en que se solicite el archivo o sobreseimiento.

En definitiva, siguiendo la IFGE 1/2005 citada, el extracto queda a disposición del visador, como instrumento de control, señalando: “ El visado, además de su función básica como mecanismo para salvaguardar la unidad de actuación del Ministerio Público, ha de servir de control de calidad para garantizar al Fiscal que acude a juicio un extracto suficiente, claro y coherente con el escrito de calificación. Por tanto, el Fiscal encargado del visado de las calificaciones habrá de comprobar que los extractos cumplen tales requisitos”.

1.2.3. Características del visado en función del tipo de procedimiento: ordinario, abreviado, rápido y jurado

Respecto de la incidencia del control del visado en los diferentes procedimientos, a continuación señalo los supuestos más comunes en la práctica, que en principio no suscitarían problemas y, por tanto, podría afirmarse que aquí dicho control sería eficaz, a fin de evitar ciertas decisiones discrecionales por los miembros del MF.

No obstante, previamente debe hacerse una importante matización, ya que en esta labor de control la eficacia depende de que se entienda que el visador realiza su función conforme a un mejor criterio técnico-jurídico que debe en su caso prevalecer, como superior, sobre el del fiscal calificador. Aquí el propio visador tampoco se eximiría de discrecionalidad para decidir cual es la opción más adecuada cuando debe revisar un escrito de acusación, teniendo en cuenta que incluso dicha discrecionalidad podría ser indebida simplemente porque en ocasiones, y no pocas, se puede atender a criterios de índole no estrictamente jurídica -causas por delitos de especial complejidad que han tenido gran repercusión mediática, o con ciertas connotaciones político-sociales o de delincuencia gubernativa, en delitos contra autoridades o altos funcionarios públicos-.

Además, debe tenerse en cuenta que, en estos delitos de especial complejidad, en ocasiones, se designa por el Fiscal Jefe a un determinado fiscal, que puede ser de su confianza, y que no siempre coincide con el que debió llevar el asunto atendiendo a las normas de reparto ordinarias, y de esta manera se ejerce un control directo y periódico, ordenando que se dé cuenta antes de decidir incluso sobre aspectos concretos durante el proceso. Resulta evidente que en realidad el asunto viene condicionado por la Jefatura, que en

definitiva, no queda exenta de sospechas, al obedecer el cargo a un criterio justamente discrecional, de libre designación, y conformado a voluntad del FGE, teniendo en cuenta el régimen de nombramientos y ascensos a la primera categoría de la Carrera Fiscal (se proponen por el FGE al Gobierno en virtud del art. 13.1 EOMF).

Por otra parte, las discrepancias que se suelen producir en los delitos más comunes, suelen resolverse de común acuerdo entre el visador y el calificador en el proyecto de calificación, y, en su caso, para el supuesto de que alguno de los términos del escrito de calificación provisional pueda ser modificable a resultas de la prueba practicada en el juicio oral, se introducen las notas convenientes en el extracto, que, en ocasiones, referidas a calificaciones complejas, suelen dejarse al criterio, discrecional sin duda, del fiscal que defienda la acusación.

De esta manera, como decía, según procedimientos, se distinguiría:

1º) Respecto del procedimiento ordinario -sumario- por delitos graves, el trámite de instrucción del art. 627 Lecrim, sirve realmente, no sólo para decidir formalmente si se decide solicitar la apertura del juicio oral respecto del procesado al considerar si hay elementos de prueba suficientes, sino, igualmente, para preparar a conciencia el escrito de calificación que habrá de presentarse ante la AP en el trámite siguiente, en el que sólo se dispondrá de cinco días (649 Lecrim). En estos casos, el control por parte del visador debe ser especial por la importancia de estos asuntos atendiendo a la gravedad de los hechos, pero, en la práctica, es el propio fiscal encargado de la calificación el que debe efectuar las consultas previas con su visador al objeto de evitar que su proyecto de calificación en el trámite siguiente pueda verse alterado llegando al extremo de entender el visador que no hay prueba suficiente para mantener

dicha acusación. Por ello, este trámite es el esencial desde el punto de vista del MF ya que si es necesario, para el esclarecimiento de los hechos, debe pedirse la revocación del auto de conclusión de sumario y solicitarse nuevas diligencias para que sean practicadas por el instructor. En los casos de discrepancias con el visador, que normalmente y según el reparto interno, será el Fiscal Jefe o Teniente Fiscal, es posible que se someta a valoración de un tercer fiscal especialista o si fuera el visador el Teniente Fiscal, sería el Fiscal Jefe el que decidiría finalmente el criterio a adoptar.

2º) En el procedimiento abreviado, por el visador se plasma el VB sobre los proyectos de escritos de acusación formulados en el trámite del art. 780 Lecrim -al igual que en el sumario-, en una copia del mismo que se une a la carpetilla propia del procedimiento que se encuentra en los archivos de la Fiscalía - paralela al proceso, donde además se van uniendo las diferentes copias de las notificaciones junto al extracto-, pero sólo en el supuesto de que se estime totalmente correcta la calificación. En el supuesto de que el coordinador considere que el escrito no es correcto, tanto de forma como de fondo, deberá devolver la causa al fiscal que haya calificado, con las correcciones oportunas o cualquier otra cuestión derivada del examen del procedimiento al objeto de que se proceda a la subsanación del escrito de calificación.

En el caso de que el fiscal hubiere solicitado el sobreseimiento y la acusación particular formulara escrito de acusación, si se abre juicio oral, deberá presentarse escrito de calificación absolutoria en el trámite del art. 783.1 *in fine* Lecrim, en el plazo de tres días, siendo visado por el coordinador correspondiente, quien, sin necesidad de examinar los motivos concretos que consten justificados en el escrito de sobreseimiento anterior -por haber dado antes el VB-, sí que deberá comprobar si el contenido de las pruebas solicitadas

-y reflejadas en el extracto o resumen de la causa que consta en carpetilla- tienen suficiente entidad para poder mantener, en este caso, la absolución del acusado. Lógicamente puede darse el supuesto de que a la vista de lo mencionado, pueda cambiarse el criterio –no es frecuente, aunque ya se tiene a disposición el escrito de la acusación particular y sus argumentos- y mantenerse una acusación, por considerar que los hechos pueden tener algún resquicio de criminalidad defendible, o por haberse aportado alguna diligencia probatoria esencial a la causa con posterioridad a la solicitud de sobreseimiento inicial²¹¹. En estos casos, únicamente no se podría presentar escrito de acusación, una vez solicitado el sobreseimiento, si, como dice el precepto, se “hubiere renunciado a ello”, entendiendo que esta renuncia debe ser expresa.

Pero, por otra parte, el MF viene obligado a ejercitar la acción civil en interés del perjudicado en virtud de lo preceptuado en los arts. 108 y 773.1 Lecrim, siempre y cuando este no hubiera renunciado expresamente o se la hubiera reservado para el declarativo correspondiente. Podría pensarse que, en estos supuestos, en el procedimiento abreviado, el fiscal debe complementar, siquiera a modo informativo, la reclamación civil pedida por la acusación particular, pero la práctica indica que nunca se realiza, sino, más bien la decisión que se adopta es apartarse de dicha pretensión, al considerarla suficientemente protegida, y centrarse exclusivamente en defender el sobreseimiento interesado. No obstante, se suele solicitar por el MF que se declare la expresa reserva de acciones civiles, para el supuesto de que no conste renuncia expresa.

²¹¹ Es posible que se unan con posterioridad al sobreseimiento el resultado de diligencias, que por ejemplo, hubiera solicitado practicar la acusación particular y el fiscal, por tanto, no hubiera tenido conocimiento antes.

Es evidente que en ocasiones podrá existir desacuerdo al respecto -tanto si se formula acusación como si se solicita el sobreseimiento-, por lo que la causa se eleva al Teniente Fiscal o Fiscal Jefe para resolver, dependiendo de los casos²¹².

3º) En el trámite de los juicios rápidos, uno de los escasos supuestos donde normalmente no se producirán distorsiones en el control, será el previsto en el art. 800.4 Lecrim, es decir, si la acusación particular solicitara la apertura del juicio oral y el Juez de Guardia la acordare. Aquí el plazo de dos días que se le otorga al MF para presentar el escrito de acusación, no ocasiona problemas en principio, ya que deberá visarse urgentemente el proyecto de calificación, antes de su presentación al Juzgado de Instrucción, disponiendo, por tanto, de al menos dos días para proceder a corregir, en su caso, dicho proyecto.

Tampoco se producen distorsiones en este procedimiento, cuando el fiscal solicite el sobreseimiento y la acusación particular decida interesar la apertura del juicio oral, acordándolo así el instructor (art. 800.1 en relación con el art. 783.1 Lecrim). En estos casos, cuando la acusación particular haya presentado su escrito de acusación en el acto o en su defecto, en el plazo de dos días que establece el art. 800.4 Lecrim, debe darse traslado del mismo al fiscal que hubiere solicitado el sobreseimiento en la forma prevista en el art. 783.1 *in fine* Lecrim, y aquí el control del visador se producirá en la forma expuesta antes

²¹² De acuerdo con la IFGE 1/2003, de 7 de abril, aunque depende del reparto interno de cada Fiscalía Provincial, el Teniente Fiscal se encarga de resolver los desacuerdos producidos entre Coordinador o Decano y fiscal calificador, con independencia del proceso- procedimiento abreviado o sumario-, y el Fiscal Jefe, los asuntos sobre el proceso del jurado y los visados por el Teniente Fiscal.

para el procedimiento abreviado, debiendo presentar escrito de calificación absolutoria acorde al sobreseimiento solicitado o, en su caso, de acusación.

Aquí el problema se suscita cuando el MF no presenta su escrito de acusación en el acto (art.800.2 Lecrim) o en el plazo de dos días del art. 800.4 Lecrim.

El art. 800.5 Lecrim da la solución en el sentido de indicar que el juez, sin perjuicio de emplazar a los ofendidos y perjudicados en los términos del art. 782.2 Lecrim –que luego veremos-, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

Se ha dicho que el plazo de 15 días otorgado a los perjudicados y al que se refiere el art. 782.2 Lecrim puede ser válido para que el fiscal presente su escrito de acusación ya que el coste de la no presentación de la acusación resulta tan elevado -presunción de sobreseimiento libre que implicaría la renuncia al *ius puniendi*- que no hay argumento que justifique la inadmisión del escrito presentado en dicho plazo²¹³.

En mi opinión, considero que el legislador ha otorgado dicho plazo a los perjudicados y el mecanismo de elevar al superior jerárquico sería suficiente ya que en otro caso favoreceríamos siempre la posición del acusador público, cuando en la práctica -y a diferencia del resto de partes- habitualmente se dispone de mayores medios para poder preparar la acusación -por ejemplo, se

²¹³ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.199, así lo indica en consonancia con la CFGE 1/2003.

le entrega con preferencia las copias de los atestados, incluso el día anterior al juicio rápido-.

La CFGE 1/2003 de 7 de abril, respecto de la no presentación en plazo del escrito de acusación, recomendaba que siempre y cuando sea la consecuencia de una disfunción organizativa, se tratará de hacer posible su aportación, aún tardía, del correspondiente escrito²¹⁴.

²¹⁴ La citada circular en su apartado 10º del punto III (juicios rápidos), abordaba los aspectos mencionados: "(...) Sin embargo, la no presentación de ese escrito puede obedecer a muy diferentes causas, cada una de las cuales habría aconsejado un tratamiento jurídico diferenciado. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que la omisión del fiscal obedezca a que estima pertinente una resolución de sobreseimiento en cualquiera de sus dos modalidades, con independencia del criterio que suscriba la acusación particular. Pero también es posible que la falta de aportación de aquel escrito tenga su origen en alguna disfunción que ha de ser solventada, con el fin de no perjudicar los fines del proceso. El precepto no sólo unifica el tratamiento jurídico de situaciones diferenciadas, sino que parece no dar alternativa al juez que -cumplida la hipótesis del primer inciso del art. 800.5- vendría obligado a proceder del modo que ese mismo apartado le impone. La nueva regulación interpreta como una anomalía procesal, que ha de ser corregida, el hecho de la no presentación del escrito de acusación por el fiscal una vez abierto el juicio oral. Resulta, pues, esencial que los Sres. Fiscales reparen en que la petición de apertura del juicio oral, si es aceptada por el juez, conlleva como consecuencia práctica la necesidad -con carácter general- de formular el correspondiente escrito de acusación. Al propio tiempo, en todas aquellas otras ocasiones en que estimen procedente cualquier forma de sobreseimiento y la apertura del juicio oral se produzca a instancias de una acusación particular, habrán de dar cuenta a su superior inmediato de las razones por las que estiman ajustado a derecho el cierre de los debates del juicio oral. Sólo así aquel estará en condiciones de avalar o, en su caso, corregir, la decisión del fiscal al que haya correspondido el despacho del asunto (...) Sería conveniente que la práctica privara del automatismo que parece desprenderse del art. 800.5, de suerte que este actuara como una verdadera fórmula de control jurisdiccional e intraorgánico, respecto de aquellas disfunciones que pudieran presentarse en el trabajo cotidiano del fiscal. Se trataría, en fin, de recuperar -para

su aplicación al procedimiento previsto para los juicios rápidos- el significado de la previsión del art. 782.2 que, según pone de manifiesto su lectura y el reiterado empleo de la palabra «podrá», opta por configurar un criterio de fiscalización que actúa como una facultad del Juez de Instrucción, más que como una imposición legal exigible siempre y en todo caso. Sólo una interpretación judicial que así lo entienda podría superar los inconvenientes que se derivarían de la rígida aplicación del apartado 5 del art. 800.

Es indudable que las soluciones prácticas al problema generado por la fórmula legal que está siendo objeto de análisis, no siempre serán uniformes, dependiendo en la mayoría de los casos del personal criterio interpretativo del Juez de Instrucción. Sin embargo, puede resultar de interés que los Sres. Fiscales -preferentemente en aquellos casos en los que la rígida aplicación de aquella frustre los fines del proceso penal- busquen extraer del vigente régimen jurídico los argumentos que impidan un indeseable desenlace en forma de sobreseimiento libre. Desde este punto de vista, por ejemplo, es menester recordar que el art. 202 Lecrim -invocado en el auto 25 junio 1996-, establece que los términos judiciales «serán improrrogables cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse o abrirse de nuevo, si fuere posible sin retroceder el juicio del estado en que se halle cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo». En la misma línea de razonamiento, resulta necesario tener presente que, en aquellas ocasiones en que el Juez de Instrucción actúe en la forma prevista en el art. 782.2 y emplace a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos -así se lo impone el art. 800.5-, habrá de conceder a aquellos un término máximo de 15 días para que «comparezcan a defender su acción». No parece que exista inconveniente legal alguno para que el fiscal, mientras ese término concedido a la acusación particular se halle vigente, pueda aportar su escrito de acusación. De un lado, por cuanto que la preclusión como principio procesal de carácter ordenador no debiera desplegar un efecto extintivo en el ejercicio del *ius puniendi*. Además, porque la detenida lectura del art. 800.5 no precipita de forma necesaria la resolución de sobreseimiento libre por parte del juez, sino que establece una presunción *ope legis* que -por razón de su significado y redacción- debe estimarse *iuris tantum*. En definitiva, del silencio del superior jerárquico del fiscal se entenderá que considera procedente el sobreseimiento libre, a menos que -todavía sin extinguir el plazo legal conferido a la acusación particular- aporte la

Como luego se verá, la formulación de la acusación inmediata planteará problemas en el visado, teniendo en cuenta que este se realizará *a posteriori*, aunque en los supuestos de no conformidad, será en el trámite de calificación definitiva donde se plasme definitivamente la decisión, que deberá intentar ser acorde al principio de unidad de actuación que rige al MF²¹⁵.

4º) Respecto del trámite en el proceso ante el jurado, lo dicho respecto del sumario debe reproducirse, ya que el art. 29 LOTJ remite en cuanto a la formalidad del escrito de calificación al art. 650 Lecrim, aunque normalmente en todas las Fiscalías existe una sección especial para estos procesos, de forma que se distribuyen por reparto entre los fiscales que forman la sección y a la cabeza se encuentra un Fiscal Decano, que se encarga del reparto y visado de estos asuntos entre los fiscales que la componen. Estos fiscales se encargan de estas causas desde la comparecencia prevista en el art. 25.1 LOTJ hasta la

correspondiente acusación. A esa conclusión conduce, además, el contenido del art. 783.1 párrafo 2, aplicable a aquellos supuestos en que el Juez de Instrucción decreta la apertura del juicio oral sólo a instancia de la acusación particular. En tal caso, «.dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, a menos que hubiere renunciado a ello». Como puede apreciarse, es la renuncia expresa, no la deducida del silencio como actitud procesal, la que conlleva el verdadero efecto preclusivo. De ahí que en todas aquellas oportunidades en que la falta de presentación de escrito de acusación por el fiscal no obedezca a un juicio ponderativo acerca de la procedencia del sobreseimiento y, por el contrario, sea la consecuencia de una disfunción organizativa, los Sres. Fiscales tratarán de hacer posible la aportación, aun tardía, del correspondiente acta de acusación”.

²¹⁵ En este sentido, FUENTES SORIANO, O., *La investigación...*, cit., p. 200.

celebración del juicio oral, y durante los trámites posteriores a la sentencia que recaiga²¹⁶.

Por otra parte, a efectos de reparto interno, los fiscales que tienen asignado algún jurado, suelen estar dispensados de algún tipo de servicios, tales como la asistencia a juicios, tanto de faltas como por delitos, al objeto de poder preparar adecuadamente estas causas. En estos casos, por la propia peculiaridad del proceso, sólo suelen darse discrepancias con el órgano jurisdiccional en cuanto a su incoación efectiva –su adecuación–, debido a la concurrencia de otros hechos que pueden ser objeto de proceso diferente, acudiendo al procedimiento ordinario habitualmente, por lo que su reparto, finalmente, no se produce en la sección especial creada al efecto²¹⁷.

5º) Después del juicio oral, en la fase de apelación de la sentencia, concurren varios controles por parte de los visadores, pero lo esencial es señalar que estos son los primeros en recibir las copias de las sentencias y una vez comprobada la correlación entre la acusación mantenida -en su caso- y el fallo, lo ponen en conocimiento del fiscal que la defendió, de forma que se utiliza la fórmula “de conformidad” o “recurrir”, dependiendo de si el fallo contiene los pedimentos mantenidos en el traslado de conclusiones definitivas o por el contrario, es absolutorio o se desvía manifiestamente de lo interesado. No obstante, en los casos de absolución, en ocasiones, se deja un importante margen de

²¹⁶ Apartado X, de la CFGE 4/1995, de 29 de diciembre, sobre las actuaciones en el Juzgado de Instrucción en el proceso ante el Tribunal del Jurado.

²¹⁷ La competencia objetiva del Jurado, a pesar del juego de los arts. 1 y 5 LOTJ, es escasa en la práctica ya que el TS ha reducido aún más la misma al negarle *vis atractiva* en los delitos conexos. Respecto de la delimitación progresiva del objeto del proceso y sus transformaciones procedimentales, vid. apartado 7º de la CFGE 3/1995, de 27 de diciembre, sobre el ámbito de aplicación en el proceso ante el Tribunal del Jurado.

discrecionalidad para apelar la sentencia, ya que es evidente que el fiscal que asistió al juicio es el que a fin de cuentas conoce el peso de la prueba practicada y debe ponderar las posibilidades de éxito en la misma.

1.3. Medidas correctoras o disciplinarias en el funcionamiento interno del Ministerio Fiscal

Para finalizar, debo referirme brevemente a las consecuencias que se recogen en el EOMF, para garantizar el cumplimiento del entramado orgánico en que se ubica el MF.

Debe partirse del tenor del art. 26 EOMF, donde se establece la posibilidad de que el FGE llame directamente a su presencia a cualquier integrante del MF para recibir directamente sus informes o darle instrucciones que se trasladarán al Fiscal Jefe respectivo, pudiendo designar a cualquiera de los miembros del MF para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el MF está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal.

Pero de esta relación piramidal, se pueden extraer las siguientes consecuencias de naturaleza correctora o disciplinaria:

a) Podrá por el superior jerárquico, acordarse la sustitución de un fiscal por otro o avocar para sí un asunto, en cualquier momento de la actividad que esté realizando dicho fiscal en cumplimiento de sus funciones o incluso antes de iniciarla, mediante resolución motivada (art. 23 EOMF), pero en caso de discrepancia, resolverá el superior jerárquico común a ambos. Este supuesto fue modificado por la última reforma apuntada, estableciendo la posibilidad de que, en caso de discrepancia, se acudiera al superior jerárquico común, al objeto de evitar supuestos de avocación dudosos –por tener el superior, por ejemplo, cierto interés particular en el asunto-, sin que concurrieran especiales

circunstancias inidóneas para que el fiscal que llevara ordinariamente el asunto -por distribución del trabajo- lo despachara. Igualmente -y esto es lo común-, por la diferente interpretación de cualquier instrucción, circular u orden del servicio que en un caso concreto, pudiera darse, aunque en supuestos de dudosa legalidad, debe acudir al procedimiento que se verá seguidamente en el art. 27 EOMF. No es infrecuente el supuesto en los casos de que el criterio adoptado - normalmente en la calificación de un asunto-, no sea del agrado del Fiscal Decano o Coordinador de forma que, normalmente, la discrepancia -en vía de informe por ambas partes-, se pone en conocimiento del Teniente Fiscal o Fiscal Jefe Provincial al objeto de que este resuelva, dependiendo de cómo esté distribuido el trabajo de estos en cada Fiscalía.

b) Esta posibilidad de sustitución mencionada, también puede producirse cuando el sustituido haya puesto en entredicho la legalidad de las órdenes o instrucciones recibidas por un superior, o por cualquier otro motivo las considere improcedentes, de forma que, por informe razonado, deberá ponerlo en conocimiento de su Fiscal Jefe (art. 27 EOMF). El uso del art. 27 EOMF viene avalado por el propio art. 6 EOMF cuando dispone expresamente: "(...) si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el art. 27 de este Estatuto". Si las instrucciones son emanadas del propio Fiscal Jefe y no considerara las razones alegadas por el fiscal respectivo satisfactorias, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que esta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. El mismo sistema registrará en el supuesto de que las instrucciones u órdenes las haya emitido otro superior -Teniente Fiscal, Fiscal Jefe de Área, Fiscal Decano o Fiscal Coordinador-. Si fuera emitida por el FGE, este resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.

Al resolver el superior, lo hará por escrito razonado, y si se ratificase en sus instrucciones, expresará la relevación de responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto.

En la práctica se ha dado algún supuesto, referido sobre todo a las órdenes recibidas por un fiscal del Fiscal Decano del que depende, siendo lo más habitual la sustitución del fiscal, en su caso.

c) Se prevén traslados forzosos de los fiscales por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo y cuando tuvieran enfrentamientos graves con el tribunal, en ambos casos, por causas imputables a aquellos. Aquí se incoará expediente contradictorio por el órgano que hubiese nombrado al fiscal y lo resolverá, previo informe favorable del Consejo Fiscal (art. 40.1 EOMF).

d) Por último, conforme a los arts. 61, 62, 63 y 64 EOMF, el incumplimiento de las órdenes emanadas de los superiores es sancionable por vía disciplinaria. El art. 60 EOMF remite a la LOPJ respecto de las responsabilidades civiles y penales y el derecho de repetición contra los mismos por la Administración del Estado que está previsto para Jueces y Magistrados. Simplemente añadir que las faltas se clasifican en leves, graves y muy graves (art. 61 EOMF).

Estas infracciones tienen relación con el principio de dependencia jerárquica y unidad de actuación y el ejercicio de funciones ante los tribunales de justicia, de forma que en orden a reforzar los mecanismos de control internos, de entrada, deben ser conocidas por los fiscales al objeto de evitar un expediente contradictorio que pueda conllevar la imposición de las correspondientes sanciones (art. 68 EOMF), que, no obstante, deberán atender a los principios de graduación y proporcionalidad, y podrán imponerse, según su entidad (art. 67 EOMF), por el Fiscal Jefe respectivo -advertencia y multa-, FGE -suspensión-,

Ministro de Justicia -separación, a propuesta del FGE, previo informe favorable del Consejo Fiscal-.

1.4. Propuestas para mejorar estos sistemas de control interno

De entrada, cualquier propuesta para mejorar los sistemas de control dentro de la estructura interna del MF, pasaría por requerir un mayor gasto público en medios personales y materiales, si bien, tal y como está la situación en la actualidad, creo que lo primero –el gasto en personal- es prioritario aunque necesariamente esto conllevaría más gasto en lo segundo, cuya competencia fue transferida casi en su totalidad a las CCAA.

El aumento de la litigiosidad en los últimos años es evidente y por tanto, la función del visador cada día se hace más compleja al tener que revisar cotidianamente un mayor número de calificaciones y otros informes.

En este punto, sería deseable que de un fiscal visador no dependieran más de diez fiscales para su control, ya que si tenemos en cuenta que la media de calificaciones de un fiscal al mes puede oscilar entre 20 y 30 calificaciones de procedimiento abreviado, sin contar las calificaciones de juicio rápido, que fácilmente pueden llegar a la misma cifra, nos darían resultados de entre 200 y 300 calificaciones mensuales, más otras tantas de juicio rápido. Las calificaciones de sumario y de jurado, al requerir un visado especial, normalmente efectuado por los Fiscales Jefes o Tenientes Fiscales, deben tenerse en cuenta porque son más complejas tanto en su estudio como en su elaboración, aunque obviamente el número es menor que en el resto de procedimientos.

Por tanto, creo que sería conveniente, analizando las estadísticas que mensualmente se remiten por cada fiscal a la FGE y en consonancia con los

informes que las Jefaturas Provinciales remiten a la FGE para la confección de la Memoria anual²¹⁸, dotar del refuerzo necesario a las Fiscalías que lo necesitaran, que lógicamente serían las ubicadas en las zonas de mayor aumento de la litigiosidad.

En la Memoria de la FGE para el año 2012, de los datos proporcionados por las estadísticas judiciales, se cifró en 4.252.414 el número de diligencias previas de procedimiento abreviado incoadas en toda España, destacando las provincias de Baleares y Málaga, respectivamente, como las de mayor incremento respecto del año anterior²¹⁹.

Respecto de las diligencias urgentes incoadas por juicio rápido, las cifras arrojan un total de 224.966 en 2012, casi un 6% más de aumento respecto del año anterior.

Puede decirse que con estas dos referencias -de diligencias previas y urgentes-, la evolución de la litigiosidad queda completada ya que -como se indica en la propia Memoria-²²⁰, las otras dos modalidades procedimentales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico para la persecución de hechos calificables como delitos -el sumario ordinario y el procedimiento para

²¹⁸ El art. 9.1 EOMF indica la necesidad de elevar una memoria anual por el FGE al Gobierno, sobre la actividad del MF, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito, y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia. En ellas se recogen a su vez las observaciones de las memorias que han elevado los fiscales de los distintos órganos en que se estructura el MF.

²¹⁹ Datos extraídos del portal www.fiscal.es, pp. 141-142 del Tomo I. Es alarmante el incremento en Baleares, donde el año 2011 sufrió un aumento de 28.643 causas, un 29,53 % más respecto del año anterior. En Málaga se sufrió un aumento de 51.578 causas, pero el porcentaje fue de 24,80 % respecto del año anterior.

²²⁰ Memoria FGE, 2012, p.145, Tomo I.

enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado- se originan habitualmente mediante transformación de diligencias previas incoadas previamente.

Por tanto, se llega a la conclusión de que en el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales territoriales -excluida la actividad de los órganos centrales operativos en el ámbito de la Audiencia Nacional- los procedimientos incoados a los largo del año 2011 han alcanzado la cifra de 4.477.380.

Como concluye la Memoria en este apartado, se observa una discretísima elevación porcentual del 0,07 % -3.338 procedimientos más que el año anterior- de la litigiosidad penal en el año 2011 en relación con las cifras compiladas en el año 2010²²¹.

Por otra parte, durante el año 2011 se presentaron en toda España 304.673 escritos de acusación²²², a los que deben sumarse otros 273 presentados por los órganos centrales del MF, con la siguiente distribución: 198 por la Fiscalía de la Audiencia Nacional -frente a los 303 del año 2010-; 36 por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado -frente a los 28 del año 2010-; y 39 por la Fiscalía Especial Antidroga.

Como indica la Memoria²²³: "El análisis del conjunto de estos datos pone de relieve la importancia relativa que en nuestro sistema de justicia penal han alcanzado las diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, dado que el 50 por 100 del total de las calificaciones deducidas por los órganos territoriales del Ministerio Fiscal en el año 2011 se ha producido en el seno de dicha modalidad procesal, en el que asimismo se

²²¹ Memoria FGE, 2012, p.146, Tomo I.

²²² De ellos, 153.530 fueron por diligencias urgentes, 148.455 por procedimiento abreviado, 2.378 por sumario y 310 por jurado. Memoria FGE, 2012, p.151, Tomo I.

²²³ Memoria FGE, 2012, p.151, Tomo I.

contabiliza un elocuente y significativo porcentaje de conformidades que alcanza la cifra del 79 por 100. El 68 por 100 de las diligencias urgentes ha concluido en el servicio de guardia con la presentación de escrito de acusación por el Ministerio fiscal (...).

Sin embargo, a pesar de estos resultados relativamente positivos en la resolución de juicios rápidos, hay que tener en cuenta que el sistema de enjuiciamiento rápido supone un escaso 6,53 % del conjunto de los procedimientos penales por delito incoados en el ámbito territorial.

La Memoria, haciendo balance de estas cifras señala²²⁴: "Urge por ello implantar en nuestro sistema procesal nuevas formas de agilización de la justicia penal en el ámbito de los delitos menos graves que conlleven la supresión o radical simplificación de la fase de instrucción y que al menos en el ámbito de los delitos de naturaleza menos grave cuyo conocimiento no presente una especial complejidad conviertan los enjuiciamientos inmediatos en la regla y no en la excepción".

Entiendo que con estos datos y mientras se mantenga el mismo modelo procesal basado exclusivamente en el principio de legalidad, sin que se dé posibilidad de dar cabida a la oportunidad en el ejercicio de la acusación, no cabe otra opción que incrementar la inversión pública en la Administración de Justicia en general y, por extensión, en la propia institución del MF²²⁵.

²²⁴ Memoria FGE, 2012, p.155, Tomo I.

²²⁵ A todo esto hay que añadir que la plantilla del MF apenas llega a los 2.500 funcionarios en toda España, según el RD.1735/2010 de 23 de diciembre (BOE del 28), la plantilla orgánica del MF está compuesta por 2.407 fiscales, distribuida de la siguiente manera: 25 Fiscales de Sala del TS, 1.778 fiscales de segunda categoría y 604 fiscales de tercera categoría. A esto debe añadirse el número de Abogados fiscales sustitutos designados cada dos años en virtud de

Respecto del sistema vigente de instrucciones, circulares y consultas lo considero adecuado atendiendo a la finalidad y naturaleza que desempeña cada una de ellas y que deben adaptarse periódicamente a las reformas legislativas y dada su publicidad, además ayudan a la formación de criterios de otros colectivos o al debate jurídico-doctrinal, en su caso. Antes de ser publicadas en la página web de la FGE –sección documentos-, son remitidas a las Fiscalías Provinciales al objeto de que los fiscales tengan conocimiento de ello. Por lo menos así sucede en algunas Fiscalías y sería deseable hacerlo extensivo a la totalidad ya que, si bien la FGE o las Fiscalías Especializadas remiten dicha documentación, depende de la Fiscalía Provincial el que se haga llegar con profusión a los fiscales que dependen de ella²²⁶. Esto evita actuar de forma diferente al mismo tiempo y, por tanto, facilita unificar criterios en aras a preservar el principio de unidad de actuación.

Por último, respecto de las instrucciones internas, notas u órdenes de servicio a que se refiere el art. 25 EOMF -el FGE podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos

concurso de méritos, pero en este caso, la cifra de dichos fiscales en activo es variable, ya que depende de las vacantes, bajas de larga duración, excedencias y servicios especiales o refuerzos, por lo que la plantilla global en este aspecto sólo tiene incremento real en lo que se refiere a vacantes y refuerzos. En la actualidad (diciembre 2012- marzo 2013), el número de fiscales sustitutos en activo apenas llega a los 200 en toda España y posiblemente sea objeto de mayores recortes ante las medidas que prevé el Ministerio de Justicia.

²²⁶ El sistema más rápido es introducir dichos documentos por el correo electrónico corporativo a cada uno de los fiscales desde las Secretarías de las respectivas Fiscalías Provinciales. En cualquier caso, no hay que olvidar que los sistemas informáticos son diferentes dependiendo de Comunidades Autónomas y por ende, los sistemas de correo electrónico.

específicos-, creo que procede hacer unas reflexiones para, a mi juicio, mejorar el sistema actual.

El FGE no sólo imparte instrucciones de alcance general para la fijación de criterios de interpretación jurídica con carácter vinculante –que en principio no presentan problemas-²²⁷, sino que además puede dirigirse a cualquier miembro del MF a través de órdenes particulares referidas al despacho de asuntos concretos que obviamente podrían condicionar el curso del proceso con independencia del criterio del fiscal que se encargue del asunto. Este tipo de órdenes no tienen formalidad escrita y siempre pueden arrojar dudas respecto de la imparcialidad del MF, sobre todo en asuntos de delincuencia gubernativa donde el FGE puede observar una actitud condescendiente con el Ejecutivo.

La reforma del EOMF añadió la necesidad de oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno (art. 25 EOMF). Desde luego, de entrada, se anula la posibilidad de sospechar de una decisión parcial o secreta, teniendo en cuenta la transparencia y publicidad de la Junta de Fiscales de Sala donde deberá debatirse la conveniencia y contenido de la orden. A pesar de ello, siempre podrán existir dudas sobre la real controversia del debate, ya que no debe olvidarse la composición mayoritaria de la Junta de Fiscales, que es conformada a voluntad del FGE según el régimen de nombramientos de fiscales de 1ª categoría (arts. 13.1 y 36.1 EOMF).

²²⁷ Estas instrucciones, como se ha dicho, son sometidas a debate en la Junta de Fiscales de Sala (art. 15 EOMF, cuando se trata de asuntos jurídicos) o del Consejo Fiscal (art. 14.4 EOMF, por cuestiones organizativas), de forma que se garantiza su transparencia, teniendo en cuenta además su publicidad.

Pero, además, este sistema para nada impide que se haga utilización interesada en asuntos relativos a la delincuencia común, incluso por órdenes emanadas por los inmediatos superiores jerárquicos.

De esta manera, por vía del art. 26 EOMF, el FGE puede llamar a cualquier miembro del MF para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, de forma que en supuestos de criminalidad gubernativa son más que discutibles dichas instrucciones, más si se trata de no actuar²²⁸.

Este mismo precepto añade que el FGE podrá designar a cualquiera de los miembros del MF para que actúe en un asunto determinado, oído el Consejo Fiscal. En mi opinión, cuando se trate de asuntos de esa índole -gubernativos-,

²²⁸ No obstante, debe tenerse en cuenta el papel que juega la Policía Judicial y los grupos policiales especializados en delincuencia económica que en ocasiones inician actuaciones – habitualmente mediando denuncia- por hechos presuntamente delictivos cometidos por ciertas autoridades políticas en diferentes CCAA. Aquí, directamente se ponen los hechos en conocimiento del Fiscal anticorrupción de la Comunidad Autónoma (art. 284 Lecrim), y de entrada, hasta que el asunto no sea judicializado, es posible que el FGE no tenga, al menos teóricamente, conocimiento de las actuaciones de investigación. Es frecuente el inicio de diligencias de investigación penal por la Fiscalía anticorrupción con base en el art. 773.2 Lecrim y sólo cuando estén avanzadas dichas diligencias con claros indicios, será cuando se presente denuncia ante el Juzgado de Instrucción. Por ello, la iniciativa de actuar o no, no siempre debe descansar en este tipo de delincuencia sobre el FGE, sino sobre el propio Gobierno, que sigue teniendo la potestad sobre los nombramientos de los altos cargos de la Policía Judicial y del resto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. No debe olvidarse que la Policía Judicial, a pesar de que sobre el papel actúa con independencia funcional respecto del Ministerio del Interior -por el art. 550.2 LOPJ no podrán ser apartados de un asunto sino por decisión del juez o fiscal competente-, es dependiente orgánicamente de dicho Ministerio (art. 548 LOPJ), por lo que dicha independencia será siempre más teórica que real.

debería ser vinculante el informe del Consejo Fiscal²²⁹ sobre el nombramiento del candidato y que además se debatiera constanding un informe previo sobre la idoneidad del mismo elaborado por el fiscal responsable de la Fiscalía Anticorrupción del lugar donde se tramite el asunto.

Por ello, en mi opinión, para preservar en mayor medida la autonomía del MF en el ejercicio de sus funciones en el respeto a su imparcialidad, sería conveniente establecer un número tasado de supuestos donde se prohibiera este tipo de órdenes específicas -sobre todo donde consten implicadas ciertas autoridades o altos funcionarios- al objeto de evitar sospechas, por la posibilidad de que se puedan producir ciertas conductas susceptibles de ser

²²⁹ Atendiendo a que este órgano está formado por fiscales electos de toda España, cualquier decisión aseguraría un mayor margen de imparcialidad. Al Consejo Fiscal se refiere el art. 14 EOMF indicando que se constituirá, bajo la presidencia del FGE, por el Teniente Fiscal del TS, el Fiscal Jefe Inspector y nueve fiscales pertenecientes a cualquiera de las categorías, y estos se elegirán por un periodo de cuatro años por miembros del MF en servicio activo, mediante elecciones conforme a lo que se establezca reglamentariamente. En desarrollo de esta previsión se dictó el RD. 437/1983, de 9 de febrero (BOE del 7), sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, modificado posteriormente para adaptarlo a la actual normativa del EOMF, donde en su art. 14 y siguientes, se regula el procedimiento electoral para designación de vocales electivos. El art.14 indica que la elección de los vocales se llevará a cabo por miembros de la carrera fiscal en activo, mediante voto personal, igual, directo y secreto. El art. 15 añade que la circunscripción electoral será única para todo el territorio nacional, distribuyéndose en secciones correspondientes a cada una de las Fiscalías de Audiencias Territoriales o de Tribunales Superiores de Justicia, que agrupará los electores del territorio. Cada votante puede ejercer su derecho al voto sin sujetarse, necesariamente, a los nombres comprendidos en una misma candidatura (art. 17). Las candidaturas pueden ser propuestas por las Asociaciones de fiscales o bien por un número de fiscales con derecho a voto no inferior a quince (art. 18).

calificadas como delito²³⁰. No hay que olvidar el rechazo y el desprestigio social que conllevan este tipo de conductas al producirse importantes repercusiones mediáticas y de opinión pública. Tampoco sería desdeñable, aunque más radical, suprimir este tipo de órdenes particulares teniendo en cuenta que en ocasiones podrían resultar aparentemente innecesarias a la vista del contenido de las instrucciones de carácter general. En realidad, lo que se trasmite con una orden particular respecto de un determinado asunto que no comporta especial complejidad, es simplemente recordar que se tiene un interés prioritario por la razón que sea, que debería siempre atender al interés público.

Creo que al menos, con la reforma del EOMF por Ley 24/2007, debería haberse incorporado la obligatoriedad de documentar ese tipo de órdenes, con la debida motivación e inmediata dación de cuenta al Consejo Fiscal, de forma que, con dichos requisitos, podría exigirse siempre su justificación, incluso por los órganos jurisdiccionales o las partes personadas en el proceso cuando así lo desearan en determinados asuntos. Entiendo que este sistema funcionaría como un eficaz medio de control ante instrucciones presuntamente arbitrarias.

Además, si pensamos que en el futuro el MF podría ser el director de la investigación, aún se hace más necesaria dicha transparencia para este tipo de órdenes, de forma que, en último término, la sustitución de un fiscal por otro en un determinado asunto solo debería obedecer a razones de competencia profesional –por mayor preparación o especialización– y no por a razones de dudosa legalidad, a pesar de los mecanismos de control introducidos en los arts. 23 y 27 EOMF por la Ley 24/2007.

²³⁰ Por ejemplo, aquí tendrían cabida alguna de las modalidades de corrupción pública o privada (cohecho, tráfico de influencias, malversación, negociaciones o actividades prohibidas a funcionarios, etc).

2. El control externo por el Poder Ejecutivo

2.1. La naturaleza del control del Poder Ejecutivo sobre los actos del Ministerio Fiscal

Para entender la naturaleza de dicho control sobre la actuación del MF, se ha hecho necesario un planteamiento no sólo procesal de la acción penal, sino también desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta la problemática jurídico-política, tanto en el fundamento, como en la organización y los límites de dicho Poder²³¹.

En este sentido, la cuestión del posible control de los actos del MF por el Poder Ejecutivo, debe pasar necesariamente por analizar los aspectos que relacionan o vinculan al MF con dicho Poder.

Dicho control, a pesar de que en ocasiones se puede efectuar a través de mecanismos que la norma habilite, no será en el fondo más que un control de naturaleza política, aunque vendrá revestido de las formalidades legales que en cada caso procedan y, como se verá a continuación, lógicamente, al no integrar el MF la propia estructura orgánica de la Administración Pública, no depende de esta y, por tanto, en caso de no seguir las pautas u orientaciones del Ejecutivo, no será merecedor de sanción a través de mecanismo alguno de fiscalización de las decisiones que finalmente se adopten.

²³¹ DIEZ-PICAZO, L.M., *El poder...*, cit., p. 11.

2.2. Las vinculaciones del Poder Ejecutivo con el Ministerio Fiscal

2.2.1. El nombramiento y el cese del Fiscal General del Estado

Sin perjuicio de las vinculaciones más atenuadas a las que me referí en el apartado de las relaciones entre el MF y el Poder Ejecutivo -sobre todo, el sistema de nombramiento de los órganos rectores y directivos de la institución-, destaca, por su incidencia en la relación piramidal del MF, el régimen de nombramiento y cese del FGE.

El FGE es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el CGPJ, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (art. 29.1 EOMF, tras su redacción por la Ley 24/2007).

A pesar de la última redacción dada al precepto -suprimiendo la posibilidad de que sea cesado por decisión gubernamental sin causa- y de que ahora se haya incorporado un segundo párrafo para que haga valer su idoneidad y méritos ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, no es improbable pensar que el Gobierno pueda proponer un candidato que no coincida, casi plenamente, con sus postulados jurídico-políticos. La antigua posibilidad de reelección del FGE, ha quedado eliminada al haber añadido un segundo punto al citado artículo, estableciendo la imposibilidad de su renovación, salvo que haya ejercido el cargo durante un periodo inferior a los dos años -el mandato máximo es de cuatro años-.

La importancia de este nombramiento condiciona la comunicación entre el Gobierno y los fiscales, ya que esta no es directa, sino que se produce a través del FGE.

En cuanto al cese del FGE, sigue atribuyéndose al Gobierno dicha facultad ya que a pesar de la última reforma del EOMF, y al margen de concurrir unas causas tasadas de cese, se mantiene la decisión en manos del Consejo de Ministros²³².

El apartado 2º del art. 31 EOMF, de nueva redacción por Ley 24/2007, indica que la apreciación de las causas por las que puede ser cesado el FGE corresponde al Consejo de Ministros. Sin embargo, la última de las causas tasadas, "cuando cese el gobierno que lo hubiera propuesto", obviamente no requerirá la intervención del Consejo de Ministros.

Como decía la Exposición de Motivos de la Ley 24/2007, la introducción de estas causas de cese constituyen una garantía del margen de autonomía del FGE al desaparecer la libre decisión de cese sin causa por parte del Ejecutivo.

No obstante, para ver la incidencia de este sistema con la actuación de los miembros del MF -como se ha visto antes en el apartado de los controles internos-, debe ponerse en relación con la dimensión profesional, basada en la dependencia jerárquica que informa su funcionamiento.

De esta forma, si al FGE le corresponde fijar los criterios y pautas que deben ser asumidas por sus subordinados a quienes puede impartir órdenes e instrucciones, que tanto pueden referirse al cumplimiento de las funciones propias del MF como a su organización, y tanto respecto de asuntos concretos como de cuestiones de carácter general (arts. 25 y 26 EOMF) y si, al mismo tiempo, el FGE puede recibir del Gobierno, una propuesta basada en el interés

²³² El art.31.1 EOMF establece hasta cinco causas de cese: a) a petición propia; b) por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en esta Ley; c) en caso de incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo; d) por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones; e) cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto.

de seguir una actuación en un asunto concreto (art. 8.1 EOMF), podría ser fácilmente explicable la idea de dependencia del MF, al menos hipotéticamente, respecto del Poder Ejecutivo. A pesar de esto, como se verá a continuación, el FGE no está obligado a cumplir con lo interesado.

2.2.2. La facultad dada al Ejecutivo por el artículo 8.1 y 2 del EOMF

Conforme al art. 8.1 y 2 EOMF el Gobierno “podrá interesar” del FGE que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, y la comunicación del Gobierno con el MF se hará por conducto del Ministerio de Justicia a través del FGE, aunque cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo.

En estos casos, el FGE, oída la Junta de Fiscales de Sala del TS, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada.

Aquí puede verse como, en última instancia es el FGE quien resuelve sobre la procedencia de la actuación propuesta por el Gobierno, sin que se ejerza obviamente un poder jerárquico en este sentido, pudiendo por tanto, sobre el papel, el FGE rechazar dicha propuesta, pero de forma motivada.

Así pues, se ha dicho que dicha posibilidad entraña un instrumento para poder llevar a cabo su política criminal el Poder Ejecutivo basándose en el concepto indeterminado que representa la defensa del interés público, configurándose el MF como órgano del Estado con autonomía funcional²³³.

²³³ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos...*, cit., p. 165, afirma que el MF no es un cuarto poder ni es independiente, pero si es autónomo en el sentido estricto del término aplicado a su

En este sentido se ha defendido doctrinalmente la postura de considerar al MF como instrumento del Ejecutivo para la aplicación de políticas públicas respecto de la función que desarrolla, llegando a afirmar incluso que supone un instrumento que debe entenderse integrado en la Administración Pública²³⁴.

Dicha tesis ha sido rebatida, aunque con matices, ya que, por una parte, en nuestra CE no se incluye la institución en el Título IV de la misma -Del Gobierno y de la Administración-, sino sobre todo porque el art. 124.2 CE es

función, ya que ejerce sus funciones mediante órganos propios (art.124.2 CE) y por ello no puede depender directamente del ejecutivo, aunque su legitimidad provenga del hecho de que el FGE es colocado a la cabeza de los fiscales por un órgano democrático como es el Gobierno. Ahora después de la nueva redacción dada por Ley 24/2007 al art. 2.1 EOMF, puede afirmarse estrictamente que es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia y con autonomía funcional.

²³⁴ GRANADOS PÉREZ, F., *El Ministerio..., cit.*, p. 57, lo justificaba así, pero el art.2.1 EOMF, lo considera integrado en el Poder Judicial con autonomía funcional, al afirmarse que la integración del mismo no es orgánica, sino funcional, a través de funciones no jurisdiccionales –por ello son autónomas-, pero decisivas para la actuación judicial. Otras razones para considerarlo integrado en el Poder Judicial serían la equiparación de los fiscales en su *status* a los Jueces y Magistrados, salvo la inamovilidad, regulándose las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones tanto en el Reglamento de la Carrera Judicial como en el EOMF, pero sobre todo, su propia regulación en nuestra CE bajo el Título destinado al Poder Judicial, afirmándose que ello no fue un criterio caprichoso ya que a pesar de que no es propiamente poder judicial debe entenderse integrado en él porque sus funciones inciden de forma clave en el ejercicio de la jurisdicción llegando a condicionarla –a través del principio acusatorio-, teniendo como una de sus funciones el vigilar la real independencia de jueces y tribunales. En este sentido vid. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma..., cit.*, p.23.

explícito en este aspecto, al contemplar que el MF ejerce sus funciones por medio de órganos propios²³⁵.

De forma similar en el ámbito de las CCAA, el art. 11.1 EOMF contempla la posibilidad de que los órganos de Gobierno de las CCAA, en el marco de sus competencias, interesen la actuación del MF en defensa del interés público y en este sentido, tras ponerlo en conocimiento del Ministerio de Justicia, se dirigirán al Fiscal Superior de la CA, quien a su vez lo pondrá en conocimiento del FGE y tras oír la Junta de Fiscales de Sala, resolverá lo procedente, "ajustándose en todo caso al principio de legalidad". Aquí parece más que redundante la referencia expresa a dicho principio, cuando no sólo la CE sino el propio EOMF (art. 2.1) ya contemplan sobradamente la sujeción al mismo. Puede que el legislador lo haya incluido teniendo en cuenta posibles conflictos derivados principalmente de la llamada criminalidad gubernativa ya que, en ocasiones, el órgano de gobierno de la CA que se ve afectado no es del mismo signo político que el órgano de gobierno estatal, por lo que, en principio, la decisión que pueda tomar el FGE podría ser más que discutible, en el sentido de que se tomara con cierta discrecionalidad indebida, a la vista de su vinculación gubernamental, siempre y cuando concurran en un supuesto concreto intereses políticos contrapuestos²³⁶. No obstante, ahora con el nuevo

²³⁵ MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos..., cit.*, p. 155, destaca esta tesis llamada por él *gubernativista*, desmontada finalmente no sólo por lo mencionado, sino además por la falta de dependencia jerárquica deducida del comentario al art. 8 EOMF antes visto.

²³⁶ Parece que la llamada criminalidad gubernamental o política, de autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones –cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales, defraudaciones-, es la que marca el límite de influencia del poder ejecutivo respectivo sobre la decisión de perseguir estos delitos por el MF, y si bien son estadísticamente insignificantes, no lo es su repercusión social, sobre todo por la presión de los medios de

art. 19.4 EOMF -añadido por Ley 24/2007-, se concretan las materias sobre las que intervendrá directamente la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada²³⁷, pero condicionada a supuestos de especial trascendencia, apreciada por el FGE, de forma que, en este sentido, de cara a su efectiva persecución, teniendo en cuenta que depende del criterio de especial trascendencia apreciado por el FGE, no serían descartables las dudas cuando se encuentran imputados miembros del partido del Gobierno en cualesquiera de los diferentes niveles de las Administraciones Públicas.

De las técnicas que se acaban de exponer –sin olvidar aquellas vinculaciones más matizadas que se mencionaron en el capítulo relativo a las relaciones con el Poder Ejecutivo-, se pueden deducir dos consecuencias principales²³⁸:

1ª) No existe una dependencia jerárquica de la institución del MF respecto del Poder Ejecutivo, en el sentido de que este pueda dirigir órdenes o instrucciones vinculantes al FGE, sino simplemente instancias.

Esto tiene su fundamento en el art. 8.2 EOMF, según el cual el FGE no está obligado a promover las actuaciones interesadas por el Gobierno al amparo del

comunicación y la instrumentalización política de los mismos. No obstante, el peso de dichos medios y la posibilidad de articular acusaciones particulares y populares parecen garantizar una mejor investigación y que en definitiva, no sea decisiva dicha influencia de control. En este sentido y sobre otras posibilidades vid. MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio..., cit.*, pp. 353-355.

²³⁷ Entre las materias se encuentran: delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social y contrabando, prevaricación, abuso o uso indebido de información privilegiada, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, tráfico de influencias, cohecho, negociación prohibida a funcionarios, defraudaciones, etc.

²³⁸ MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio..., cit.*, pp. 324-325.

art. 8.1 de la misma norma, sino que resolverá motivadamente sobre su viabilidad y procedencia.

2^a) Sin embargo, es cierto que se ha producido una incidencia de las directrices del Poder Ejecutivo en el funcionamiento ordinario de la institución. Dicha incidencia se produce, principalmente, con la intermediación de la confianza del Ejecutivo en el FGE -confianza manifestada en la propuesta para su nombramiento- y en los titulares de otros cargos directivos dentro del MF - nombrados por el Gobierno y que este mismo puede cesar a propuesta del FGE-.

Por tanto, puede afirmarse que existe un control que opera por diversas técnicas o mecanismos, y que no se basa en una dependencia funcional pero sí en una dependencia de carácter político-orgánico a través de su injerencia en los nombramientos más importantes de la cúpula del MF, que por extensión vincula al resto de miembros del MF a través de los mecanismos ordinarios de control interno que se analizaron anteriormente.

En definitiva, no se podría negar que desde una perspectiva orgánica se produce una cierta vinculación del MF respecto del Poder Ejecutivo, por lo que debido a ciertos intereses partidistas del Gobierno en un supuesto concreto, se podría teóricamente impedir la efectividad de los principios de legalidad e imparcialidad y en consecuencia, provocar que la actuación del MF resulte - aunque sea puntualmente- condicionada por dichos intereses.

2.3. Alternativas al actual sistema de control por el Ejecutivo

Desde el instante en el que se reconoce al MF el ejercicio de la acción penal, como función esencial, es inevitable su relación con el Gobierno, a quien corresponde el diseño de la política criminal, de forma que esta no podrá

llevarse a cabo si no es con el apoyo de quien ostenta el ejercicio de dicha acción. Así pues, ambas instituciones están obligadas a entenderse.

Por ello, un MF desvinculado por completo del Poder Ejecutivo conllevaría la renuncia a una política criminal mínimamente coherente y una independencia del MF en este sentido iría contra la propia utilidad de la institución.

Por el contrario, en aquellos casos en los que el MF se encuentra vinculado al Poder Ejecutivo, se garantiza la legitimidad democrática de la institución, la aplicación de una política criminal homogénea, y el control democrático y la responsabilidad política sobre su actuación, pero existe el problema de su utilización partidista debido a las interferencias políticas.

Esto explicaría que el art. 8.1 EOMF haya atribuido al Ejecutivo específicamente la facultad de poder interesar del FGE que promueva las acciones pertinentes en orden a la defensa del interés público.

Por estas razones, considero imprescindible que el MF dependa de un órgano políticamente representativo y responsable, y, por ende, resulta necesaria una cierta vinculación entre el MF y el Gobierno.

Así pues, las exigencias de legalidad e imparcialidad exigen establecer ciertos mecanismos de relación desde el punto de vista de la ejecución de los programas de política criminal para que las actuaciones de ambas instituciones no generen la menor duda de sospecha sobre una posible parcialidad de sus decisiones.

Por tanto, en mi opinión, y en correlación a lo dicho en el apartado relativo a las propuestas de mejora del control interno, entiendo que sería conveniente que el Gobierno cursara sus decisiones de política criminal a través de

peticiones de carácter general, nunca sobre asuntos concretos, y en cualquier caso, con una preceptiva publicidad.

De esta manera siempre se conocerían aquellas actuaciones que fueran necesarias para la correcta dirección y coordinación de la política criminal sin que en principio pueda haber sospechas sobre parcialidad al prohibirse peticiones o solicitudes sobre asuntos concretos. Además, dichas solicitudes de carácter general serían acordes con lo previsto en el art. 9.2 EOMF cuando se refiere a los informes que el FGE puede emitir a petición del Gobierno, tanto en asuntos en los que intervenga como sobre el funcionamiento en general de la Administración de Justicia que deberían únicamente circunscribirse a los aspectos de la política criminal ejecutada por el MF.

Así se evitaría el problema de una posible falta de uniformidad en la aplicación de la política criminal y de desigualdad de los ciudadanos ante la ley, considerando que los principios de unidad y jerarquía deben presidir la organización interna del MF, en la medida que garantizan el mantenimiento de la necesaria unidad y coordinación en el ejercicio de la acusación pública, sin perjuicio de que se puedan establecer garantías efectivas frente a las órdenes e instrucciones provenientes de los órganos superiores que resulten incompatibles con la legalidad y la ética profesional de los miembros de la institución.

Pero al margen de todo esto, quisiera efectuar unas consideraciones respecto del sistema de nombramiento y cese del FGE.

Es loable la reforma operada por Ley 24/2007 del art. 29 EOMF, por cuanto ahora intervienen los tres poderes del Estado para que sea efectivo su nombramiento. El Ejecutivo mediante su propuesta al Rey para su nombramiento, el Poder Judicial con la audiencia preceptiva del CGPJ, y el

Poder Legislativo a través de la comparecencia del candidato ante la Comisión parlamentaria del Congreso que ha de valorar su idoneidad.

Desde luego poco más se puede decir en lo que se refiere al nombramiento, aunque tampoco hay que olvidar la composición del propio CGPJ, integrado por miembros parcialmente elegidos por las Cámaras y otros integrantes de procedencia judicial pertenecientes a asociaciones judiciales de uno u otro signo, aunque también independientes²³⁹. Por ello, tampoco puede descartarse que haya una mayoría en el Pleno del CGPJ para proponer o informar sobre un candidato determinado que sea de su agrado, sobre todo, por el hecho de no poner hipotéticamente trabas a determinadas actuaciones que pudieran inferirse de la política planificada por el Gobierno.

Respecto del cese, entiendo que la fijación de un límite temporal de mandato -4 años- y el establecimiento de causas tasadas del mismo contribuirán a disminuir la sospecha de que determinadas actuaciones del FGE, básicamente aquellas donde se ven comprometidos intereses gubernamentales, puedan ser el detonante de su remoción. A pesar de ello, y aunque el FGE no necesariamente debe formar parte de la Carrera Fiscal, entiendo que debería haberse incluido en el art.31.1 EOMF alguna de las causas del art.46 EOMF –pérdida de la nacionalidad española y condena por pena principal o accesoria de inhabilitación de cargos públicos-, al objeto de intentar ser exhaustivos en el listado.

Todas las causas de cese excepto la e) del art. 31.1 EOMF –cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto-, deberán ser apreciadas por el Consejo de

²³⁹ El art. 122 LOPJ indica que el CGPJ estará compuesto por veinte miembros, doce elegidos entre jueces y magistrados –propuestos por las asociaciones judiciales e independientes-, y ocho por las Cortes, cuatro a propuesta del Congreso y otros cuatro a propuesta del Senado.

Ministros, por lo que en realidad, tampoco se desvincula del Ejecutivo la posibilidad de considerar el cese.

Una propuesta que reforzaría la desvinculación pasaría por añadir algún tipo de control parlamentario, del Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala o incluso del propio CGPJ, ante la posibilidad de que el Consejo de Ministros, sobre todo basándose en la causa d) del precepto mencionado -por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones-, pudiera entender el cese por dicho motivo, decisión que no dejaría de ser discrecional, atendiendo en definitiva a determinadas actuaciones que no fueran del agrado del Gobierno, pero que en realidad no fueran contrarias al interés público o por lo menos, fueran discutibles sin que resulte claro un incumplimiento grave o reiterado²⁴⁰.

En definitiva, esta situación tampoco favorece un criterio de competencia o idoneidad claro en el candidato propuesto a FGE, justamente por la posibilidad de que el mismo no sea condescendiente con los intereses del Gobierno y, por tanto, para evitar ceses basados en incumplimientos graves o reiterados, se decida normalmente proponer candidatos que no ofrezcan reticencias a la política gubernamental casi con total seguridad²⁴¹.

²⁴⁰ Estamos de nuevo, ante un concepto jurídico indeterminado, más aún si se trata de un cargo tan relevante como el del FGE. Esto daría lugar a una decisión discrecional, que aún siendo motivada, sería difícilmente controlable por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre todo porque la misma, sea cual fuera su concreta motivación, tendría un claro trasfondo político.

²⁴¹ Por ello, habitualmente los Gobiernos se inclinan por propuestas de mayor afinidad y proximidad ideológica.

3. El control jurisdiccional

3.1. Las dos posiciones doctrinales sobre el alcance del control jurisdiccional respecto de los actos de la Administración

Si bien los actos del MF y los emanados de los órganos de la Administración tienen naturaleza diferente, ya que los primeros son actos de parte que se incorporan al proceso y los segundos son actos administrativos y por tanto susceptibles de control conforme al sistema de recursos previsto tanto en sede administrativa como contencioso-administrativa, he creído conveniente hacer un breve inciso exponiendo brevemente la polémica administrativista sobre el alcance del control jurisdiccional de los actos de la Administración, básicamente porque en función de la magnitud de dicho alcance, puede verse hasta qué punto un determinado acto se considera discrecional, cuestionándose incluso la propia revisión que el órgano jurisdiccional realiza sobre el acto impugnado, ya que, en definitiva, esa misma decisión jurisdiccional podría contener aspectos tan discrecionales como la revisada.

Sin perjuicio de lo ya dicho respecto del control jurisdiccional cuando se trata de respetar proposiciones jurídicas –como son los principios generales del Derecho–, que quedan al margen de los límites que impone la propia ley, en este punto, el art. 106.1 CE señala que corresponde precisamente a los tribunales controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican²⁴²,

²⁴² CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Civitas, 2ª ed., reimpresión, Madrid, 2004, p. 58, recuerda que la actuación administrativa que no se someta a los fines que la justifiquen, sería ilegal por incurrir en desviación de poder, de forma que esta es una de las tres características que definen a la misma, siendo las otras dos que toda desviación de poder presupone el ejercicio de potestades y que esas potestades son potestades administrativas. Son

afirmando la propia CE en su art. 103 que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" y, por tanto, como se dijo antes, también debe entenderse sometida su actuación al principio general de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3, *in fine*, del propio texto constitucional.

Es ese doble sometimiento a la ley y al Derecho lo que corresponde controlar a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo ejercicio jurisdiccional no admite ya distinción alguna según el tipo de proceso ("en todo tipo de procesos", dice el art. 117.3 CE) y obliga a asegurar en todos ellos una tutela judicial efectiva, evitando, en lo posible, situaciones de indefensión.

El punto de partida ya no es la exención²⁴³, sino la sujeción al control judicial de los actos discrecionales de la Administración y ese control se admite

potestades administrativas –sigue la autora en p. 74- y no derivadas de la potestad jurisdiccional ni legislativa porque se caracterizan por ser poderes funcionalizados o fiduciarios ya que en ellos se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo, debiendo tener en cuenta en este sentido, que potestades y funciones implican conceptos diferentes.

²⁴³ En este punto, la disposición derogatoria tercera de la CE, en relación con los arts. 24.1 y 106.1 CE, ya antes de la nueva ordenación de la actual LJCA, había derogado las disposiciones que excluían la impugnabilidad de determinados actos. Estas disposiciones (art. 40, apartados b, c, d y f, de la antigua LJCA de 1956 -alguno de cuyos apartados ya se había derogado expresamente antes de la CE-, referido a actos de policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, ascensos y recompensas militares por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas, etc) se basaron precisamente en que tales actos eran expresión de potestades discrecionales.

como un control normal, nada excepcional, como lo fue históricamente tiempo atrás²⁴⁴.

De esta forma, con base en los preceptos constitucionales citados, la polémica en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa ha tenido en la doctrina administrativista dos posturas claramente definidas, como se verá a continuación²⁴⁵.

3.1.1. La tesis del control pleno

Un sector de la doctrina, liderado por T. R. FERNÁNDEZ²⁴⁶, arranca de lo que denomina la necesaria inversión del planteamiento tradicional. Afirma este

²⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad...*, cit., p.31, ya mencionaba la dificultad del jurista para poner límites al poder de forma que parecía ser una cuestión excepcional y que requería una justificación extraordinaria ya que el propio principio de separación de poderes y el propio entendimiento de la función misma de administrar se suponían excluidos de cualquier debate, lo que implicaba la ausencia de sometimiento de la Administración a otro poder superior y exterior a la misma.

²⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia...*, cit., p.47, inicia la polémica doctrinal de los últimos años afirmando que parece que el tema central del Derecho Administrativo es el control de las potestades discrecionales de la Administración.

²⁴⁶ Lo que viene a continuación, está extensamente recogido en la última edición de la obra, ya convertida en un clásico sobre esta materia: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad...*, cit., cuya primera edición fue en 1994, publicada a raíz de la polémica suscitada con otros autores -Parejo y Sánchez Morón- sobre el alcance del control jurisdiccional.

En esta materia, se ha desarrollado paralelamente una corriente doctrinal sobre el control de la discrecionalidad técnica, que viene a aglutinar los mismos planteamientos con leves variantes. En este sentido destaca, como valedor del control pleno, COCA VITA, E., "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales", *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre 1985, p. 205 y ss, comienza por comentar la STS

autor que el punto de partida que hoy impone el texto constitucional vigente no tiene ya nada que ver con aquel que está en la base de todo el proceso histórico de construcción de la jurisdicción contencioso-administrativa y de las técnicas de control del ejercicio del poder discrecional por la Administración.

Si en principio fue la exención al control, el principio ahora imperante es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna, a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que son ya a todos los efectos tribunales ordinarios, a través de un proceso que es también un proceso ordinario²⁴⁷.

El punto de partida de esta nueva construcción que se pretende es, a su juicio, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), de forma que en su significación más primaria el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores, y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo de lo que puede sostenerse mediante argumentos.

La motivación es el primer criterio de distinción entre lo discrecional y lo arbitrario, pues toda decisión administrativa que no descansa en una

(Sala 4ª) de 2 de abril de 1985, ponente Sr. Botella Taza (ROJ: STS 2067/1985), sobre la resolución denegatoria de un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de Lo Contencioso de la AN -sentencia de 19 de noviembre de 1982-, confirmando la sentencia de la AN, en el sentido de que a pesar de dicha confirmación -referida a un puesto de Jefe de sección del INSALUD, sobre concurso de méritos-, se rectifica de manera contundente la doctrina inveterada del TS sobre la discrecionalidad técnica, apostando definitivamente por el control pleno de cualquier actividad de la Administración por muy discrecional que sea.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad...*, cit., p. 79.

motivación suficiente y razonable o respetable, y cuyo único apoyo sea la sola voluntad de quien la adopta, carece del más elemental respaldo.

En definitiva, siguiendo la síntesis que realiza ATIENZA²⁴⁸ respecto de esta tesis, resultarían esenciales los siguientes puntos:

1º) Todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos, por tanto, los actos discrecionales.

2º) Los actos discrecionales de la Administración, puesto que no pueden ser arbitrarios, deben ser motivados -basados en razones y no la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicta-; dichas razones no pueden ser contrarias a la realidad -no pueden ser contradecir los hechos relevantes de la decisión o también llamados "hechos determinantes"-; y entre esas razones y la decisión debe existir una relación de coherencia.

3º) El control judicial de los actos discrecionales -no es control de mera legalidad, sino jurídico, ya que la última palabra la tiene el Derecho y no la ley- se ejerce precisamente en relación a lo anterior -motivación, hechos relevantes y coherencia- y por tanto, el juez debe controlar dichos aspectos para evitar la arbitrariedad.

²⁴⁸ ATIENZA RODRIGUEZ, M., "Sobre el control...", *cit.*, p. 7. En este trabajo donde analiza profundamente las dos tesis que parecen contrapuestas, le parece indiscutible la tesis mantenida por T.R.Fernández y no le parece que se contradiga claramente algún punto de esta tesis por las mantenidas en el libro de L. Parejo que se citará a continuación. Atienza es partidario mayormente de la postura mantenida por T.R Fernández porque entiende que el Estado democrático de Derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del Estado, del poder a la razón y no de la razón al poder, siendo el Derecho uno de los instrumentos de racionalización del poder y por tanto, las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta.

4º) El resultado de ese control -cuando el acto no supera el anterior test de racionalidad- conlleva: la anulación del acto -normalmente- o la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial - excepcionalmente- si:

a) Al final del proceso -momento de la toma de decisión judicial- sólo es posible una única solución -el margen de discrecionalidad aquí se habría reducido a cero-.

b) De esta manera se restablece una situación jurídica individualizada, garantizando en definitiva la tutela judicial efectiva.

3.1.2. La tesis del control limitado

Existe otra corriente doctrinal que encabeza PAREJO ALFONSO y que mantiene postura distinta a la expuesta²⁴⁹.

²⁴⁹ Seguidamente, efectúo una síntesis de la tesis de Parejo, que dio lugar a la polémica con TR. Fernández Rodríguez. La obra no ha tenido ediciones posteriores: PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, ed. Tecnos, Madrid, 1993.

Al igual que en la tesis del control pleno, en esta existen partidarios del control limitado cuando se habla de discrecionalidad técnica, y en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p.63, afirma que en ocasiones los tribunales habían incurrido en excesos en el control de las potestades administrativas que les había llevado a sustituir pura y llanamente a los órganos técnicos en las funciones que les eran propias. Asimismo, DESDENTADO DAROCA. E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 104, pone como ejemplo la aprobación sistemática por la Sala de Lo Contencioso de la AT de Valencia, de las candidaturas a profesores que habían sido suspendidos por los Jurados de Selección, pero la citada autora critica dicha postura ya que, si bien se basa en el mantenimiento de la división de poderes, no razona suficientemente los

Expone como necesario un replanteamiento de la cuestión que rechace el enfoque de la postura antes referida por T.R. FERNÁNDEZ, imponiéndose un reexamen de la cuestión que arranque de la tutela judicial frente al poder público administrativo y el control judicial de este, basándose en el fundamento que otorgan los arts. 24 y 106 CE²⁵⁰.

Las conclusiones que se alcanzan en la tesis defendida por PAREJO, serían las siguientes:

1º) La discrecionalidad no es exención del Derecho, ni, por tanto, del control judicial; la discrecionalidad es espacio entregado a la decisión administrativa para la creación de la regla jurídica aplicable al caso, en virtud de una reducción de la densidad de la regulación previa de programación de la actividad administrativa, determinante de la atribución de la correspondiente competencia a la Administración.

2º) La discrecionalidad consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad. Dándose la hipótesis, debe negarse la posibilidad de un control judicial de mayor alcance que el anulatorio, pues el proceso de creación de la regla no es enteramente reproducible en el contexto del ejercicio de la potestad jurisdiccional propia del juez.

3º) La Administración es libre para decidir: a) si, concurriendo el supuesto definido por la regla previa, actúa o no -discrecionalidad de actuación-, y b)

argumentos ni se explica el porqué de esa ausencia de revisión judicial cuando la actividad de los órganos técnicos se basa en aplicar conceptos jurídicos indeterminados que remiten a criterios técnicos.

²⁵⁰ PAREJO ALFONSO, L., *Administrar...*, cit., p. 42.

por cuál de entre las alternativas legítimas posibilitadas por la norma previa, opta.

4º) La discrecionalidad, entendida de esta forma, en modo alguno pone en cuestión el Estado de Derecho, toda vez que:

- No impugna la primacía de la ley, ni contradice el principio de legalidad de la Administración.

- No supone desconocimiento del valor superior de la ley, pues nada impide al legislador formal renunciar a decidir por sí mismo y remitir la decisión a una ulterior instancia, concretamente la administrativa.

- No cuestiona ni tampoco limita la plenitud del control judicial de la Administración; sencillamente expresa los límites de este, en particular por lo que hace a la sustitución de la Administración por el juez.

Por último, SANCHEZ MORÓN²⁵¹, en sintonía con PAREJO, descarta igualmente el control judicial pleno de los actos discrecionales.

²⁵¹ Vid. SANCHEZ MORÓN, M., "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Publicaciones del CGPJ, Madrid, 1994, pp. 143-162. Este autor parte de la primera de sus obras *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España/Espasa Calpe, Madrid, 1991, donde ya sostuvo las tesis mantenidas por el profesor Parejo. En su obra, *Discrecionalidad administrativa...*, *cit.*, afirma en sus conclusiones -p.159- que "(...) el control judicial de la discrecionalidad administrativa sólo se puede extender, aparte los aspectos reglados específicos que resulten de las normas jurídicas aplicables en cada caso y con unas u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, al control de la desviación de poder, de la existencia de los hechos determinantes (...) al control del respeto a los principios generales del derecho (...) así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales (...) pero aún queda por decir que, si se constata la infracción de

Resumiendo, este sector doctrinal, a diferencia del anterior, mantiene que las relaciones entre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa, no pueden entenderse después de la CE, en línea de continuidad con el sistema anterior, reclamando un nuevo marco que respete un cierto ámbito de actuación administrativa libre, imposibilitando que el juez pueda sustituir la decisión administrativa.

3.1.3. La comparación de esta doctrina con el alcance del control jurisdiccional sobre los actos del Ministerio Fiscal

Por tanto, vistas las dos tesis expuestas, resulta claro que en la actualidad está abierta la cuestión sobre la amplitud de la potestad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, y en particular sobre si la discrecionalidad que las normas pueden conferir a la Administración, supone en sí misma un límite al enjuiciamiento jurisdiccional del contenido del acto o disposición que vienen derivados de dichas normas.

Como se ha visto, el presupuesto de la discrecionalidad por sí misma no infringe el ordenamiento jurídico, de modo que no es factible reducirla progresivamente hasta un punto hipotéticamente óptimo en que dejara de concurrir, siendo por tanto planteable la amplitud y el alcance del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública, incluidos los componentes o elementos discrecionales de tales actuaciones y,

alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión , mediante el razonamiento jurídico, de que sólo hay una solución posible en Derecho”.

en este sentido, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han puesto en funcionamiento diversas técnicas de reducción de la discrecionalidad²⁵².

Es evidente que esto se produce al actuar la Administración con base en normas hasta cierto punto imprecisas, que es lo que define realmente el margen de discrecionalidad de la Administración. Por tanto, puede afirmarse que no hay ninguna actuación administrativa que, por considerarse discrecional en su totalidad, esté exenta de ser sometida a enjuiciamiento jurisdiccional.

²⁵² Como se ha mencionado, el control de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados, la llamada discrecionalidad técnica, los principios generales del derecho, las propias normas que establezcan elementos reglados y la desviación de poder, deben considerarse técnicas de control que en la mayoría de los casos han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia, basándose en normas constitucionales y legales. Es interesante la postura mantenida por CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación...*, *cit.*, p. 242, partiendo de las dificultades en el enjuiciamiento –pero no de su imposibilidad- de la desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad, en el sentido de que el juez formulará su fallo por medio de criterios objetivos, pero sus posibilidades de control declinarán exclusivamente cuando le sea imposible reconstruir la valoración hecha por la Administración o cuando tenga que sustituirlas por valoraciones enteramente subjetivas, por lo que en definitiva, mantiene una especie de postura intermedia entre las dos vistas antes, al igual que se hizo referencia cuando se trató del control de la discrecionalidad técnica. Esta autora por tanto, es partidaria del control pleno, de legalidad formal y material, con adecuación de los fines que justifican el ejercicio de las potestades de la Administración, pero con la salvedad de la insuficiencia de medios de prueba para poder realizar un control material o de fondo satisfactorio que sustituya adecuadamente la decisión administrativa. Mencionando la polémica doctrinal antes apuntada, la autora -p.20, en la presentación de esta segunda edición-, afirma que sin entrar a discutir los planteamientos defendidos por los dos grandes especialistas en discrecionalidad administrativa, considera que la discrecionalidad administrativa no es un problema de inadmisión o de exclusión de la revisión judicial de los actos, sino de desestimación, en su caso, de la pretensión de anulación, queriendo decir con ello que no es posible definir en abstracto un espacio, por reducido que este sea, en el que quede excluido *a priori* el control judicial.

Esto se produjo desde el momento en que la Administración se vio sometida a un control externo –por los órganos jurisdiccionales vía art. 106.1 CE-, respecto de la legalidad de sus actos, de forma que las técnicas para defender las prerrogativas que la propia Administración mantenía se orientaron hacia parcelas que debían ser inmunes hacia el control jurisdiccional, como eran -al margen de poderes políticos o ciertamente normativos- propiamente de naturaleza discrecional²⁵³.

Llegado a este punto, cabe preguntarse qué puede extraerse de esta doctrina en relación a lo que específicamente desarrolla el MF cuando se trata de decidir una acusación.

Es evidente, como he dicho al principio, que los actos del MF no tienen naturaleza administrativa y por tanto, no son susceptibles de ser recurridos en sede contencioso-administrativa.

No obstante, y sin perjuicio de los instrumentos de control internos vistos, y que funcionan como si fueran revisiones administrativas dentro del propio órgano, dichos actos sí que pueden ser revisados mediante el sistema de recursos procesales que en cada caso se prevean por la norma contra las resoluciones judiciales que les afecten.

En este sentido, se impone un deber de motivación en los propios dictámenes o solicitudes de sobreseimiento que se formulen en el proceso, ya que en caso contrario, de no ser motivados, y si funcionan los instrumentos de control internos, deberían ser fiscalizados por el superior para ordenar su

²⁵³ ORTELLS RAMOS, M., "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española", *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad de Extremadura, 1984-1985*, p. 437.

rectificación. Aquí tendríamos un primer elemento de conexión con los actos administrativos, que deben ser motivados, al objeto de evitar igualmente una arbitrariedad en la decisión. Obviamente, entre los motivos y la decisión debe existir una relación de coherencia.

Por otra parte, el control judicial de los actos del MF, no es control de mera legalidad o estrictamente jurídico -atendiendo a lo que faculta la norma procesal-, sino más amplio -sobre el fundamento de lo pedido-, de forma que el juez deberá fiscalizar la decisión del fiscal, interpretando lo que proceda conforme al Derecho aplicable y valorando la motivación del fiscal hasta el último detalle.

Una de las premisas básicas del principio acusatorio consiste justamente en que el juez no puede sobrepasar el objeto del proceso condenando por hechos distintos de los que fueron objeto de acusación, debiendo atenerse a los parámetros que se deduzcan del propio escrito de acusación, si bien, ni la calificación jurídica ni la concreta petición de pena vincularían al juez, al delimitar únicamente el propio objeto del proceso los hechos presuntamente delictivos que se aprecien en cada caso por las acusaciones.

No obstante, como se verá más adelante, este control tiene dos dimensiones, una es la estrictamente jurídica -para el juez no se deriva responsabilidad penal en el acusado o incluso considerándolo responsable, podrá entender que concurren circunstancias que pueden modificar la responsabilidad criminal del mismo, y por otra parte, podrá considerar los hechos atípicos-, y la otra, de mayor alcance, se efectúa sobre el fundamento de los hechos, de forma que aquí se analiza si los elementos probatorios resultantes de la investigación, fundamentan, al menos, un juicio de probabilidad sobre los hechos en los que se basa la acusación.

El escrito de acusación, atendiendo a su propia estructura (art. 650 Lecrim), aunque formalmente no mantiene el orden interno de una resolución, sin embargo, si debe respetar una coherencia entre los diferentes contenidos de sus conclusiones -hechos, calificación jurídica de los mismos y pena-, y por tanto, en este sentido, el juez o tribunal, a semejanza del control sobre el acto administrativo, sí que debe considerarse informado sobre los motivos por los que el fiscal decidió acusar, y por tanto, estando sometido a los controles que cada procedimiento penal establece, la resolución que deniegue la apertura de juicio oral, en su caso, deberá contener argumentos que se refieran tanto a la motivación de aspectos jurídicos como sobre el fundamento de los hechos, referido este al resultado de las fuentes de prueba derivadas de la investigación.

Por tanto, haciendo un esfuerzo de encaje de las dos dimensiones mencionadas, realmente ambas coincidirían con el control jurídico a que se refiere la doctrina administrativista respecto de los actos administrativos, ya que en definitiva el juez se coloca en la posición del fiscal, teniendo en cuenta la motivación y argumentos de su valoración, bien para solicitar un sobreseimiento o ejercitar una acusación.

Pero además, el resultado de ese control, cuando la petición del MF no supere el anterior test de racionalidad a juicio del órgano jurisdiccional, conllevaría, no a la anulación de la petición del fiscal –obviamente al ser una mera petición de parte, sin que revista las características de un acto administrativo–, pero sí a la no estimación de sus pretensiones.

De esta forma, si por ejemplo, el fiscal ha solicitado el sobreseimiento, el juez tiene la posibilidad en nuestro proceso de acordar la continuación del procedimiento e imponer una acusación -acudiendo a buscar acusador o incluso a consultar al superior del fiscal sobre la decisión de este-, o por el contrario, si

el fiscal ha decidido acusar, denegar dicha acusación en los supuestos en los que la ley así lo prevea.

En ese sentido, el órgano jurisdiccional está resolviendo sobre la decisión positiva o negativa del ejercicio de la acusación por el MF y por tanto está revisando o incluso sustituyendo el contenido de dicha decisión.

Obviamente, esta facultad de control jurisdiccional en el proceso penal no tiene la misma naturaleza que la otorgada a la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos de la administración, por cuanto estos pueden ser revisables en virtud de los recursos que procesalmente procedan conforme al sistema de recursos previsto para dicho ámbito.

Otra situación se produciría si el MF, en nuestro proceso, dirigiera la investigación, de forma que el ordenamiento, en estos casos, debería establecer un sistema de recursos contra las decisiones emanadas del MF, a diferencia de como ocurre actualmente en nuestro proceso penal, donde la dirección formal del proceso es otorgada al órgano jurisdiccional.

Por último, el margen de discrecionalidad que el legislador puede dar al MF, como se ha dicho anteriormente cuando se trató de la oportunidad reglada, sólo puede concebirse en nuestro Derecho teniendo en cuenta que el MF debe ser el principal valedor del principio de legalidad y, por tanto, normativamente, debe estar limitado en su decisión, sin que en este sentido deban entenderse parcelas libres al control judicial, como proclama la tesis administrativista de PAREJO.

No obstante, como se ha visto al tratar de la interpretación y encaje de los conceptos jurídicos indeterminados en casos complejos, en ámbitos valorativos, y en lo que se refiere al juicio de probabilidad de los hechos a tenor de las fuentes de prueba disponibles durante la investigación, no debe

descartarse que el MF pueda formular su acusación con ciertas dosis de discrecionalidad, por lo que en definitiva, el propio órgano jurisdiccional decidiría sobre aspectos que en el seno de las dos dimensiones referidas - formal o jurídica y material o fáctica-, podrían contener elementos discrecionales que conformarían la decisión del MF.

Desde luego, en este sentido, pueden ser igualmente discutibles los motivos que estime el órgano jurisdiccional, para, en su caso, desestimar la decisión del MF, justamente por poder contener asimismo aspectos discrecionales, si bien, en este punto, ya entraríamos en el sistema de recursos procedentes contra la resolución judicial adoptada.

Teniendo en cuenta estos planteamientos, veremos a continuación los supuestos en los que el proceso penal establece mecanismos que facultan al órgano jurisdiccional para controlar los efectos que se derivan del ejercicio o no de una acusación por el MF.

3.2. El control jurisdiccional en función de ejercitar o no la acusación por el Ministerio Fiscal

El principio acusatorio significa que el proceso penal se caracteriza porque la acusación ha de provenir de persona distinta al órgano jurisdiccional, pero no impone que siempre que haya una acusación, un mero hecho de acusar, deba necesariamente continuar el proceso.

Es necesaria la existencia de una parte acusadora –pública o privada- que ejercitando la acción penal pida la apertura del juicio, al estarle vedado al juez o tribunal el papel de acusador para garantizar de esta manera su imparcialidad, al mismo tiempo que exige que el órgano jurisdiccional no sobrepase el objeto

del proceso condenando por hechos distintos de los que fueron objeto de acusación o a persona distinta del acusado en la causa.

En el proceso penal, la propia decisión del MF sobre el ejercicio de la acusación está sometida a control jurisdiccional, tanto en su aspecto positivo – ejercitándola-, como en su aspecto negativo -no ejercitándola-, de forma que su eficacia depende en gran parte del alcance del control jurisdiccional que efectivamente se ejerza.

En primer lugar, respecto del control de las decisiones de su ejercicio positivo, el control del juez o tribunal opera sobre la denegación de la apertura de juicio oral si se considera que la acusación no tiene suficiente fundamento.

Pero este control, como se ha visto, tiene diferente amplitud²⁵⁴:

a) Puede ser un control jurídico, en el sentido de que, considerando los hechos incluidos por la acusación ciertos, el juez podrá rechazar la misma si entiende que de ellos no deriva responsabilidad penal para el acusado o incluso considerándolo responsable, podrá entender que concurren circunstancias que pueden modificar la responsabilidad criminal del mismo, aunque no se encuentren contemplados en la propia tipificación de la norma penal y, por otra parte, podrá considerar los hechos atípicos por entender que no se vulnera bien jurídico alguno digno de protección conforme a la tipicidad contenida en la propia norma penal.

b) Además, puede tratarse de un control sobre el fundamento de los hechos, de forma que se analiza si los elementos probatorios resultantes de la investigación, justifican un mínimo de probabilidad sobre los mismos, es decir, si existen indicios en los que podría basarse una acusación.

²⁵⁴ ORTELLS RAMOS, M., *Cuatro aproximaciones...*, cit., p. 316.

En el proceso penal español dicho control tiene la máxima amplitud ya que afecta a las dos dimensiones del control mencionado, debiendo efectuarse por el órgano jurisdiccional simultáneamente.

En segundo lugar, respecto del control de las decisiones de su ejercicio negativo – no ejercitar la acusación-, en el proceso penal español, viene delimitado por la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda formularla, a través de la acción popular (art. 125 CE), pero sobre todo a través de la acusación particular, es decir, la que representa los intereses del ofendido por el delito, en virtud de considerar su protección a través del derecho a la tutela judicial contemplado en el art. 24.1 CE.

En este sentido, la decisión del MF de no ejercitar la acusación, puede ser²⁵⁵:

a) De naturaleza jurídica, y asimismo, dicha potestad puede ser reglada o discrecional.

Si es reglada, el MF tiene el deber jurídico de acusar ante la mera constatación de que el caso encaja en el supuesto de hecho que tipifica la norma penal y debe acusar en la medida que resulte de la aplicación de la norma al caso. La formulación de los tipos penales con la consecuencia penológica supone, por una parte, la seguridad jurídica que garantiza que las personas sólo serán penadas en esos supuestos, y por otra, el efecto preventivo de que en dichos supuestos serán penadas.

Si es discrecional, la norma confiere un poder de apreciar en un caso concreto si existe o no interés público en perseguir el delito o si ese interés puede ser satisfecho de modo distinto a la imposición de una pena. También

²⁵⁵ ORTELLS RAMOS, M., *Cuatro aproximaciones...*, cit., p. 313.

existen elementos reglados dentro de una decisión discrecional: delitos en los que puede ejercerse dicha potestad, por ejemplo de escasa gravedad o llamados de *bagatela*, o pueden concurrir eventualmente determinados requisitos adicionales impuestos por la norma o que el imputado deba cumplir, para la exclusión de la persecución penal, pero siempre en consideración a los fines públicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

b) La decisión de no acusar puede estar fundada en razones de hecho, de forma que en este caso, los hechos investigados y su imputación son jurídicamente relevantes al ser constitutivos de delito, pero se considera que las fuentes de prueba derivadas de dicha investigación no tienen suficiente relevancia para poder mantener una acusación que pueda prosperar, dando lugar a una sentencia condenatoria.

En nuestro proceso penal, la vigencia del principio acusatorio, con un MF respondiendo a las exigencias del principio de legalidad e imparcialidad que rigen su actuación (art. 124 CE y 6 EOMF), constituye un reforzamiento de las garantías del acusado, pero si el MF monopolizara la acción penal, se correría el riesgo de un reforzamiento del principio de oportunidad en el ejercicio de dicha acción, poniendo en peligro los principios de legalidad e imparcialidad en su actuación.

Por tanto, siempre puede debatirse el verdadero interés en perseguir determinadas conductas que, en ocasiones, por la injerencia política del ejecutivo, no deberían quedar sin respuesta.

No obstante, nuestro sistema procesal no es puro desde el punto de vista acusatorio y siempre se dispone de la acción penal popular recogida en los arts. 125 CE, 101 y 270 Lecrim, de forma que, como sucede en algunos casos -sobre todo aquellos delitos denominados gubernativos donde pueden resultar

imputadas ciertas autoridades y funcionarios públicos-, las irregularidades pueden denunciarse por grupos o colectivos que, por intereses varios, aunque generalmente políticos, ejercen un control en el proceso penal correspondiente²⁵⁶.

Pero debido a la desvaloración de la acción popular, promovida casi siempre al amparo de móviles políticos y económicos -ciertamente privados y por tanto, poco éticos por la rentabilidad pretendida-, la forma más común de control del ejercicio negativo de la acusación en nuestro sistema procesal se articula a través de la acusación particular, es decir, la que representa los intereses del ofendido por el delito, al amparo de lo establecido en el art. 24.1 CE, ya que se considera que es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal. En este sentido, le asiste el derecho a que se incoe un proceso penal si la acción es penalmente típica y es determinable una responsabilidad penal.

Por tanto, en el supuesto de que el MF decida no ejercitar la acusación, el ofendido estará plenamente legitimado para ejercitarla a través de la acusación particular que se persone en la causa.

²⁵⁶ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2010, p. 103, afirma que la acusación popular descansa en aquellos ciudadanos que, sin ser ofendidos por el delito, deciden ejercitar la acción penal en forma de querrela y les asiste el derecho constitucional del art. 125 CE, pero no el de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por lo que no pueden interesar el recurso de amparo (art. 53.2 CE). Los requisitos procesales para su interposición son: estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles –art. 102.1º Lecrim- y; ser español no ofendido por el delito –arts. 101 y 270 Lecrim-.

Por otra parte, ORTELLS RAMOS, M., “Nuevos poderes...”, *cit.*, p. 253, afirmaba que no corrían buenos tiempos para la acción popular ya que la doctrina era tendente a configurarla como subsidiaria de la acusación oficial del MF.

En este sentido, se ha dicho que si se impone al MF el ejercicio de la acusación -de oficio o a instancia de un acusador no oficial-, se sometería la acusación a una actuación procesal que conllevará, muy probablemente, una sentencia absolutoria con eficacia de cosa juzgada²⁵⁷.

Además, si bien las acusaciones no oficiales tienen la misma eficacia que las que podría efectuar el MF, en orden a posibilitar la apertura del juicio oral, si la decisión de no acusar por el MF se funda en las razones de hecho antes mencionadas -por insuficiencia de la prueba practicada durante la investigación para hacerla valer en el juicio oral-, la posibilidad de que se abra el juicio oral sólo a instancias del acusador no oficial, implicaría atribuirle al mismo un dominio excesivo sobre la acusación²⁵⁸.

En definitiva, dicho control, además de poder ser sobre el ejercicio positivo, como se ha visto, a través de la desestimación de la acusación si el juez considera que no concurren los presupuestos legales para su ejercicio, puede ser igualmente sobre el ejercicio negativo, en el sentido de estimar que sí se puede mantener una acusación acudiendo a las posibilidades que le otorga la norma procesal para iniciar la búsqueda de acusadores.

En este sentido, el legislador ha previsto el riesgo de una cierta disponibilidad del proceso si los acusadores hacen un uso inadecuado respecto de la solicitud de sobreseimiento, otorgando en ese caso al órgano jurisdiccional la posibilidad de acudir a la búsqueda de acusadores, como veremos a continuación, entendiendo que no existen motivos para sobreseer.

²⁵⁷ ORTELLS RAMOS, M., *Cuatro aproximaciones...*, cit., p. 314.

²⁵⁸ ORTELLS RAMOS, M., *Ibidem...*, cit., p. 314.

Este sistema, pensado para evitar la pasividad del MF en ocasiones, se introdujo con la idea de preservar en realidad el principio acusatorio, pues estando vedada al órgano jurisdiccional dicha función, se le permite invitar a alguno de los sujetos legitimados a ejercitar la acusación, en un intento de apurar las opciones de celebrar un juicio que se considera procedente.

Seguidamente abordaré los diferentes supuestos que habilita la norma en nuestro proceso penal.

3.2.1. En el procedimiento ordinario

3.2.1.1. El control sobre el ejercicio positivo

El control sobre el ejercicio positivo de la acusación, lo puede efectuar tanto el juez de instrucción en fase de investigación, como el tribunal, al seguirse la causa por sumario (art. 632 Lecrim).

El tribunal puede dictar un sobreseimiento total o parcial, libre o provisional, cuando considere concurrente alguna de sus causas (arts. 637 y 641 Lecrim), pudiendo sobreseer en parte y dictar un auto de apertura parcial (art. 634 Lecrim).

Por tanto, en este caso, en la fase de investigación, un primer control sobre la posibilidad de acusar lo ejerce el instructor, pudiendo decretar el archivo sin llegar a dictar auto de procesamiento, ya que cuando el juez conoce mediante denuncia o querrela, no las admite sin más, debiendo comprobar que los hechos sean constitutivos de delito (arts. 269 y 313 Lecrim), de forma que, mediante este control, se trata de verificar la adecuación de los hechos a alguna de las conductas tipificadas en el CP.

El instructor en este procedimiento, puede dictar el auto de procesamiento, que es el título de imputación, fundando la existencia de indicios racionales de

criminalidad y condicionando la apertura del juicio oral frente a una determinada persona -procesado- y por unos hechos determinados (art. 384 Lecrim). Esta resolución define la imputación formal en sus aspectos objetivo -respecto de las diligencias de investigación practicadas- y subjetivo -respecto de la determinación de la persona procesada-, ya que se trata de comprobar si de la investigación se deducen elementos incriminatorios que más tarde permitan pedir la apertura del juicio y formular una acusación.

En definitiva, en el auto de procesamiento, deberá apreciarse la presencia de unos hechos, pero que sirvan, racionalmente, de indicios de una determinada conducta que resulte además calificada como delictiva.

Para que pueda continuarse hasta la apertura del juicio oral, es preciso que concurran, al menos en grado de probabilidad, determinadas condiciones de Derecho material, como son la tipicidad o culpabilidad, de forma que la decisión jurisdiccional debe contener un enjuiciamiento de fondo basado en el Derecho Penal, que implicará la viabilidad de la acusación en un caso concreto.

Por ello, el auto de procesamiento implica un control sobre la cuestión fáctica de la causa, de forma que si no se está conforme con la apreciación de los elementos de convicción que se argumenten, podrá recurrirse conforme a lo previsto en el art. 384 Lecrim, en reforma primero y luego, en caso de desestimación, en apelación, que sólo se admitirá en un efecto. También cabe la interposición del recurso de apelación de forma subsidiaria al de reforma. Dicho precepto además -apartado VI-, indica la posibilidad de recurrir en reforma contra el auto denegando una petición de procesamiento por parte de alguna de las acusaciones. Contra el auto desestimatorio de esta reforma, no

cabrá interponer recurso de apelación, pero si reproducirse dicha petición ante el tribunal en el trámite de instrucción previsto en el art. 627 Lecrim²⁵⁹.

No obstante, puede concluirse la causa con o sin procesamiento, y, una vez remitida al tribunal competente para conocer del delito, se inicia la llamada fase intermedia²⁶⁰, y en el trámite de instrucción del art. 627 Lecrim se

²⁵⁹ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 168, critica este peculiar sistema de impugnación al compensarse la desestimación en reforma de la solicitud de procesamiento dictada por el instructor con la posibilidad de reproducirlo ante la AP, en el sentido de que en esta fase se conecta el juicio de imputación formal y el juicio de acusación al facultar al tribunal decisor para acordar una resolución de imputación que siempre debiera ser de exclusividad del juez de instrucción, de modo que la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento queda seriamente cuestionada. A pesar de eso, añade que parece salvaguardarse cierta imparcialidad cuando el art. 384.VI Lecrim viene a decir "resolverá fundamentadamente lo que proceda" en el momento de dictar el auto que ordena el art. 630 Lecrim -confirmación o revocación del auto de conclusión-, sin que pueda dejar al criterio del instructor la resolución, cuando estime procedentes las declaraciones de procesamiento solicitadas, mandado al instructor que las haga. Aquí entiende que dicha imparcialidad es más aparente que real ya que posteriormente se añade en dicho precepto que los procesados a quienes estas resoluciones del instructor se refieran podrán utilizar directamente el recurso de apelación en un efecto, sin necesidad que utilicen previamente el de reforma, por lo que un procesamiento ordenado directamente por la AP, y que el instructor debe acatar, puede retornar al tribunal por la vía de un recurso de apelación con nulas posibilidades de ser estimado. En mi opinión, esta situación en la práctica no podría darse a la vista de que respecto de la resolución de recursos de apelación contra resoluciones interlocutorias en todas las AAPP existe un turno de reparto que evita el tener que conocer de dichos recursos la misma sección que vaya a enjuiciar posteriormente la causa y por tanto, conozca de la fase intermedia. Por ello, en este caso, no volvería al mismo órgano jurisdiccional *strictu sensu*, y al menos, se salvaría la supuesta imparcialidad.

²⁶⁰ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, *cit.*, p. 156, indica que consustancial a la estructura originaria del sistema acusatorio mixto, la Lecrim distingue dos etapas netamente diferenciadas

interesará la apertura del juicio oral o el sobreseimiento por las acusaciones, tras solicitar la confirmación del auto de conclusión del juez instructor. En otro caso, puede solicitarse la revocación de dicho auto y la práctica de nuevas diligencias complementarias.

Transcurrido el trámite de instrucción, tras ser devuelta la causa o recogida del último que la haya recibido, el ponente resolverá en el término de tres días sobre la confirmación o revocación del auto de conclusión de sumario del juez instructor (arts. 628 a 630 Lecrim).

Respecto de la posibilidad de acordar el sobreseimiento, denegando la apertura del juicio oral, cuando el fiscal haya formulado acusación, deben señalarse varias posibilidades (arts. 642 a 645 Lecrim):

a) Si las dos partes, MF y acusación particular, solicitan la apertura de juicio oral, el tribunal debe dictar auto de apertura de juicio oral (art. 645.2 Lecrim), salvo que considere que los hechos no son constitutivos de delito, por lo que podrá sobreseer conforme al art. 637.2 Lecrim.

En este punto, la jurisprudencia recuerda que al permitir el art. 645 Lecrim que el tribunal acuerde el sobreseimiento libre por considerar que los hechos no son constitutivos de delito, cuando ambas partes hayan interesado la apertura del juicio oral, responde a que lo único que se puede debatir son cuestiones jurídicas y ello no puede variar con la práctica de la prueba en el juicio oral, por atender en definitiva a razones de economía procesal y protección de

en este procedimiento, sin que en ninguno de sus siete libros se encuentre referencia alguna a la denominada fase o etapa intermedia. Añade que esto no ha de presuponer su negación por cuanto existen una serie de trámites que ni pertenecen al sumario ni tampoco al plenario, por lo que la doctrina reconoce de forma mayoritaria la realidad de dicho periodo, circunstancia por la que tradicionalmente ha sido considerada una etapa de creación doctrinal.

derechos fundamentales²⁶¹. Por tanto, aquí vemos como el alcance del control del órgano jurisdiccional, se limita exclusivamente a la dimensión jurídica, sin

²⁶¹ La STS 15 de octubre de 2001, ponente Sr. Granados Pérez (ROJ: 7872/2001), explicó los motivos de porqué ese era el único sobreseimiento posible, pronunciándose en un recurso por infracción de Ley contra un auto de sobreseimiento libre dictado por la AP con base en el art.637.1 Lecrim –no existencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa-. Su FJ único decía: “ (...) Ciertamente, el artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es bien terminante al señalar que solicitada la apertura del juicio oral, aunque lo sea exclusivamente por la acusación particular, el Tribunal podrá acordar, no obstante, el sobreseimiento a que se refiere el número 2º del artículo 637 y en cualquier otro caso no podrá prescindir de la apertura del juicio. El criterio que se mantiene en el citado artículo que, en caso de haberse solicitado la apertura del juicio oral, exclusivamente permite el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito, responde a que en esos supuestos lo único que se puede discutir son las cuestiones de derecho o jurídicas y ello no puede variar con la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral, y, en consecuencia, razones de economía procesal y protección de los derechos fundamentales pueden aconsejar que el Tribunal pueda adoptar esa decisión. Por el contrario, si lo que no estuviera acreditado es que se hubiera perpetrado el hecho que hubiera dado lugar a la incoación de la causa, que es la razón esgrimida en este procedimiento por el Tribunal de instancia para acordar el sobreseimiento libre, al tratarse de una cuestión fáctica y de prueba, resulta determinante el acto del juicio oral, de ahí que en esos casos el legislador hubiese dispuesto la necesidad, cuando hay petición de alguna de las acusaciones, de que se proceda a la apertura del juicio oral.

Así las cosas, el Tribunal de instancia no podía acordar como acordó el sobreseimiento libre por entender que no existían indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que había dado lugar a la formación de la causa, cuando la acusación particular había solicitado la apertura del juicio oral y con esa decisión se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, y, en consecuencia, acorde con lo que se dispone en los artículos 238.2 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede acordar la nulidad del auto recurrido, reponiéndose las actuaciones al momento anterior a dictar esa resolución y

poder entrar a conocer sobre la probabilidad de los elementos probatorios que fundamentan los hechos presuntamente ilícitos. No obstante, se ha dicho que dicha facultad de sobreseer otorgada al tribunal puede considerarse contraria al principio acusatorio al desvincularse el mismo de las peticiones acusadoras, aunque debería entenderse como simple corrección puntual de dicho principio por el de legalidad, ya que del mismo modo se permite al órgano jurisdiccional salir a buscar a un acusador -art. 642 Lecrim-, también podría sobreseer, evitando los excesos de la función acusatoria, siempre y cuando se entienda que los hechos no son constitutivos de delito²⁶².

b) Si entre las partes acusadoras existiera divergencia sobre la solicitud de sobreseimiento, solicitando una la apertura de juicio oral y la otra el sobreseimiento, el tribunal podrá acordar la apertura, o bien el sobreseimiento interesado y, en todo caso, el previsto en el art. 637.2 Lecrim -sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito-.

c) Por último, en virtud de la vigencia del principio acusatorio, si el MF y la acusación particular interesaran el sobreseimiento, deberá dictarlo el tribunal. Esta petición vincula al tribunal con carácter absoluto, entendiéndose que, en este caso, la petición de sobreseimiento se considera un acto dispositivo de las partes acusadoras por el que declaran desierto el ejercicio definitivo de la acción penal mediante su renuncia material a acusar²⁶³.

que por un Tribunal distinto se dicte otra que sea conforme con lo que se dispone en el artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

²⁶² ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 280.

²⁶³ GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, cit., p. 380-382, añade que dicha vinculación es de tal magnitud que no tiene virtualidad alguna una eventual solicitud de apertura de juicio oral por el

En cualquier caso, el auto de sobreseimiento debe contener una minuciosa fundamentación, ya que tratándose de un enjuiciamiento de fondo que supone el cese de la persecución penal, obliga a concretar los elementos de convicción por los que el órgano jurisdiccional infiere la inexistencia de motivos legales para acordar la apertura del juicio oral, debiendo argumentar suficientemente las razones jurídicas que dan lugar a dicha decisión.

Por ello, el MF, por aplicación estricta del principio de legalidad, deberá interesar la apertura de juicio oral cuando, a su juicio, exista base para formular acusación, evitando peticiones de sobreseimiento no suficientemente fundadas que, en ocasiones, pueden ocultar ciertas decisiones discrecionales que, en este caso, podrían ser indebidas, justamente por no seguir los postulados que impone dicho principio.

No obstante, el legislador ha previsto la posibilidad de que el tribunal en este proceso y el juez instructor en otros, pueda acudir a la búsqueda de acusadores, para el supuesto de que el MF solicite el sobreseimiento, como a continuación veremos.

acusador popular, salvedad hecha de que se trate de un delito con un interés público relevante o difuso.

3.2.1.2. Dos posibilidades de control del tribunal sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular (artículo 642 Lecrim) e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 644 Lecrim)

El mecanismo de búsqueda de acusadores por el órgano jurisdiccional se basó en el riesgo que implicaba una cierta disponibilidad del proceso por parte de los acusadores, si estos hacían un uso inadecuado respecto de la facultad de solicitar el sobreseimiento.

Justamente se intenta preservar el principio acusatorio y la posible pasividad del MF, ya que si al órgano jurisdiccional le está vedada la función acusatoria, sin embargo, se le permite invitar a algunos de los sujetos legitimados para ejercitar la acción penal al entender que procedería la apertura del juicio oral y la celebración del mismo²⁶⁴.

Esta regulación confirma precisamente lo que en ningún caso puede efectuar el tribunal por su propia iniciativa, es decir, acordar la apertura del juicio oral

²⁶⁴ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 276 y GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., p.154, se comprueba como en otros ordenamientos existen mecanismos similares, como el alemán, donde los §§ 172 a 177 StPO, posibilitan que el ofendido solicite del tribunal que revise la decisión del fiscal de archivar el procedimiento, de forma que se le pueda forzar a acusar. Este supuesto parece más justificado que el mecanismo dispuesto en la Lecrim, por cuanto en el proceso alemán opera como un medio de control del principio acusatorio por el hecho de ser el MF quien investiga y monopoliza el ejercicio de la acción penal. El § 175 StPO señala: "Si, después de la audiencia del inculpado, el Tribunal considera fundamentada la petición, entonces resuelve que se ejercite la acción pública. La ejecución de dicha resolución es de la incumbencia de la fiscalía".

contra alguien sin petición expresa de algún acusador, al compensar esa posibilidad con la búsqueda de acusadores²⁶⁵.

La primera posibilidad viene señalada en el art. 642 Lecrim, donde si el MF solicita el sobreseimiento y no se hubiere presentado en la causa acusación particular dispuesta a sostener la acusación, el tribunal de oficio podrá llamar a la causa a los ofendidos y perjudicados a fin de hacerles saber la pretensión del MF, para que en un término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo estiman oportuno²⁶⁶. Si no comparecieren en el término fijado, el tribunal acordará el sobreseimiento solicitado por el MF.

Si el tribunal no disiente de la petición de sobreseimiento del MF, nuevamente esta decisión vincula al tribunal, que en ese caso, prescindirá de acudir a esta posibilidad.

El término "podrá" empleado por el legislador, no ha sido interpretado como de uso facultativo por el tribunal, de forma que en realidad debe comportar la

²⁶⁵ MORENO CHAMARRO, I., *El proceso penal. Ley de Enjuiciamiento Criminal comentada*, ed. Deusto, Madrid, 2005, p. 887.

²⁶⁶ MASCARELL NAVARRO, M.J., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español*, Editorial General de Derecho S.L, Valencia, 1993, p. 130, indica que la expresión "interesados en el ejercicio de la acción penal" a que se refiere el art. 642 Lecrim, debe entenderse en sentido restringido, como equivalente a ofendidos, es decir, a titulares del interés protegido por la norma penal, y por tanto, no puede extenderse a la acusación popular (art. 101 Lecrim), a la vista de que el tenor de los arts. 642 y 643 Lecrim contemplan la posibilidad de que el paradero de todos los interesados sea conocido, lo que nunca ocurrirá si por interesados se entienden todas las personas que según nuestra legislación procesal penal pueden ejercitar la acción penal.

obligación de acudir al ofrecimiento a los ofendidos para que estos ejerciten la acción penal²⁶⁷.

La posibilidad de que esta vía resulte infructuosa, a pesar de que la norma impone la vinculación absoluta del tribunal al sobreseimiento pedido por el MF, no parece que deba ser un impedimento a la segunda vía ya que, en realidad, la regulación de estos mecanismos responden al intento de agotar las posibilidades de encontrar acusador, por lo que la opción, que a continuación se menciona, debería ser subsidiaria de la primera. Por ello se ha dicho que debe prevalecer esta interpretación de la norma -contrariamente a su literalidad-²⁶⁸.

No obstante, también cabe acudir a este mecanismo en los supuestos en los que la acción penal hubiera sido ejercitada en algún momento del proceso, además de por el MF, por otras partes que posteriormente se hubieren apartado del proceso o que en ese instante soliciten también del tribunal que acuerde el sobreseimiento²⁶⁹.

²⁶⁷ MASCARELL NAVARRO, M.J., *El sobreseimiento provisional...*, cit., p. 131, indica que ese deber del tribunal se funda en las exigencias de los principios de necesidad –por justificación adecuada de los motivos de sobreseimiento- y acusatorio –por el agotamiento en la búsqueda de acusadores-.

²⁶⁸ En este sentido, se pronuncia ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 279, y asimismo MASCARELL NAVARRO, M.J., *Ibidem...*, cit., p. 132, en la interpretación de la expresión “y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación”, mantiene que es consecuencia del fracaso del mecanismo de los preceptos precedentes – arts.642 y 643 Lecrim-, de forma que su ubicación en el art. 644 Lecrim, obedece a una excepción de la obligación legal del tribunal de dictar el sobreseimiento cuando no comparezca ningún ofendido a mantener la acción.

²⁶⁹ MASCARELL NAVARRO, M.J., *Ibidem...*, cit., p. 132.

La segunda posibilidad de buscar acusador se produce cuando no se persone acusación particular alguna y el MF solicite el sobreseimiento, de forma que el tribunal, si lo considera improcedente, podrá dirigirse al superior jerárquico del fiscal, a fin de que -en virtud de los mencionados principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación-, ratifique o modifique, dicha petición de sobreseimiento (art. 644 Lecrim). Si lo ratifica, el tribunal acordará el sobreseimiento solicitado.

Desde luego, este es un mecanismo claro de control judicial que llega a la dimensión interna del MF, concretamente al superior jerárquico del fiscal calificador, y obliga al MF a emitir un segundo dictamen sobre el asunto que, o bien ratifique el sobreseimiento, o en su caso, lo modifique.

3.2.2. En el procedimiento abreviado

3.2.2.1. El control sobre el ejercicio positivo

En el procedimiento abreviado, el control sobre la decisión del fiscal cuando solicite simultáneamente la apertura del juicio oral y formule acusación (art. 780.1 Lecrim), opera sobre todas las causas o motivos que pueden dar lugar a acordar el sobreseimiento y que el juez puede considerar de oficio, comprendiendo los motivos previstos en la ley para acordar el sobreseimiento provisional (art. 641.1 y 2 Lecrim), o cuando considere que los hechos no sean constitutivos de infracción penal alguna, podrá acordar el sobreseimiento libre (art. 637.2 Lecrim).

En esta fase intermedia, vemos como el alcance del control del órgano jurisdiccional -a diferencia del procedimiento ordinario-, se concentra en un único órgano -el instructor-, pudiendo entrar a conocer tanto sobre la dimensión jurídica (art. 637.2 Lecrim) como sobre la probabilidad de los

elementos probatorios que fundamentan los hechos presuntamente ilícitos (art. 641.1 y 2 Lecrim).

Este alcance sobre las posibilidades de sobreseer dadas al juez, se explica, justamente por el tenor del art. 783.1 Lecrim, en el sentido de que el mismo debe hacer una valoración indiciaria de los hechos contenidos en las calificaciones, para evitar acusaciones infundadas, basaba en la tipicidad de los hechos conforme a lo solicitado por las acusaciones y teniendo en cuenta las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción, que normalmente serán propuestas por las acusaciones como pruebas para el juicio oral.

La previsión del sobreseimiento de oficio por el instructor se explica en este proceso por la exclusión del auto de procesamiento del procedimiento ordinario, de forma que debe concentrarse el control judicial sobre la acusación en esta fase intermedia y aunque el auto de procedimiento abreviado implica en sí mismo un pronunciamiento sobre la existencia de indicios de criminalidad, ello no es obstáculo para poder sobreseer posteriormente con base en un control sobre el fundamento de la acusación. Es evidente que por la prevalencia del principio de legalidad sobre el acusatorio se otorga dicha facultad desvinculatoria al instructor²⁷⁰.

En este procedimiento se concede una segunda oportunidad de formular acusación a las partes -a diferencia del resto de procedimientos-, cuando el art. 783.1 *in fine* Lecrim, dispone: "Cuando el Juez de Instrucción decrete la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, el Secretario Judicial dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado

²⁷⁰ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 283.

el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello”.

En este supuesto, el MF, si se acordó la apertura sólo a instancias de la acusación particular, puede o bien ratificar su petición de sobreseimiento anterior, mediante la presentación de un escrito denominado “calificación absolutoria” -que contendrá similares características al escrito de defensa-, o, por el contrario, no ratificar dicho sobreseimiento, presentando escrito de acusación. Pero el precepto añade salvo si “hubiere renunciado a ello”, y esto debe entenderse de forma expresa y con anterioridad, ya que es posible que, sobre todo por razones de hecho -al aportarse nuevas pruebas de las que no se tenía conocimiento en el momento de interesar el sobreseimiento-, se pueda cambiar la decisión, pero tampoco debe olvidarse que el MF viene obligado a ejercitar la acción civil en el propio interés del perjudicado en virtud de lo preceptuado en los arts. 108 y 773.1 Lecrim, salvo si el ofendido renunciare expresamente a ella²⁷¹.

²⁷¹ GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, cit., p. 154, afirma que el ejercicio de la pretensión civil por el MF en el proceso penal constituye un claro supuesto de legitimación derivada o por sustitución procesal, como consecuencia del art. 124.1 CE (velar por los derechos de los ciudadanos), sin que sea necesario por tanto, que la víctima comparezca en el procedimiento penal para ejercitar su acción resarcitoria, sobre todo a fin de evitar molestias y gastos del proceso, pero la única parte originariamente perjudicada es el perjudicado, de forma que siendo titular de un derecho subjetivo de carácter disponible, podrá renunciar a la acción civil, reservarla para el proceso declarativo correspondiente o acumularla al procedimiento penal en curso.

3.2.2.2. El control del juez instructor sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 782.2, apartados a y b, Lecrim)

El art. 782.2 Lecrim dice: "Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:

a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.

b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días".

En este procedimiento, a diferencia del procedimiento ordinario, se le concede al juez un mayor margen de maniobra en el control de la acusación, ya que si el fiscal y la acusación particular interesan el sobreseimiento por cualquiera de los motivos de los arts. 637 y 641 Lecrim, el juez puede desvincularse de dicha petición cuando a su juicio concurren las eximentes de responsabilidad criminal previstas en el art. 20, apartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º CP²⁷². Esta excepción se refiere al supuesto de sobreseimiento libre del art.

²⁷² Los supuestos son: anomalía o alteración psíquica que impida la comprensión de la ilicitud del hecho; intoxicación plena al tiempo de cometer la infracción penal por el consumo de

637.3 Lecrim, cuando aparezcan exentos de responsabilidad los procesados como autores, cómplices o encubridores. En estos casos, se devolverá la causa a los acusadores para calificación, continuando el juicio hasta sentencia a los solos efectos de la imposición de medidas de seguridad y de la acción civil (art. 782.1 Lecrim).

A raíz de la anterior redacción (derogado art. 790.3 Lecrim) de este supuesto, se planteó la cuestión de entender quebrado el principio acusatorio por abrirse el juicio oral sin expresa petición de parte acusadora²⁷³.

Se considera que no debe quebrarse dicho principio, ya que en estos casos, de obligada imposición de medida de seguridad, debe atenderse a lo previsto en el art. 3.1 CP cuando literalmente establece que "no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme". Aquí el principio acusatorio cede ante el de legalidad, pero no sufre menoscabo, ya que forzosamente deberá acordarse medida, pero esta en sí misma no delimitará el objeto del proceso durante la vista del juicio oral²⁷⁴. Realmente en estos supuestos, no existe resolución sobre el objeto del proceso penal.

El supuesto del art. 782.2 Lecrim, a semejanza del procedimiento ordinario, se refiere a la posibilidad de que el juez, sin que se hubiera personado en la causa acusación particular, una vez decidido a sobreseer, "podrá" dar

bebidas alcohólicas o drogas tóxicas; alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que alteren gravemente la conciencia de la realidad; estado de necesidad y; miedo insuperable.

²⁷³ MASCARELL NAVARRO, M.J., *El sobreseimiento provisional...*, cit., pp. 74-76.

²⁷⁴ La CFGE 1/1989 en estos casos, indicó que debía continuar el trámite hasta sentencia, que debía ser absolutoria, dada la inidoneidad de solicitud del sobreseimiento para la adopción de medidas de seguridad.

conocimiento de la pretensión de sobreseimiento del MF a los directamente ofendidos o perjudicados por el delito no personados, para que en el plazo de quince días comparezcan a defender su acción si lo estiman oportuno.

Si bien ello no implica personación previa en la causa por la acusación particular, sí que se trata de un control judicial que puede condicionar la formulación de una acusación por el ofendido por el delito. No obstante -sigue el precepto-, si no se personare en el plazo fijado a defender su acción, el juez se verá obligado a acordar el sobreseimiento interesado por el fiscal, pero además, el juez, si lo estima oportuno, podrá remitir la causa al superior jerárquico del fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien deberá comunicar su decisión al juez en el plazo de diez días.

Al igual que el procedimiento ordinario, el término "podrá" debe comportar la obligación de acudir al ofrecimiento a los ofendidos para que estos ejerciten la acusación²⁷⁵.

El apartado a) del precepto fue introducido en la reforma de la Lecrim del año 2002, es decir, la intervención de los perjudicados por el delito, ya que hasta entonces sólo se preveía la remisión de la causa al superior jerárquico. Además se añade al final de dicho apartado la expresión "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente", refiriéndose al traslado al fiscal superior, por lo que en este caso se verifica expresamente la subsidiariedad de tales mecanismos.

La IFGE 1/2003, de 7 de abril, sobre aspectos organizativos de las Fiscalías, en su capítulo VIII, ya advertía dicho control judicial, añadiendo que similar previsión venía regulada en los arts. 642 Lecrim para el procedimiento

²⁷⁵ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 282.

ordinario y 26.2 LOTJ para este proceso especial. Añadía la necesidad de visar adecuadamente dichas solicitudes de sobreseimiento, lo cual redundaba en beneficio de posibles discrepancias entre el fiscal calificador y el visador, aunque, en dichos casos, debería ponerse en conocimiento de la Inspección Fiscal, pero los Fiscales Jefes no deberían pronunciarse sobre la controversia en tanto en cuanto el órgano judicial no lo hubiere hecho respecto de la petición de sobreseimiento.

Este supuesto, de acudir al fiscal superior cuando se ha solicitado el sobreseimiento, no es en absoluto frecuente, pero se ha dado en alguna ocasión, y que paso a exponer, justamente por considerar que la decisión del fiscal superior, confirmando el sobreseimiento del inferior, pudo ser tan discrecional, como la adoptada inicialmente cuando se interesó el sobreseimiento.

El caso fue el siguiente: El fiscal, en un procedimiento abreviado donde se le había dado el traslado del art. 780 Lecrim por un delito de abandono de familia previsto en el art. 227 CP, por impago de prestaciones económicas a favor de los hijos, interesó el sobreseimiento, basándose en el hecho de que, durante la instrucción, el imputado había pagado a la denunciante todas las pensiones alimenticias pendientes, lo que provocó que la denunciante, personada con acusación particular, se apartara del proceso. El juez instructor consideró que, al margen de la renuncia por la acusación particular a ejercitar las acciones civiles, el MF, una vez iniciada la instrucción, no podía basar su sobreseimiento simplemente en el hecho de haberse resarcido las responsabilidades civiles, y debía continuar con la acusación si se daban los elementos del tipo, esto es, que quedara constancia que el imputado dejó de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro alternativos la pensión debida, y a fecha en la que se interpuso la denuncia.

Además, en este tipo de delitos semipúblicos, el único requisito indispensable para que el MF no deje de ejercitar la acción penal, es la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 228 CP).

Por tanto, prescindiendo del mecanismo previsto en el apartado a) del art. 782 Lecrim, a la vista de la renuncia de la denunciante, acudió directamente al supuesto del apartado b) del citado precepto, donde el fiscal superior, ratificó el sobreseimiento del inferior.

Desconozco concretamente las razones del informe de ratificación del fiscal superior, pero entiendo que, en este caso, el sobreseimiento únicamente debería ser motivado en razones basadas sobre el fundamento de los hechos, es decir, considerar que no había suficientes elementos de prueba para mantener una acusación, por ejemplo, porque si constaba documentación patrimonial, esta presumía casi totalmente, una situación precaria para hacer frente a los pagos de forma periódica, o incluso, en el propio argumento jurídico, a *sensu contrario*, que motivó la incoación de procedimiento abreviado, es decir, considerar que, a la fecha de la denuncia, no se daban los elementos del tipo, justamente por no constar indiciariamente que el imputado hubiera dejado de pagar la pensión en los plazos indicados.

Desde luego, si el motivo –absolutamente improbable– de la decisión para ratificar el sobreseimiento fue el constar resarcida la acusación particular tras haber decaído el interés privado por seguir con la acción penal, nos encontraríamos ante un supuesto de oportunidad donde la acción penal se condiciona al cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito y recordada por la norma (art. 227.3 CP).

Este argumento no tendría cabida por no ser acorde con el principio de legalidad, ya que en estos delitos, como ha previsto el legislador, el único

requisito que establece a disposición particular es la previa denuncia de los hechos -perseguitabilidad-, sin que el MF pueda denunciar, salvo que se trate de menores de edad o personas desvalidas.

Por tanto en este caso, de ser así, nos encontraríamos con una decisión discrecional del fiscal superior, confirmando la del inferior de igual naturaleza, pero además de forma manifiestamente indebida, por la propia improcedencia de la misma ya que los argumentos en los que se basa no podrían ser admitidos al no estar prevista en la norma procesal dicha posibilidad de sobreseimiento.

3.2.3. En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

3.2.3.1. El control sobre el ejercicio positivo

Una vez practicadas las diligencias urgentes, el art. 798 Lecrim contempla una audiencia, a modo de conclusión de la instrucción, en la que el juez oirá a las partes personadas y al MF respecto a la procedencia de acordar la continuación o no del procedimiento, además de poder solicitar medidas cautelares frente al imputado o responsable civil.

En esta audiencia, el juez habrá de valorar la suficiencia de las diligencias practicadas, de forma que si el resultado de dicha valoración es positivo, acordará la continuación del procedimiento mediante auto oral, con la salvedad de que se acuerde el sobreseimiento que corresponda, inhibición a favor de la jurisdicción militar o el traslado a la Fiscalía de menores. Si se consideran los hechos constitutivos de una falta, se procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el art. 963 Lecrim.

Si por otra parte, el juez instructor estima que las diligencias practicadas son insuficientes, ordenará la continuación como diligencias previas, mencionando

tanto las razones que impidan concluir la instrucción como la mención de las diligencias cuya práctica resulte necesaria.

Por tanto, en este procedimiento, la comparecencia mencionada puede dar lugar a un sobreseimiento por parte del juez instructor, que normalmente podrá ser el del art. 637.2 Lecrim -los hechos no son constitutivos de delito- o 641.1 Lecrim, aún habiendo interesado el MF o la acusación particular, que se acordase la continuación por cualquier motivo. El sobreseimiento del art. 641.2 Lecrim, por falta de autor conocido, no parece tener virtualidad en la práctica en este procedimiento, ya que la causa llega por atestado al Juzgado de Instrucción donde se encuentra el detenido o un denunciado no detenido. No obstante, pueden darse supuestos en lo que se produce un error en la identidad de la persona detenida, pero lo normal es que no haya dudas, sobre todo en los casos de flagrancia.

En la llamada fase intermedia de este procedimiento, el art. 800 Lecrim, establece que cuando el MF o la acusación particular soliciten la apertura del juicio oral, el Juez de Guardia procederá conforme a lo previsto en el art. 783.1 Lecrim, resolviendo por auto lo que proceda, y podrá desvincularse de dicha petición acordando el sobreseimiento. No será probable acordar un sobreseimiento basado en el art. 637.2 Lecrim, justamente porque el juez debió apreciar esa falta de tipicidad de los hechos a la finalización de las diligencias urgentes a raíz de la comparecencia del art. 798 Lecrim. Aquí el escrito de acusación sólo se podrá presentar posteriormente al acordarse la apertura del juicio oral por el instructor.

El art. 800.4 Lecrim posibilita que únicamente la acusación particular solicite la apertura del juicio oral sin que lo haya hecho el fiscal, y, en este caso, si el Juez de Guardia lo hubiere acordado, emplazará a las dos partes para

que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. En el caso de que se formule acusación, se dará traslado posteriormente a la defensa para que prepare su escrito que, normalmente, y no habiéndose presentado la acusación en el mismo día del juicio rápido, dispondrá de cinco días para su presentación (art. 800.2 Lecrim). No obstante, el aspecto más controvertido se ha producido ante la falta de acusación en el mencionado plazo por el MF, como veremos a continuación.

3.2.3.2. El control del juez instructor sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 800.5 Lecrim)

Previamente debemos mencionar la posibilidad de que – aunque no sea frecuente en la práctica- el juez instructor, contrariamente al criterio del fiscal, dicte la resolución prevista en el art. 798.2.1º Lecrim, es decir, el título de imputación en este procedimiento, sin posibilidad de que sea recurrida, al considerar que las diligencias practicadas son suficientes para seguir por el trámite de diligencias urgentes del art. 800 y siguientes Lecrim. Aquí debe considerarse que el juez puede imponer el formular una acusación, aún cuando el fiscal considere que no son suficientes las diligencias practicadas interesando se siga la causa por las diligencias previas del procedimiento abreviado.

Por tanto, de entrada, dicha resolución no implicaría restar fuerza al principio acusatorio, a pesar de que es el juez quien decide cuando debe formularse la acusación, ya que, sin duda, la pertinencia de los actos de investigación deben incumbir al juez, simplemente por razones de garantía en la propia investigación. En cualquier caso, dicha posibilidad no parece probable ya que además podrá intervenir la acusación particular y en caso de

divergencia –entre esta y el fiscal-, el juez podrá adoptar una decisión, al menos, en concordancia con una de las dos acusaciones. En otro caso, no tendría demasiado sentido que ante la falta de acusación, se insistiera en continuar la fase intermedia en este proceso. En cualquier caso, cuando se diera traslado a las partes acusadoras para solicitar la apertura de juicio oral (art.800.1 Lecrim), si ambas solicitaren el sobreseimiento, el juez quedará vinculado (art. 782.1 Lecrim) con las excepciones vistas del art. 20 CP, sin perjuicio de poner en marcha el mecanismo de búsqueda de acusadores previsto en los arts. 800.5 y 782.2 Lecrim.

De esta manera, si habiéndose acordado la apertura del juicio oral, el fiscal no presenta el escrito de acusación en el acto, el juez, sin perjuicio de emplazar en todo caso a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos en los términos del art. 782.2 Lecrim -al igual que en el procedimiento abreviado-, requerirá al superior jerárquico del fiscal para que, en un plazo de dos días, presente el escrito que proceda (art. 800.5 Lecrim).

Igual requerimiento efectuará al fiscal superior, si el fiscal inferior tampoco lo hubiere presentado en el plazo de dos días dado por el juez, una vez solicitada por la acusación particular la apertura de juicio oral (art. 800.4 y 5 Lecrim).

Pero si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre (art. 800.5 Lecrim).

Este supuesto, respecto del traslado al superior jerárquico, es similar al previsto para el procedimiento abreviado, si bien por la propia celeridad de los trámites, la única diferencia radica precisamente en que el superior jerárquico

del fiscal que haya intervenido debería despachar el traslado en breve plazo, que en este caso será de dos días y no de diez (art. 782.2 b Lecrim).

Nos encontramos ante una decisión del juez que tiene incidencia directa en el sistema de control interno de la propia Fiscalía, de forma que ante un supuesto concreto de instrucción sencilla, el fiscal superior deberá analizar con los datos que se le presenten a través de las actuaciones practicadas, en primer lugar, los motivos de la no presentación de escrito alguno por el fiscal respectivo, y en segundo lugar, qué tipo de actuación debe llevarse a cabo, si acusar o pedir el sobreseimiento. En este caso, lo habitual será consensuar con el fiscal que debió despachar el traslado qué es lo que debe hacerse. Si no pudiera recabarse la información adecuada con el fiscal referido -podría estar de baja por enfermedad, por ejemplo-, el superior deberá decidir por sí sólo, sin tener los elementos de juicio que puedan haberse derivado por la intermediación en la práctica de alguna diligencia de prueba -declaración de imputado, testificales- propia del trámite del juicio rápido ante el Juzgado de guardia.

Desde mi punto de vista, esto es esencial para poder elaborar con mayor acierto el escrito de acusación, o en su caso, solicitar el sobreseimiento, porque la intermediación en las declaraciones de las partes siempre crea un mejor convencimiento sobre la verosimilitud del contenido de las mismas, al margen de poder intervenir lógicamente para realizar aquellas preguntas que se consideren convenientes para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Por tanto, ante supuestos que pueden dar lugar a dudas sobre su calificación, sobre todo, cuando nos encontramos ante hechos delictivos que pueden ser tipificados conforme a algún concepto jurídico indeterminado que necesita concretarse con declaraciones exhaustivas sobre determinados detalles, esa intervención directa del MF se hace necesaria, para evitar, en lo posible, una

acusación, que, en su caso, podría adolecer de ciertas imprecisiones, y sobre todo, de un cierto margen de discrecionalidad, al poder adolecer de adecuados elementos de juicio en su elaboración. No obstante, las reglas de la experiencia serán importantes en cualquier caso, y si se formulara acusación, si no hubiera conformidad, todo se debatiría en el juicio oral. Bien diferente es la posibilidad de que el acusado se conforme con una acusación que adolezca de los elementos mencionados, aunque siempre tendrá la asistencia de su letrado, y en cualquier caso, deberá ser el juez el que realice el control de legalidad, debiendo informar debidamente al acusado si se considera culpable de los hechos referidos en el escrito de acusación por el MF y no de otros.

Por ello, el juicio de probabilidad sobre los hechos que deba efectuar el MF en estos casos de instrucción sencilla, deberá ser el más acertado posible y en el menor tiempo, con las fuentes de prueba disponibles, aunque no se haya intervenido en las diligencias de guardia.

La CFGE 1/2003, de 7 de abril, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, afirma que la fórmula que establece el legislador es drástica en el sentido de que puede afectar al objeto del proceso la preclusión del plazo que se otorga al fiscal para formular la acusación, ya que se puede finalizar la causa con un sobreseimiento libre. Desde luego no parece tener congruencia, haber solicitado la apertura del juicio oral y posteriormente no presentar escrito alguno de acusación. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta disociación entre la solicitud de apertura del juicio oral y la presentación del escrito de acusación ya se da en el trámite del procedimiento ordinario por delitos graves.

Sigue la circular, que la presentación del escrito de acusación fuera de plazo no puede afectar a la legalidad ya que el *ius puniendi* del Estado sólo se

extingue por la prescripción del delito y por tanto es imprescindible su presentación o instar un sobreseimiento en su defecto por el MF, para que el juez pueda seguir con el proceso penal. Además se trae a colación el traslado del art. 783.1, *in fine* Lecrim, entendiendo que es la renuncia expresa a presentar el escrito de acusación, no la deducida del silencio como actitud procesal, la que conlleva el verdadero efecto preclusivo. En cualquier caso, se recuerda a los fiscales que cuando dicha falta de presentación obedezca a alguna disfunción organizativa, deberá hacerse dicha aportación, aunque sea tardía.

En definitiva -y a pesar de las previsiones de la circular-, desde luego, no es frecuente dicha posibilidad en la práctica ya que, como se ha dicho, en el peor de los casos, ante la falta de presencia física del fiscal en el Juzgado de guardia, se disponen de medios tecnológicos suficientes para poder aportar el escrito en el mismo día de la celebración del juicio rápido.

En cualquier caso, el art. 795.4 Lecrim, remite supletoriamente al procedimiento abreviado, ante la falta de previsión expresa, si bien, en este procedimiento, debe tenerse en cuenta que la disociación mencionada no puede darse a la vista de que la solicitud de apertura de juicio oral y la presentación del escrito de acusación son simultáneos.

3.2.4. En el proceso ante el Tribunal del Jurado

3.2.4.1. El control sobre el ejercicio positivo

La aprobación de la LO 5/1995, de 22 de mayo -modificada por LO 8/1995, de 16 de noviembre- dio respuesta a la exigencia del art. 125 CE al introducir nuevamente el Jurado en nuestro ordenamiento procesal penal como forma de garantizar la participación ciudadana en la Administración de Justicia.

El art. 24.1 LOTJ establece que cuando de la denuncia, de la querrela o de cualquier otra actuación procesal resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas cuyo enjuiciamiento sea competencia del Jurado, previa valoración de su verosimilitud, acordará el instructor la incoación del procedimiento. Aquí nos encontramos ante un primer escalón en el sistema de controles sobre el ejercicio de la acción penal al apreciar el instructor la tipicidad del hecho y los aspectos subjetivos de la imputación²⁷⁶.

El art. 25.1 LOTJ regula la denominada comparecencia de imputación, señalando que, una vez incoado el procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, el Juez de Instrucción lo pondrá inmediatamente en conocimiento de los imputados. Con objeto de concretar la imputación, les convocará en el plazo de cinco días a una comparecencia así como al fiscal y demás partes personadas. Si son conocidos los ofendidos o los perjudicados por el delito no personados, se les citará para ser oídos en dicha comparecencia –instruyéndoles de los derechos de los arts. 109 y 110 Lecrim- y se les indicará el derecho a formular alegaciones y solicitar lo que estimen oportuno.

Esta comparecencia cumple una doble finalidad. Por una parte, a los efectos de concretar la imputación, sirve como trámite de alegaciones de las acusaciones y de la defensa –pudiendo instar en ese instante el sobreseimiento conforme a lo dispuesto en los artículos 637 o 641 Lecrim- y, en segundo lugar, sirve para solicitar las diligencias de investigación que las partes consideren oportunas (art. 25.3 LOTJ).

²⁷⁶ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 223.

Este trámite muestra las diferencias existentes entre la instrucción de los demás procesos penales y la prevista en la LOTJ, sobre todo por lo que se refiere a la inexistencia expresa de una resolución de imputación formal, aunque dicha afirmación debería matizarse ya que dicha ausencia parece ser más aparente que real, al entender que, aunque dicha comparecencia no termine con una resolución de imputación del instructor, sin embargo el art. 25.1 LOTJ se refiere literalmente a *concretar*, pero no a formalizar y además dicha concreción se atribuye *ex lege* a las acusaciones (art. 25.3 LOTJ) pero no al juez instructor²⁷⁷.

La CFGE 4/1995, de 29 de diciembre, sobre actuaciones en el Juzgado de Instrucción en el proceso ante el Tribunal del Jurado, refiriéndose a lo que debía ser la expresión concretar la imputación, señalaba: "se trata de delimitar lo que ha de ser objeto de investigación, despojando de la imputación inicial aquellos hechos que, por no ser relevantes penalmente, no han de ser merecedores de atención en la fase de investigación. Se pone así una barrera a la proscrita *inquisitio generalis*. Habrá ocasiones en que los perfiles de la imputación estén tan nítidos en la querrela o denuncia inicial que no será precisa una concreción ulterior y bastará remitirse a los términos de la denuncia o querrela. (...) esa concreción se refiere a hechos con relevancia penal, pero no a calificaciones jurídicas que sólo deberán hacerse formalmente en un momento posterior".

²⁷⁷ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., pp. 224-225, añade que en buena línea de principios, esta comparecencia debería concluir con una resolución judicial de imputación, ya que la Exposición de Motivos hacía insistir en proclamar la exigencia de una imputación judicial previa a toda acusación en consonancia con la doctrina del TC, cosa que sin embargo no sucede, aún cuando recuerda la exclusión del auto de procesamiento.

El art. 26.1 LOTJ señala que, oídas las partes, el Juez de Instrucción decidirá la continuación del procedimiento, o el sobreseimiento, si hubiera causa para ello, conforme a lo dispuesto en los arts. 637 o 641 Lecrim.

Se ha dicho que esta resolución de continuación del procedimiento debe constituir el título de imputación en este proceso, y aunque la solución sea técnicamente imperfecta²⁷⁸, la necesidad de contar con un juicio de imputación formal llevaría a afirmar que este se articula a través del mismo y no del auto de apertura del juicio oral (art.33 LOTJ) a la vista de que el juicio de imputación debe preceder al juicio de acusación, y este a la formalización de la misma como modo de evitar acusaciones sorpresivas²⁷⁹.

En este proceso, a diferencia de lo previsto en los anteriores, no se regula explícitamente la vinculación del juez a las peticiones de las partes, de forma que hay que buscarla en la propia configuración del procedimiento.

De esta manera, cuando el MF decida formular la acusación, al igual que en el abreviado, el mismo escrito de calificaciones es a su vez el escrito de solicitud de apertura del juicio oral (art. 29.1 LOTJ), lo cual significa que este da lugar al juicio de acusación ante el Juez de Instrucción, quien deberá valorar igualmente la concurrencia de indicios racionales de criminalidad, pero la LOTJ dice que, una vez presentado el escrito de calificación de la defensa, el

²⁷⁸ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 226, indica que el legislador no concibió este auto de continuación del procedimiento como una genuina resolución de imputación judicial, por lo que presenta notables diferencias con el auto de procesamiento, pues este se supedita a la apreciación por el juez de los indicios racionales de criminalidad, mientras que en el procedimiento ante el Jurado, se dicta el auto en función de las pretensiones de los acusadores y respecto de los hechos y sujetos que resulten fijados por las partes personadas.

²⁷⁹ ORTEGO PÉREZ, F., *Ibidem...*, cit., p. 226.

Juez de Instrucción debe citar a las partes a una audiencia preliminar (art. 30 LOTJ).

La finalidad de esta audiencia es permitir que las partes debatan ante el Juez de Instrucción acerca de la posibilidad de prosperar la acusación, siendo su finalidad doble, ya que, por una parte, se practicarán diligencias de investigación y, por otra, se formará juicio por el instructor para resolver sobre la procedencia de la apertura de juicio oral o el sobreseimiento.

No obstante, esta audiencia es facultativa porque a ella puede renunciar la defensa aquietándose con la apertura de juicio oral, si bien se condiciona a que dicha renuncia sea solicitada por todas las defensas en los supuestos de que existan varios imputados (art. 30.2 LOTJ). En la práctica, esta renuncia tiene lugar cuando se muestra conformidad con la calificación que contenga pena de mayor gravedad²⁸⁰, de forma que el instructor acordará abrir el juicio oral ordenando la remisión a la AP de los testimonios previstos en el art. 34 LOTJ²⁸¹, siendo el Magistrado-Presidente quien dictará sentencia de conformidad sin necesidad de constituir el Jurado.

Al final de la celebración de la audiencia o dentro del tercer día, el instructor debe decidir dictar sobreseimiento o auto de apertura (art. 32.1 LOTJ). Si considera que concurre alguna de las causas de sobreseimiento libre o provisional debe sobreseer, rechazando la apertura del juicio²⁸².

²⁸⁰ El límite punitivo es de seis años de prisión según el art. 50.1 LOTJ.

²⁸¹ Los testimonios serán: el mismo auto de apertura del juicio oral, los escritos de calificaciones de las partes y la documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.

²⁸² En el juicio ante el Tribunal del Jurado el régimen del sobreseimiento es el mismo que el de la Lecrim, de aplicación supletoria conforme al art. 24.2 LOTJ. Así, GIMENO SENDRA, V.,

Por el contrario, si estima que hay elementos de prueba para sostener en el juicio la existencia del hecho delictivo y la participación culpable del acusado, conforme a lo formulado por la acusación, debe dictar el auto de apertura.

A raíz de la configuración legal de la audiencia preliminar, se ha dicho que este proceso no tiene propiamente una fase intermedia²⁸³, si bien la propia

Ley orgánica del Tribunal del Jurado, ed. Colex, Madrid, 1996, p. 199, indicaba que las citas que los arts. 26.1 y 32.LOTJ hacían a diferentes preceptos de la Lecrim –arts. 637 y 641- había que reputarlas, por redundantes, como absolutamente innecesarias y que la aplicación siempre supletoria de las normas de la Lecrim le ha de permitir al juez de instrucción utilizar todas y cada una de las formas de sobreseimiento (libre y provisional, total y parcial), tanto al término de la audiencia para concretar la imputación, como la de la audiencia preliminar.

²⁸³ SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento libre*, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p.120, indica que existe polémica doctrinal sobre si existe o no una fase intermedia en este proceso. Los que afirman su existencia partiendo de su reconocimiento en la Exposición de Motivos, discrepan sin embargo en determinar que actos procesales la integran. Así pues, unos dicen que se inicia con las peticiones de sobreseimiento o apertura de juicio oral y otros con la audiencia preliminar posterior de procedencia de apertura de juicio oral. Por otra parte, los que niegan la existencia de dicha fase, se basan en la imposibilidad de fijar un momento concreto a partir del cual se pueda decir que concluye la fase de instrucción y comienza la intermedia, y además porque existe identidad de objetivos en las dos fases (instrucción y la presunta intermedia), al practicarse actuaciones que resulten necesarias para decidir si procede o no la apertura de juicio oral. Entienden que la audiencia preliminar posterior a los escritos de acusación, se configura en la fase de instrucción como una segunda comparecencia en la que se llevan a cabo las diligencias de investigación susceptibles de práctica concentrada en una vista, donde las partes fijan definitivamente su posición sobre la apertura de juicio oral. En opinión del autor, se considera suficiente la mención de la Exposición de Motivos para entender que existe una fase intermedia, si bien considera insuficiente la actividad investigadora realizada en el momento de presentar los escritos de acusación y defensa, ya que en la audiencia preliminar posterior del art. 30 LOTJ, de forma concentrada, se practicarán las diligencias de investigación propuestas por las partes, cuando ya

Exposición de Motivos de la LOTJ se refería a ella expresamente cuando indicaba que tenía por finalidad concretar lo que ha de ser objeto del proceso mediante el auto de apertura del juicio oral dictado por el Juez de Instrucción, de la siguiente manera: “Tal control culmina no sólo decidiendo una genérica viabilidad del juicio oral sino precisando que hechos concretos, de los múltiples alegados por la acusación y defensa, deben constituir objeto de la actividad probatoria y determinantes para su resolución en el juicio. Debe retenerse que el contenido de la anterior decisión se erige en una de las más relevantes condiciones del éxito o fracaso de la Institución”²⁸⁴.

En la Exposición de Motivos de la LOTJ, se explican las razones por las que el legislador descartó la aplicación de los sistemas de fase intermedia existentes en los procedimientos ordinario y abreviado por la disfuncionalidad que ello supondría, de forma que se regula un periodo intermedio básicamente regido por los principios de oralidad, contradicción, concentración y acusatorio²⁸⁵.

En este proceso, la facultad de control sobre lo pedido por el MF parece ser más amplia, ya que la LOTJ parece haber establecido, junto al sobreseimiento, una segunda forma de configuración negativa del objeto del enjuiciamiento, consistente en que el auto de apertura del Juez de Instrucción podría excluir hechos y acusados de las calificaciones provisionales, cuando considere improcedente la apertura del juicio sobre una parte de los hechos o acusados.

se ha calificado y por tanto, es tarde para introducir nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada.

²⁸⁴ Apartado III.1 En la denominada fase intermedia.

²⁸⁵ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 230.

Esta forma de configuración negativa del objeto de enjuiciamiento está prevista en el art. 33 LOTJ, al establecer que el auto de apertura del juicio oral determinará:

- a) El hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento.
- b) La persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente.
- c) La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio oral con indicación de las disposiciones legales aplicables.
- d) El órgano competente para el enjuiciamiento.

De esta forma, el auto de apertura puede influir en el contenido de las calificaciones provisionales, reduciendo el objeto de enjuiciamiento a través de un pronunciamiento de sobreseimiento parcial²⁸⁶.

Se ha dicho que la posibilidad de reducción fáctica por el juez en este auto de apertura, constituye un ejemplo imperfecto de desvinculación, pues la Ley no ha precisado los criterios en función de los cuales puede realizarse, si bien parece clara la reducción cuando se considere que los hechos excluidos son atípicos, ya que el principio de legalidad impide que el juez pueda sustraer del conocimiento del Jurado hechos con relevancia jurídico-penal que hayan sido objeto de calificación por las acusaciones²⁸⁷.

²⁸⁶ GIMENO SENDRA, V., *Ley orgánica...*, cit., pp. 202-204, critica esta posibilidad otorgada al juez, ya que los poderes de este en la determinación del objeto procesal –siquiera sea indirectamente, por exclusión-, contravienen el sistema acusatorio de la Lecrim, según el cual la deducción de la pretensión penal es asunto que compete a las partes acusadoras.

²⁸⁷ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 284.

Tras la fijación del objeto del proceso en el auto de apertura por el Juez de Instrucción (con la posibilidad de ampliaciones como consecuencia de la estimación de cuestiones previas del art. 36.1 LOTJ), el Magistrado-Presidente deberá dictar el auto de hechos justiciables (art. 37 LOTJ) que tiene por finalidad recoger, ordenar y sistematizar el objeto del proceso y del debate, presentando ordenadamente todas las cuestiones fácticas y jurídicas planteadas por las partes, con el fin de que sean más fácilmente comprendidas por el Jurado y por las partes.

De entrada, esta resolución no altera esencialmente el objeto del proceso, aunque debe recoger los cambios que pudo haber sufrido este con la estimación de una cuestión previa, por ejemplo, donde se haya reincorporado un hecho inadmitido en el auto de apertura (art. 36 c LOTJ) o por excluir algún hecho sobre el que se hubiera abierto el juicio oral, si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación (art. 36 d LOTJ). Por ello, se ha dicho que, en realidad, contrariamente a la idea del legislador, es el auto de hechos justiciables el que fija definitivamente el objeto del proceso²⁸⁸.

3.2.4.2. El control del juez instructor sobre el ejercicio negativo: búsqueda de acusador a través de la acusación particular e imposición de la acusación al fiscal acudiendo al superior jerárquico (artículo 26.2 LOTJ)

En este proceso, al igual que en el abreviado, la acusación particular puede formular la apertura del juicio oral simultáneamente al escrito de acusación a pesar de haber solicitado el MF el sobreseimiento, y, como se ha visto, tras la audiencia preliminar (art. 30 LOTJ), el juez instructor debe decidir entre el

²⁸⁸ ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, cit., p. 289.

sobreseimiento o la apertura de juicio oral (art. 32.1 LOTJ), con las mismas consecuencias ya mencionadas en el apartado anterior.

Sin embargo, después de la comparecencia del art. 25 LOTJ, el art. 26.2 LOTJ permite aplicar los arts. 642 y 644 Lecrim, cuando “el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas pidan el sobreseimiento”, lo que, en principio, debería vincular al juez por la aplicación estricta del principio acusatorio, de la misma forma que la retirada de acusación obliga al Magistrado-Presidente a disolver el Jurado y dictar sentencia absolutoria (art. 51 LOTJ)²⁸⁹.

A pesar de la ubicación sistemática de este precepto después de la comparecencia del art. 25 LOTJ y de la resolución de continuación (art. 26.1 LOTJ), en lo que aún se denomina fase instructora, se trata de actuaciones inherentes a la fase intermedia de los procedimientos ordinario y abreviado y su justificación radica en el hecho de que las calificaciones provisionales son inmediatamente anteriores a la audiencia preliminar del art. 30 LOTJ, donde el instructor debe formarse un juicio para la apertura del juicio oral²⁹⁰.

La solicitud de sobreseimiento supone que, por lo general, un enjuiciamiento de esa importancia sólo pueda acordarse cuando la instrucción aporte suficientes elementos probatorios para decidir si se ha de continuar o no el proceso penal, y por tanto no será fácil que en esta fase procesal deba decidirse sobre el particular, cuando aún pueden practicarse diligencias de investigación²⁹¹.

²⁸⁹ ORTEGO PÉREZ, F., *Ibidem...*, cit., p. 284.

²⁹⁰ ORTEGO PÉREZ, F. *El juicio...*, cit., p. 227.

²⁹¹ SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento...*, cit., p.124, indicaba que salvo contadísimos supuestos, en la práctica, los jueces acordarán el sobreseimiento provisional y al menos, no se

Así lo determina el precepto siguiente (art. 27.1 LOTJ), cuando autoriza que el instructor pueda acordar, de oficio o a instancia de parte, nuevas diligencias, dando finalmente traslado a las partes para que, en el plazo de cinco días, aleguen lo que estimen oportuno respecto de la apertura de juicio oral, formulando el escrito de conclusiones provisionales.

La búsqueda de acusadores es una alternativa que fue prevista para el supuesto de que sólo esté personado en las actuaciones el MF y no haya otros interesados en sostener la acción, de forma que de esta manera se explica la desafortunada redacción del precepto, cuando da por supuesto que, antes de acudir al mecanismo del art. 642 Lecrim, el resto de partes, que no son el MF, están ya personadas y, además, han pedido el sobreseimiento.

No obstante, salvando la literalidad del precepto, debe entenderse que el juez instructor podrá acudir, subsidiariamente, a tales mecanismos, con los mismos efectos que se mencionaron para el procedimiento ordinario²⁹².

3.3. El grado de vinculación del órgano jurisdiccional al objeto del proceso: posibilidades discrecionales en el planteamiento de la tesis de desvinculación

En nuestra legislación procesal penal nos encontramos ante una relativa vinculación del juez o tribunal al objeto del proceso deducido por las partes –y

cierra la puerta para el supuesto de que posteriormente pudieran aparecer elementos que aconsejaran reabrir las actuaciones.

²⁹² SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento...*, cit., p.126, denunciaba las deficiencias del precepto y añadía que los supuestos de sobreseimiento de los arts. 26.2 y 32 LOTJ son los mismos que los previstos en la Lecrim: la ausencia de acusación. Por ello, no tendría sentido que en este caso no se pudiese buscar un acusador.

en particular a la acusación-, que tiene su fundamento en el mantenimiento de la independencia e imparcialidad judicial²⁹³.

De entrada, esta imparcialidad se vería vulnerada si el tribunal o los jueces sentenciadores pudieran sostener siquiera indirectamente una acusación diferente a la planteada inicialmente por las acusaciones -pública, particular y popular- durante el desarrollo del juicio oral, lo cual sucedería si finalmente se entrara a juzgar más allá de los límites perfilados en las mismas.

Esta vinculación, que no es absoluta, viene delimitada por los siguientes elementos característicos:

1º) No pueden introducirse por el juez hechos esenciales que no hayan sido objeto de acusación.

2º) No se puede variar la condena si al mismo tiempo se produce una modificación del bien jurídico protegido, al constituir ello una alteración sustancial del objeto del proceso, aun a pesar de la vigencia del principio *iura novit curia*.

3º) La sentencia debe vincularse a la persona del acusado sin que sea posible condenar a quien no fue incluido como acusado en los escritos de calificación.

4º) En principio, no existe vinculación del juez a la pena solicitada por las acusaciones, la cual podrá imponerse en atención al delito por el que finalmente se condene, si bien, no se podrá imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones.

²⁹³ ASENCIO MELLADO, J.M., *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 188.

Por tanto, no existe vulneración del principio acusatorio en el caso de imponer pena diferente, pero no superior, y tampoco existe vulneración del principio de contradicción ni de defensa si efectivamente no se produce dicha condena a una pena que exceda de las pedidas en el trámite de conclusiones definitivas.

En este sentido se ha pronunciado el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 20 de diciembre de 2006 y la jurisprudencia más reciente²⁹⁴, frente a la anterior que, sin embargo, negaba tal vinculación²⁹⁵.

²⁹⁴ Vid. SSTS (Sala 2ª) de 12 de enero de 2007, ponente Sr. Sánchez Melgar (ROJ 30/2007), 27 de abril de 2007, ponente Sr. Granados Pérez (ROJ 3270/2007) y STC 174/2003, de 29 de septiembre (BOE 23 de octubre), ponente Sr. Giménez Sánchez, resolviendo un recurso de amparo por entender el acusado que el Juez de lo Penal le había condenado –confirmando la AP en apelación- a una pena de inhabilitación no solicitada por el MF. Es interesante el siguiente extracto de su F J 10º : “ Resta, pues, únicamente examinar la relevancia de la alegación relativa a la incidencia que sobre el derecho a la defensa del recurrente haya podido tener su inhabilitación especial para la profesión y oficio de ganadero y el ejercicio de la industria o comercio de explotación ganadera por tiempo de tres años, pena no solicitada por el Ministerio público.

Al efecto hemos de observar que la Sentencia del Juez de lo Penal, confirmada por la de la Audiencia Provincial, respetó el doble condicionamiento fáctico y jurídico resultante de la delimitación y de la subsunción jurídica efectuada por el fiscal de los hechos respecto de los que formuló acusación, lo que posibilitó que los distintos hechos y circunstancias penalmente relevantes concurrentes en el caso fueran debatidos por la defensa del acusado (...) Asimismo el órgano judicial motivó la razón por la que imponía, dentro de la correspondiente al tipo penal por el que se formuló acusación, una pena superior a la concretamente solicitada por el Ministerio público (...) la necesidad de remediar un error de la acusación que había omitido pedir como pena principal, que no como accesoria, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación , pena que impuso en su grado mínimo.

De todo lo expuesto cabe concluir que la indefensión de que se duele el demandante de amparo, de haberse producido, sería meramente formal, mientras que la estimación del amparo requiere que se haya producido una indefensión material, real o efectiva (...) pues el Juez de lo Penal impuso una pena forzosamente vinculada al tipo penal en el cual el fiscal había subsumido los hechos por los que formuló acusación dentro del marco penal establecido por la ley (...) y en su grado mínimo, sin que al ser la pena impuesta en este grado y estar prevista por la ley pueda estimarse sorpresiva por la defensa, y sin que, por añadidura, el demandante haya acreditado, ni siquiera alegado, ni en su recurso de apelación ni en la demanda de amparo, habiendo, sin dificultad alguna, podido hacerlo, las razones de la improcedencia de esta pena mínima legal cuando a los hechos y a la calificación jurídica alegados y realizada por la acusación corresponde necesariamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio (...).

²⁹⁵ Siguiendo la doctrina de la no vinculación, donde el tribunal conservaba libertad para moverse dentro del marco legal pudiendo incluso incrementar con ese tope legal el *quantum* penológico concreto interesado por las acusaciones, las SSTC 17/1988 de 16 de febrero (BOE 1 de febrero), ponente Sr. López Guerra y 189/1988 de 17 de octubre (BOE 7 de noviembre), ponente Sr. Latorre Segura, entre otras, así lo afirmaban, incluso en el seno del Procedimiento Abreviado por la remisión al antiguo art. 794.3 (actual 788.3 Lecrim).

Así pues, la STC 17/1988, en su FJ 6º señalaba: "Queda, por tanto, así acotada la vinculación del juzgador por el principio acusatorio, tal como resulta de los mandatos constitucionales, a los hechos objeto del debate y a su calificación jurídica, asimismo dentro de los términos del debate procesal. Pero esta vinculación, si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que, dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si esta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión, o ha pedido penas inferiores a las realmente correspondientes) e imponga penas superiores a la solicitada por el fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Pues el juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un

A pesar de esto, el deber de correlación entre la sentencia y lo pedido por la acusación y defensa, puede entenderse infringido en dos supuestos diferentes²⁹⁶:

1º) Por defecto, cuando la sentencia no es exhaustiva, resolviendo parcialmente sobre el objeto del proceso.

2º) Por exceso²⁹⁷, cuando se resuelven aspectos que no deberían haber sido objeto de resolución, y en este caso hay que distinguir:

a) La resolución que se aparta de lo que es objeto del proceso -hechos y persona del imputado-, no resolviendo sobre el mismo. Aquí se vulneraría el principio acusatorio.

b) Aquella que resuelve dentro de los límites del objeto procesal pero se pronuncia sobre aspectos que no han sido objeto de debate. En este segundo caso, se vulneraría el principio de contradicción.

El deber de correlación viene delimitado constitucionalmente por la aplicación directa de los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE, básicamente por la vigencia del principio acusatorio dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a ser informado de la acusación y el

determinado delito, siempre que, como se dijo, la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate”.

²⁹⁶ CUCARELLA GALIANA, LA., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, ed. Thomson –Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 34-35.

²⁹⁷ CUCARELLA GALIANA, LA., *Ibidem...*, cit., p. 34, indica que la detección de los supuestos de infracción del deber de correlación por exceso presenta gran dificultad, dada la confusión conceptual de los principios acusatorio y de contradicción que presenta la jurisprudencia del TS.

derecho de defensa consagrados en el apartado segundo del precepto mencionado²⁹⁸.

La doctrina mantiene que el fundamento del principio acusatorio se encuentra en el art. 24.2 CE, pues las garantías que reclama este precepto exigen que el proceso penal se estructure sobre la base del principio acusatorio formal, ya que la imparcialidad del juez se vería afectada si se le atribuyeran a él mismo las funciones de instruir y juzgar las infracciones penales. Además, debe entenderse que el proceso penal debe ser acusatorio si quiere hablarse de verdadero proceso, pues la potestad jurisdiccional solamente puede ejercerse por vía de heterotutela. Por tanto, el fundamento último de este principio se encontraría en el art. 117.3 CE del que puede desprenderse que la potestad que se encomienda a los órganos jurisdiccionales es una potestad de actuación con desinterés objetivo, incluso cuando se aplica el Derecho Penal al caso concreto²⁹⁹.

²⁹⁸ GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, *cit.*, pp. 61-64, indica que esa correlación es exigencia de la vigencia del sistema acusatorio y tiene una doble vertiente:

- a) Subjetiva: de forma que en los escritos de acusación debe constar claramente la identidad del acusado para que este pueda ser condenado; pero además, debe ser informado con suficiente tiempo de la acusación que se vierte contra él para poder preparar su defensa. Esto último exigencia de los arts. 24.2 CE, 6.3.a) y b) CEDH y 14 PIDCP.
- b) Objetiva: que implica que el acusado debe conocer el hecho por el que se le acusa, al objeto de poder preparar igualmente su defensa. Por tanto, el tribunal queda sometido a los hechos relatados por la acusación, sin poder extender su actividad cognoscitiva a otros hechos.

²⁹⁹ CUCARELLA GALIANA, LA., *La correlación...*, *cit.*, p. 28, recuerda (p. 26-27) que la labor de juzgar es una actividad que necesariamente exige "terceridad" respecto a aquello que es juzgado. Por ello se configura como una potestad de actuación del Derecho objetivo mediante

Por su lado, el fundamento del principio de contradicción también se encuentra en el art. 24 CE, concretamente en su apartado primero al prohibir las situaciones de indefensión, e igualmente en el segundo, al reconocer a todas las personas el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Además, el fundamento del deber de correlación entre el delito, el proceso y la pena viene configurado tanto en el CP (arts. 1.1, 2.1, 3.1) como en la Lecrim (art. 1), de forma que no puede castigarse ninguna acción u omisión que no esté tipificada previamente.

Nuestra legislación procesal, a través de los mecanismos previstos en el procedimiento ordinario (art. 733 Lecrim) y en el procedimiento abreviado (788.3 y 4 Lecrim, por la remisión expresa que a ellos efectúa el art.789.3 Lecrim), posibilita que el juez o tribunal requiera a las partes a fin de asumir un planteamiento donde se fijen ciertos aspectos esenciales y que pueden modificar el objeto del proceso, con posibilidad de aplazamiento de la vista, y con ello evitar ulteriores recursos basados en la vulneración tanto del principio

heterotutela que implica la existencia de dos partes contrapuestas y un tercero, objetivo e imparcial, que aplique el Derecho. Por el contrario, la potestad administrativa de actuación del Derecho lo es mediante autotutela. En el mismo sentido, ya recordaba ORTELLS RAMOS, M., "Los principios rectores del proceso penal (tendencias actuales en Derecho español)", ponencia en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Santiago de Querétaro, mayo de 1997, publicación de la Universidad Autónoma de México, 1998, p. 519, que la potestad jurisdiccional como potestad exclusivamente atribuible a órganos jurisdiccionales venía delimitada por nuestra Constitución por varios preceptos específicos (arts. 17.2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4 CE), pero además por otros más genéricos como los arts. 117.3 y 25.1 CE, deduciéndose de estos dos últimos que del ámbito de la realización del Derecho penal está excluida la técnica de la autotutela administrativa, aunque sometida a un posterior control jurisdiccional.

acusatorio como de defensa y contradicción que son fundamentales en nuestro proceso penal.

En este contexto, cuando excepcionalmente se plantea alguna de las tesis a que se refieren las citadas normas, el papel del MF cobra una especial relevancia por cuanto su decisión puede marcar el desarrollo posterior del juicio y con ello la resolución que le ponga fin.

3.3.1. En el procedimiento ordinario (artículo 733 Lecrim)

El art. 733 Lecrim indica que si el tribunal entiende que del resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio, el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el presidente emplear la siguiente fórmula: "Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ...o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número...del artículo...del Código Penal".

El citado precepto añade que esta facultad será excepcional, de forma que no se extenderá a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco será aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación. Tampoco se aplicará cuando se trate de la apreciación de circunstancias atenuantes y agravantes, ni respecto del grado de participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito.

En el supuesto de que el fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaran al tribunal que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta, se acordará la suspensión de la vista hasta el día siguiente.

Este precepto pretende salvaguardar el principio acusatorio frente a eventuales cambios en el título de condena a fin de garantizar el derecho al conocimiento previo de la acusación, de forma que el tribunal, a la vista del resultado de las pruebas practicadas durante el desarrollo del juicio oral, sugerirá a las partes la posibilidad de nuevas tesis jurídicas, con base en circunstancias eximentes o una nueva calificación jurídica, pero ello con base en los mismos hechos recogidos en el escrito de acusación³⁰⁰.

En ese caso, las partes podrán informar acerca de esa nueva calificación jurídica, que incluso puede posponerse al día siguiente del juicio si alguna de las partes no estuviere suficientemente preparada (arts. 733.3º y 788.4 Lecrim).

Por tanto, aquí no se autoriza a sugerir tesis jurídicas sobre hechos nuevos que no hayan sido objeto de calificación y de preparación de la prueba, si eventualmente durante el desarrollo del juicio oral se apreciara que podrían modificarse los hechos inicialmente relatados en el escrito de acusación y, por tanto, cambiar sustancialmente la calificación jurídica de los mismos³⁰¹.

³⁰⁰ GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, cit., p. 66.

³⁰¹ DEL MORAL GARCÍA A, y otra., "El trámite de calificación definitiva en el Procedimiento Abreviado" en AAVV, *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, ed Comares, Granada, 2010, p. 553, indica que el juzgador si puede plantear la tesis prescindiendo de determinadas circunstancias fácticas de la acusación que resulten perjudiciales para el acusado, como por ejemplo si la acusación es de un robo con fuerza en casa habitada y el tribunal entiende durante la vista no acreditado el ánimo de lucro inicialmente objeto de acusación y plantea por tanto la tesis por un delito de allanamiento de morada. Lo que se prohíbe es introducir hechos nuevos, no dar una versión distinta de los hechos invocados por la acusación. Se ha de respetar la esencialidad de los hechos, sin que necesariamente haya de ajustarse miméticamente a cada uno de los detalles de la narración presentada por el fiscal.

Cuando esto se produzca, el propio tribunal procederá a instar a las partes en su caso, si estas no lo hubieran pedido antes, la suspensión del juicio al amparo del artículo 746.6º Lecrim para practicar la llamada “sumaria instrucción suplementaria”³⁰², suspensión que puede dar lugar a declarar sin efecto la parte del juicio celebrada si dicha instrucción suplementaria o la preparación de los nuevos elementos de prueba fueran a demorarse en el tiempo.

Además, el art. 851.4 Lecrim, que regula uno de los motivos de casación por infracción procesal, contiene un deber de límite de la sentencia de índole cuantitativo, cuando se pene por el tribunal a un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, siempre y cuando no se haya hecho uso de la tesis del art. 733 Lecrim durante el juicio.

Por ello, se otorga una limitada cobertura casacional a la correlación, pero parece que la intención del legislador en este caso ha sido consagrar la facultad de determinación del Derecho aplicable que corresponde en cualquier caso al juez o tribunal *-iura novit curia-*, incorporando al mismo tiempo una técnica por la que se intenta tutelar la defensa, asegurando el debate y la contradicción³⁰³.

³⁰² Dicho apartado se inicia: “Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria (...)”

³⁰³ ORTELLS RAMOS, M., *Cuatro aproximaciones...*, cit., p. 338, critica la deficiente dicción del art.733 Lecrim entendiendo que el tribunal atendiendo al principio *iura novit curia*, puede resolver sin que su sentencia pueda ser impugnada con éxito por incongruente, si estima más ajustado otro tipo de delito-aunque no sea más grave que el calificado-, o si procede aplicar elementos de agravación sin cambio del tipo penal – grado de ejecución o participación del acusado y circunstancias agravantes- y menos aún, si concurren elementos de exención o de

3.3.2. En el procedimiento abreviado (artículos 788.3 y 789.3 Lecrim)

De forma similar, para el procedimiento abreviado, el art. 788.3, párrafo segundo Lecrim, referido al momento de elevar a definitivas las calificaciones provisionales, indica que el tribunal podrá requerir del fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de los hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los mismos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

En este procedimiento, el art. 789.3 Lecrim ya señala los límites del principio acusatorio cuando indica que la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o una mutación sustancial del hecho enjuiciado.

Pero añade que la sentencia sí que podrá contener estos pronunciamientos, si alguna de las acusaciones ha asumido el planteamiento previamente expuesto por el juez o tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art.788.3 Lecrim.

Este precepto parece imponer unos márgenes más estrictos al poder de resolver del tribunal que el referido para el art. 733 Lecrim, al conceder un efecto limitador a la petición de pena más grave de las acusaciones, a la mutación sustancial del hecho enjuiciado y a la diversidad del bien jurídico protegido, que, en este caso, puede entenderse por la redacción del precepto, tanto de forma complementaria como copulativa.

atenuación de la pena, que incluso la propia defensa no había expresado durante el desarrollo de la vista.

El art. 783.3, párrafo 2º Lecrim, otorga un contenido amplio al poder de interpelación del tribunal al posibilitar a las partes el someter a debate a varias cuestiones. Se da la posibilidad de que el órgano judicial participe de forma más activa en el debate, sin perder su posición de imparcialidad, y se extiende a los contenidos del mismo y no meramente a sus aspectos formales.

Se le atribuye la facultad de pedir aclaraciones de puntos –tanto probatorios como estrictamente jurídicos- a los que no se haya otorgado por las partes la suficiente relevancia en sus informes o sobre los que precise mayor concreción.

Por lo demás, lo referido doctrinalmente respecto del art. 733 Lecrim es trasladable aquí³⁰⁴, si bien el planteamiento de la tesis deberá hacerse tras el trámite de conclusiones definitivas³⁰⁵, por lo que ha resultado ser inaplicable en la práctica, más teniendo en cuenta que el planteamiento de la tesis se concibe como una mera facultad y no como una obligación, característica que no ha sido superada por la praxis y además resulta obvio que el juzgador no suele tener una detenida reflexión sobre en que dirección versará la resolución del

³⁰⁴ La CFGE 1/1989 admite que en el procedimiento abreviado se pueda plantear la tesis no por aplicación supletoria del art. 733 Lecrim sino en virtud del párrafo 2º del art.783.3 Lecrim. Sin embargo, aunque no sea estrictamente aplicable el art. 733 Lecrim, sí que lo es su régimen por el propio cauce que autoriza el art. 783.3 Lecrim.

Así, DEL MORAL GARCÍA, A, y otra., “El trámite...”, *cit.*, p. 571, indica que la tesis del art.733 Lecrim debe ser aplicable igualmente para el procedimiento abreviado, bien por vía de analogía, bien por su carácter supletorio.

³⁰⁵ DEL MORAL GARCÍA, A, y otra., *Ibidem...*, *cit.*, p. 544, indica que el planteamiento de la tesis no puede plantearse con anterioridad al trámite de calificación definitiva, pues hasta ese momento las partes no han fijado los términos del debate. Lo que parece claro –por la ubicación sistemática del precepto-, es que no pueda plantearse después de los informes de las partes, aunque esto pueda ser más aconsejable en aras a una mejor valoración de la prueba por el tribunal.

asunto hasta que no se enfrente con la decisión final, siendo indispensable oír los informes que hagan las partes sobre la valoración de la prueba practicada.

Por ello se ha dicho que *de lege ferenda* sería deseable dar la posibilidad al juzgador de reabrir el juicio antes de dictar sentencia a los únicos efectos de plantear la tesis y por tanto, convocar nuevamente a las partes a tal fin³⁰⁶.

3.4. Propuestas alternativas al sistema actual de control jurisdiccional

Partiendo de la base de que el control jurisdiccional sobre el ejercicio positivo de la acusación ha sido ampliamente visto y, en principio, no suscita excesivas controversias atendiendo a las posibilidades de sobreseimiento que le otorga el legislador al órgano jurisdiccional en los diferentes procedimientos, en este apartado me centraré en las cuestiones controvertidas que se han planteado respecto de la fase intermedia de los procedimientos ordinario y abreviado cuando se trata del control jurisdiccional sobre el ejercicio negativo de la acusación, es decir, cuando el MF o bien no la haya ejercitado, o bien haya interesado el sobreseimiento y el órgano jurisdiccional, al no coincidir con el criterio del MF, decida hacer uso de alguno de los mecanismos legales en busca de acusador.

La vigencia del principio de oficialidad en el proceso penal obliga a que se garantice el control jurisdiccional con el objeto de que las peticiones de las partes se adecuen siempre a las exigencias de legalidad³⁰⁷.

³⁰⁶ DEL MORAL GARCÍA A, y otra., *Ibidem...*, *cit.*, p. 575, añade que la fórmula "visto para sentencia", en estos casos, se sustituya por sin perjuicio de la posibilidad de convocatoria para planteamiento de la tesis.

En este sentido, la doctrina ha debatido las diversas opciones sobre que órgano debe efectuar el control en la denominada fase intermedia de nuestro sistema procesal donde las tareas de instruir y enjuiciar corresponden a órganos jurisdiccionales distintos.

En primer lugar, dicha tarea podría encomendarse al tribunal enjuiciador como ocurre en el procedimiento ordinario por delitos graves (art. 622 Lecrim). No obstante, se ha dicho que esto supone poner en peligro la imparcialidad del órgano jurisdiccional³⁰⁸.

Por ello, el tribunal en la fase intermedia no realiza meros actos de ordenación procesal sino que viene a decidir sobre los hechos contenidos en la calificación y, por tanto, podría contaminarse posteriormente en su labor enjuiciadora. En esta fase se encuentra la posibilidad que le otorga el art. 644 Lecrim al tribunal de acudir al fiscal superior de aquel que formuló la

³⁰⁷ El principio de oficialidad, como informador del proceso penal, implica que el proceso ha de iniciarse tan pronto como aparezca un interés público de no dejar sin respuesta jurídico-penal a una conducta constitutiva de infracción penal, pero respecto de los delitos privados no puede predicarse que rijan dicho principio ya que no prevalece en su tipificación el interés público.

³⁰⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la reforma penal*, PPU, Barcelona, 1988, p. 30, indica que esta garantía es lesionada por el prejuicio y no por la investigación en sí misma ya que "el juez ha de realizar operaciones intelectuales y volitivas o necesariamente se ha de ver envuelto en procesos psicológicos, interiores o íntimos que implican un prejuicio sobre unas conductas y/o unas personas (...)".

acusación para el supuesto de que considere improcedente la petición de sobreseimiento del MF³⁰⁹.

En segundo lugar, el control podría atribuirse al órgano instructor, como sucede en el procedimiento abreviado (art. 780 y siguientes Lecrim), donde se despejarían las dudas sobre la imparcialidad del órgano enjuiciador. De igual forma sucede en los procedimientos de enjuiciamiento rápido y Jurado, como vimos, donde es el instructor el que debe efectuar dicho control.

La STC 32/1994, se refirió al momento para denunciar una posible imparcialidad manteniendo que sólo era alegable tras conocer el fallo de la sentencia, no antes -en fase de instrucción del sumario o de diligencias previas-, sino cuando se comprobara que el Juez de Instrucción también participó en el enjuiciamiento del acusado³¹⁰.

³⁰⁹ Simplemente puntualizar que como se ha comentado anteriormente, este mecanismo se entiende subsidiario del previsto en el art.642 Lecrim que faculta al tribunal para acudir a los interesados –como acusación particular- para que en su caso, se personen y formulen acusación.

³¹⁰ STC 32/1994, de 31 de enero, ponente Sr. Viver Pi-Sunyer, donde el recurrente alega en amparo que la forma en la que se ordenó la práctica de una diligencia controvertida habría conculcado las garantías procesales y, en concreto, el principio de contradicción. En su FJ 3º se decía: "(...) El sistema acusatorio posee, como nota esencial, la división del proceso penal en dos fases diferenciadas: la de instrucción y la de juicio oral de las que han de encargarse dos órganos jurisdiccionales distintos. Como dijimos en la STC 106/1989, la necesidad de atribuir la fase de instrucción y la de enjuiciamiento a dos distintos órganos jurisdiccionales conforma hoy, frente al proceso penal inquisitivo del antiguo régimen, la primera nota que ha de concurrir en un proceso penal acusatorio", y seguía en su FJ 5º: "(...) Quiere decirse con ello que la resolución de la Audiencia Provincial ...que decidió no dar lugar a la petición del recurrente de que se dejase sin efecto la diligencia acordada, para nada prejuzga la resolución definitiva que sobre el valor de la misma hayan de dar los órganos judiciales, ni deja al

De esta manera, dos ventajas principales presenta el haber otorgado también al instructor la fase intermedia en el procedimiento abreviado a diferencia del sumario: de un lado, la economía procesal, ya que en el sumario al otorgarse la fase intermedia a la AP, con la posibilidad de revocación del auto de conclusión del sumario, provoca no pocas dilaciones indebidas y, de otro, el mencionado de reforzar la garantía de juez imparcial debido a que la principal función de la fase intermedia consiste en decidir sobre la apertura o no del juicio oral contra el imputado –lo que entraña también una asunción por el tribunal del juicio de imputación-, de forma que su concesión a la AP le provoca mayor pérdida de imparcialidad, a diferencia del abreviado donde esa posible contaminación desaparece al ser el Juez de lo Penal el encargado del enjuiciamiento³¹¹.

En los supuestos analizados de búsqueda de acusadores en el procedimiento abreviado (art. 782 Lecrim), Jurado (art. 26.2 LOTJ) y en el de enjuiciamiento rápido (art. 800.5 Lecrim) nos encontramos pues, ante una mayor garantía de imparcialidad al ser el instructor el que recaba dicha posibilidad, si bien se ha dicho que la objeción principal de este sistema es que puede restarse intensidad a este control a la vista de que se trata siempre de un órgano unipersonal y, por tanto, está exento de los mayores controles internos de que dispone potencialmente, un tribunal, al ser este un órgano colegiado donde cualquier decisión debe ser revisada por la totalidad de sus miembros.

recurrente ante una irremediable situación de indefensión material. Precisamente por tratarse la misma de una diligencia sumarial, la posible vulneración de otros derechos fundamentales que con su práctica se hayan podido ocasionar puede ser alegada por la parte y examinada por los órganos judiciales en el acto de la vista (art. 793.2 L.E.Crim.), así como reparada cualquier posible vulneración que haya tenido lugar en la Sentencia que se dicte en su día”.

³¹¹ GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, cit., p. 380.

No obstante, respecto del enjuiciamiento rápido, conviene hacer una precisión. Puede que el acusado, después de presentar el MF escrito de acusación a requerimiento del instructor, se conforme con el contenido del mismo y, por tanto, aquí sí se produciría la identidad entre órgano instructor y enjuiciador, si bien, a mi juicio, la posible contaminación no tendría virtualidad por los propios términos de la conformidad, ya que, en definitiva, el sentenciador sólo puede efectuar el control de legalidad en los términos del art. 787 Lecrim, sin que se llegue a un control sobre el fundamento de los hechos sino únicamente sobre los aspectos jurídicos como son la calificación de los mismos o la procedencia de la penas.

Llegado a este punto, para salvar los inconvenientes que plantean los dos sistemas en nuestro proceso, por la doctrina se ha planteado la posibilidad de otorgar a un órgano jurisdiccional distinto del instructor y del enjuiciador la llamada fase intermedia y, por ende, la potestad de acudir a acusadores, y de dos formas diferentes: bien habilitando en los órganos que hayan de conocer de la causa una sección distinta, que únicamente se encargaría de este examen de la acusación y de acordar el sobreseimiento o la apertura del juicio oral; o bien creando unos específicos tribunales para conocer de la fase intermedia (denominados jueces o tribunales de apertura)³¹².

³¹² VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., "Ejercicio de la acción penal y sobreseimiento en el proceso penal español", en AAVV *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, serie doctrina jurídica n° 208, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 286, así lo indica siguiendo a Roxin, aunque se muestra partidaria de la generalización del sistema previsto para el abreviado, y la propuesta de *lege ferenda* que refiere la encuentra poco menos que inviable en la práctica. Asimismo ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, *cit.*, p.169, al afirmar que la etapa intermedia en el procedimiento ordinario es técnicamente imperfecta al permitir que el tribunal decisor se implique en la instrucción mediante la apreciación de indicios

En mi opinión, entiendo que el sistema previsto en el procedimiento abreviado debería generalizarse de igual forma para el procedimiento ordinario. Esto es coherente con nuestro sistema procesal basado en el principio acusatorio donde se distinguen órganos instructores y enjuiciadores al objeto de garantizar la exigencia de imparcialidad, tanto en su vertiente subjetiva -ningún miembro del tribunal podrá tener ningún prejuicio o predisposición personal- como objetiva -se deben ofrecer garantías para excluir cualquier duda razonable sobre su actuación-. Por ello, al margen de considerar que la solución en el procedimiento ordinario no pasa por la creación de otro órgano jurisdiccional o sección de control de la fase intermedia³¹³, sobre todo por

racionales de criminalidad que el instructor no consideró antes –refiriéndose a los defectos en la regulación de la apelación contra el auto de procesamiento del art. 384 Lecrim-, y por tanto, a su juicio de *lege ferenda* la solución pasaría por conferir las funciones de dicha etapa a un órgano distinto de los anteriores, al estilo de la *Chambre d'accusation* francesa y que en nuestro caso podría ser una sección distinta dentro de la propia AP. No obstante, en mi opinión, a pesar de que técnicamente es así, en la práctica, los recursos contra las resoluciones interlocutorias son repartidos a otra sección de la AP diferente de la que conocerá de la fase intermedia en ese sumario, por lo que al menos, de esta manera, parece garantizarse la imparcialidad.

³¹³ A salvo, como he indicado al final de la nota anterior, de las apelaciones de las resoluciones interlocutorias recaídas durante la fase de instrucción del sumario, como por ejemplo, el auto de prisión provisional o el auto de procesamiento. En estos casos, se establece en las normas de reparto de las AAPP un turno de reparto donde dichos recursos son resueltos por otra sección diferente de la que posteriormente conocerá de la fase intermedia. En función del número de Juzgados de Instrucción de cada provincia, se establecen previamente asignaciones de los mismos por secciones, cuando se trata del enjuiciamiento de los sumarios. De esta forma cuando se tramita un recurso de apelación en un sumario, ya se sabe a que número de sección

razones utilitaristas, creo que lo más razonable sería otorgarle al instructor dicha posibilidad y por tanto adelantar la solicitud del juicio oral después de dictar el auto de procesamiento, en el supuesto de que se formulara acusación, a semejanza del trámite para el procedimiento abreviado, si bien, puesto que nos encontramos ante delitos graves, ampliar los plazos procesales previstos actualmente, ya que deberíamos tener en cuenta que el trámite de instrucción desaparecería (art. 627 Lecrim) y se unificaría con el trámite de calificación, por lo que un plazo idóneo sería entre 15 y 20 días, a fin de que el MF pudiera con eficacia, preparar la acusación.

Esto sería además consecuente con lo que sucede actualmente en la práctica ya que el MF, cuando recibe las actuaciones de un sumario en el trámite de instrucción, prepara la calificación provisional, por lo que debe estudiar y resumir la causa en dicho plazo a fin de tenerla preparada para el escaso margen de calificación de cinco días que le otorga el art. 649 Lecrim cuando el tribunal decida abrir el juicio oral.

Todo esto posibilitaría establecer un mecanismo de búsqueda de acusadores como el previsto para el procedimiento abreviado, sin que se suscitara las dudas sobre la imparcialidad del órgano enjuiciador, al no ser este el que analice la solicitud de sobreseimiento del MF.

Por otra parte, esto implicaría otorgar mayor congruencia al margen de decisión del instructor respecto del ejercicio positivo de la acusación ya que hay que tener en cuenta que el auto de procesamiento ya cumple un control, como título de imputación, de que existan indicios de que se haya cometido un

no puede repartirse para su conocimiento, al ser esta la que conocerá eventualmente de la fase intermedia de dicho proceso.

delito, suficiente para que la eventual apertura de juicio oral no resulte infundada, lo que explica que en la fase intermedia del procedimiento ordinario, si las acusaciones interesan la apertura del juicio oral, sólo pueda acordarse por el tribunal el sobreseimiento libre con base en el art. 637.2º Lecrim –el hecho no sea constitutivo de delito- y no otro tipo de sobreseimiento³¹⁴

³¹⁴ En este sentido, VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., "Ejercicio...", *cit.*, p. 288 y la STS 15 de octubre de 2001, ya referida en nota 251 de este trabajo, donde se señalaba que dicha limitación del tribunal se justificaba por razones de economía procesal y porque su análisis se debía ceñir a aspectos estrictamente jurídicos –comprobación de que el relato de los hechos era constitutivo de delito- y no sobre el control del fundamento de la acusación. En el mismo sentido, ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio...*, *cit.*, p. 160, cuando se refería a las razones del rechazo por parte de la doctrina de la fase intermedia en el procedimiento ordinario, aparte de la digresión técnica –diferente regulación para el abreviado- y trámite nada garantista, añadía que esta fase era disfuncional ya que obedecía a una decisión meramente negativa en orden a la apertura del juicio oral, poco apto para la precisa definición contradictoria del objeto del juicio, de forma que era preciso adoptar una solución donde el control judicial previo sobre la razonabilidad de la acusación no quedara reducido al reenvío al contenido del auto de procesamiento.

CAPITULO VI

SUPUESTOS DE DISCRECIONALIDAD EN EL FUNCIONAMIENTO REAL DEL SISTEMA

1. La interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en las diferentes fases del proceso

En consonancia con lo destacado al inicio del trabajo respecto de la indagación de conceptos jurídicos indeterminados cuando el fiscal decida formular la acusación, deben resaltarse aquellos casos donde el CP concede una posibilidad de valoración jurídica, basada en la propia dificultad en la determinación de alguno de los conceptos que son esenciales para tipificar una conducta conforme a la norma penal, ya que, si bien la interpretación y aplicación de estos supone uno de los presupuestos en la concreta decisión del fiscal respecto de su acusación –no la decisión misma-, el ejercicio jurídico de su encaje en el supuesto de hecho, a tenor del juicio de probabilidad que el MF debe formarse sobre los hechos presuntamente delictivos, resulta esencial en la decisión de acusar, justamente porque conforma y delimita la calificación jurídica que, si bien en un primer momento es provisional, posteriormente, una vez formado un juicio de certeza sobre los hechos tras practicarse la prueba en el juicio oral, podría ser definitiva y, en consecuencia, condicionar la resolución judicial.

En este sentido, nos encontramos con supuestos, al igual que se plantea en la doctrina administrativista, donde dentro de una zona de duda del concepto (el halo de incertidumbre de dudoso encaje), la actuación probablemente no debe ser considerada contraria al ordenamiento jurídico, terminando por reconocer en este caso al MF un “margen de apreciación” en la función de verificar en

concreto si concurren los conceptos jurídicos indeterminados que se establecen en la norma penal.

El ejercicio de encaje no siempre es pacífico, a pesar de lo que señale en general la doctrina o jurisprudencia según los casos, e incluso teniendo en cuenta el papel del visador, a efectos de control interno, ya que como se ha comentado anteriormente, la opinión de este, podría ser tan discutible, y por tanto tan discrecional, como la del propio fiscal calificador.

El concepto de "gravedad" es frecuente en nuestros tipos penales y un caso típico, que casuísticamente es debatido, es el de imprudencia grave. El CP no define ninguna de las clases de imprudencia, ya sea grave o leve, limitándose a citarlas para describir los distintos tipos imprudentes, pero sin señalar cuál debe ser el criterio para distinguirlas³¹⁵.

Resulta evidente que tendrán encaje en la imprudencia grave los supuestos más extremos de falta de diligencia para prevenir un resultado previsible y evitable o para cumplir un deber objetivo de cuidado, y en la imprudencia leve los supuestos de menor entidad.

En cualquier caso, el problema radica en definir cuáles son los límites entre esos dos tipos de imprudencia o incluso si se trata de un supuesto doloso, en un caso concreto y en el momento de decidir una acusación.

Según la doctrina general, alguno de los elementos que configuran la gravedad de una imprudencia son el grado de previsibilidad y evitabilidad de

³¹⁵ Hay que recordar que nuestro CP, a diferencia de los anteriores, ha optado decididamente por el sistema de *numerus clausus* en la apreciación de la imprudencia al establecer taxativamente en su art. 12 que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

las consecuencias nocivas de la conducta, que sólo podrá graduarse atendiendo al caso concreto; la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado del autor, que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal; o, en su caso, el grado de riesgo no controlado cuando se tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales³¹⁶.

De esta manera, por ejemplo, en la calificación de unos hechos por considerarlos constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave (art. 142.1 CP), en el juicio sobre la probabilidad de los hechos, conforme a las fuentes de prueba de que dispone, el MF deberá considerar si efectivamente prosperará una acusación, apreciando que concurren grados de previsibilidad, magnitudes o grados de riesgo de entidad suficiente en el presunto autor, para poder calificar la conducta del imputado como grave, siendo en realidad dicha apreciación meramente subjetiva y por tanto discutible, en tanto en cuanto no se llegue al juicio oral, donde ya entrará en juego un juicio de certeza según sea el resultado de la práctica de la prueba³¹⁷. Obviamente la consideración como no grave de dicha imprudencia, implicaría calificar los hechos como constitutivos de falta (imprudencia leve del art. 621.2 del CP) o incluso que los mismos fueran atípicos.

³¹⁶ STS 1089/09 (Sala 2ª), de 27 de octubre, ponente Sr. Gumersindo Jorge Barreiro (ROJ 6867/09).

³¹⁷ La gravedad de la imprudencia en estos supuestos ha sido determinada por la jurisprudencia según los casos, atendiendo a diferentes parámetros. Por ejemplo, en los delitos derivados de la circulación: conducir a una velocidad desproporcionada, impericia, ingestión de alcohol o fármacos y cansancio en el conductor.

Existen supuestos frecuentes como son el de atentado y resistencia (arts. 550 y 556 CP), donde la propia jurisprudencia no puede determinar de forma exacta la frontera entre ambos, debiendo acudir al caso concreto y a la apreciación del calificador, habida cuenta que la distinción se basa sobre un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, sujeto a valoración, como es el concepto de "gravedad".

La jurisprudencia del TS sobre la base de la redacción del antiguo CP de 1973 calificó la resistencia como grave e incluida en el delito de atentado cuando era activa, y la resistencia como no grave la consideró integradora del delito de resistencia cuando era pasiva.

Aunque, si bien el actual CP reclama expresamente -en el tipo de atentado del art. 550-, el carácter activo de la resistencia, ello no implica que en el tipo del art. 556 la resistencia tenga que ser, en todo caso, pasiva, pues cabe una resistencia activa que no alcanza la gravedad necesaria para calificarla como atentado del art. 550³¹⁸.

³¹⁸ De la dificultad de dicho deslinde ya se hace eco la jurisprudencia al entender la resistencia como supuesto residual con relación a los delitos de atentado, por el cual se sancionan comportamientos que no tiene cabida en el art. 550 CP. Así pues, la STS (Sala 2ª) de 21 de abril de 1999, ponente Sr. Giménez García (ROJ 2658/1999), donde en su FJ 2º concibe como comportamiento activo que no reviste gravedad, dar patadas a los agentes, ya que aunque sea un comportamiento de oposición activo y no pasivo – a pesar de ser lo habitual para su apreciación- en este caso no se considera de suficiente gravedad. Parte de dicho FJ, decía textualmente: "(...) Interesa el Ministerio Fiscal que el acusado sea condenado por un delito de atentado a agentes de la autoridad y no como autor de un delito de resistencia, al estimar que existiendo una situación de agresión a los agentes reconocida en el factum materializado en la existencia de unas lesiones, los hechos deban ser reconducidos a la figura del atentado. El motivo no puede ser estimado y debe mantenerse la calificación de resistencia por argumentos

Por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado constitutivos del delito de resistencia, episodios como dar puntapiés o morder a los agentes de policía que, en un principio, parecerían claramente descriptivos de un acometimiento sobre los mismos, siendo este un elemento básico para calificar unos hechos como constitutivos de un delito de atentado³¹⁹.

no del todo coincidentes con los esquemáticamente citados en la sentencia que se limita al criterio de la gravedad. (...) la sentencia de 3 de Octubre de 1996 -nº 665/96- en la que se dio entrada dentro del delito de resistencia a determinados comportamientos activos del individuo que no podían calificarse de acometimiento -se trataba de puntapiés dados a los agentes por quien ya había sido reducido-, criterio que se confirmó en la STS de 11 de Marzo de 1997. Tal modificación interpretativa ha recibido sanción legal en la actual definición de atentado y resistencia prevista en los artículos 550 y 556, respectivamente. En el art. 550 se describe como uno de los modos del delito de atentado el de la resistencia activa grave, es decir queda definido por la nota de la actividad y la nota de la gravedad, de donde el delito de resistencia, dada su condición residual en su actual deslinde con el delito de atentado, debe ir definido no solo por la nota de la pasividad -criterio del anterior Código en la interpretación jurisprudencial citada-, sino también y principalmente por la nota de la no gravedad aunque exista un comportamiento de oposición activo. En el caso enjuiciado, el *factum* de la sentencia recoge que el acusado, tras ser detenido e introducido en el turismo policial "(...) agredió dando patadas sufriendo diversas erosiones los policías (...)". De conformidad con la doctrina expuesta y a la vista de la actual descripción del delito de atentado del art. 550, es obvio que se está en presencia de un comportamiento activo -dar patadas- que no reviste gravedad tanto por el hecho en sí, como por el momento de esta actitud, tras ser detenido e introducido en el vehículo policial. Tal acción no merece la calificación de atentado, y por el contrario debe derivarse la calificación penal al tipo residual del delito de resistencia del art. 556 como se calificó por la Sala sentenciadora".

³¹⁹ En este sentido, la STS (Sala 2ª) de 11 de marzo de 1997, ponente Sr. Fernández Cid (ROJ 1754/1997), y STS (Sala 2ª) de 17 de octubre de 1996, ponente Sr. Moner Muñoz (ROJ 5604/1996).

Otro supuesto, es el delito de desobediencia *grave* a la autoridad o sus agentes, tipificado en el propio art. 556 CP, de forma que la misma debe tener dicha consideración ya que en caso contrario estaríamos ante la falta tipificada en el art. 634 CP.

Como ha señalado la doctrina³²⁰, la línea divisoria entre ambos supuestos, una vez más, es eminentemente valorativa, habiéndose centrado normalmente en la contumacia en la desobediencia, acudiéndose en otras ocasiones a otros fundamentos diferentes como son la importancia de la materia, la relevancia del funcionario o el desprestigio que la desobediencia ha comportado³²¹.

³²⁰ PRATS CANUT, J.M., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, AAVV (dir: Quintero Olivares, G), ed. Thomson Aranzadi, 7ª ed., 2008, pp. 2069-2070, recuerda además los requisitos propios del delito de desobediencia con base en la línea seguida por la jurisprudencia: a) existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes; b) que dicho mandato imponga al particular una conducta activa o pasiva indeclinable; c) que dicha conducta sea conocida, real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarla; d) que exista un requerimiento formal y legal a la persona que tenga el deber de cumplirlo y; e) la negativa u oposición voluntaria e obstinada al cumplimiento de la orden o mandato con la finalidad de desprestigiar el principio de autoridad.

³²¹ La STS (Sala 2ª) de 29 de junio de 1992, ponente Sr. Díaz Palos (ROJ 5211/1992), desestima el recurso de casación del MF interpuesto con base en el art.849.1 Lecrim al considerar indebidamente aplicado el artículo 570-6º del CP anterior y falta de aplicación del artículo 237 del mismo código, por entender que fue grave la desobediencia de los dos procesados al negarse a cumplir la orden que les dirigió un policía municipal, pues a juicio del MF se dieron todos los requisitos exigidos por el precepto inaplicado. Su FJ 2º decía: " La distinción entre el delito y la falta de desobediencia viene a ser una línea tenue y sutil como ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, que la encuentra, en el delito, en la grave actitud de rebeldía, en la reiterada y persistente negativa al incumplimiento de la orden y, en fin, en la contumaz y recalcitrante negativa a cumplir el mandato.

En no pocas ocasiones, la formulación de la acusación por el fiscal en estos casos es la de calificar alternativamente los hechos, al objeto de agotar todas las posibilidades jurídicas, de forma que alternativamente en la conclusión primera del escrito de calificación provisional se puede mantener una calificación u otra sobre la tipicidad de los mismos³²².

En este supuesto concreto, cuando existen dudas o discrepancias con el visador, puede alternativamente incluirse en la conclusión 2ª ambas calificaciones jurídicas, sin perjuicio de optar o no, a criterio discrecional, en el trámite de conclusiones definitivas, y a la vista del resultado de la prueba practicada, entre una de las dos propuestas. No obstante, por el fiscal que asista al juicio oral, pueden mantenerse en este trámite ambas calificaciones de forma alternativa, para obtener con seguridad un pronunciamiento sobre la totalidad de la acusación.

El Tribunal a quo considera que tras el examen de procesados y testigos, puesto en conexión con la relación de vecindad y casi de amistad entre el agente de la autoridad desobedecido y los procesados, difícilmente puede encajarse en una "oposición violenta" a la que alude la jurisprudencia que cita y en una voluntad persistente de desprestigio al principio de autoridad, para que su conducta pueda considerarse constitutiva de delito, de modo que la desobediencia tuvo más bien un carácter liviano y de poca trascendencia las frases impropias que dijeron los procesados cuando fueron requeridos por el policía municipal (...).

³²² El art. 653 Lecrim, así lo permite cuando dice: "Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia".

2. La cláusula de oportunidad en la persecución de los delitos contra la libertad sexual: artículo 191.1 del Código Penal

Si bien se trata de un supuesto de discrecionalidad en la persecución de ciertas infracciones -agresión, acoso o abusos sexuales- y, por tanto, en el momento de efectuar acusación por alguno de estos delitos, impera el principio de legalidad, sin embargo considero de interés examinar cuál ha sido su tratamiento por la doctrina ya que nos encontramos ante un supuesto que contiene una cláusula de difícil determinación en la práctica -"ponderar intereses en presencia"-, concepto que sin duda puede ser objeto de interpretación en el momento de formular una acusación.

El art. 191.1 CP dice: "Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que *actuará ponderando los legítimos intereses en presencia*. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal"³²³.

En principio, la primera de las posibilidades previstas en el precepto para este tipo de víctimas supone precisamente la característica diferenciadora entre el régimen general -todas las infracciones penales son perseguibles de oficio- y el establecido para las infracciones penales semipúblicas, de forma que, en todas las infracciones perseguibles a instancia de parte, al menos la denuncia, de la víctima capaz y no desvalida que ha cumplido los dieciocho años, iniciará el proceso penal.

Sin embargo, la cláusula contenida en el art. 191.1 CP permite al MF, mediante la ponderación de los legítimos intereses en presencia, la incoación

³²³ La cursiva es mía.

del proceso penal por un delito de agresión, acoso o abuso sexual en el caso de que la víctima no denuncie. Esto supuso una novedad significativa en materia de perseguibilidad que se ha mantenido inalterada pese a las reformas posteriores del CP de 1995.

Esta novedad restringe el ámbito de disponibilidad privada, rompiendo con una tradición que se remontaba al CP de 1822, si bien la expresión legítimos intereses en presencia obliga a tomar en consideración la voluntad de la víctima y, en particular, la salvaguarda de su derecho a la intimidad³²⁴.

³²⁴ ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, p.148.

En este sentido, deben tenerse en cuenta las reflexiones de FUENTES SORIANO, O., "La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales", en AAVV, *Derecho Penal y discriminación de la mujer: Anuario de Derecho penal 1999-2000*, p. 273, cuando afirmaba que hasta hace poco "los delitos sexuales eran considerados como delitos contra el honor, lo cual supone, en realidad, mucho más que una mera clasificación de los mismos; supone entender que el bien jurídico protegido en estos casos no era la libertad sexual de la víctima sino, por contra, su derecho al honor (...) cuando una persona ve atacado su honor, su primera reacción es aquella que tiende a ocultar el motivo de su deshonra y si a ello añadimos que, normalmente, estos delitos eran considerados como delitos de carácter privado, el resultado no era sino el de avanzar en la impunidad del delincuente; la persona –normalmente mujer– "deshonrada" no denunciaba el hecho tratando con ello de evitar su público conocimiento y en ausencia de denuncia, el delito –privado– no se podía perseguir. El delincuente quedaba libre de toda posible sanción, en la más absoluta impunidad y dispuesto, por tanto, a reiterar su acción delictiva sin temor alguno a posibles represalias (...) poner de manifiesto la posibilidad de que los delitos sexuales pierdan su carácter privado, e incluso semipúblico y se tramiten a través de un proceso con "todas" las garantías –tanto para la víctima cuanto para el acusado– sin que ello no sólo no suponga incremento alguno de esta victimización secundaria que inevitablemente existe en la tramitación de todo proceso –independientemente del delito por el que este se siga–, sino que, en la medida de lo posible, suponga incluso su posible disminución adoptando al

Se ha dicho que tal decisión adoptada por el MF y al objeto de la ponderación a que se refiere la norma, requiere de la previa audiencia a la víctima³²⁵.

En mi opinión, la decisión del fiscal debe ser tomada previa audiencia a la víctima –tras la incoación de diligencias de investigación penal en Fiscalía (art. 773.2 Lecrim)- a raíz de las denuncias de terceras personas presentadas en

efecto todas las medidas que se estime oportuno ". Por otra parte, indica (p. 290) que la previsión del art. 191.1 CP no sólo no atenta contra el principio de legalidad del art. 124 CE sino que se adapta perfectamente a las exigencias de dicho precepto legal. De una lectura reposada de la citada norma constitucional resulta que el MF debe interponer la acción penal no sólo en defensa de la legalidad sino también en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. El art. 191.1 CP no obliga al MF a perseguir este tipo de delitos mediante querrela, sino que le faculta para hacerlo en defensa de la legalidad, pero también de los intereses de los ciudadanos (perseguir y castigar al delincuente habitual; interés este que puede entrar en conflicto con el derecho concreto de la víctima a la intimidad) y del interés público tutelado por la ley (la paz social suficiente para garantizar el pleno desarrollo de la libertad sexual). Desde esta perspectiva no se aprecia el punto de conflicto entre el art. 191 CP y el art. 124 CE porque, precisamente, lo que el primero establece es la obligación de ponderar el interés del ciudadano y el interés público en la persecución del delito de conformidad con lo previsto en la norma constitucional.

³²⁵ MONTALBÁN HUERTAS, M.I., "Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)", en *Revista Jueces para la democracia*, 1998, n.º 32, p. 65, indica que con esto se evidencia una nueva inclinación hacia el carácter público de estas infracciones, que tendrá buen resultado si es utilizada adecuadamente "ponderado los legítimos intereses en presencia"; lo cual implica una necesaria audiencia de la víctima, para así conocer sus circunstancias personales y motivaciones subyacentes en su decisión de no denunciar. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al nuevo Código Penal*, (dir.: Quintero Olivares, G; coord.: Morales Prats, F), Thomson Aranzadi, 4ª ed, 2005. p. 1026, indican que se trata de una expresión del principio de oportunidad, en cuyo seno cabe exigir la consulta al agraviado para constatar si se opone o no a la persecución del delito sexual.

Fiscalía por alguno de estos hechos. En este caso sería procedente dar audiencia a la víctima en Fiscalía para conocer su parecer y disponer, por tanto, el fiscal de más elementos de juicio a la hora de entender qué legítimos intereses concurren en el caso concreto. De esta forma se podría decidir si se presenta o no denuncia -que adoptara la forma de querrela, según el precepto³²⁶- ante el Juzgado de Instrucción.

Por ejemplo, se han dado casos donde las víctimas, tras conocerse los hechos por lo relatado en un atestado policial, no han querido denunciar tras haber sido llamadas al Juzgado de Instrucción para presentar formalmente la denuncia y declarar, de forma que el fiscal ha tenido que interponer la correspondiente querrela, no sin entrevistarse previamente con la víctima, ya que siempre hay aspectos que condicionan la falta de denuncia, tales como las posibles represalias por miedo al agresor, o cuestiones relativas a la intimidad y al honor que impiden la denuncia de las víctimas por entender estas que pueden salir mayormente perjudicadas en su vida privada si deciden denunciar.

La doctrina se ha planteado la pregunta de si la legitimación para iniciar el procedimiento se atribuye a estos sujetos de manera escalonada o alternativa³²⁷.

³²⁶ GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, *cit.*, p. 166.

³²⁷ FUENTES SORIANO, O., "La iniciación...", *cit.*, p.280, entiende que resulta evidente que la legitimación del agraviado o su representante legal en relación con la del MF se otorga de manera alternativa, de modo que ante la inactividad de estos, la voluntad de la víctima puede, perfectamente, ser suplida por la actuación del MF; esta, no obstante, habrá de revestir, necesariamente, la forma de querrela que se interpondrá previa ponderación de los intereses en presencia.

Según esta autora, otros autores entienden que dicha legitimidad sería escalonada o sucesiva con base en el antiguo art. 443 CP que en su redacción de 1973 mantenía el siguiente tenor: "Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará

La respuesta se ha inclinado por entender alternativa la posibilidad de persecución, de forma que la voluntad de la víctima de no denunciar podrá ser relevante -a efectos de ponderar los tales intereses en presencia- pero no decisiva en lo que a la iniciación del procedimiento se refiere.

La doctrina entiende que el legislador ha contrapuesto a la hora de fijar los elementos que integran la ponderación exigida en el art. 191.1 CP, por un lado, la persecución de unos hechos aparentemente constitutivos de una infracción penal -a modo de interés público-; y, por otro, la preservación de la intimidad de la víctima -como un bien de carácter más personal-³²⁸.

denuncia de la persona agraviada, o del descendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratare de menores o incapaces”.

³²⁸ Así lo considera un importante sector penalista que efectúa una valoración positiva en torno a dicha cláusula. LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad” en AAVV, *Derecho Penal Parte especial*, ed. Colex, Madrid, 2011, p.188, justifica la protección especial por el legislador para este tipo de delitos dándole al MF la posibilidad de iniciar la persecución mediante un juicio de ponderación moderado sobre los intereses en conflicto.” Igualmente, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios..., cit.*, p. 1026, indican que la cláusula de oportunidad que señala el precepto ha sido un acierto por cuanto la privatización o semiprivatización de la persecución de los delitos es una técnica peligrosa, constituyendo un factor criminógeno al fomentar las extorsiones sobre la víctima o bien el mercadeo por parte de esta al objeto de vender la no interposición de la denuncia. Añaden que este tipo de cláusulas debía haber sido el patrón legal para otros delitos como los societarios, contra la intimidad o de los derechos de los consumidores. En la misma línea, FUENTES SORIANO, O., “La iniciación...”, *cit.*, p. 274, señala que la libertad sexual debe ser protegida por el Estado como un bien primordial frente a cualquier posible injerencia no consentida de un tercero por cuanto tales ataques se dirigen contra la esfera más íntima de la persona condicionando el desarrollo normal de su sexualidad y, por tanto, de su personalidad y actitud vital. Además, la persecución de estos delitos deberá configurarlos como *res extra commercium* evitando que, como consecuencia de posibles presiones o transacciones del agresor para con la víctima, el delito

Sin embargo, se entiende que precisamente ese es el origen -o uno de los orígenes- de la propia existencia de las infracciones penales no perseguibles de oficio, donde la víctima será quien haya de decidir sobre dicho extremo. Por ello, no se ha considerado por otro sector doctrinal plenamente satisfactoria aquella interpretación, pues desplazaría su ámbito decisorio, desde la víctima a la Fiscalía³²⁹.

Independientemente de la posición que se mantenga en torno a la cláusula comentada, no queda en ningún caso explicado -aun cuando normalmente se la haya ligado con la esfera íntima a la que afectan dichos supuestos- por qué se ha concedido esta facultad al MF sólo en los delitos de agresión, acoso y abuso sexual y no para otros delitos contra la libertad sexual³³⁰.

deje de ser perseguido; en este nivel son dos los frentes a tener en cuenta: la desaparición del perdón de la víctima como causa extintiva de la responsabilidad criminal -hoy comúnmente aceptada en las legislaciones modernas- y la persecución de estos delitos a iniciativa estatal - tema este enormemente polémico y actualmente abierto a debate-.

³²⁹ LIBANO BERISTAIN, A., "El régimen procesal de los delitos sexuales perseguibles a instancia de parte", *Revista de Derecho penal*. nº 34, 2011, p.85.

³³⁰ LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados: Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 443-451. Igualmente, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 184-186 y 417-423, intenta dotar de una significación restrictiva a dicha cláusula, indicando que los posibles chantajes a los que puede verse sometida la víctima no justifican la interferencia consistente en que el MF pueda finalmente tener en sus manos la decisión sobre tal aspecto. Por ello, el argumento de que, ante la desaparición paulatina de los efectos del perdón en esta esfera de la criminalidad, la totalidad de las presiones se concentrarán en el momento inicial del proceso, no deviene motivo suficiente a la hora de legitimar la novedosa intervención del MF para que remueva el escollo previsto por el legislador. Ello obligaría, asimismo, a justificar por qué en los delitos semipúblicos contra la libertad sexual el MF tiene en sus manos dicha decisión, y no así en el

Se ha considerado que el interés que ha de legitimar la interposición por parte del MF de una querrela, en contra incluso de la voluntad de la ofendida, no puede ser otro sino el interés público en la prevención de la libertad sexual en tanto bien jurídico, no sólo individual, sino también socialmente relevante³³¹.

No obstante, atendiendo a esta cláusula, la facultad del MF podría carecer de límites, salvo que se establezcan una serie de criterios, por más que su uso se considere excepcional. Y es que nada impide que se pudiera mantener en la Fiscalía el criterio contrario, convirtiendo así -de hecho, ya que de la letra del CP parece desprenderse otra conclusión- en públicos los delitos de agresión.

resto de infracciones penales no perseguibles de oficio (ex artículos 161.2, 201.1, 215.1, 228, 267.II, 287.1, 296.1 y 639.I) en que la víctima es una persona mayor de edad y capaz. Quizá el problema final resida en que el legislador de 1995 no se atrevió a dar el paso consistente en convertir los delitos de agresión, abuso y acoso sexual en públicos, y tuvo que acudir al subterfugio previsto en el artículo 191.1 CP a fin de posibilitar algún tipo de control público sobre tal cuestión.

³³¹ En este sentido, FUENTES SORIANO, O., "La iniciación...", *cit.*, p. 278, justifica la iniciación de oficio de los delitos sexuales en el argumento principal de no dejar impune al delincuente y añade cuatro datos relevantes: 1º) La evolución social hace que el antiguo fundamento de la necesaria denuncia por parte del ofendido para preservar su honor pierda sentido actualmente; 2º) La supresión de la denuncia como requisito preceptivo para la iniciación del procedimiento en modo alguno supone que no puedan y deban adoptarse todo tipo de medidas tendentes a la protección de la víctima; 3º) Desde un punto de vista psicológico está absolutamente demostrado que el violador tiende a repetir su acción y, sin duda, dicha reiteración vendrá alentada ante la impunidad con la que puede llegar a cometerla; y 4º) La denuncia previa en estos delitos supone ciertos problemas de incongruencia con otros preceptos legales en relación con los cuales la paz social se ve igualmente amenazada y para cuya protección basta tan sólo con la persecución de oficio, al margen de cuál sea voluntad de la víctima al respecto.

Entiendo que la tarea principal del MF debería consistir en la comprobación de que la decisión adoptada por la víctima en cuanto a la no persecución de tales hechos ha sido tomada de manera voluntaria. A nada más debería extenderse el papel desempeñado por el MF en dichos casos cuando, tras oír a la víctima, se llega a la conclusión de que esta ha actuado libremente, con independencia de sus razones. Se trata de comprobar así que la voluntad del titular del bien jurídico lesionado no estaba mermada o disminuida.

Si el legislador entiende que en estos casos de delitos sexuales -por gravedad que alcanzan algunas de estas infracciones³³²- la víctima no puede tener en sus manos tan importante decisión, debería modificar su perseguibilidad y convertirlas en públicas.

El problema a la hora de poder “ponderar los legítimos intereses en presencia” dependerá de si la víctima que no quiere denunciar no obstaculiza la investigación, es decir, no plantea una posición de lucha activa contra la persecución del delito, facilitando de este modo datos a través de sus declaraciones, o de aquella otra que no sólo no denuncia el hecho sino que se muestra contraria a cualquier posible persecución del delito.

Se ha dicho que la ponderación de intereses a realizar por el fiscal previa a la interposición de la querrela debe ser una ponderación amplia que atienda no sólo a los intereses de la víctima sino también, y fundamentalmente, al mantenimiento de la paz social, lo que implicará, en cada caso, observar las

³³² Arts. 181-183 bis CP -abusos sexuales, de 1 a 3 años y cualquiera de los subtipos agravados, superior a los 4 años-; arts. 178-180 CP, agresión sexual -de 1 a 5 años de prisión, y cualquiera de los subtipos agravados, superiores a los 5 años-; art. 184 CP, acoso sexual, prisión hasta un año o multa.

características psíquicas del agresor, las circunstancias que rodearon al hecho, la reincidencia y otros aspectos³³³.

En cualquier caso, considero que la introducción de cláusulas como la mencionada, que no se sabe bien cómo interpretar en cada caso, debe ser una técnica legislativa a erradicar, sobre todo en aras de la seguridad jurídica que debe primar en el contexto de las normas penales, si bien hubiera sido deseable que el legislador hubiera aprovechado reformas posteriores para delimitar, con mayor alcance el concepto "legítimos intereses en presencia" y establecer -aunque obviamente no serían taxativos- los criterios o presupuestos para su aplicación.

3. El único supuesto de estricta discrecionalidad reglada: el delito de amenazas del artículo 171. 3 del Código Penal

El art. 171.3 CP dice: "Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que este estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados".

³³³ FUENTES SORIANO, O., "La iniciación...", *cit.*, p. 288, y MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios...*, *cit.*, p. 1026-1027, quienes afirman que cuando el autor del delito fuese reincidente o habitual, el interés en su persecución ha de primar, normalmente, sobre las pretensiones de la víctima, pues también aquí aparecen en escena los intereses de futuras y eventuales víctimas del reo. En otros casos, por ejemplo, bastará plantearse si la pretensión de la víctima de no perseguir el delito responde a motivos no mercantilistas (protección de su intimidad o bienestar psicológico) para no presentar querrela por los hechos.

Como ya se ha señalado en alguno de los apartados de este trabajo, este es el único supuesto de discrecionalidad reglada en nuestro ordenamiento –donde se atribuye al MF un apoderamiento discrecional en sentido estricto-, de forma que se le concede la facultad de abstenerse de formular una acusación por la comisión de un delito, si su posible revelación ha constituido previamente una amenaza condicionada efectuada por un tercero sobre el amenazado, siendo este el presunto autor de dicho delito.

El chantaje carece de definición, ya que no es una expresión legal, pero normalmente con ella la doctrina se refiere al comportamiento consistente en el anuncio de un mal -ordinariamente revelación de un secreto- condicionado al pago de una cantidad. El verdadero chantaje, o “acción de hacer cantar”, más suele hacer referencia a hechos ciertos que a inciertos³³⁴.

En este supuesto la propia ley otorga al MF la posibilidad de no acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, siempre y cuando la pena prevista para dicho delito no exceda de los dos años de prisión, de forma que, si excede, si que se acusará, aunque el juez podrá rebajar la pena en uno o dos grados.

La introducción de este nuevo tipo en las amenazas se realizó con la idea de aminorar los casos de extorsión o chantaje, dándole al MF la posibilidad discrecional de no formular acusación por los hechos delictivos que se hubieran revelado³³⁵.

³³⁴ DEL RIO FERNÁNDEZ, L., *El delito de amenazas (en el nuevo Código Penal)*, Editora General de Derecho S.L., Valencia, 1997, p. 67.

³³⁵ Aquí debe tenerse en cuenta que dicha discrecionalidad en el ejercicio de la acusación, entendida conforme a un principio de oportunidad procesal, tiene su fundamento en la ponderación del principio de proporcionalidad en términos de política criminal ya que se trata –

El planteamiento es el de facilitar la persecución de los chantajes basados en la previa comisión de un delito por el amenazado, mitigando la presión a que se ve sometido, al temer que pueda salir a la luz el hecho punible pasado –con las consecuencias penales no deseadas que ello le depararía- y por encontrarse inerme ante las pretensiones del autor del chantaje.

En realidad, el legislador ha optado, en esta nueva figura delictiva inexistente hasta 1995, por la necesidad de castigar más severamente determinadas amenazas condicionales de carácter lucrativo que otras conductas ilícitas.

Por tanto, en este caso, la política criminal sobre el chantaje ha tratado de trasladarse al proceso penal, cuya publicidad contribuye a la eficacia de la amenaza, hasta el punto de que muchas víctimas pueden preferir arruinarse, antes de ver cumplida la amenaza, aun cuando el delito, real o supuesto con cuya publicación se amenaza, pueda haber prescrito y, por tanto, no sea de temer una condena.

Es resaltable que el citado precepto menciona que el fiscal “podrá (...) abstenerse”, considerando pues, que se le otorga una facultad para disponer, bajo determinadas condiciones, del ejercicio de la acusación con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.

Este supuesto tiene cierta repercusión práctica en amenazas derivadas de la comisión de delitos contra el orden público, como son el tráfico y depósito de

por el MF- de efectuar una ponderación entre medios -sanción penal- y fines -retribución, prevención-, a fin de conseguir la solución más idónea, o menos gravosa para cada caso concreto.

armas y delitos de terrorismo, respecto de ciertos colaboradores con los autores principales, así como en los delitos contra la salud pública, sobre todo cuando se trata de bandas o grupos organizados³³⁶.

La previsión normativa de este precepto suele interpretarse por la doctrina como el reconocimiento expreso del principio de oportunidad reglada en la persecución del chantaje³³⁷. En este punto hay acuerdo general, pero no sucede lo mismo en cuanto a la valoración de la norma.

Se ha dicho por la doctrina que, respecto de la rebaja penológica, se trata de una especie de excusa absolutoria incompleta que se realiza por causas totalmente ajenas al hecho delictivo, que puede ser incluso, de mayor gravedad que la amenaza en si misma³³⁸.

³³⁶ No obstante, la atenuación de la pena en este supuesto no tiene el mismo alcance que el previsto para los casos de colaboración en los delitos de terrorismo (art. 579.4 CP), por lo que no llega a explicarse demasiado el trato penal desigual que se prevé en la norma.

³³⁷ Como ya se ha dicho anteriormente, nuestra doctrina lo considera como una manifestación de la llamada oportunidad reglada, basando el fundamento de la misma en general en dos posibilidades distintas:

- a) Como criterio de persecución dirigido a obtener una disminución de la sobrecarga de trabajo de la Administración de Justicia provocada por el notable aumento de la delincuencia en su modalidad de pequeña criminalidad o de *bagatela*.
- b) Como modalidad de justicia alternativa que obedece a principios aceptables de política criminal como la mejor reparación de los derechos violados de las víctimas o la más probable rehabilitación o reinserción del delincuente.

³³⁸ JAREÑO LEAL, A., *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 94-95, añade que la disposición es semejante al § 154c de la Ley Procesal alemana, de donde se supone que ha sido extraído, pero sin embargo en este se fundamenta la medida en la falta de necesidad concreta de pena del hecho delictivo con cuya

Pero además, teniendo en cuenta que el tipo de la amenaza está restringido al supuesto del apartado 2º del mismo precepto -“revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés”-, ello implica que el delito contenido en la amenaza se reduce ostensiblemente, ya que si bien es indudable que la comisión de un delito constituye un hecho que afecta a la fama, crédito o interés, sin embargo, en pocos casos constituirá un hecho referido a su vida privada o relaciones familiares. Entre ellos se incluirían, a título de ejemplo, la violencia de género o doméstica (art. 153 CP), delitos contra la libertad sexual y algunos contra las relaciones familiares³³⁹.

Igualmente, no se alcanza a ver con claridad las razones político-criminales que puedan justificar una medida protectora para aquel que, además de haber cometido un delito, se ha favorecido de su impunidad hasta el momento en que un tercero le amenaza con revelarlo, ya que la finalidad perseguida -la delación del delito de chantaje-, parece no alcanzar la suficiente entidad para ello, más si se tiene en cuenta que no es un delito que se frecuente más que otros o que la

revelación se amenaza. En este mismo sentido vid. LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos...”, *cit.*, p.138.

El § 154c de la Ley Procesal alemana dice: “si se ha cometido una coacción o chantaje mediante la amenaza de revelar un delito, entonces la Fiscalía puede prescindir de la persecución del acto, cuya revelación haya sido amenazada, si no es imprescindible una conciliación por la gravedad del mismo”.

³³⁹ PRATS CANUT, J.M. y QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, (dir.: Quintero Olivares, G; coord.: Morales Prats, F), ed. Thomson Aranzadi, 4ª ed., 2005, p. 906-907.

pena a imponer con la amenaza no es excesiva -a partir de seis meses de prisión- en relación con el bien jurídico protegido³⁴⁰.

Es evidente que el imputado podrá revelar el contenido de la amenaza en cualquier momento, ya sea en fase de investigación por otras causas o directamente mediante la denuncia de la amenaza.

Una vez presentada la denuncia e iniciado el procedimiento por la amenaza, que en este caso deberá ser el abreviado a la vista de los límites penológicos impuestos por el apartado 2º del art. 171 CP -pena de prisión de 2 a 4 años, si se consigue la entrega de lo pedido, o prisión de 4 meses a 2 años, si no se consiguiera-, el fiscal podrá interesar en el procedimiento que se incoe por el delito revelado -normalmente a resultas de la declaración del amenazado-, el sobreseimiento -que entiendo sería libre-, en fase de diligencias previas, o en el trámite del art. 780 Lecrim, en su caso, aunque, si la pena del delito cometido por el amenazado, superara los dos años de prisión -en toda su extensión-, deberá formularse acusación, siendo aconsejable pedir la pena que corresponda, rebajada al menos en un grado. En este último caso -sigue la norma-, el juez o tribunal podrá rebajar la pena en uno o dos grados en la sentencia.

Esta norma no constituye sólo una cláusula procesal, sino que, como se ha dicho, incluye una regla penológica atenuatoria.

³⁴⁰ JAREÑO LEAL, A., *Las amenazas...*, *cit.*, pp. 94-95, así lo afirma y se pregunta; ¿ Con arreglo a qué parámetros se determina que vale más su tranquilidad emocional que la mala voluntad de quien le amenaza para sacar un provecho económico?. Por su parte, LAMARCA PÉREZ, C., "Delitos...", *cit.*, p.138, indica que efectivamente el legislador debía haber distinguido en función del bien jurídico afectado por el delito pues no debería recompensarse de igual modo, por ejemplo, al ladrón que al asesino chantajeado.

En este sentido, el precepto, literalmente, sólo afecta a algunas clases de chantaje, en este caso, los relacionados con la amenaza de revelar o denunciar unos hechos constitutivos de delito. Sin embargo, se ha dicho, que debe ser comprensiva también de las faltas, aunque aquí, respecto de la atenuación de las penas, la rebaja sería irrelevante, puesto que en las faltas el juzgador no está vinculado por las reglas de determinación de la pena³⁴¹.

Además, por ejemplo, sería del todo incoherente que fuera posible para el MF decidir -conforme a la literalidad del precepto- la no persecución de un delito de hurto del art. 234 CP -castigado con la pena de seis a dieciocho meses- cuya revelación se hubiere amenazado, pero le fuera inevitable seguir la causa por una falta de hurto del art. 623.1º CP, si se hubiere igualmente amenazado con su revelación, cuando, por otra parte, se protege el mismo bien jurídico y la única diferencia entre una y otra infracción viene determinada por el valor de lo sustraído.

Por tanto, sería más coherente que el ámbito del art. 171.3 CP, comprendiera toda clase de infracciones penales, incluyendo a las faltas.

Pero el problema procesal que podría plantearse tiene que ver con lo que decidiría el juez instructor si se persona el perjudicado o víctima del delito revelado como acusación particular en la causa, ya sea iniciada a instancias de la declaración de revelación del amenazado autor del delito, o incluso habiéndola iniciado el propio perjudicado por denuncia anterior a la revelación -que por ejemplo, podría estar sobreseída provisionalmente por falta de autor conocido-, y el fiscal, en cualquier caso, se abstiene de acusar, al entender

³⁴¹ BARQUÍN SANZ, J., Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, enero 2002.

acreditados los presupuestos expresados en el precepto, es decir, que haya habido realmente chantaje y que las penas del delito revelado no superen los dos años de prisión.

En este caso, ¿que sucedería si la acusación particular quisiera seguir con el procedimiento?.

Parece que la intención del legislador ha sido sólo facultar al MF, sin que la decisión de la acusación particular pueda vincular al juez, por lo que, si se dan los presupuestos de la norma, este deberá sobreseer.

Si no se entendiera así, se produciría la paradoja de que, en relación con los hechos más graves castigados con penas que superaran los dos años de prisión, el órgano judicial tendría siempre la posibilidad de atenuar la pena incluso en dos grados, mientras que los hechos menos graves no recibirían ninguna atenuación en los casos en que, a pesar de la ausencia de acusación del MF, el proceso ha seguido a instancias de la acusación particular.

Por tanto, podrían darse supuestos donde la pena a imponer por delitos menos penados fuera, en ocasiones, superior a la pena a imponer por delitos más gravemente penados, simplemente por depender del hecho de que el fiscal se abstenga o no de acusar y ello no impida, en caso alguno, que pueda formularse acusación por la acusación particular.

Desde luego, esta situación no sería acorde al principio de seguridad jurídica que debe regir el contenido de las normas penales, y de ahí, en mi opinión, el diferente trato procesal del legislador, aunque sea por omisión, al no facultar a la acusación particular para continuar con la acción penal, si el fiscal se abstiene de acusar.

Además, si el delito objeto del chantaje fuera exclusivamente privado -art. 215.1 CP, contra el honor por injurias o calumnias-, este precepto dejaría de tener significado, por inaplicable, al ser únicamente la acusación particular la que pudiera mantener la acción penal.

No obstante, no faltan opiniones³⁴², que entienden, a la vista de que la previsión legal es facultativa para el MF y no obliga al mismo a abstenerse de acusar, que nada impide, porque la norma nada dice al respecto, que la víctima o agraviado puedan iniciar el correspondiente procedimiento judicial.

Por otra parte, el término "podrá" encierra, dentro de los límites que determina el precepto, cualquier decisión discrecional que deberá hacerse mediante el informe por el que se pida el sobreseimiento y que puede basarse en diferentes motivos, pero siempre encaminados a facilitar otro tipo de infracciones, por lo general más graves.

Por ejemplo, puede darse cuando se trata de facilitar datos para la investigación de ciertos delitos socioeconómicos -estafas, apropiaciones indebidas, societarios,...-, cualquier tipo de los llamados delitos gubernativos -cohecho, tráfico de influencias, malversación,...- o los mencionados delitos de terrorismo, aunque en mi opinión, aquí habría que distinguir si el amenazado participó también en la comisión de los mismos, por lo que deberíamos acudir

³⁴² LAMARCA PÉREZ, C., "Delitos...", *cit.*, p. 137, y PRATS CANUT, J.M. y QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios...*, *cit.*, p. 907, indican que la renuncia a acusar del MF, no presupone la renuncia de la acción penal por parte de la acusación particular, al toparse con intereses legítimos de terceros amparados por la legislación procesal. Por ello consideran que dicha regla, si bien evoca el principio de oportunidad, en la medida en que el impulso del proceso penal no está conferido en exclusiva al MF, no puede calificarse *stricto sensu* como tal.

a la figura del colaborador, tipificada en el CP (art. 579. 4)³⁴³ y aplicarle, por tanto, los preceptos que correspondan en virtud del principio de especialidad.

En definitiva, el legislador debió haber formulado este precepto con un sentido objetivo sobre la perseguibilidad, dándole mayor amplitud en sus posibles supuestos conforme a lo previsto en nuestro sistema procesal y penal, no como una simple modulación –exclusiva- de la potestad de acusar del MF.

4. La discrecionalidad producida por el funcionamiento de los instrumentos de control internos del Ministerio Fiscal

En este apartado abordaré aquellos supuestos que, normalmente marcados por los defectos en el funcionamiento de los instrumentos de control internos, dan lugar a situaciones en las que el representante del MF decide formular o mantener una acusación o, ante el mismo supuesto de hecho, adoptar otro tipo de decisión que no implique el ejercicio de esa acusación, adoptando una decisión ciertamente discrecional.

Justamente la falta de ese control interno, que en ocasiones podría condicionar la decisión judicial, implica poner en entredicho los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación que rigen el sistema.

No cabe duda de que en el supuesto de que dicha decisión sea fiscalizada al funcionar eventualmente el sistema, puede emitirse una decisión del fiscal superior que contenga elementos tan discrecionales como los que pueda contener la decisión del inferior, si bien, por el principio de unidad de

³⁴³ El citado precepto dice: "En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate cuando el sujeto haya (...) y además colabore activamente con estas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables (...)"

actuación que rige la institución, este tipo de decisiones, ante supuestos muy similares, deberían ser homogéneas.

En realidad se trata de supuestos que, por sí mismos, no implican siempre una decisión discrecional del fiscal, ya que, en la mayoría de las ocasiones, suele darse la solución más adecuada al caso conforme a la norma aplicable, tanto en el momento de decidir la acusación como de solicitar el sobreseimiento, aun en el supuesto de que fallen los instrumentos de control internos.

Se dan supuestos donde la actuación concreta de un fiscal ha supuesto el no seguir la pauta, criterio o directriz adoptado por sus superiores para un caso determinado, sin que se haya vulnerado el principio de legalidad, y ello sobre todo porque, en ocasiones, en el momento de decidir una acusación, se han podido tener en cuenta elementos directos de la investigación de la que se ha formado parte -asistencia a declaraciones de imputados, testigos, peritos, etc-, de los que el superior -coordinador o visador- no ha tenido conocimiento directo, y este, por tanto, no puede tener la visión de conjunto que pueda ser necesaria para la formación de la decisión definitiva. Por tanto, en este sentido, estas decisiones, por apartarse de los criterios o instrucciones internas, serían discrecionales, pero no indebidas.

En estos supuestos, como instrumentos de control, son relevantes algunas Instrucciones de la FGE, notas de servicio internas de cada Fiscalía, así como algunos supuestos concretos en la función del visado, pero, en la mayoría de estos casos, se dan situaciones donde se ejerce un cierto -o relevante- grado de discrecionalidad porque, en definitiva, dichos controles fallan en su última comprobación, aunque no pueden descartarse los supuestos donde, a pesar de

lo reglado en principio, entra en juego el ámbito valorativo y cualquier decisión, incluida la del visador, podría ser considerada como discrecional.

Por su frecuencia y atendiendo a los diferentes trámites en el proceso, paso a distinguir los siguientes supuestos.

4.1. Cuando se solicite el sobreseimiento en el juicio rápido, junto con la acusación particular (artículo 800.1 Lecrim)

En el supuesto de solicitar el fiscal el sobreseimiento en este procedimiento, el control del visador sólo se produce si la acusación particular decide interesar la apertura del juicio oral y el instructor así lo acuerda (art. 800.1 en relación con el art. 783.1 Lecrim), presentando su escrito de acusación en el acto, o cuando la acusación particular, en el plazo de dos días que establece el art. 800.4 Lecrim, lo presenta igualmente.

De esta forma, debe darse traslado del mismo al fiscal que hubiere solicitado el sobreseimiento en la forma prevista en el art. 783.1 *in fine* Lecrim y, en este caso, dicho escrito que será –al igual que en el procedimiento abreviado, salvo mejor criterio de última hora-, de “calificación absolutoria”, sí será visado por el fiscal visador correspondiente, quien examinará los motivos concretos del sobreseimiento que consten argumentados en el extracto, que a tal efecto se confeccione por el fiscal que lo haya solicitado. Puede, por tanto, darse la posibilidad, nada improbable de que, pueda cambiarse el criterio y mantenerse una acusación con base en elementos probatorios que, a juicio del visador, sí son suficientes para mantenerla. Aquí, en caso de persistir en la discrepancia y no consensuar el fiscal calificador y el visador, deberá resolverse urgentemente

la cuestión por el superior, generalmente por lo perentorio del plazo y del señalamiento del juicio oral por el Juzgado de lo Penal³⁴⁴.

Por otra parte, parece contradictorio que habiendo solicitado el fiscal el sobreseimiento en este último supuesto, exista control, y, sin embargo, cuando no se acuse por la acusación particular y el MF, al acordar el instructor el sobreseimiento (arts. 800.1 y 782 Lecrim), no se efectúe siquiera un mero control formal *a posteriori* por el visador.

Nada impide que la resolución que acuerde el sobreseimiento pueda ser recurrible conforme a los arts. 216 Lecrim y siguientes, de forma que, en dichos supuestos, podría recurrirse la resolución por el respectivo fiscal a instancias del visador, si este considera que los motivos alegados por el fiscal no son pertinentes. Pero existe otro problema práctico para poder verificar dicho control. En estos casos el fiscal que asiste al juicio rápido formula simplemente su solicitud de sobreseimiento para que conste en acta sin motivación alguna, razón por la cual es difícilmente controlable, y generalmente mencionando la siguiente fórmula: "(...) de las diligencias de

³⁴⁴ Ahora más que antes, ya que con la reforma del art. 800.3 Lecrim introducida por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, deberá hacerse el señalamiento del juicio oral en la fecha más próxima posible por el Secretario del Juzgado de guardia y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a tal fin por los órganos judiciales enjuiciadores, quedando pendiente de elaboración por el CGPJ de las normas reglamentarias que coordinen con el MF los señalamientos de dichos juicios. Las primeras experiencias al respecto están indicando que, en bastantes ocasiones, por descoordinación entre el Juzgado de guardia y el enjuiciador, no constan en la agenda de este último todos los juicios que efectivamente ha señalado el primero. Sin embargo, por asistir el fiscal al Juzgado de guardia en estos casos, o recibir copia inmediata de la copia del acta que contiene el señalamiento, esta discordancia no se produce.

investigación practicadas no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa”, o “no concurren motivos suficientes para acusar al imputado por alguno de los grados de participación previstos en el CP”.

A pesar de esta realidad práctica, la IFGE 1/2003 -apartado VIII-, indicaba, en clara contradicción con lo referido en su apartado VI respecto del control por acusaciones –como se ha visto, al afirmar que en ocasiones no se podría efectuar control alguno-, que especialmente en los juicios rápidos los Fiscales Jefes cuidarán que se cumpla la efectividad de la motivación y su visado, añadiendo que, en última instancia, los fiscales darán cuenta con posterioridad del dictamen de sobreseimiento formulado.

En conclusión, puede afirmarse que el fiscal que intervenga en esta sede, en caso de solicitar el sobreseimiento y adherirse la acusación particular o no interesar esta acusación alguna, no está sujeto a control interno posterior y, por tanto, de entrada, dispone de un margen nada desdeñable de discrecionalidad, que además, ni siquiera necesita justificar, debiendo el juez acordar el sobreseimiento (art. 800.1 Lecrim), con las únicas excepciones de los supuestos del art. 20 CP (art. 782.1 Lecrim).

4.2. La acusación sin conformidad en el juicio rápido (artículo 800.2 Lecrim)

En el trámite del juicio rápido (art. 800.2 Lecrim), para el supuesto de que no exista conformidad por el acusado, la copia del escrito de acusación se unirá a la carpetilla que se elaborará en el Juzgado de guardia y, a la mayor brevedad -generalmente será a última hora de la jornada o al día siguiente-, se dará inmediata cuenta al respectivo visador al objeto de que plasme el denominado “Visto Bueno”. De esta forma, y a pesar de dar el “Visto Bueno”, el visador

también puede reflejar por escrito aquellas notas que estime convenientes y que deban tenerse en cuenta por el fiscal que asista al juicio oral.

En estos casos, la práctica cotidiana indica que generalmente y por la propia imposibilidad de devolución del escrito al fiscal calificador en el acto, dichas notas plasmadas en la carpetilla por el respectivo visador, pueden ir dirigidas a la modificación del escrito de acusación con cierta relevancia -hechos, calificación y pena- sin contrastarlas con el fiscal calificador, por lo que el fiscal que asista deberá tenerlo en cuenta a fin de alegar, como cuestión previa al inicio de la vista o en el trámite de conclusiones, lo que proceda en función de lo indicado por el visador. En este punto es evidente que queda un margen de discrecionalidad apreciable por el fiscal ya que en ocasiones no se modifica dicho escrito a la vista del resultado de la prueba practicada y por tanto, en ese sentido, las rectificaciones o indicaciones del visador no se siguen, incluso en supuestos que pueden discutirse.

Además, no es preceptiva la confección de extracto, por lo que la labor del visador se complica en ocasiones.

No es un supuesto donde propiamente, se produzca un fallo en el control interno encargado al visador, pero, obviamente, al no poder contrastar en ocasiones con el fiscal calificador, el fiscal que asiste al juicio oral puede realmente "improvisar" -entendido en estrictos términos jurídicos-, en algunos casos.

Este supuesto, que revela la dificultad en el funcionamiento interno de las técnicas de control, facilita que, en la mayoría de los casos, los fiscales que actúan de modo inmediato en los juicios rápidos, lo hagan a su buen hacer y entender, aunque deberán emplear el mayor cuidado para que en la carpetilla consten todas las declaraciones de las partes y documentos esenciales, que

deben incluirse en la prueba del escrito de acusación, y que servirán de base para mantenerla al fiscal que asista al juicio oral. En este sentido, varias notas de servicio han sido recordatorias de tales obligaciones, ya que en ocasiones han faltado copias de documentos o declaraciones, que han tenido que incorporarse o examinarse por el fiscal posteriormente, incluso en el mismo día de la celebración del juicio.

Sobre la celeridad del visado en estos casos, la citada IFGE 1/2003, de 7 de abril, obligaba a que el visado se realice con prontitud (art. 48 EOMF) y que además se respeten los plazos de despacho de los procedimientos que, por supuesto, no pueden quedar suspendidos por motivo del control reglamentario de Fiscalía. Se añade que, en el caso de retrasarse más de siete días el visado, deberán los Fiscales Jefes poner en conocimiento de la Inspección Fiscal las razones que lo determinan.

4.3. La acusación con conformidad en el juicio rápido (artículo 801 Lecrim)

Es diferente cuando existe conformidad en dicho trámite, donde habitualmente no se da cuenta al visador y, por tanto, el escrito de acusación carece de visado, por lo que nos encontramos ante supuestos donde el MF, al formular definitivamente la acusación el día de guardia, no suele dar cuenta a su superior. Desde luego se dan casos, donde, previamente, se consulta al visador, normalmente vía telefónica y se le comenta el caso, pero esto no es lo habitual.

El visado, si se produce, es *a posteriori*, de forma que el único efecto que produce es la prevención de no volver a decidir en dichos términos en casos similares, ya que la sentencia es firme en el momento en que se produce el visado, normalmente varios días después del día de la conformidad.

Siempre pueden existir dudas sobre la calificación de los hechos y, en consecuencia, ante supuestos dudosos, pueden adoptarse decisiones que contengan elementos discrecionales.

En estos casos, ante la misma imposibilidad de visar en el acto, es totalmente criticable que no se obligue al control posterior por un visador, ya que puede darse la circunstancia de cometerse errores, no sólo en la calificación de los hechos -su tipificación-, sino en otros aspectos penológicos que pueden redundar, en último extremo, en perjuicio del acusado, y todo ello a pesar de los controles procesales que deben operar al respecto y por los que debe velar el propio juez sentenciador (art. 801.2 en relación con el art. 787 Lecrim) o el resto de partes personadas que intervengan³⁴⁵.

³⁴⁵ En este control jurisdiccional del juicio rápido, en la práctica se han dado casos -poco frecuentes-, pese a la conformidad alcanzada por las partes, de no aceptar esta e invitar a una rectificación cuando la calificación jurídica no se ha considerado correcta o la pena fuere improcedente. También se ha dado el caso -por la aplicación del art. 787.3 Lecrim- de sugerir el Instructor al MF y a la acusación particular la posibilidad de modificar una acusación para facilitar la conformidad, sobre todo en supuestos donde se ha solicitado penas superiores a los tres años de prisión, ya que aunque la tramitación por este procedimiento se permite con penas de hasta 5 años (art. 795.1 Lecrim), el límite se reduce a 3 años de prisión para la aplicación de la conformidad (art. 801.1.2º Lecrim). No obstante esta limitación atiende a la naturaleza del delito (pena en abstracto) y no a las concretas circunstancias del hecho cometido (pena en concreto o solicitada). Los ejemplos más frecuentes, son el robo con violencia e intimidación (242.1 CP) o el robo con fuerza en casa habitada o local abierto al público (art. 241.1 CP), donde se pueden tramitar por juicio rápido, pero no conformar al establecer penas -en abstracto- superiores a 3 años de prisión. En mi opinión, esta intromisión no es procedente, aún hablando de penas desproporcionadas, pero dentro de los límites legales, pero no veo inconveniente en debatir la cuestión cuando se trate de penas no procedentes o calificaciones erróneas a la vista del tenor del art. 787.3 Lecrim.

No obstante, cuando se ha producido posteriormente el control del visador, se ha solicitado con frecuencia la aclaración de la sentencia (art. 161 Lecrim), al omitir pronunciamientos en el fallo, como por ejemplo penas accesorias, o incluso producirse errores en las rebajas del tercio de las penas solicitadas y conformadas.

Para evitar esto, el fiscal que asista al juicio rápido, deberá comprobar la perfecta correlación de su escrito de acusación, o de la acusación particular en su caso, con el contenido de la sentencia de conformidad. En la práctica diaria, sobre todo al principio de la introducción de los juicios rápidos, no era infrecuente que los Juzgados de ejecutorias penales devolvieran las causas al sentenciador al objeto de acomodar la sentencia a lo pedido estrictamente por la acusación y que constaba plasmado en el acta de juicio rápido.

La IFGE 1/2003 -apartado VI- ya preveía las dificultades para el visado de las calificaciones en este procedimiento, afirmando que dicho control del visado no sería posible, confiando en que el fiscal de guardia ajustaría las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y prácticas habituales de las Fiscalías, debiendo dar cuenta posterior de los escritos presentados ante el órgano judicial, dejando copia del acta que lo recogió o del propio escrito en la carpetilla de Fiscalía³⁴⁶.

En definitiva, se ve cómo el defecto en un control siquiera *a posteriori* en la decisión del MF, aun existiendo el control judicial de legalidad, puede ocasionar distorsiones importantes en este sentido, ya que, ante manifiestos errores, es posible que no se haya efectuado corrección alguna, a veces en

³⁴⁶ No obstante, se rogaba –reconociendo su imposibilidad- que se remitiera al encargado del visado el proyecto del escrito de acusación antes de su presentación cuando reconociera los hechos delictivos el acusado.

perjuicio del acusado, al fallar sucesivamente las diversas instancias de control que concurren. En la práctica se ha comprobado cómo, en algunas ocasiones, siendo la sentencia de conformidad firme, se ha condenado al acusado a pena superior de la que debería corresponder conforme a la calificación de los hechos.

Obviamente también se han dado casos en sentido contrario, pero una vez declarada la firmeza de la sentencia, ya no hay posible subsanación³⁴⁷.

³⁴⁷ Me refiero a supuestos donde debe aplicarse una atenuante o eximente por aplicación de los arts. 20 y 21 CP, pero, a pesar de mencionarla en el escrito de acusación, no se procede a rebajar la pena a la mitad inferior o rebajar en uno o dos grados la misma, con el consiguiente perjuicio para el acusado, no detectando nadie este error, a pesar de la rebaja del tercio de la pena. En otras ocasiones, como he mencionado, no se plasma en el acta del juicio rápido la rebaja del tercio de la pena, sobre todo en las penas conjuntas o accesorias, o incluso la rebaja se calcula mal. No obstante, no es necesaria la presencia física del fiscal a tenor de lo previsto en la CFGE 1/2003 -sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado-, ya que la interpretación del art. 797 Lecrim cuando se refiere a la "participación activa" del MF, supone otros cauces distintos de la presencia física, pues de lo contrario conduciría a cegar la posibilidad de intervención del fiscal en algunos supuestos. Aquí se deja claro que su presencia no constituye un presupuesto para la validez del acto procesal, de forma que aunque no debe entenderse como regla general, no es infrecuente que -excepto en las capitales de provincia y Fiscalías de Área-, sobre todo si el Juzgado de guardia dispone de aparatos para videoconferencia, pueda practicarse la comparecencia del art. 798 Lecrim y actuaciones posteriores. Aún así, cuando el fiscal manifiesta la imposibilidad de asistir físicamente, pueden utilizarse otros mecanismos para documentar las actuaciones, como sobre todo el burofax -igualmente la comunicación telefónica, con constancia de su contenido por diligencia del Secretario Judicial-, recibiendo la documentación de forma inmediata, sin perjuicio de remitir los originales posteriormente por valija urgente.

4.4. La petición de sobreseimiento en fase de diligencias previas del procedimiento abreviado: ausencia de visado previo

Respecto de la solicitud de sobreseimiento por el MF en las diligencias previas del procedimiento abreviado, a pesar de que el apartado VIII de la IFGE 1/2003, de 7 de abril, indicaba la necesidad de motivación y de su visado, incluso durante la instrucción de diligencias previas, la realidad es que, durante la fase de investigación –antes de iniciar el trámite del art. 779.1.4^a Lecrim-, el informe de sobreseimiento suele motivarse, pero sin embargo, no se da cuenta al visador respectivo.

Dicha motivación obedece más bien al argumento necesario que debe tener en cuenta el instructor para en su caso, estimarlo o denegarlo, con base en lo previsto en el mismo art. 779.1.1^a Lecrim, al permitirse el sobreseimiento cuando se estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal o cuando no aparezca suficientemente justificada su perpetración, o incluso, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido.

La experiencia, sobre todo, cuando se trata de Juzgados mixtos donde la carga de trabajo es importante, me obliga a afirmar -con las debidas excepciones, por supuesto-, que el juez instructor suele acordarlo con base en los mismos motivos que el fiscal introdujo en su informe, mas aun si no consta personada en la causa acusación particular alguna. Por tanto, y al margen del control jurisdiccional sobre su adopción, este es un supuesto frecuente en el que el fiscal, en la práctica –con claras posibilidades de condicionar la decisión judicial y terminación del proceso-, dispone de un cierto margen de discrecionalidad en la petición de sobreseimiento, sobre todo, a la vista de la

falta de control interno. Por supuesto que posteriormente –como así ha sucedido-, el ofendido o denunciante puede recurrir el auto de archivo cuando se le notifique, personándose en la causa debidamente.

Lógicamente cabe la posibilidad de que la acusación particular, si está personada, inste igualmente el sobreseimiento, ante lo cual, el juez deberá acordarlo, a salvo del supuesto previsto para la exención de la responsabilidad criminal del imputado del art. 20 CP, expresamente recogido en el art. 782.1 Lecrim, de forma que se impondrá la obligación de acusar para solicitar medidas de seguridad. Por otra parte, si no hubiere acusación particular personada en la causa, ante un sobreseimiento del fiscal, el juez podrá acudir, como ya vimos, en busca de acusadores conforme a lo previsto en los mecanismos subsidiarios contemplados en el art. 782.2 a) y b) Lecrim.

Por otra parte, en el caso de que el fiscal hubiera solicitado el sobreseimiento en el traslado del art. 780 Lecrim, el visador dará –o no-, igualmente el “Visto Bueno”, y procederá, en su caso, a formular las objeciones oportunas al fiscal que hubiere solicitado el sobreseimiento, llegando incluso a sugerir que se soliciten diligencias complementarias para el mejor esclarecimiento de los hechos. Debe igualmente motivarse en el informe correspondiente, justificando adecuadamente, a su juicio, qué razones –de las diligencias practicadas durante la investigación-, llevan a concluir que no existen suficientes elementos probatorios para mantener una acusación (art. 641.1 Lecrim) o que los verificados no son suficientes para poder mantenerla contra la persona imputada (art. 641.2 Lecrim)³⁴⁸. De esta forma, se evitan formulaciones rituarías de mera cita de los preceptos de la Lecrim mencionados³⁴⁹.

³⁴⁸ La IFGE 3/1993, de 16 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones

A pesar de que en este trámite el control interno suele ser eficaz, puede suceder que, en ocasiones, el fiscal que tenga que calificar no siga el criterio de otro fiscal que haya intervenido anteriormente en la investigación de la causa – conforme al principio de unidad de actuación-, y ello provoque distorsiones en el funcionamiento interno en el momento de fijar criterios de actuación. Un ejemplo lo tenemos en el contenido de una nota de servicio de un fiscal coordinador, en la que se advertía la improcedencia del modo de actuar del fiscal en el trámite del precepto citado, ya que este había solicitado el sobreseimiento, sin motivar y sin consultar previamente al coordinador, cuando antes, su compañero, había recurrido el sobreseimiento acordado por el juez

indebidas, consideró que el interés social demanda explicación justificadora de los motivos de petición de sobreseimiento.

³⁴⁹ Reiterando la necesidad de motivación y la evitación de formulismos, la IFGE 1/2005, de 27 de enero de 2005, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal, decía: "(...) la exigencia de motivación en los informes del ministerio fiscal es una consecuencia indeclinable del principio de interdicción de la arbitrariedad que vincula a todos los poderes públicos (art. 9.3 ce) esta exigencia deriva directamente de imperativos constitucionales, vinculados al estado social y democrático de derecho (art. 1.1 ce) la adecuada motivación de los informes del Ministerio Fiscal redundará sin duda en el incremento del prestigio y de la credibilidad de la institución, actuando preventivamente para que nunca la discrecionalidad que se le reconoce en el ejercicio de sus funciones pueda trastocarse en arbitrariedad. a mayor o menor extensión, exhaustividad o detalle dependerá lógicamente de la entidad de la materia sobre la que verse el dictamen. en todo caso habrá de ser acorde con los parámetros de la suficiencia y la razonabilidad, huyendo del uso de fórmulas estereotipadas. esta necesidad de cumplir con la exigencia de la motivación viene por lo demás siendo puesta de manifiesto en los últimos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado -vid. Instrucciones 3/1993, 2/2000 y 1/2003 o Circulares 1/2000, 1/2004 y 2/2004-".

instructor en fase de diligencias previas y había interesado la práctica de diligencias de investigación.

No cabe duda, por tanto, que el fiscal que interesó el sobreseimiento en este supuesto, sin dar cuenta y sin motivar tal decisión, adoptó la misma de forma indebida, llegando la causa al órgano judicial sin pasar por los controles internos preceptivos que correspondían al visador, y es muy probable que condicionara la resolución judicial para sobreseer la causa.

Obviamente la nota se tuvo que realizar después de revisar –periódicamente– el coordinador, el estado de las causas de esta naturaleza que se registraban en Fiscalía. Este caso, aunque sea infrecuente, es más bien un supuesto de disfunción de las técnicas de funcionamiento interno, concretamente del control del visador, que de discrecionalidad en la decisión adoptada por el fiscal subordinado.

4.5. La petición de diligencias innecesarias, no indispensables, en el trámite de calificación del procedimiento abreviado (artículo 780.2 Lecrim)

La petición de estas nuevas diligencias se justifica cuando, tras haberse dictado el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, las partes acusadoras consideran que los elementos resultantes de la investigación que constan en autos no son suficientes para mantener una acusación.

El fundamento de otorgarle al MF la posibilidad de solicitar estas diligencias radica en el hecho de que, siendo este el que debe ejercitar la acusación, debería ser él quien determinara cuándo puede cerrarse o no la instrucción en el sentido de dar por finalizadas las diligencias indispensables en esta fase. No siendo así, ya que es el juez el que dicta el auto de procedimiento abreviado,

resulta inevitable conceder al fiscal la facultad de solicitar estas diligencias que, en la práctica no son tan excepcionales como parece desprenderse del precepto³⁵⁰.

No obstante, para salvar la posibilidad de solicitar repetidamente diligencias por entender que la investigación seguida por el instructor ha sido deficiente, en la práctica, aunque de forma poco ortodoxa, ya que debemos respetar la rigurosa función que el principio acusatorio otorga a cada parte en el proceso, algunos fiscales prefieren que el instructor les dé traslado del expediente para informe -previamente a dictar el auto- por providencia con la fórmula siguiente: "dese traslado al Ministerio Fiscal a fin de que este inste las diligencias oportunas a practicar o en su caso el trámite del artículo 779.4^a Lecrim". Obviamente, después de esto, hay que hacer un estudio a fondo de la causa y pedir aquellas que sean indispensables y, por tanto, evitar el trámite de diligencias complementarias, o si se estima la investigación completada, pedir que se dicte la resolución mencionada.

Dada la vinculación que genera la solicitud de práctica de dichas diligencias cuando lo solicita el MF –el precepto dice textualmente "acordará el Juez lo solicitado"-, este accederá necesariamente a la misma, de forma que el juicio sobre la necesidad de las diligencias dependerá sólo del fiscal que las pida. No obstante, es evidente que el juez podrá rechazar dichas diligencias si ya constaren practicadas en la causa, pero el fiscal no lo hubiere advertido al examinar la misma.

Si la solicitud de diligencias procede de las acusaciones particulares acordará el juez lo que estime procedente (párrafo 2º del art.780.2 Lecrim). Esta

³⁵⁰ FUENTES SORIANO, O., *La investigación...*, cit., p.132.

diferencia de tratamiento responde a la especial posición que ostenta el MF como acusador público y defensor de la legalidad, legitimándole para instar la práctica de diligencias que puedan resultar tanto de cargo como de descargo respecto del imputado³⁵¹.

El apartado VI de la IFGE 1/2003, antes mencionada, indicaba la necesidad de que, en aras de evitar dilaciones indebidas, se controlara por las Jefaturas la conveniencia de cuidar y controlar –incluso a través del visado–, la petición de diligencias por el trámite del art. 780.2 Lecrim, de forma que únicamente se permitiera en los supuestos de ausencia de datos que permitieran fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, haciéndolo extensivo al juicio rápido.

No obstante, la realidad ha sido bien distinta, pues realmente nunca se da cuenta al visador de las diligencias pedidas en cada caso por el fiscal respectivo, si bien, posteriormente, cuando debe visarse el proyecto de calificación o el sobreseimiento, en su caso, pueden comprobarse las diligencias pedidas con anterioridad al constar una copia del informe de estas en la carpetilla correspondiente del asunto.

Normalmente nunca se comprueba cuál ha sido la evolución de la causa en este sentido, es decir, si el fiscal ha pedido una serie de diligencias superfluas o innecesarias que, en su caso, podía haber solicitado en el otrosí del escrito de acusación para su constancia en la causa el día del juicio oral. Por ejemplo, la hoja histórico penal actualizada, algún ofrecimiento de acciones a perjudicados no personados y que no son testigos presenciales de los hechos, el foliado de las actuaciones en causas de escaso volumen, etc.

³⁵¹ FUENTES SORIANO, O., *La investigación...*, cit., p.135.

Todo ello puede provocar que el fiscal que solicite dichas diligencias, en un determinado momento, por ejemplo, cambie de destino por concurso de traslado, y cuando retorne la causa a Fiscalía con las diligencias practicadas por el órgano judicial, no estando aquel, tenga que calificar otro fiscal diferente que, probablemente no hubiera pedido tales diligencias y, por tanto, en ese sentido, no se le puede considerar responsable del retraso en el trámite de calificación.

Esta falta de visado, con el consiguiente retraso de la tramitación, puede provocar graves distorsiones y, por supuesto, que al acusado, en su caso, se le pueda apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante por dilaciones indebidas.

4.6. La conformidad en el procedimiento abreviado

4.6.1. Antes del juicio oral (artículo 784.3 Lecrim)

El art. 784.3, I Lecrim, establece una primera posibilidad de conformidad cuando dispone que la defensa en su escrito, firmado también por el acusado, "podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el art. 787".

Aquí simplemente se establece la opción de entender que, una vez dado el traslado por diez días del art. 784.1, I Lecrim, para presentar el escrito de defensa frente a la acusación formulada, se manifiesta una plena conformidad con lo pedido por la misma en su escrito de calificación provisional.

Por otra parte, el art. 784.3, II Lecrim, señala otra posibilidad de conformidad al disponer: "Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su letrado, en cualquier momento anterior a la

celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 787.1'.

El art. 787 Lecrim, como luego veremos, se refiere a los términos en que debe realizarse una conformidad previamente a iniciarse la práctica de la prueba en el mismo momento de la celebración del juicio oral.

Este precepto establece la posibilidad de conformidad como consecuencia de lo convenido entre las partes acusadoras y la defensa, una vez efectuados los correspondientes escritos de acusación y defensa, de forma que incluso debe hacerse un nuevo escrito de acusación que conjuntamente firmen ambas partes y el acusado junto a su letrado, sustituyendo de este modo los anteriores escritos. No será necesaria la presencia de los procuradores a la vista de que sólo es preceptiva a partir de la apertura del juicio oral (art. 768 Lecrim).

A raíz de esta posibilidad se firmó el 1 de abril de 2009 un Protocolo de Actuación para juicios de conformidad entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española con el objetivo de simplificar y agilizar los medios de solución consensuada al proceso penal.

La IFGE 2/2009, desarrolla dicho Protocolo y el mismo se extiende a todas las conformidades ordinarias, excluyendo expresamente la conformidad privilegiada del art. 801 Lecrim –para los juicios rápidos-, quedando fuera de las previsiones del mismo.

De esta manera, se han realizado bastantes conformidades con arreglo a esta previsión, y básicamente el funcionamiento consiste en llevar en las Fiscalías un sistema de incidencias diario, de forma que cada día habrá un fiscal encargado para este tipo de cuestiones, aunque, en ocasiones, los letrados que

pretenden llegar a una conformidad con el fiscal, suelen buscar al fiscal encargado de la causa que ha realizado el escrito de acusación.

Los Colegios de Abogados designarán uno o varios letrados coordinadores para el seguimiento del Protocolo y para facilitar la labor de la Fiscalía en aras a localizar a los letrados que interesen conformidades.

Las conformidades se negociarán con una antelación de diez días al comienzo del juicio para, si se llegare a un acuerdo, ser la propia Fiscalía la que plasme por escrito el acuerdo en un nuevo escrito de calificación, que se encargará de presentar al órgano judicial.

Por mi propia experiencia, este tipo de conformidades "protocolizada" no está exenta de control, justamente porque el fiscal que se encuentra de incidencias, recibe un aviso de la hora en que se presentará al menos, el letrado del acusado, para poder negociar los términos de la conformidad y posteriormente, si hay acuerdo, el nuevo escrito firmado por las partes, que podrá confeccionarse ese mismo día u otro próximo, -también cabe la posibilidad de añadir un anexo al escrito de calificación inicial haciendo constar la conformidad por "otrosí"-, deberá pasar por el visado del fiscal encargado -también hay un turno de visadores para estos supuestos-, que lo registrará a efectos estadísticos.

Suele pactarse únicamente con el letrado, si bien es deseable, y así se le hace saber que, si hay acusaciones particulares o perjudicados civiles, estos también deben firmar esa conformidad al objeto de terminar el asunto, pues en otro caso si, por ejemplo, no existiera conformidad con la acusación particular o terceros perjudicados civiles, el juicio deberá celebrarse.

Otra cuestión es que únicamente pueda haber una disconformidad en el ámbito de la responsabilidad civil, sobre todo por no estar de acuerdo el perjudicado con las indemnizaciones y, en ese caso, lo aconsejable es pactar la conformidad al inicio del juicio oral -se puede en esa negociación zanjar los términos de la misma- en el marco del art. 787 Lecrim, y entrar a debatir en el juicio únicamente los aspectos controvertidos de la responsabilidad civil, ya que el juez o tribunal, mediante las explicaciones previas que se le ofrezcan por el fiscal y el resto de partes personadas, tendrá un mayor conocimiento de causa para poder delimitar los términos del debate en el juicio.

El nuevo escrito de conformidad, firmado por todas las partes, se remitirá al órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento y deberá ratificarse posteriormente ante el mismo por el acusado, por comparecencia, el día que se señale al efecto y ello por el control de legalidad que se impone al órgano jurisdiccional en el art. 787.2 Lecrim: "El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias"³⁵².

Ciertamente, como he dicho, las facultades discrecionales del fiscal en estos supuestos vienen limitadas por el visado, aunque sea posterior, pero sobre todo por el hecho de que siempre habrá algún fiscal visador -normalmente el de

³⁵² No obstante, algunos Juzgados señalan a juicio en Sala de vistas, sin acordar previamente las actuaciones previstas en el art. 785 Lecrim, es decir, sin dictar auto admitiendo pruebas, sin citar a testigos o a peritos, sólo al MF, resto de las acusaciones, en su caso, el acusado y su letrado, de forma que si el acusado no ratificara la conformidad ya firmada y presentada por escrito, se retrotraen las actuaciones hasta el momento en que se permita a las partes la proposición de pruebas que a la vista de la conformidad, no se propusieron. Aquí se ve la diferencia fundamental con la conformidad del art. 787 Lecrim, donde ya se han admitido las pruebas y por tanto, se han citado a testigos y peritos.

incidencias- a quien se le podrá consultar dudas u otras cuestiones relacionadas con la posible conformidad. A pesar de esto, siempre habrá supuestos de libre valoración, que por su complejidad, se suelen dejar por el propio visador a criterio del fiscal calificador, como ya he mencionado en supuestos anteriores.

En cualquier caso, y con independencia de la decisión adoptada –y consensuada con la defensa-, no hay que olvidar el control jurisdiccional mencionado que operará en virtud del art. 787. 2 y 3 Lecrim, pudiendo, incluso, ordenarse la continuación del juicio.

4.6.2. Iniciado el juicio oral (artículo 787 Lecrim)

El art. 787. 1 Lecrim señala que antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al juez o tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior, siempre y cuando, la pena no excediere de seis años de prisión.

Los apartados 2, 3 y 4 del citado precepto, delimitan el alcance del control jurisdiccional sobre dicha conformidad, de forma que, si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el juez o tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El juez o tribunal, previamente, habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

El apartado 3 añade que, si el juez o tribunal considera incorrecta la calificación formulada o entiende que la pena solicitada no procede legalmente,

requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modifique su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el juez o tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.

Por último, el apartado 4 de dicho precepto, indica que una vez que la defensa manifieste su conformidad, el juez o tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el órgano jurisdiccional albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio. También podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y dicho órgano estime fundada su petición.

Esta es la modalidad de conformidad que ha venido practicándose habitualmente, heredera del anterior art. 793.3 Lecrim³⁵³.

Realmente y hasta cierto punto, redundaba en beneficio del coste económico y la agilización del proceso, teniendo en cuenta que se evita el tener que celebrar el juicio y tal vez citar a algún testigo que no había comparecido, si bien la

³⁵³ Este precepto decía: "Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al juez o tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el juez o tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes".

maquinaria judicial se ha puesto en marcha a la vista de que se ha citado al acusado u acusados, testigos y peritos, en su caso.

Se realizan negociaciones previas entre las partes, que se producen instantes antes del inicio del juicio oral, generalmente en una antesala a la propia sala de vistas que se dispone al efecto, sin que, obviamente, pueda oír el juez o tribunal³⁵⁴, consultando posteriormente el letrado del acusado con este sobre los términos de la posible conformidad negociada con el representante del MF y resto de partes acusadoras, en su caso.

En la práctica, después de que las partes hayan informado al tribunal de un acuerdo de conformidad, normalmente se plasmará en un nuevo escrito de calificación que incluso se prepara por el tribunal como modelo para que el representante del MF, introduzca las modificaciones oportunas en cada una de las conclusiones y respecto de aquellas que no sufran modificación se emplea la fórmula "a definitivas", al objeto de evitar reproducirlas nuevamente. En ocasiones, estando presente el secretario judicial, se suelen reflejar en la propia

³⁵⁴ La negociación debe ser confidencial a la vista de que debe quedar a salvaguarda la imparcialidad judicial, teniendo en cuenta que si bien, existiendo conformidad, el juez sabrá los términos de la misma posteriormente, si no se llegase a acuerdo y el juez ha oído los pormenores o detalles de la posible conformidad frustrada, dicha imparcialidad a la hora de resolver, con independencia del resultado de la prueba, podría quedar en entredicho. Piénsese que a veces no se llega a acuerdos con la defensa por la extensión de la pena o pequeños detalles –obviamente insalvables– en la tipificación de los hechos, pero en ningún caso se cuestiona la autoría de los mismos.

En estos términos, el Protocolo antes referido de fecha 1 de abril de 2009, entre la FGE y el Consejo de la Abogacía, en su art.5.3.2 decía: "el pacto de conformidad de desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación".

acta los términos de la conformidad, dando copia por escrito de la misma a las partes.

Una vez hecho esto, se dará inicio al juicio, y como cuestión previa, se preguntará por el juez o presidente al MF y al letrado de la defensa si se ha llegado a un acuerdo respecto de la acusación formulada y tras la respuesta afirmativa, y la lectura de los términos de la conformidad -normalmente la lectura íntegra del nuevo escrito de acusación- se le informará al acusado de sus consecuencias y si efectivamente presta su conformidad (art. 787.4 Lecrim). En ese caso, se hará entrega del nuevo escrito a las partes para que lo firmen o del acta a tales efectos.

Previamente, si el juez considera improcedente algún aspecto de la calificación, invitará a las acusaciones a una modificación, con los efectos, de no realizarse, de proseguir el juicio.

La información sobre las consecuencias de la aceptación de la conformidad incluye no sólo la calificación de los hechos y la pena, sino también las condiciones sobre la situación personal del acusado -si estaba en situación de prisión provisional y si seguirá como penado-.

La culpabilidad supone, en virtud de lo preceptuado en los arts. 688 y ss Lecrim, la posibilidad de reconocer los hechos y, por tanto, confesar ser autor del delito y responsable civilmente, en su caso. Cualquier duda en cuanto a la culpabilidad ha de resolverse a favor de la continuación del juicio.

Finalmente el juez dictará la sentencia oralmente y se documentará en el acta de forma sucinta (art. 789.2 Lecrim), sin perjuicio de su redacción y, si tras preguntar a las partes sobre su intención de no recurrir, estas así lo manifiestan, declarará oralmente la firmeza de la misma y a continuación se pronunciará

sobre la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad impuestas (arts. 81 y 88 CP).

En el procedimiento abreviado se entiende aplicable el régimen de los arts. 688 y ss Lecrim –del ordinario- como supletorio, de forma que si algún acusado no se conforma o no quiere contestar a la pregunta sobre su conformidad o es enjuiciado en su ausencia ³⁵⁵, o algún letrado cree que debe continuar el juicio para su defendido, el juicio proseguirá para todos –incluso los que se hubieren mostrado conformes-, por aplicación de lo prevenido en el art. 697 Lecrim³⁵⁶. Otra cuestión es que, respecto de aquellos que se han mostrado conformes inicialmente, luego, en el trámite de conclusiones definitivas, tras modificar las provisionales, se les pueda rebajar la pena en virtud de lo pactado previamente entre el MF y parte de las defensas, si bien, lógicamente deberán motivarse adecuadamente los aspectos de la rebaja en el trámite de informes.

Pero esta previsión normativa (art. 697 Lecrim) parece desvanecerse en la práctica cuando se trata de acusados ausentes. En este sentido, si hay un acusado ausente y ha sido citado correctamente o ha sido declarado en rebeldía, si los demás prestan su conformidad, no existe inconveniente para formalizarla, quedando pendiente de celebrar el juicio para el ausente, o si se pudiera celebrar en su ausencia, se celebraría el juicio únicamente abordando los

³⁵⁵ El art. 786.1 Lecrim, segundo párrafo, permite la celebración del juicio cuando habiendo sido citado en forma el acusado, no compareciere sin causa justificada y la pena de privación de libertad no exceda de dos años o si es de distinta naturaleza, no exceda de seis años.

³⁵⁶ Este art. dispone en su primer párrafo: “Cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 694 *si todos se confiesan reos del delito o delitos* que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación (...)”. Esta previsión sólo permite la conformidad cuando todos se conforman, no si se conforman unos y otros no.

aspectos de la acusación que le incriminen, y modificando en el trámite de conclusiones conforme a lo pactado –oralmente- con el resto de defensas, rebajando las penas para sus representados.

Sin embargo, si el acusado ausente no fue citado a juicio o si citado consta la existencia de una causa justificativa de incomparecencia, debe impedirse la conformidad con el resto de acusados por cuanto su presencia en el juicio podía haber impedido la conformidad, ya que, en definitiva, no es imputable a su voluntad la propia incomparecencia. En estos casos –como así sucede en la praxis-, lo procedente es la suspensión previa.

Alguno de los problemas que se han suscitado en la práctica no casan precisamente con los límites que se establecen en el art. 787.1. Lecrim: “(...) no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior (...)”.

Por ejemplo, es frecuente que la hoja de antecedentes penales actualizada no conste en la causa en el momento de elaborar el escrito de calificación provisional, por lo que por “otrosí” en el mismo escrito se solicita del Juzgado de Instrucción se aporte para comprobarlo en el juicio oral. De esta manera, debería incluirse la pena sin considerar que el acusado sea reincidente por el delito del que se le acusa, de forma que, si llegado el día del juicio y aportada la hoja de antecedentes, tiene computables, resulta evidente que habrá que modificar la pena al alza, al menos en su mitad superior, si no concurren otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no apreciadas con anterioridad.

Esto es un dato objetivo, no sujeto a valoraciones, y normalmente se salva admitiendo la inclusión de la agravante, aunque no es descartable admitir igualmente atenuantes como la drogadicción, sobre todo en los delitos de robo

con fuerza. De esta forma no sería necesario tener que negociar una pena al alza y simplemente se puede partir de la pena solicitada inicialmente al compensarse las agravantes y atenuantes (art. 66.1.7ª CP).

No obstante, en estos casos, la solución *ab initio* consiste en solicitar en el escrito de calificación provisional una pena al alza, en los límites penológicos, para luego, dependiendo de lo que resulte de la hoja de antecedentes actualizada, modificar en su caso, dicho escrito, rebajando la pena si se considera procedente, teniendo en cuenta la concurrencia de otras circunstancias modificativas.

En cualquier caso, siempre en el trámite de las conclusiones definitivas, puede hacerse uso de la tesis prevista en el art. 788.3 Lecrim, o más bien directamente, de la facultad de aplazamiento prevista en el apartado siguiente por tiempo máximo de diez días a la vista de las circunstancias de agravación de la pena, acreditadas.

En mi opinión, para evitar este tipo de modificaciones en el escrito de calificación provisional realizadas el mismo día del juicio oral, resultaría idóneo que el órgano jurisdiccional, cuando tuviera conocimiento de que concurren circunstancias modificativas que puedan alterar las calificaciones - básicamente por la recepción de documentales aportadas a la causa con posterioridad a la presentación de los escritos de acusación y defensa-, debiera dar traslado a las partes, al objeto de que pudieran modificarse dichos escritos y, de esta forma, facilitar posibles conformidades, evitando, en su caso, la celebración del juicio. Ello implicaría respetar en mayor grado el derecho de defensa al saber esta con la suficiente antelación –y antes del inicio del juicio-, los límites penológicos en los que puede desarrollarse el mismo.

No obstante, en ocasiones, se han admitido conformidades cuando posteriormente se ha comprobado que del resultado de las documentales -hoja de antecedentes o informes periciales de tasación erróneos-, se debía haber modificado el escrito de acusación. A estos efectos sólo son válidos los motivos de recurso del art. 787.7 Lecrim -"no se respeten los requisitos o términos de la conformidad"-, por la incongruencia con lo solicitado, ya que, además, ha sido declarada la firmeza de la sentencia en el mismo acto del juicio.

En definitiva, todas estas cuestiones llevan a la conclusión de que el fiscal que asiste al juicio oral y se ve ante el dilema de la posible conformidad *in situ*, nunca sabe con qué posibilidades puede encontrarse, aunque haya preparado concienzudamente los juicios, y esto queda constatado por el hecho de que el fiscal que asiste prepara varios juicios para una misma jornada -salvo contadas excepciones de señalamientos únicos- y, por tanto, debe decidir en instantes ciertos aspectos del proceso sin poder consultar habitualmente a su visador en los casos en los que tenga dudas y sin que puedan posteriormente recurrirse aquellas sentencias en las que se recojan pronunciamientos de la conformidad, sólo por falta de correlación justamente con lo pedido de común consenso con las defensas³⁵⁷.

³⁵⁷ No ha sido infrecuente el consensuar penas por debajo de los límites penológicos atendiendo a la tipificación de los hechos y las circunstancias modificativas, o consensuar acusaciones por dos delitos por un mismo hecho -al no aplicar las reglas del concurso de delitos adecuadamente-, o en otros casos dudosos, ante la falta de instrucciones internas. Ejemplo de ello fue la aplicación simultánea de los delitos de quebrantamiento de condena del art. 468 CP y de privación del permiso o licencia de conducción del art.384 CP a la persona que había sido condenada anteriormente a la privación para la conducción de vehículos a motor y era sorprendida posteriormente conduciendo un vehículo a motor. Hasta poco tiempo después

4.7. La audiencia alegatoria del artículo 786.2 Lecrim del procedimiento abreviado

Desde luego, este es uno de los trámites donde el fiscal debe decidir con mayor celeridad, a la vista de los escasos márgenes de reflexión que se le presentan en la práctica.

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, incorporó entre sus innovaciones el diseño de una audiencia alegatoria concebida para servir de expediente sanatorio de presupuestos procesales de diferente naturaleza, configurando así un trámite concentrado y contradictorio que implicara un inicio de debate en el juicio sin trabas.

El art. 786.2 Lecrim señala que, tras iniciar el juicio con la lectura de los escritos de acusación y de defensa, seguidamente, a instancia de parte, el órgano jurisdiccional abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Se resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas y frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

En esta tesitura, el fiscal debe decidir sobre las cuestiones planteadas, sin que habitualmente, y como sucede en los supuestos de conformidad en sala,

de entrar en vigor la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio, que introducía el nuevo art. 384 CP, no se hizo pública la Instrucción que obligaba -por el principio de especialidad del art.8.1ª CP- a calificar sólo por dicho delito y no por el de quebrantamiento.

pueda consultar con el visador, al objeto de poder consensuar una decisión conjunta. Esto siempre y cuando la cuestión no haya sido planteada por el propio fiscal, ya que, en estos casos, se habrá preparado el planteamiento de la misma -de común acuerdo o previa consulta- con el visador.

No obstante, como he indicado, cuando se trata de asuntos complejos, siempre se puede solicitar del juez o tribunal una interrupción por unos minutos para poder realizar la consulta adecuada, aunque en estos casos se dependerá del parecer del tribunal.

Las cuestiones principalmente planteadas en la práctica se refieren a la prescripción del delito, cosa juzgada, nulidad de actuaciones o vulneración de derechos fundamentales³⁵⁸.

La CFGE 1/1989 indicaba que este trámite era un "debate preliminar, tomado de los sistemas procesales de países próximos a nuestra cultura jurídica que responde a los principios de concentración y oralidad y pretende acumular

³⁵⁸ MARCHENA GÓMEZ, M., "El juicio oral, Cuestiones Previas", en AAVV, *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, ed Comares, Granada, 2010, p. 133, propone un amplio y generoso uso de la facultad saneadora oficiosa a que se refiere el art. 240.2 LOPJ –coincidente con la praxis-, e indica (p.105) que la intervención del MF cuando vaya referida a la invocación de vulneración de algún derecho fundamental, sólo adquiriría pleno sentido desde la idea de un apoderamiento procesal e institucional y para restablecer la vigencia de derechos ciudadanos –del acusado o cualquiera de las otras partes-violentados en el devenir del proceso. No podría por tanto, alegar aquella vulneración en función de un derecho reivindicable como parte acusadora oficial. Esto se justifica desde el punto de vista de que el MF en cuanto poder público, carecería de derechos fundamentales y, en consecuencia, sólo la idea de una sustitución procesal podría, dentro de esta dirección, legitimar la invocación y defensa de derechos fundamentales.

en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas, que dilataban el proceso”.

Puede afirmarse que el contenido de esta audiencia de instrucción alegatoria, se proyecta en los siguientes ámbitos³⁵⁹:

- a) Técnico-funcional: racionalizadora u ordenadora del procedimiento.
- b) Técnico-procesal, depuradora o saneadora: control de presupuestos, competencia del órgano judicial y, en general, los artículos de previo pronunciamiento -art. 666 Lecrim-, vulneración de algún derecho fundamental y causas de suspensión del juicio oral.
- c) Ético-procesal, vinculada a una de las anteriores, concretamente, cuando la vulneración del derecho fundamental se haya producido como resultado de una violación de la regla ética del proceso (art. 11.1 y 2 LOPJ, respecto de la prueba ilícita)³⁶⁰.

Una de las cuestiones procesales que más controversia suscita en la práctica es la referida a las pruebas que se propongan en este trámite para practicarse en el acto, de forma que, en ocasiones, la falta de previsión legal respecto de las pretensiones probatorias de algunas de las partes, aconseja conocer de antemano su contenido y finalidad, para poder pronunciarse sobre su admisión o no.

³⁵⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., *Ibidem...*, *cit.*, p. 100.

³⁶⁰ El citado precepto dispone: “1.En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”.

En este ámbito debe tenerse en cuenta la previsión del art. 785.1 Lecrim cuando impide formular recurso alguno contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas, aunque ello se entiende sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral. De esta forma se confiere ahora la posibilidad de admitir mediante argumentos explícitos y no por escrito, medios de prueba anteriormente denegados.

Normalmente suele ser la aportación de nueva prueba documental la que se admite en este trámite previo al inicio de la prueba, teniendo en cuenta que se acredite la imposibilidad de haberla aportado con anterioridad.

También se da el supuesto -a diferencia del procedimiento ordinario- de proponer prueba testifical, siempre y cuando el proponente haya traído los testigos a la sede del órgano judicial. Si sigue el juicio sin proponer a los testigos en el mencionado trámite, precluye la posibilidad, y cualquier pretensión posterior en tal sentido será extemporánea.

Aquí no se podrán proponer nuevos testigos no presentes en sede judicial y solicitar la suspensión al objeto de que sean citados, aunque deben tenerse en cuenta las excepciones del art. 729 Lecrim³⁶¹ por la remisión que al mismo

³⁶¹ En dicho precepto se establecen las siguientes excepciones:

1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre estos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.
2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.
3. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

debe entenderse efectuada por el art. 758 Lecrim³⁶², si bien, en cualquier caso, es facultativo del juez o tribunal acordar su admisión.

En conclusión, todo esto provoca que la decisión del fiscal que asista al juicio sea en ocasiones compleja y no coincidente con la del superior, ante todo por el hecho de decidir en el mismo acto, sin que, por tanto, pueda consensuarse con el visador.

4.8. La modificación en el trámite de conclusiones definitivas en el juicio oral (artículo 788.3 y 4 Lecrim)

El art. 788.3.I, Lecrim establece el trámite de conclusiones definitivas para las partes, una vez practicada la totalidad de la prueba, de forma que ese será el momento procesal para elevar a definitivas las conclusiones provisionales inicialmente incluidas en el escrito de acusación del fiscal o, en su caso, modificar las mismas. Seguidamente deberán seguir los informes orales sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos en consonancia con dicha valoración.

No caben mutaciones esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores del objeto del proceso como quedó plasmado provisionalmente en los escritos de acusación.

Así, en aras a preservar el principio de unidad de objeto del proceso (art. 300 Lecrim), no podría modificarse el hecho punible sometido a enjuiciamiento, salvo que se trate de hechos conexos.

³⁶² Este precepto, en la regulación del procedimiento abreviado, refiere que el enjuiciamiento de los delitos seguido por este proceso se acomodará a las normas comunes de esta Ley (procedimiento ordinario), con las modificaciones consignadas en el presente Título.

Igualmente, se prohíbe toda modificación que implique una acusación sorpresiva en un momento avanzado del procedimiento que impide o dificulte la utilización de los medios pertinentes –de prueba y alegaciones- para una eficaz defensa.

Sin perjuicio de lo dicho antes respecto del planteamiento de la tesis en el procedimiento abreviado -prevista en el párrafo segundo del art. 788.3 Lecrim-, cabe la posibilidad de que el fiscal pueda modificar sus conclusiones provisionales y el juez pueda hacer uso de la facultad que señala el art. 788.4 Lecrim, en los casos en que la acusación, en sus conclusiones definitivas, cambie la tipificación de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena. En este supuesto, el órgano jurisdiccional podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que esta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Después de practicar una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

En cualquier caso, si se acuerda suspender el juicio, no puede rebasarse el límite de 30 días que señala el art. 788.1 Lecrim para la reanudación, aunque hay que tener en cuenta las posibilidades de prórroga previstas en los arts. 627.2 y 202 Lecrim.

Se confiere a la defensa la facultad de solicitar la suspensión con una doble finalidad: proposición de nuevas pruebas encaminadas a desmontar los nuevos elementos introducidos en las conclusiones de la acusación, o preparación adecuada para rebatir dialécticamente tal acusación. No existe una facultad correlativa de las acusaciones ante una modificación de conclusiones de la

defensa o de otra parte acusadora. Aquí prevalece el principio de salvaguardar el derecho al conocimiento previo de la acusación³⁶³.

En ocasiones, en este trámite de conclusiones definitivas, el juez o presidente del tribunal pregunta a la defensa que, si ante dichas variaciones, considera necesario un aplazamiento de la sesión.

Si el aplazamiento tiene como objeto únicamente la necesidad de un análisis jurídico sobre la nueva calificación, el plazo será inferior a los diez días y normalmente podrán bastar las 24 horas que prevé el art. 733 Lecrim. También es posible que la práctica de la prueba se lleve a cabo en la misma sesión, tras una breve suspensión, si, por ejemplo, se solicita un nuevo interrogatorio del acusado o de algún testigo que aún no se haya ausentado de la sala.

Por la literalidad del precepto, se entiende que se podrán modificar las conclusiones 2ª a 4ª -grado de participación, calificación jurídica de los hechos y circunstancias modificativas- del escrito de acusación, aunque implícitamente se entenderán abarcadas aquellas que sean necesarias introducir en la 1ª conclusión -hechos-, que serán las que sirvan de presupuesto habitualmente a las alteraciones producidas en las demás³⁶⁴.

³⁶³ Así se recoge en la CFGE 1/1989 cuando dice: "la regla es una consecuencia del principio acusatorio y la igualdad de armas de las partes. (...) una modificación de la acusación tras el juicio, contradice el principio y desequilibra la igualdad de las partes en contra del acusado que estaba prevenido para defenderse de una acusación y de pronto se ve sorprendido por otra nueva. Para restituir la igualdad rota y permitirle ejercer en forma el derecho de defensa, es preciso concederle un plazo para preparar las pruebas de descargo contra la acusación sorpresiva (...)".

³⁶⁴ DEL MORAL GARCÍA A., y otra, "El trámite...", *cit.*, p. 522, añade que incluso es posible que se modifique sólo la conclusión primera sin que afecte a las demás, como por ejemplo en un delito continuado, entendiéndose que la introducción de un hecho nuevo -por ejemplo el robo

Aquí, en principio, el fiscal deberá atenerse a la literalidad de los hechos objeto de acusación, a la vista de que los límites de la modificación se refieren a la tipificación de los mismos, al grado de participación del acusado y a las circunstancias agravantes.

Un ejemplo frecuente, que se ha dado en la práctica, se produce en los delitos de violencia de género cuándo se han relatado unos hechos que incluyen una agresión física junto a otros que se consideran amenazas o injurias y, sin embargo, se han calificado los mismos únicamente por lesiones del art. 153.1 CP, atendiendo al concurso normativo del art. 8.4ª CP -de mayor gravedad de la infracción-, justamente por considerar que la acción lesiva del acusado se produjo en el mismo instante en el que insultaba o amenazaba a su víctima.

Pues bien, si el escrito de acusación recoge incluso las amenazas o injurias que podían haber sido calificadas, incluso subsidiariamente a las lesiones, pero no se hizo, el fiscal si que podría modificar la calificación provisional inicialmente considerada como lesiones y elevar a definitiva otra que incluyera únicamente las amenazas o las injurias, en su caso, siempre y cuando considere que del resultado de la prueba no han resultado acreditadas las lesiones³⁶⁵.

También ha recaído alguna sentencia absolutoria justamente por modificar la calificación en dicho sentido, que ha tenido que ser recurrida posteriormente con base en el error en la valoración de la prueba, al debatirse dichos hechos durante el desarrollo del juicio oral y no plantearse por la defensa suspensión

en el interior de vehículos-, no altera ni la calificación, ni la autoría ni la penalidad. No obstante, a mi parecer, al menos si que podría –obviamente-, modificar la responsabilidad civil derivada que debe incluirse en la conclusión 5ª, seguidamente de la pena solicitada.

³⁶⁵ Esto sucede frecuentemente cuando no consta parte de lesiones que pueda objetivar las mismas y la única prueba de cargo son las declaraciones de la propia víctima u otros testigos.

alguna con base en el apartado 4 del art. 788 Lecrim, sin que tampoco se haya hecho uso por el juez o tribunal de la posibilidad –previa- de la tesis que autoriza el párrafo segundo del art. 788.3 Lecrim en relación con el 789.3 Lecrim³⁶⁶.

En estos casos el principio de contradicción se entiende salvado, justamente por el hecho de que el fiscal ha preguntado a los testigos sobre esas amenazas o injurias –incluidas en los hechos- y, por tanto, la defensa en su turno de intervención podía haber rebatido dichas acusaciones con otras preguntas formuladas a los mismos.

Otra cuestión es que inicialmente se hubieran omitido del escrito de calificación provisional las amenazas o injurias vertidas, que incluso durante el desarrollo de la prueba -testificales ante todo-, resulten acreditadas y por tanto, deba incluso modificarse la conclusión primera -los hechos- del escrito de acusación.

Entiendo que, por la escasa o nula utilización de la tesis por parte del juez o tribunal, en la mayoría de las ocasiones no se efectúa la modificación de los hechos en las conclusiones definitivas bajo el riesgo de obtener una sentencia absolutoria, simplemente por el hecho de anticipar que no se producirá debate alguno posterior para el mayor esclarecimiento de los mismos y su nueva calificación jurídica, ya que no debe olvidarse que el planteamiento de la tesis - aunque eventualmente se proponga por la acusación- es una facultad discrecional del juez.

³⁶⁶ DEL MORAL GARCÍA A., y otra, “El trámite...”, *cit.*, p.572, indica que resulta obvio que el art. 788.4 Lecrim opera también ante una modificación de las conclusiones de la acusación producida a resultas de un planteamiento de la tesis.

Esto mismo puede producirse cuando del resultado de la práctica de la prueba surgen nuevos hechos, que pueden considerarse conexos con aquellos por los que se ha formulado acusación, y que obviamente no fueron incluidos en el escrito de calificación, si bien, aquí sí que procedería estimar una modificación a tenor de lo preceptuado en el art. 300 Lecrim.

Atendiendo al mismo ejemplo mencionado, se podría hablar de otra agresión en el mismo lugar y en el mismo espacio temporal, no detectada durante la investigación y de otras amenazas o injurias temporalmente próximas a las inicialmente constatadas.

Por todo ello, en la confección de los escritos de acusación se vigila –aunque no siempre se acierta-, que se recojan toda una serie de hechos que aunque inicialmente no sean objeto de acusación, sí que puedan dar lugar a modificaciones posteriores para evitar de este modo vulneración de principios fundamentales del proceso³⁶⁷.

Todo esto provoca que la decisión del fiscal en estos casos tenga unos márgenes de discrecionalidad que no pueden ser salvados al instante, mediante la consulta pertinente al fiscal visador, sobre todo por el hecho de que se trata de asuntos ordinarios y el sistema no dispone, como se ha dicho antes, de medios suficientes para poder unificar la decisión que se adopte.

³⁶⁷ En el ejemplo mencionado, se insiste por los fiscales visadores que se incluyan además de las agresiones, las amenazas o insultos expresamente. Otra cuestión es que los hechos puedan ser calificados de diferente manera, por ejemplo, robo con fuerza o allanamiento de morada, o robo y receptación –este caso bastante habitual- a la expectativa de lo que resulte de la prueba. En ese caso se realizarán necesariamente acusaciones alternativas con penas alternativas dentro del mismo escrito de calificación provisional.

A pesar de todo, la alternativa que se presenta ante la imposibilidad jurídica de modificar conclusiones puede ser doble: bien solicitar la deducción de testimonio para incoación de nuevo proceso o bien solicitar la suspensión al amparo del art. 746.6º Lecrim para reabrir la fase de instrucción o realizar una información suplementaria³⁶⁸.

4.9. La retirada de acusación

La retirada de acusación implica el desistimiento de la pretensión acusatoria y en nuestra Lecrim no existe referencia alguna a esta posibilidad, si bien la LOTJ en su art. 51 hace referencia al "desistimiento de la petición de condena".

El art. 788.3 Lecrim sólo contempla la ratificación o modificación de las conclusiones provisionales, pero no la posible retirada de acusación.

La Lecrim, de forma imprecisa, únicamente hace referencia a "apartarse de la querella" (art. 274) o "abandonar la querella" (arts. 275 y 276).

Prohibida la absolucón de la instancia una vez se ha entrado en el juicio oral (arts. 144 y 742 Lecrim), el desistimiento de todas las partes acusadoras conlleva ineludiblemente la extinción de la responsabilidad penal, dada la vinculación entre proceso, acción y pena, de forma que no hay pena sin previo proceso y no puede haber proceso sin el ejercicio de la acción penal por al menos una parte acusadora.

El momento procesal en el cual debe retirarse la acusación, ante la ausencia de regulación, no ha presentado problemas para las acusaciones no públicas por

³⁶⁸ La posibilidad del art. 746.6º Lecrim está supeditada al cumplimiento de los requisitos que le sirven de presupuesto y no servirá cuando la modificación que se pretenda sea consecuencia de un error en la calificación provisional y no de la aparición de nuevos datos en el acto del juicio oral.

cuanto en cualquier momento se puede desistir del proceso, pero, sin embargo, esto no ha sido tan fácil para el fiscal dada su estricta sujeción al principio de legalidad, si bien la opinión más extendida es la de efectuarla en el momento del trámite de calificaciones definitivas³⁶⁹.

Si existe otra parte acusadora que mantiene la acusación, a pesar de que el fiscal haya retirado la suya, este deberá formular las correspondientes conclusiones absolutorias en todos sus puntos a la vista de que su intervención es preceptiva en todo proceso penal por infracciones no estrictamente privadas.

Sin embargo, si la única parte acusadora ha sido el fiscal y decide retirar la acusación totalmente, el juez o tribunal se verá obligado a dictar sentencia absolutoria³⁷⁰, empleando en la práctica la fórmula: "(...) absolver del delito de

³⁶⁹ No obstante, con carácter previo al juicio, siempre se podrán retirar acusaciones, aunque sean parciales, respecto de aquellas reformas penales que favorezcan al acusado al ser de aplicación retroactiva, ya que en el momento de efectuar la calificación provisional aún no habían entrado en vigor, pero en el momento de celebrar el juicio oral ya tenían vigencia. Así sucede en la práctica y ejemplos frecuentes de ello los hemos tenido con la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica el CP sobre todo en los delitos contra la seguridad del tráfico y los delitos contra la propiedad industrial e intelectual. En este sentido, DEL MORAL GARCÍA A., y otra, "El trámite...", *cit.*, p.490, afirma que no hay razón alguna para establecer un régimen diferente entre el fiscal y el resto de las acusaciones en orden a esta cuestión a la vista de las múltiples posibilidades que se pueden presentar en la práctica, no descartando que se pueda retirar incluso en cualquier momento durante el transcurso del juicio. Los supuestos de fallecimiento del acusado, cosa juzgada o prescripción del delito no admiten duda de su planteamiento previo al juicio, aunque los dos últimos son de libre estimación por el juez o tribunal y deberán articularse como cuestiones de previo pronunciamiento.

³⁷⁰ DEL MORAL GARCÍA A., y otra., "El trámite...", *cit.*, pp.491-492, indica que esta afirmación no ha sido unánime en la doctrina al entenderse por unos -Serra Domínguez, Gutiérrez de Cabiedes y Gómez Orbaneja, entre otros- que la acusación es necesaria sólo para que se abra el juicio oral, ya que el *ius puniendi* está monopolizado por el Estado y por tanto es

(...) que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal”, ya que, de otra forma, no resultaría correcto consignar en la sentencia hechos probados al no existir acusación y el juez o tribunal no podría, por tanto, entrar a conocer sobre el objeto del proceso. Por ello, en estos casos, se ha dicho que sería preferible que se adoptara la forma de auto³⁷¹.

indisponible, de forma que la acción penal no tiene más contenido que la petición de apertura del proceso y el hecho de que lo solicite alguien distinto al juez salvaguarda el principio acusatorio. Por tanto, según esta tesis, la retirada de acusación no produciría efecto alguno y no privaría al juez o tribunal de la facultad de entrar a conocer de los hechos y otra cosa sería admitir una privatización del proceso. En consecuencia, se podría incluso condenar a pesar de haberse retirado las acusaciones.

Por otra parte, cuenta con el apoyo mayoritario la tesis según la cual el principio acusatorio exige, no sólo que el juicio oral se abra a instancia de parte, sino que además, hasta el fin del proceso sea sostenida la acusación por alguien distinto del órgano de enjuiciamiento -Ascencio Mellado, Soto Nieto, Fairén Guillén, Almagro Nosete o Fenech, entre otros-. Se argumenta que un pronunciamiento condenatorio sin que se haya sostenido en el trámite de conclusiones definitivas la pretensión acusatoria, significaría atribuir al tribunal la función de acusar, lo que es incompatible, entre otros, con el principio acusatorio que rige nuestro sistema procesal penal. Vid., SOTO NIETO, F., *Correlación entre acusación y sentencia: la tesis del artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 213 a 222.

³⁷¹ DEL MORAL GARCÍA A., y otra, “El trámite...”, *cit.*, p.494, así lo afirma al entender que sería un auto definitivo -de sobreseimiento- dotado de fuerza de cosa juzgada y ello porque el juez ya no puede entrar a conocer sobre los hechos, a pesar de la prohibición del art. 742 Lecrim –no podrá adoptarse la forma de auto en este estado del proceso y el juez debe resolver por sentencia todo lo visto en el juicio-, argumentando que cuando se retiran todas las acusaciones el juicio no finaliza propiamente ya que se omiten sus últimos trámites, como son los informes y el derecho a la última palabra – o incluso parte de la prueba si la retirada se produce antes-. Según este autor, habrá que suspender el juicio por falta de acusación, forzosamente por el motivo 1º del art. 746 Lecrim -cuestión incidental que por cualquier causa

En los supuestos dudosos a los que hacía referencia cuando me refería a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, en el escrito de calificación provisional pueden incluirse calificaciones alternativas a fin de que, el fiscal que intervenga en el juicio oral, decida, por sí mismo y en virtud de su valoración sobre el resultado de la prueba practicada, qué calificación merece finalmente elevarse a definitiva en el trámite de conclusiones (arts. 732 y 788.3 Lecrim)³⁷².

Como puede comprobarse, en estos casos, siempre existirá un margen último de discrecionalidad que descansará sobre el fiscal que defienda la acusación, únicamente revisable *a posteriori* por el visador cuando reciba la copia de la sentencia que se notificará por el órgano judicial.

fundada no pueda decidirse en el acto-. No obstante, reconoce que la praxis generalizada es la de dictar sentencia absolutoria.

³⁷² Recordar que en este trámite no podrán introducirse hechos punibles nuevos que supongan una modificación del objeto del proceso que hubieran podido provocar un debate diferente, ni personas distintas de las originalmente acusadas, pero si deben admitirse los errores del escrito de calificación, la modificación de la forma de participación, el grado de ejecución del delito, y las circunstancias modificativas -por aplicación supletoria del art. 733 Lecrim para el proceso ordinario-. No obstante, si alguna de las partes llega a modificar sus conclusiones definitivas en el sentido de implicar un cambio de tipificación penal o agravación calificatoria respecto de lo anterior -mayor grado de ejecución, más grave forma de participación o circunstancia de agravación-, podrá acudir a lo previsto en el art. 788.4 Lecrim, aplazándose la sesión por tiempo máximo de diez días, a petición de la defensa para que esta pueda preparar sus alegaciones, elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, pero la acusación, después de la nueva prueba de la defensa, podrá modificar nuevamente sus conclusiones definitivas. Obviamente, se contempla este aplazamiento del juicio y la posibilidad de nuevas alegaciones y pruebas, como medio de otorgar tutela al derecho de defensa y principio de contradicción respecto de las modificaciones agravatorias, las cuales no sólo se basan en aspectos jurídicos, sino igualmente en posibles modificaciones sobre los hechos.

Realmente, este supuesto no podrá implicar en sí mismo un defecto en el funcionamiento interno del sistema, a la vista de que se entiende que la inclusión de calificaciones alternativas supliría la falta de coherencia entre los hechos que deban acreditarse en el juicio oral y la calificación penal de los mismos, si bien, la discrecionalidad siempre es posible ya que, obviamente, durante el desarrollo del juicio oral, habitualmente no puede consultarse en ese instante al fiscal superior.

Sin embargo, la retirada de acusación en dicho trámite, después de practicada la prueba, justamente por constituir una decisión contraria a la propia acusación que inicialmente debe defenderse, en ocasiones es criticada por contener elementos realmente discrecionales, básicamente por no seguirse el criterio de la Fiscalía sobre determinados delitos³⁷³.

Suele darse la retirada de acusación a criterio del fiscal que asiste al juicio oral, sobre todo –y esto es lo curioso, por vigencia del principio de unidad de actuación-, cuando no se trata del mismo fiscal que realizó el escrito de

³⁷³ Esto sucede por ejemplo, en los delitos de violencia sobre la mujer, donde por la aplicación del art. 416 Lecrim, puede provocar retirada de acusaciones ante la falta de pruebas consistentes diferentes a la propia testifical de la víctima, ya que esta por múltiples razones - temor, dependencia afectiva directa o indirecta, en el caso de hijos, dependencia económica y/o estructural, etc.-, se acoge al derecho a no declarar en contra del imputado, de forma que ello implica dejar a su completo arbitrio el devenir del proceso y por tanto, la prueba para la acusación se complica. En este sentido, una nota de servicio de una Fiscalía Provincial, daba cuenta de los acuerdos de una Junta General Ordinaria celebrada días antes, y en la que, entre otras cosas, se recordaba: “(...) la necesidad de solicitar cuantas pruebas existan en los procedimientos para el enjuiciamiento rápido, en materia de violencia de género, dado que, con frecuencia, las víctimas se acogen a la dispensa de declarar del artículo 416 Lecrim, y ello provoca sentencias absolutorias”.

acusación. En estos casos, en el trámite de conclusiones definitivas, se manifiesta oralmente la retirada de la acusación, de forma que hay que dar cuenta posteriormente al superior de los motivos de por qué se actuó en ese sentido -por vía de informe escrito-, aunque la retirada sea parcial respecto de las calificaciones inicialmente formuladas.

Así pues, en el caso de que, por ejemplo, se hubiera formulado acusación por dos o más delitos, con independencia del número de acusados en la causa, si se retirara la acusación únicamente por un delito, elevando el resto de conclusiones provisionales a definitivas, es necesario realizar informe por escrito y, por tanto, al margen de que se den explicaciones al visador posteriormente de los motivos de la retirada parcial, este no lo podrá constatar hasta que reciba la copia del informe y lo corrobore con el contenido de la sentencia.

Posteriormente dichos informes son remitidos a la Inspección Fiscal.

Es posible que, por razones del servicio y del cúmulo de asuntos que atender, transcurra el plazo para recurrir -que, obviamente, no podrá basarse en la calificación objeto de la retirada de acusación-, y es probable que el fiscal visador no pueda contrastar personalmente con el fiscal que asistió al juicio aquellos elementos que le condujeron a retirar la acusación -generalmente por la valoración que haya efectuado este de la carga de la prueba-, ya que el contenido de la sentencia se limitará a valorar aquellas pruebas que se hayan practicado respecto de las acusaciones elevadas a definitivas.

Como se ha dicho, es evidente que el único motivo de fondo es el apreciar que las pruebas practicadas han sido insuficientes para mantener la acusación -salvo algún supuesto sobrevenido de extinción de responsabilidad criminal-, pero esto no deja de ser valorativo y, por tanto, se juega con un margen

discrecional que no suele ser bien visto por los superiores. Por ejemplo, en algunas Fiscalías, se prefiere mantener una acusación a toda costa, sea cual sea el resultado de la prueba, ya que, por ejemplo, ante cualquier resquicio o error de apreciación en la valoración de las pruebas por el juez, o por falta de correlación entre las acusaciones, defensas y lo contenido en la sentencia, puede acudir al recurso pertinente.

No obstante, de la última IFGE que data de 1987 -1/1987, sobre normas de funcionamiento interno del MF-, y teniendo en cuenta la configuración actual del proceso, deben resaltarse las siguientes instrucciones:

a) Debía distinguirse la retirada de acusación como consecuencia de las pruebas realizadas en el acto del juicio oral, de la posible retirada, por estimar un fiscal, ya antes del juicio oral, que por las circunstancias que concurren en el caso concreto y de acuerdo con el principio de legalidad, no se debería haber acusado. En este último supuesto, es decir, cuando ya antes de comenzar el juicio, se estime que se debe retirar la acusación, se consultará previamente siempre con el Fiscal Jefe.

Actualmente se efectúa la consulta al visador correspondiente.

b) Para retirar la acusación en los juicios ante las AAPP cuya apertura ha sido precedida por la instrucción de sumario se solicitará del tribunal la suspensión momentánea de las sesiones y se consultará con el Fiscal Jefe.

En la práctica, normalmente suelen darse retiradas parciales, pero no las totales. En cualquier caso, no presupone una causa legal de suspensión del juicio oral el tener que consultar al superior y, por tanto, su virtualidad práctica no se sostiene. En realidad, llegado el caso, debería hacerse informe escrito *a posteriori* –al igual que en el juicio oral ante el Juzgado de lo Penal-, todo lo

exhaustivo que fuese necesario y dar cuenta al Fiscal Jefe o Teniente Fiscal, según quien sea el responsable de revisar sentencias ante la AP.

c) Para retirar la acusación, en los procedimientos orales de la LO 10/1980, de 11 de noviembre y en las diligencias preparatorias, el fiscal que actúe podía hacerlo, previo examen de las razones que hubo para formular la acusación provisional y del resultado de las pruebas que en el juicio se hayan practicado, comunicándolo posteriormente al Fiscal Jefe respectivo. En este caso, hay que entender actualmente la referencia al procedimiento abreviado, y es lo que se hace, vía informe por escrito, pero al respectivo visador.

d) En los delitos de imprudencia deberá considerarse si, aun no siendo el hecho constitutivo de tal delito, puede serlo de falta, en cuyo caso así lo propondrá, manteniendo las peticiones de orden civil. Pero si la retirada fuese total, y se hubiese pedido responsabilidad civil en las conclusiones provisionales, deberá solicitar expresamente que se haga reserva de acciones civiles y se notifique al interesado en su ejercicio.

El resto de pautas de esta Instrucción de 1987, se refieren a la consignación del número de retiradas de acusación a efectos estadísticos y de su remisión a la Inspección Fiscal, sin perjuicio de convocar Juntas de Fiscalía para debatir, junto al fiscal calificador, los motivos de la retirada de la acusación. Este último extremo de control, y podríamos llamar de debate e incluso de mejora para unificar criterios, no se produce en absoluto en la práctica, es más, el fiscal calificador muchas veces ignora qué ha sucedido con su calificación en el juicio oral, salvo en los supuestos en los que el propio interesado ha querido voluntariamente hacer un seguimiento al respecto, en ocasiones, por la relevancia que se le ha otorgado a un asunto determinado.

4.10. Decisiones del fiscal en el caso de plantearse la tesis de desvinculación

Llegado a este punto, cabe preguntarse qué es lo que debe hacer el fiscal si se plantea dicha tesis por el tribunal, a la vista de que efectivamente pueden surgir, durante el desarrollo de la prueba, nuevos elementos que incidan sobre la calificación inicialmente formulada.

En este caso, en principio, y a la vista de la limitación de los términos del art. 733 Lecrim -delito más grave o circunstancias eximentes-, lo más lógico es pedir la suspensión –tanto por la acusación como por la defensa-, para practicar la llamada “sumaria instrucción suplementaria”.

No obstante, frente al planteamiento de la tesis cabría que la acusación, en mi opinión, optara por las siguientes posibilidades:

1º) Rechazar la calificación jurídica propuesta por el tribunal, ratificando las calificaciones provisionales.

2º) Modificar la calificación pero dentro de lo marcado por la tesis propuesta y en este sentido podría acogerse la tesis como calificación alternativa a la propuesta inicialmente. Esto daría la ventaja de evitar problemas con la correlación y con el visado posterior, ya que el tribunal se pronunciaría necesariamente sobre alguna de las dos acusaciones mantenidas.

3º) Pero, además, cabría introducir una tesis intermedia, por ejemplo, si se calificaron inicialmente los hechos por unas lesiones agravadas y el tribunal plantea la tesis por un delito de asesinato en tentativa, podría acogerse la tesis del asesinato parcialmente -por considerar que no se dan todos los elementos

tipificados del mismo, aunque existía la intención de matar- y entender que se trata de un homicidio en tentativa.

El problema del fiscal en estos casos suele ser el de la falta de comunicación con su visador -o cualquier otro-, en el momento de poder tomar una decisión sin lugar a equívoco, porque en la práctica se ha demostrado que dichas limitaciones son superadas, incluso por elementos que pueden variar los propios hechos objeto de acusación.

Sirva como ejemplo -que se ha dado alguna vez en el práctica-, el supuesto de un delito de lesiones agravadas, cuyo alcance fue determinado por informe forense de sanidad definitivo en la fase de investigación, de forma que al propio forense durante la pericial practicada en el juicio oral se le presenta un parte de lesiones que no había considerado en su informe definitivo.

En este caso, procedería acordar la suspensión para emitir nuevo informe, pero nos encontramos con el problema de analizar *in situ*, y sin tener demasiados parámetros de certeza, la relación de causalidad que debe haber entre los hechos -la acción delictiva consistente en la agresión- y la consecuencia jurídica -las lesiones tipificadas como delito-, sin descartar, por tanto, que ese parte o informe de sanidad -normalmente reciente y que no constaba en la causa en la fase de instrucción-, puede utilizarse como estrategia por el que lo presenta para conseguir una mayor indemnización, sin que realmente refleje lesiones consecuencia de los hechos delictivos. Esto se hace complejo cuando hablamos de lesionados con múltiples enfermedades o dolencias ya latentes que pueden ser agravadas a consecuencia de unos hechos.

Se puede pensar que es el médico forense el que deba establecer dicha correlación y en ese sentido debe exigirse en el juicio oral, para que conste en acta -o en la grabación-, al objeto de perfilar el objeto de la pericia, aunque

igualmente se le puede solicitar que manifieste su opinión sin perjuicio del informe posterior que deba elaborar, incluso volviendo a reconocer personalmente al lesionado.

El problema aquí es el examen del parte de asistencia o informe facultativo que se presente al objeto de oponerse o no a la suspensión.

Resulta evidente la complejidad y, por tanto, lo más cauteloso es no oponerse a la suspensión -si no se ha solicitado por el fiscal-, si bien, cualquier decisión que se adopte, normalmente, como he dicho, no está sometida a control alguno por el fiscal superior, sobre todo, porque dicho control debe ser simultáneo a la decisión y por cuestiones obvias como la inmediatez y la falta de disponibilidad de los fiscales superiores o visadores, impiden que dicha decisión pueda ser consultada y, por tanto, adoptada en el marco de la unidad de criterio –o por lo menos la coincidencia en la opinión-, para evitar posibles errores o interpretaciones posteriores.

Esto no debe hacerse extensivo a todo tipo de causas, ya que en alguna de ellas, por su especial complejidad³⁷⁴, se preparan dispositivos de control para que cualquier decisión en incidencias que puedan surgir durante la vista, al menos, sean consensuadas por dos fiscales.

³⁷⁴ Por ejemplo, en Valencia, para el conocido caso del médico anestesista Maeso, por la Fiscalía se dispuso de la asistencia de dos fiscales. Esto es extensivo a cualquier causa que tenga especial relevancia en la opinión pública y los medios de comunicación y sobre todo cuando se trata de asuntos gubernativos, como la ramificación del caso Gurtel en Valencia – si bien se llevó parte por el trámite del Jurado, al haber personas aforadas- compareciendo en Sala dos fiscales que tenían encargado el caso principal en Madrid y el Fiscal coordinador de delitos socioeconómicos de Valencia.

Desde luego, si hablamos de la constatación de otros hechos durante la prueba, tendría que solicitarse del tribunal la suspensión, previo planteamiento de la tesis -vía 733 o 788.3, II Lecrim- ya que habría que modificar la calificación provisional de los mismos en aras de la congruencia y de la propia preservación del derecho de defensa³⁷⁵.

³⁷⁵ CUCARELLA GALIANA, L.A., *La correlación...*, *cit.*, pp. 123-181, indica que la función del acusador es establecer los límites dentro de los cuales debe resolver el juez, sin que esa función pueda asumirse por la Jurisdicción, es decir, el juez no puede introducir en el proceso hechos distintos y por lo tanto, no puede condenar o absolver al acusado por hechos sustancialmente diferentes a aquellos que integran el objeto procesal. No obstante, añade que el problema interpretativo surge a la hora de concretar qué hechos pueden entenderse heterogéneos entre sí –la jurisprudencia utiliza el término delito cuando habla de homogeneidad-, y por lo tanto, qué hechos distintos a los sostenidos por la acusación, el juez no puede recoger en su sentencia ni siquiera formulando tesis de desvinculación. Afirma que cuando dos unidades jurídicas no compartan un mismo objeto normativo puede decirse que los hechos que sirven de fundamento a la acción típica en cada una de esas unidades son heterogéneos entre sí. Por ejemplo, la jurisprudencia ha entendido que son unidades jurídicas heterogéneas, entre otras, el hurto y la apropiación indebida, o este mismo delito y el de estafa, así como los delitos de robo y receptación.

Por otra parte, este autor señala que cuando dos unidades jurídicas que no son idénticas comparten un mismo objeto normativo, nos encontramos ante unidades homogéneas. El juez puede condenar o absolver al acusado por una unidad jurídica distinta a la invocada por la acusación, sin desconocer el objeto procesal, siempre que ambas unidades sean homogéneas entre sí. Esta relación de homogeneidad entre unidades jurídicas puede ser ascendente o descendente.

Una unidad jurídica es superior a otra –ascendente-, cuando compartiendo el mismo objeto normativo, todos los elementos que integran la acción típica de la unidad jurídica inferior están englobados en la acción típica de la superior. Ahora bien, la superior tiene un *plus* de antijuridicidad. Aquí el juez recoge en la sentencia todos los aspectos objetivos sostenidos por

CAPITULO VII

EL PROCESO PENAL DE MENORES COMO INTRODUCTOR DE ELEMENTOS DISCRECIONALES EN LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

1. El modelo adoptado por la LORPM: principio de oportunidad reglada y ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal en aras del interés del menor

El menor de edad aprende y repite lo que vive en su entorno cercano, siendo constatable estadísticamente que la mayoría de los menores delincuentes comparten un mismo patrón social, marcado por la pertenencia a familias desestructuradas, en las que no existen patrones vitales de referencia.

El absentismo escolar, la ausencia de expectativas de futuro y la baja calidad de vida, son causas con las que convive el adolescente y que lo empujan de forma inexorable a la marginalidad y la delincuencia³⁷⁶.

la acusación, pero los enriquece con otros que le permiten modificar la calificación jurídica y condenar al acusado por una unidad jurídica superior.

Sin embargo, en los casos de homogeneidad descendente, el juez, al valorar la prueba practicada, elimina del relato de hechos algún elemento objetivo con trascendencia penal que le permite dar el salto a una unidad jurídica inferior que comparte el mismo objeto normativo y por tanto puede operar el cambio en la calificación jurídica sin necesidad de formular tesis de desvinculación.

En conclusión, en los supuestos de homogeneidad ascendente, el autor -compartiendo la posición de la jurisprudencia- exige la formulación de la tesis y su asunción por los acusadores y si se trata de hechos heterogéneos, debe entenderse que el planteamiento de la tesis no es posible.

³⁷⁶ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de Menores*, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 2-6, indica que el Derecho Penal de Menores nace

Como se ha visto en este trabajo, los modernos sistemas procesales europeos dieron entrada al principio de oportunidad procesal, entendido como la "facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado"³⁷⁷.

El uso de criterios de oportunidad puede revestir dos modalidades, a los que ya hice referencia, oportunidad pura y oportunidad reglada³⁷⁸.

La oportunidad pura, propia de los sistemas anglosajones, encaja en un juicio penal transigido, basado en un acuerdo previo entre la acusación y la defensa sobre una reducción de la pena, lo que implica que el juez o tribunal emita sentencia sin continuar el juicio contradictorio y conforme a lo

a finales del siglo XIX y principios del XX, a raíz de los profundos cambios que provoca la Revolución Industrial en la sociedad, con el hacinamiento de grandes masas de población en las ciudades y la salida de la madre del hogar familiar, lo que supone un aumento de la delincuencia juvenil. Frente a los postulados de la escuela clásica que justificaba el castigo del menor por entender vigente el libre albedrío –entendimiento de los propios actos–, surge la escuela positivista, donde se niega este ya que se parte de la idea de que el hombre nunca es completamente libre de discernir el sentido de sus actos porque estos están determinados por factores biológicos, psicológicos o sociales que le empujan a comportarse de una determinada manera. Este determinismo es mucho más acentuado en el caso de la delincuencia juvenil.

³⁷⁷ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, *cit.*, p. 193.

³⁷⁸ MARTÍNEZ SERRANO, A., "La responsabilidad penal...", *cit.*, pp. 26-32. Respecto del primero de tales modelos, la oportunidad pura o libre, hay que advertir que la posibilidad de la conformidad está también implantada en los sistemas continentales, tanto en el proceso penal de adultos como en el de menores, siendo no obstante una institución objeto de crítica por los aplicadores de las normas hasta el punto de ser considerada una "perversión del modelo jurisdiccional que recoge la Constitución" por cuanto implica "un mercadeo; por el que no se juzga seriamente si el acusado ha cometido los hechos".

convenido entre las partes, obteniendo así la acusación una sentencia condenatoria, y simultáneamente, la defensa una condena de menor gravedad que la que se seguiría en el supuesto de prosperar los cargos inicialmente formulados.

Por su parte, la oportunidad reglada, instaurada en los sistemas penales continentales en los que constituye piedra angular el principio de legalidad, permite al MF continuar o archivar la causa en determinadas circunstancias y condiciones que la ley fija, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.

Atendidas tales circunstancias, se ha de atender a la prevención, a través de la reeducación o resocialización del delincuente, antes que exclusivamente a su castigo penal, de suerte que, si podemos considerar tal objetivo como un planteamiento de política criminal juvenil, resulta evidente que el principio de oportunidad deviene como instrumento altamente útil a tal fin.

Por tanto, la extensión de las medidas educativas aplicadas al menor infractor no tiene por qué ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y la culpabilidad del sujeto, ya que, teniendo tales medidas un fin terapéutico, el tratamiento se mantendrá el tiempo preciso para dicha finalidad y, del mismo modo, en cuanto que las medidas no persiguen castigar, sino resocializar y educar al menor, el procedimiento en el que se acuerden no necesitará de las mismas garantías que el proceso penal común³⁷⁹.

³⁷⁹ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción...*, cit., p. 3, pone de relieve que tales ideas son recogidas en la Exposición de Motivos II-7 de la LO 5/2000 cuando dice: "Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la

Las primeras Leyes de Menores del continente europeo (Suecia, 1902; Portugal, 1911; Francia y Bélgica, 1912; Alemania, 1923) siguieron estos postulados y del mismo modo la Ley española de 1918, denominada "Ley de Bases sobre organización y atribuciones de los tribunales para niños", que con las variantes introducidas por las reformas de 1925 y 1948, estuvieron vigentes en nuestro país hasta que la STC 36/1991³⁸⁰, de 14 de febrero, declaró inconstitucional parte del articulado de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores -Texto Refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948-, precipitando la promulgación de la LO 4/1992, de 5 de junio, ahora derogada por la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, modificada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre.

Si bien en el proceso penal de adultos la acción penal sigue siendo aún irrenunciable –a salvo el supuesto de amenazas del art. 171.3 CP-, en el proceso de menores se siguen las indicaciones de los textos internacionales sobre la materia³⁸¹ y las Recomendaciones del Consejo de Europa³⁸², considerándose la respuesta penal como la última *ratio* en el tratamiento de

intimidación de los destinatarios de la norma se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares".

³⁸⁰ STC 36/1991 (Pleno), de 14 de febrero de 1991, ponente Sr. Rubio Llorente.

³⁸¹ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción...*, *cit.*, p. 38, destaca como texto internacional en la materia la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Son asimismo dignas de mención las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-, aprobadas por Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

³⁸² LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Ibidem...*, *cit.*, p. 40, donde refiere la Recomendación número R (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados Miembros sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

los menores delincuentes, a los que preferentemente se debe mostrar la reprochabilidad social de su conducta por caminos distintos al proceso penal y la sentencia de condena, concediendo al fiscal de menores diversas posibilidades de archivar el procedimiento atendiendo a razones de oportunidad reglada.

Así pues, el art. 1.2 LORPM³⁸³ recoge tales previsiones en consonancia con lo establecido en el art. 96.1 CE.

La LORPM se inspira en la protección del interés del menor³⁸⁴, más que en la defensa social y, aparte de introducir por vez primera en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, regula sistemas como la conciliación, la mediación y la reparación con la víctima, la dirección de la instrucción por el MF, un catálogo de medidas educativas-sancionadoras diferente a las penas del CP y una serie de criterios multidisciplinarios y no estrictamente jurídicos en la valoración de la conducta

³⁸³ Dispone el art. 1.2 LORPM: "Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España".

³⁸⁴ Según el art. 1.1, se considera menor a los efectos de la Ley al comprendido entre los 14 y 18 años de edad. Si son menores de 14 años y cometen una infracción penal, el MF deberá remitir testimonio de particulares a la Entidad Pública de protección competente a fin de que se apliquen medidas tuitivas o de protección –art. 3 LORPM en relación con la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor-.

del menor para la adopción de las medidas, e incluso, la flexibilización de su ejercicio³⁸⁵.

Cuando se trataron los inconvenientes de la adopción del principio de oportunidad, se hizo referencia a la posible vulneración del principio de igualdad, al contemplarse por la norma una serie de conceptos jurídicos indeterminados -como "falta de interés público en la persecución o culpabilidad mínima"-, cuya interpretación y aplicación al caso concreto no descartaba el eventual trato diverso que permitía la discrecionalidad atribuida al fiscal.

A pesar de que en el proceso penal de menores, se hace un uso menos abstracto -por su mayor determinación-, de conceptos jurídicos a la hora de fijar los requisitos o las condiciones que permiten la aplicación del principio de oportunidad frente a las infracciones penales cometidas por los mismos, ello no impide la existencia de ciertas controversias en la interpretación de alguno de ellos.

Esto último, nos lleva a afirmar que siguen sin excluirse ciertos márgenes de discrecionalidad en la actuación del MF en este proceso.

La LORPM, para fomentar los criterios educativos y de valoración del interés del menor, así como un uso flexible del principio de intervención mínima -apartado II.9 de la Exposición de Motivos-, contempla la posible aplicación del principio de oportunidad reglada a lo largo de su articulado y en diferentes fases del procedimiento, esto es, en la fase de instrucción, en el trámite de alegaciones y audiencia, y durante la ejecución de la medida.

³⁸⁵ DOLZ LAGO. M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, ed. Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 37.

De esta forma, el principio de oportunidad en este proceso se manifiesta en el archivo de las diligencias preliminares (art. 16.2 LORPM) o en el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM), y en el sobreseimiento por razones de oportunidad en interés del menor (art. 27.4 LORPM). En otros supuestos, este principio opera bajo condición, en una mediación donde se da la conciliación entre la víctima y el infractor, consensuando una reparación, con el resultado de sobreseer del expediente (art. 19 LORPM), o en la suspensión condicional de la ejecución del fallo contenida en la sentencia (art. 40 LORPM), sin perjuicio de la previsión de instituciones como la conformidad (arts. 32 y 36 LORPM) y la sustitución o dejación sin efectos de la medida impuesta durante su ejecución (arts. 13 y 51 LORPM, permitiendo el apartado 3 de este último precepto una variante condicionada para el caso de que la reconciliación entre la víctima y el infractor se produzca durante la ejecución de la medida)³⁸⁶, en la sustitución de la medida quebrantada (art. 50.2 LORPM), y en la alteración del orden genérico de cumplimiento de las medidas (art. 47.5 e] LORPM).

Antes de iniciar el siguiente apartado conviene insistir en que, al igual que en las diferentes modalidades del proceso penal de adultos, también en el de menores hay tres fases diferenciadas³⁸⁷: instrucción, fase intermedia y juicio oral, si bien la LORPM las denomina respectivamente "expediente, fase de alegaciones, y audiencia".

³⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., y otros, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pp. 148-9.

³⁸⁷ GIMENO SENDRA, V., "El proceso penal de menores", *Diario La Ley* Nº 5386, año XXII, 1 Oct. 2001, p. 2.

Por tanto, siguiendo este esquema, procede analizar brevemente cada una de dichas fases del proceso, antes de entrar a analizar los supuestos donde se otorgan márgenes de discrecionalidad derivados del principio de oportunidad.

2. El procedimiento de responsabilidad penal del menor

2.1. La fase de instrucción o expediente

De acuerdo con los arts. 6 y 16.1 LORPM corresponde al MF la instrucción del procedimiento³⁸⁸. La constitucionalidad de este modelo ha sido refrendada por la STC 41/1998³⁸⁹, con el fin de que el Juez de Menores limite su actuación a ejercer la garantía última del respeto a los derechos fundamentales afectados por la investigación y a efectuar en su momento el enjuiciamiento final de la causa sin prejuicio ni sospecha de parcialidad, de modo que la instrucción del

³⁸⁸ Esta fase es comentada en la CFGE 1/2000, apartado VI. Instrucción del expediente.

³⁸⁹ STC 41/1998 (Sala 1ª), de 24 de febrero de 1998, ponente Sr. Cruz Villalón, FJ 14º: "El art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo del Juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el del Juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988 (STC 32/1994, fundamento jurídico 3.1). La opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas". El modelo acogido por la LORPM es el referido al Juez de garantías en dicha sentencia.

expediente, exceptuadas las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la declaración de secreto y la preconstitución de prueba, deviene competencia y responsabilidad exclusiva del fiscal, desplazándose la tutela judicial efectiva sobre las vicisitudes acaecidas en el desarrollo de la investigación a una fase ulterior del proceso, tras la presentación del correspondiente escrito de alegaciones de, en su caso, la acusación particular y la defensa.

Diferencia la CFGE 1/2000 dentro de la fase instructora entre las diligencias preliminares y el expediente reformador. Recibida por cualquier vía la *notitia criminis* -denuncia, atestado policial, oficio remisorio de autoridades o funcionarios- se incoarán en todo caso diligencias preliminares, las cuales pueden concluir mediante decreto de archivo, de incoación del expediente de reforma, o de desistimiento de la incoación del expediente.

En esta fase de diligencias preliminares se habrá de efectuar por el fiscal un doble juicio de valor:

1º) Determinar la concurrencia de los presupuestos necesarios legalmente para acordar la incoación del expediente de reforma, que desde un punto de vista fáctico, son la verosimilitud de los hechos denunciados y la determinación de la identidad y la edad de los partícipes en su ejecución y, desde un punto de vista normativo, la tipicidad penal de la conducta denunciada.

2º) De otro lado, considerar si el interés de los menores infractores aconseja evitar la incoación del proceso y su potencial efecto estigmatizador, remitiendo la corrección de tales menores al ámbito de la propia familia, o a las instituciones de protección.

Siendo negativo el primer juicio de valor procederá el archivo del

procedimiento por razones de fondo; siendo positivo el primero de tales juicios y negativo el segundo el fiscal acordará por decreto la incoación del expediente reformador; siendo positivos ambos juicios de valor confluirán los presupuestos de la primera manifestación del principio de oportunidad, el desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 LORPM).

Como indica el apartado II.1 de la CFGE 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del MF en materia de reforma de menores, las diligencias preliminares pueden ser el vehículo procedimental a través del cual el fiscal, sin necesidad de una investigación previa, en función de las circunstancias del caso, proceda al archivo de las actuaciones por razones de legalidad si entendiera que el hecho no fuera constitutivo de delito, o siendo menor el autor, este no fuera conocido (art. 16.2 LORPM en relación al 779.1.1.^a Lecrim.); si el autor o autores fueran todos de edad inferior a los catorce años (art. 3 LORPM); si se reputase prescrito el hecho (art. 15 LORPM); o para la remisión de las actuaciones al órgano competente si el fiscal no lo fuera (art. 21 LORPM).

En otros casos, dichas diligencias, con apoyo legal en los arts. 773.2 Lecrim y 5 EOMF, constituyen el soporte procesal de una investigación previa.

Sobre el alcance y naturaleza de las diligencias preliminares, se pronuncia la CFGE 9/2011, señalando (apartado II.1): "Sin embargo, la ausencia de conocimiento jurisdiccional de esas diligencias de investigación, unida a una limitación innegable de derechos para los intervinientes (que carecen de facultades de personación, aunque el imputado deba declarar con letrado conforme art. 5.2 EOMF), les confiere un cierto hálito inquisitivo. De ahí que la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Circulares 1/2000 y 1/2007) haya instado a los Fiscales a un uso prudente y restrictivo de las Diligencias

Preliminares, recomendando no prolongarlas más de lo estrictamente preciso, sin perjuicio del límite legal de seis meses fijado en el art. 5 del EOMF”.

Así pues, la fase de instrucción se inicia con el decreto de incoación del expediente de reforma del que el fiscal dará traslado inmediato al Juez de Menores (arts. 16.3, 22.2 y 3 y 64. 1.^a LORPM), comunicación que desencadena importantes efectos jurídicos, en la medida que precipita la constitución de la relación jurídico-procesal, fuerza la incorporación de los pasivamente legitimados como parte necesaria en la pieza principal, y marca el punto de inicio en la tramitación de las diligencias judiciales y de la pieza separada de responsabilidad civil, y en la personación de las víctimas y/o perjudicados por la infracción penal.

Es preciso que el decreto contenga una sucinta exposición de los hechos que se incriminan o, en su caso, que se acompañe de la copia del atestado policial o de la denuncia que haya motivado su adopción. La documentación que reciba el juez deberá consignar con claridad la identidad de los menores expedientados, de sus representantes legales o guardadores y de los posibles perjudicados, en su calidad de partes en el proceso. Recibido el parte e incoadas las oportunas diligencias en el Juzgado de Menores (art. 16.3 LORPM), el Secretario judicial requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles de que, de no hacerlo, aquel le será nombrado de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados (art. 22.2 LORPM).

El fiscal, por su parte, debe notificar el decreto al perjudicado si ya le consta su identidad o, en su caso, tan pronto como de la instrucción del expediente se obtenga constancia de su existencia (art. 22.3 LORPM). Esta notificación

deberá comprender información del derecho que le asiste de personarse en la pieza de responsabilidad civil y, por supuesto, del derecho a personarse en la pieza principal en los términos del art. 25 LORPM.

Incoado el expediente la instrucción se encaminará a preparar la celebración de la audiencia, a buscar la solución procesal más beneficiosa para el menor, y a estudiar la personalidad del menor para alcanzar una comprensión suficiente de sus características personales, carencias educativas y necesidades de integración social, constituyéndose con este fin el Equipo Técnico integrado por especialistas en las diversas ciencias del comportamiento que, bajo dependencia funcional del fiscal, elaboran un informe expresivo de las circunstancias psicológicas familiares y educativas del menor, entorno social en el que vive y sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la ley (art. 27. 1 LORPM).

Este informe es fuente de información de uso imprescindible –aunque no vinculante- para adoptar las oportunas decisiones sobre la prosecución del proceso y la selección de medidas, continuando la función del Equipo Técnico en sucesivos trámites del proceso de menores.

La fase de instrucción concluye tan pronto como el fiscal ha conseguido reunir los datos de hecho y los elementos de juicio precisos para resolver sobre la prosecución del procedimiento mediante la formulación de un escrito de alegaciones (art. 30 LORPM), escrito que se justifica en un juicio de valor que comprende los siguientes aspectos:

1º) Que la participación del menor en los hechos punibles denunciados aparezca suficientemente justificada con base en el número y la calidad de las diligencias de investigación reunidas. No obstante, si el juicio de valor sobre el fundamento fáctico de la imputación es negativo, el fiscal, agotadas

infructuosamente las posibilidades de la instrucción, ha de remitir el expediente al Juez de Menores acompañado de propuesta de sobreseimiento y archivo en función de alguna de las causas formalizadas en los arts. 637 y 641 Lecrim (art. 30.4 LORPM). El proceso concluye por inexigibilidad de responsabilidad penal, pues los menores se benefician sin restricciones de los principios de legalidad penal y de presunción de inocencia³⁹⁰.

2º) Que las circunstancias personales y sociales del menor aconsejen la imposición de alguna de las medidas educativas previstas en la ley. Aquí, si lo que falla es el juicio sobre la oportunidad o la necesidad de imponer al menor alguna de las medidas de corte educativo-sancionador previstas en la ley, el fiscal está autorizado para decretar anticipadamente la conclusión del expediente y su remisión al juez con solicitud de sobreseimiento y archivo derivando hacía vías alternativas o externas al proceso la realización del fin

³⁹⁰ Ante la posibilidad de acudir supletoriamente a la búsqueda de acusadores del art. 642 Lecrim, LOPEZ LOPEZ A.M., *La instrucción...*, cit., pp. 336-338, indicaba que ello no era posible porque en la LORPM no existía un solo precepto que permitiera al Juez de Menores devolver a la Fiscalía las actuaciones, para que se completaran con nuevas pruebas de cargo. Añade que ello se justifica por la propia configuración constitucional del MF, pues lo contrario sería vulnerar el principio acusatorio, la naturaleza y funciones del Juez de garantías y difícil de compatibilizar con el carácter provisorio de la instrucción del expediente y la expresa irrecurribilidad de los actos del Fiscal de Menores. Además, la revisión judicial de los actos preliminares de investigación, sólo sería jurídicamente admisible si las diligencias practicadas por el fiscal durante la instrucción del expediente adquirieran el carácter de medios de prueba tras superar el examen del Juez de Menores en la fase intermedia, o se declarara al Fiscal de Menores bajo la dependencia funcional de aquel, de forma que estaría obligado a aceptar y asumir como propios los actos del fiscal al abrir el trámite de audiencia. En este mismo sentido se pronunció la CFGE 1/2000: "(...) la relación del Fiscal instructor con el Juez de menores no es jerárquica, al ser la instrucción competencia del Fiscal y no sujetarse a revisión judicial directa en tanto no concluya dicha fase".

educativo y resocializador. El proceso finaliza por inadecuación de la respuesta penal a las necesidades educativas y sociales del menor (sobreseimiento del art. 27.4 LORPM), o porque se han logrado formas más satisfactorias de educación e integración social, como la conciliación o la reparación de la víctima (art. 19 LORPM, sobreseimiento por desistimiento de la continuación del expediente).

2.2. La fase intermedia o de alegaciones

Siendo positivo el doble juicio de valor antes referido se procederá por el MF a concluir la instrucción, notificándose a las partes personadas, y remitiendo al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos, para, seguidamente, formular escrito de alegaciones³⁹¹.

En este escrito constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de este, la proposición de alguna medida de las previstas en la LORPM con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil, y en el mismo el fiscal propondrá la prueba de que intente valerse para la defensa de su pretensión procesal y la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas.

Tras ello el Juez de Menores procederá a abrir la fase intermedia o trámite de alegaciones, para lo cual el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado

³⁹¹ Esta fase es mencionada en la CFGE 1/2000 apartados VI.4 La conclusión de la instrucción y VII. Fase intermedia: principio de audiencia y los arts. 30 a 33 LORPM.

simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que, en un plazo común de cinco días hábiles, formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes y, sucesivamente, al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, por el mismo plazo a tal fin, pudiendo en este momento procesal producirse la conformidad por el menor y su letrado, y los responsables civiles, en los términos y con las consecuencias previstas en el art. 32 LORPM.

En caso de que no se produzca la conformidad el Juez de Menores, a la vista de la petición del fiscal -que en esta fase habrá podido, en lugar de formular escrito de alegaciones, instar el sobreseimiento por razones de legalidad o de oportunidad en los términos antes vistos- y de los escritos de alegaciones de las partes, adoptará alguna de las siguientes decisiones: a) La celebración de la audiencia; b) El sobreseimiento de las actuaciones mediante auto motivado; c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el MF; d) La remisión de las actuaciones al juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto; e) Practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el art. 26.1 LORPM, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso, dando traslado de los resultados al MF y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

Dichas resoluciones son susceptibles de recurso en los términos previstos en la ley.

2.3. La fase de juicio oral o audiencia

En el supuesto de que el Juez de Menores acuerde la celebración de la audiencia deberá, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor y, en su caso, de los responsables civiles, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que esta se hubiere efectuado, acordar lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante auto de apertura de la fase de juicio oral o audiencia, y el secretario judicial señalará el día y la hora en que deba comenzar aquella dentro de los diez días siguientes con la asistencia de las personas a que se refiere el art. 35 LORPM³⁹². Llegado tal día y antes de dar inicio a la audiencia el menor y su letrado, y los responsables civiles, podrán prestar su conformidad en los términos y con las consecuencias previstas en el art. 36 LORPM. En caso contrario se procederá a celebrar la audiencia en los términos previstos en el art. 37 LORPM y concluida la misma se dictará sentencia en el plazo y con el contenido referido en los arts. 38 y 39 LORPM, siendo esta susceptible de los recursos fijados en los arts. 41 y 42 LORPM. En la misma sentencia se puede acordar la suspensión de la ejecución del fallo como manifestación del principio de oportunidad en el proceso de menores recogida en el art. 40 LORPM, susceptible de ser acordada también en fase de ejecución mediante auto.

2.4. La fase de ejecución

Aunque esta fase del proceso no forma parte del objeto de este trabajo, simplemente he considerado hacer algunas consideraciones a la vista del importante grado de discrecionalidad que implica la ejecución de las medidas impuestas a los menores.

³⁹² Mencionada en la CFGE 1/2000 apartado VII. Fase intermedia: principio de audiencia y los arts. 34 a 42 LORPM.

La ejecución de las medidas previstas en la LORPM se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, salvo en los supuestos de refundición de medidas en que será competente el Juez de Menores que hubiese dictado la primera sentencia firme (arts. 12 y 47 LORPM), el cual resolverá por auto motivado, oídos el MF, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquella, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso, debiendo darse asimismo audiencia a la acusación particular personada en los términos del art. 25 f) y h) LORPM³⁹³.

Constituyen manifestación del principio de oportunidad en esta fase de ejecución los supuestos de modificación de las medidas (arts. 13 y 51 LORPM), de suspensión de su ejecución (art. 40 LORPM), sustitución en caso de quebrantamiento (art. 50.2 LORPM) y alteración del orden genérico de su cumplimiento (art. 47.5 e) LORPM).

En esta fase de ejecución de las medidas no se puede hablar del principio de oportunidad en sentido estricto pero si del principio de flexibilidad³⁹⁴ dado que, a diferencia del Derecho Penal de adultos, en el ámbito de menores es esencial que el cumplimiento de la medida se desarrolle de modo flexible, precisamente por su enfoque no retributivo, lo que permitirá amoldarla a las necesidades del menor y, en función de estas, que se modifique dejándola sin efecto, reduciéndola, o sustituyéndola (arts. 13 y 51 LORPM), se suspenda su ejecución (art. 40 LORPM), se sustituya en caso de quebrantamiento (art. 50.2

³⁹³ Art. 44 LORPM.

³⁹⁴ GARCÍA INGELMO, F.M., "El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000", en AAVV, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, 2000, pp. 445-446.

LORPM), o se altere el orden genérico de cumplimiento de la medida (art. 47.5 e] LORPM).

De tal parecer se hizo eco la STC 36/1991, de 14 de febrero³⁹⁵, en su FJ 8º, que indicaba: "Tampoco la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora contraría tal principio -de legalidad-, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción -de menores-, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de estas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia".

3. Supuestos de oportunidad reglada en la fase instructora o expediente

3.1. La admisión de la denuncia como primer filtro en la persecución de la infracción penal: archivo y desistimiento en la continuación del expediente (artículos 16.2 y 18 LORPM)

Recibida la *notitia criminis*, el fiscal, en cuanto que instructor del proceso, dispone de las siguientes posibilidades:

³⁹⁵ STC 36/1991 (Pleno), de 14-2-1991, rec.1001/1988, ponente Sr. Rubio LLorente.

1ª) Puede incoar diligencias informativas o preliminares y seguidamente considerar que procede acordar el archivo de la causa por falta de tipicidad de los hechos o de autor conocido conforme al art. 16.2 LORPM³⁹⁶.

2ª) Puede incoar diligencias informativas o preliminares, para concretar la autoría de los hechos o para su debido esclarecimiento, pudiendo finalizar con decreto de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM).

3ª) Puede incoar directamente expediente de menores cuando en el atestado o testimonio remitido aparezcan bien definidos los hechos y su carácter delictivo, así como la persona de su autor menor de edad. Todo ello sin perjuicio de acordar la práctica de aquellas otras diligencias que en el futuro se pudiesen considerar oportunas.

De este modo, en el marco de esas diligencias informativas y preliminares, por una parte, el fiscal puede decretar el archivo a tenor del art. 16.2 LORPM

³⁹⁶ El art. 16.2 LORPM, indica que, después de poner en conocimiento del MF algún hecho presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el fiscal admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución que se dicte sobre la denuncia se notificará a quienes hubieran formulado la misma. La CFGE 1/2000, indicaba que el fiscal no podía hacer "juicio de suficiencia" sobre la *notitia criminis* y archivar directamente las diligencias preliminares, ya que señalaba que debían incoarse dichas diligencias una vez recibida por cualquier vía la *notitia criminis*. Sin embargo, señalaba que contra el decreto de archivo basado en dicho precepto, no cabía recurso ni, por tanto, control judicial alguno. Obviamente, la irrecurribilidad debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria del fiscal en los casos de decisiones contrarias a sus deberes inherentes, o incluso, la exigencia de responsabilidades civiles o penales.

al tiempo de recibir la *notitia criminis* y sin practicar diligencia alguna porque no se estime precisa³⁹⁷ y, por otra, puede ejercitar las facultades reconocidas en el art. 18 LORPM de desistir de la incoación del expediente, tras llevar a cabo las diligencias de investigación que se considerasen oportunas. Estos son los dos únicos casos de sobreseimiento directo adoptado por el propio MF, sin control jurisdiccional alguno, puesto que las demás resoluciones de

³⁹⁷ Como se ha dicho, el decreto de archivo con base en este precepto es irrecurrible, de manera que la víctima no cuenta con ninguna alternativa para obtener la actuación del Juez de Menores. Esto es visto por parte de la doctrina como una muestra del desamparo en que se encuentran las víctimas, con la consiguiente quiebra del principio de igualdad de armas. En este sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal de Menores*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 3641, suscita la duda de la irrecurribilidad de las resoluciones del fiscal, por cuanto considera que de algún modo, debería ser recurrible esta resolución, añadiendo que, en caso contrario, se podría provocar a las partes una evidente indefensión. Sin embargo, GIMENO SENDRA, V., *Manual...*, cit., p. 475, afirmaba que el decreto de archivo goza de todos los efectos de cosa juzgada, sin perjuicio de que pueda el perjudicado ejercitar la acción civil en el declarativo correspondiente o suscitar la responsabilidad disciplinaria e incluso penal del MF. Esto es congruente con la dirección de la instrucción por el propio MF, cuyas decisiones en este caso, tienen la misma fuerza que las del juez instructor en el proceso de adultos. Por el contrario, se ha dicho que estos decretos de archivo no producen efecto de cosa juzgada ya que el asunto no está judicializado y, por tanto, no podría descartarse la posterior denuncia o querrela particular en el sentido de entender que los hechos no son atípicos. Otra cosa es que se sospeche -después del archivo- de alguna persona menor de edad como presunta autora de tales hechos. En ese caso, sería posible la reapertura de las diligencias preliminares. En este sentido, vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 620, Año XIV, 22 de abril de 2004, p.3 y, LORCA MARTÍNEZ, J. "Experiencias de la instrucción por el fiscal en los procedimientos de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 12, 2004, p. 190.

sobreseimiento las dictará el Juez de Menores, lo que no impide, como ha dicho el TC, la plena constitucionalidad del art. 18 LORPM³⁹⁸.

A pesar de la irrecurribilidad de estos decretos de archivo, el apartado VI.2.B de la CFGE 1/2000, indica que los decretos de archivo de diligencias preliminares no constituyen decisiones jurisdiccionales y como tales no implican un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que nada impide su revisión futura si se localizan nuevos hechos o elementos

³⁹⁸ ATC, (Pleno), de 22 de junio de 2005, nº 275/2005, rec. 4003/2003. El TC no se pronuncia de forma directa acerca de la constitucionalidad del art. 18 LORPM, y ello por cuanto que planteada por el Juzgado de Menores nº 2 de Valencia la posible inconstitucionalidad del mismo en cuanto que contrario al actuar imparcial del fiscal (art. 124.2 CE), al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), no se pronunció al respecto porque, en virtud del art. 35.2 LOTC, no existía nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo, en este caso la resolución de la pieza de responsabilidad civil, tal y como está configurada en la LO 5/2000. Del FJ 4º y en relación con el Antecedente de hecho 5º c) y a), parece deducirse la plena constitucionalidad del precepto compartiendo el criterio de la FGE para la que "Carece de fundamento la cuestión relativa a la vulneración del art. 117.3 CE por el art. 18 LORPM, en cuanto permite que el fiscal desista del expediente al menor sin control judicial, ya que, si bien el art. 117.3 CE otorga el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los órganos del Poder Judicial de forma exclusiva y excluyente, sin embargo, de dicho precepto no se deriva que todas las controversias que surjan en torno a una relación jurídica tengan que resolverse por parte de los órganos del Poder Judicial (...) La consagración del principio de oportunidad se propugna respecto de infracciones menores, y dicha opción se considera especialmente relevante cuando han sido cometidas por menores de edad, pues junto al interés general en la persecución de las infracciones es necesario considerar el interés en la reeducación del menor (...) En función de ello no se alcanza a comprender qué limitación representa el art. 18 LORPM para el enjuiciamiento de dicha pretensión civil al permitir que el fiscal desista de ejercitar la pretensión de naturaleza punitiva".

probatorios que aconsejen la reapertura de las diligencias preliminares o incluso la incoación del expediente de reforma.

Sobre los postulados de los textos internacionales³⁹⁹ que refieren la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la Justicia de Menores, el art. 18 LORPM⁴⁰⁰ recoge tal principio al indicar que el fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas y, en ese caso, dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 LORPM. De igual forma, comunicará a los ofendidos o perjudicados

³⁹⁹ DOLZ LAGO, J.M., "Cuestiones sobre la Instrucción Penal del Nuevo Proceso de Menores", *Revista General de Derecho*, núm. 668, Mayo de 2000, p. 5659, donde el citado autor destaca, como textos internacionales que se refieren al principio de oportunidad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores - Reglas de Beijing-, aprobadas por la Resolución 40/33, de 28 noviembre 1985, cuya Regla 11.2 dispone que "La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas", y la Recomendación 87 (20), de 17 septiembre 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, que en su apartado II relativo a la "desjudicialización" (diversión) y "mediación", recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros a revisar, si es preciso, su legislación para "Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos".

⁴⁰⁰ En su nueva redacción dada por LO 8/2006, de 4 de diciembre.

conocidos el desistimiento acordado. Sin embargo, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el art. 27.4 LORPM.

Se trata de la manifestación más radical del ejercicio del principio de oportunidad por el fiscal, en la medida que el procedimiento no se ha "judicializado" y el que concluya depende tan solo de un juicio de valor del fiscal instructor, siempre dentro de los presupuestos legales establecidos en el citado precepto⁴⁰¹, pero sin que tal valoración aparezca supeditada a una conducta del menor o a una propuesta del Equipo Técnico como en los casos de sobreseimiento de los arts. 19 y 27.4 LORPM, y ello porque, dentro de la familia o el centro escolar del menor, los hechos van a tener o han tenido la suficiente corrección, es decir, ya le ha sido aplicado un castigo o sanción, o los padres o educadores se comprometen a hacerlo⁴⁰².

Tales presupuestos legales son recogidos en el art. 18 LORPM y pueden ser sistematizados en objetivos y subjetivos⁴⁰³:

a) Objetivos: la imputación de un delito "menos grave" en los términos del art. 33.3 CP, y la ausencia de violencia o de intimidación en las personas en el hecho denunciado, o de una falta.

Respecto de la consideración de lo que por delito "menos grave" ha de

⁴⁰¹ En todo caso, tal y como recuerda la CFGE 1/2000, de 18 de diciembre, el principio de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción, no constituye un espacio reservado al libre decisionismo del instructor, sino que resulta del ejercicio de una potestad discrecional vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor.

⁴⁰² ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, cit., p. 244.

⁴⁰³ GIMENO SENDRA, V., "El proceso penal de menores...", cit., p. 3.

entenderse, es unánime el parecer de los autores de que la delimitación de tal presupuesto objetivo se efectúa por remisión a los arts. 13.2 y 33.3 CP⁴⁰⁴, y del propio modo respecto a lo que ha de entenderse por falta, deben tenerse en cuenta los arts. 13.3 y 33.4 CP⁴⁰⁵ y el Libro III del citado cuerpo legal, no

⁴⁰⁴ El art. 13.2 CP dispone: "Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave", concretando el art. 33.3 CP que "Son penas menos graves:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i) La multa de más de dos meses.
- j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.
- k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días".

⁴⁰⁵ Establece el art. 13.3 CP que "Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve", y según el art. 33.4 CP, "Son penas leves:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

debiendo olvidar en todo caso los delitos recogidos en las leyes penales especiales⁴⁰⁶.

No obstante existen discrepancias doctrinales respecto al significado de la expresión "sin violencia o intimidación en las personas" que en principio parece referida exclusivamente a los delitos "menos graves" y no a las faltas⁴⁰⁷.

Así, para algunos autores⁴⁰⁸, tras la comprobación de la penalidad, habrá que estar en el CP a las descripciones normativas de las conductas típicas y determinar todos aquellos tipos penales en los que no se recoja la violencia o intimidación en las personas como requisito de la acción típica, no siendo relevantes los actos violentos o intimidatorios realizados si no se recogen en la conducta típica.

Por el contrario, otros autores⁴⁰⁹ apuntan que este segundo presupuesto

e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

f) La multa de 10 días a dos meses.

g) La localización permanente.

h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días".

⁴⁰⁶ Son leyes penales especiales: LO 5/1985, de Régimen Electoral General; LO 13/1995, del Código Penal Militar; LO 5/1995, del Tribunal del Jurado; y LO 12/1995, de Represión del Contrabando.

⁴⁰⁷ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, cit., p. 245. Este autor afirma que la manifestación del principio de oportunidad contenida en el art. 18 LORPM, atendida la redacción de tal precepto, es aplicable a cualquier tipo de falta aunque en su comisión haya existido violencia.

⁴⁰⁸ DOLZ LAGO, M., *La nueva responsabilidad...*, cit., pp. 118-9.

⁴⁰⁹ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, cit., p. 246. Tal autor advierte que el Código Penal emplea en muchos de sus preceptos expresamente los términos violencia o

objetivo, quedaría excluido y, por tanto, no concurriría en el ámbito del art. 18 LORPM, cuando las conductas realizadas por el menor lleven implícita esa violencia o intimidación, con independencia de que las descripciones normativas de dichas conductas típicas contengan expresamente los términos violencia o intimidación. Esta es la tesis que parece adoptar la CFGE 1/2000⁴¹⁰.

b) Subjetivos: la inexistencia de reincidencia con respecto a hechos de la misma naturaleza.

Tal presupuesto se pone de relieve en el último inciso del art. 18 LORPM al referir la necesidad de que el menor delincuente no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Al respecto se han suscitado dudas con relación a la interpretación de la expresión "hechos de la misma naturaleza" y su equiparación o no con el concepto jurídico de reincidencia en los términos previstos en el art. 22.8ª CP.

Al no establecer el precepto distinciones, parte de la doctrina⁴¹¹ entiende que su interpretación debe hacerse atendiendo no al principio *in dubio pro reo* sino al del interés del menor y de lo que demanden sus necesidades de

intimidación (arts. 237, 242, 178, 180 CP), pero que existen otros en los que esa violencia está implícita en la comisión del hecho delictivo (homicidio, lesiones o delitos contra la libertad), si bien concluye que en todo caso la interpretación que de la expresión "sin violencia o intimidación en las personas" se efectúa deberá tender siempre a favor de lo que sea más beneficioso al menor.

⁴¹⁰ La CFGE 1/2000 que en su apartado VI.2.C afirma que "materialmente, el hecho ha de verse exento de toda forma de violencia o intimidación en su ejecución, lo que supone la exclusión de determinados delitos menos graves en los que se actúan formas efectivas de coacción o intimidación aunque sean de naturaleza menos intensa".

⁴¹¹ GARCÍA INGELMO, F.M., "El Fiscal y el principio de oportunidad..."; *cit.*, pp. 433-434.

educación y de formación , por lo que la apreciación de tal reiteración delictiva no precisa de una sentencia firme precedente -desechando por ello el concepto jurídico de reincidencia-, bastando que el fiscal tuviese conocimiento de la comisión previa de otra infracción por el menor por cualquier medio⁴¹², pudiendo asimismo incoarse el expediente aunque los hechos anteriores estuviesen prescritos o fueran de naturaleza diversa, y ello por cuanto que la repetición de infracciones evidenciará en el menor una problemática que hará precisa la intervención de esta jurisdicción.

Por el contrario otro sector doctrinal⁴¹³ entiende que la indefinición jurídica del último inciso del art. 18 LORPM podría dejar al arbitrio del fiscal la apreciación de una circunstancia -la reiteración delictiva- que, por garantía jurídica, debería reconducirse al contenido y los límites de la reincidencia, asimilándose al concepto de la misma previsto en el art. 22.8ª CP.

En cuanto a la expresión "otros hechos de la misma naturaleza", cuya comisión previa impediría al fiscal ejercer la facultad de desistimiento de la incoación del expediente, aquel sector establece unos criterios interpretativos y una clasificación de tales hechos que recoge con precisión la CFGE 1/2000.

⁴¹² A tal efecto será, desde luego, fuente primordial de información, el denominado por la IFGE 2/2000, de 27 de diciembre, "expediente personal del artículo 20 de la Ley", lo que supondrá que cada Sección de Menores -de todas las Fiscalías en que exista- dispondrá en secretaría de un fichero informático individualizado de cada uno de los menores sometidos en su territorio a expediente o a diligencias preliminares en que se haya desistido de la incoación de expediente (art. 18 LORPM). El "expediente personal" del menor, recogerá sus datos de identidad y de todos los procedimientos - en tramitación o concluidos - que tenga abiertos, así como la resolución y medidas adoptadas.

⁴¹³ DOLZ LAGO, M., *La nueva responsabilidad...*, cit., pp. 119-120.

Así pues, la CFGE 1/2000⁴¹⁴ parece adoptar un criterio de interpretación que recoge las dos posturas expuestas, al referir que: "No es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la Ley se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas ejecutorias", si bien respecto a la consideración de la naturaleza del hecho delictivo anterior puntualiza : "En cuanto a la exigencia legal de que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza (art. 18.2) se ha de entender que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa, pues en una interpretación lógica de la ley este precedente, que sin duda le habría impedido beneficiarse en su momento del desistimiento del Fiscal, se convertiría en obstáculo para lograr el mismo beneficio respecto de hechos posteriores. Si el hecho anterior es constitutivo de mera falta, o de delito menos grave sin concurrencia de violencia o intimidación podría entenderse que el Fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento sólo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza que el hecho actual, atendiendo a si se ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante".

En mi opinión, y teniendo en cuenta la experiencia de estos últimos años en la Fiscalía, siguiendo el cumplimiento de las directrices de la citada circular, creo que es acertado el criterio interpretativo ya que de otro modo se hace difícil discernir que supuestos son dignos de desistimiento o no.

Sobre todo nos encontramos con delitos de hurto o, en el mejor de los casos, de robo con fuerza, si bien aquí ya entra el juego de considerar qué se entiende por lesión de un bien jurídico semejante, a la vista de que, por

⁴¹⁴ CFGE 1/2000 apartado VI.2.C.

ejemplo, no es lo mismo un robo con fuerza en las cosas no cualificado (arts. 237, 238 y 240 CP: robo de objetos en el interior de un vehículo, cuyas penas máximas son de tres años de prisión para adultos), que el robo en casa habitada (art. 241 CP, pena máxima de 5 años), que obviamente mantiene una penalidad mayor en virtud del mayor grado de vulneración del mismo bien jurídico protegido.

En cualquier caso, la CFGE 9/2011, refiriéndose a los criterios para aplicar el art. 18 LORPM, indica en sus conclusiones que, como regla general, las facultades de desistimiento previstas en el citado precepto, sólo deben ser utilizadas para menores que hubieran cometido un delito aislado, de forma ocasional, y que no se encuentren en un proceso delincencial. Añade que no es procedente utilizar el desistimiento ante hechos que, por su propia naturaleza, evidencien el desempeño de papeles o asunción de valores propios del mundo de la delincuencia y, respecto de la posibilidad de desistimiento cuando hubiera antecedentes por hechos de naturaleza diversa, indica que la misma debe ser interpretada en sentido restrictivo y excepcional, puesto que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios.

Por tanto, esto debe tenerse en cuenta en el momento de hacer uso de la facultad del art. 18 LORPM.

Cumplidos los presupuestos anteriormente referidos el fiscal podrá adoptar la decisión de no incoar el expediente, pero habrá de tener en cuenta dos circunstancias⁴¹⁵:

1ª) El decreto, en la denominación utilizada por la FGE⁴¹⁶, por el que se

⁴¹⁵ GARCÍA INGELMO, F.M., "El Fiscal y el principio de oportunidad..."; *cit.*, pp. 434-435.

⁴¹⁶ CFGE 1/2000 e IFGE 2/2000.

adopta dicha resolución habrá de ser notificado a los posibles perjudicados en los mismos términos que prevé el art. 16.2 LORPM para la resolución recaída sobre la denuncia, y ello con el fin esencial de que tales perjudicados, a los que les está imposibilitado personarse dado que no se ha incoado el procedimiento, queden habilitados para que puedan ejercitar las acciones civiles en la vía pertinente, quedando reactivado con tal notificación el plazo para el ejercicio de tales acciones⁴¹⁷.

2ª) El decreto habrá de contener una sucinta motivación, pues con independencia de que el hecho no pueda ser revisado ante instancia alguna y de que no se dará cuenta del mismo al Juez de Menores, el fiscal está asimismo vinculado por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Aquí debe reiterarse lo dicho en la nota 395 respecto del decreto de archivo del art. 16.2 LORPM. Señalando otras opciones, GRANDE SEARA, P., "Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción" en AAVV., *Proceso Penal de Menores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 143, indica que se ha apuntado la posibilidad de acudir al superior jerárquico del fiscal que acordó el sobreseimiento para que reconsidere la decisión del inferior, en virtud del principio de dependencia jerárquica que informa al MF. En mi opinión, esta posibilidad, mientras no se autorice por la ley, entiendo que no sería posible ya que nos encontramos ante una facultad discrecional dentro de los límites de la oportunidad reglada y lo único que puede operar es el control interno que, al fin y al cabo, termina en el superior del fiscal igualmente. Además, el único precedente similar lo encontramos en las fases intermedias de los procedimientos ordinario y abreviado, con la peculiaridad indicada para el Jurado, bajo otras premisas, ya que en ese caso se trata del juicio de acusación y el legislador le otorga al órgano jurisdiccional la facultad de agotar las posibilidades del principio acusatorio acudiendo a la búsqueda de acusador, pero cuando ya existen indicios de criminalidad.

⁴¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., y otros, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero...*, *cit.*, p. 153, para quien dada la finalidad sustitutiva del expediente penal por medidas

Esta exigencia de motivación viene referida tanto por la CFGE 1/2000 como por la IFGE 2/2000, manifestando esta última que en estos casos los acuerdos adoptados por los fiscales deberán recoger motivación suficientemente justificadora de la decisión o pedimento, evitando escuetos y formularios dictámenes.

Ahora bien, tal desistimiento no significa que cese la intervención sobre el menor, ya que, por un lado, cabe la posibilidad de que por el fiscal se dé traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de las medidas de protección conforme a la LO 1/1996, de 15 de enero, y, por otro, cabe la tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil.

Respecto de la primera de las cuestiones -la remisión de lo actuado a la entidad pública de protección de menores- hay posiciones encontradas en la doctrina.

Para algunos autores⁴¹⁹ la dicción del art. 18 LORPM: "En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley", puesta en relación con el art. 3 LORPM, implica que el

reeducadoras, el desistimiento necesitará de una serie de gestiones y diligencias previas -toma de contacto con los padres, representantes legales, instituciones, y comparecencia previa del menor en presencia del letrado-, además de una serie de mínimas indagaciones para comprobar la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos, que permitirán al fiscal tomar un cabal conocimiento del hecho, el autor y sus respectivas circunstancias, y motivar suficientemente tal decisión siendo procedente su adopción. En la práctica, se le recibe declaración al menor en Fiscalía con las garantías del art. 118 Lecrim e incluso, se solicita informe del Equipo Técnico, aunque no esté previsto expresamente en la ley.

⁴¹⁹ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, cit., p. 246.

legislador no quiere dejar sin ningún tipo de intervención los casos en que el fiscal desiste de incoar un expediente a un menor infractor y, en consecuencia, tal remisión es obligatoria para el fiscal.

Otro sector doctrinal⁴²⁰ sostiene, por el contrario y pese al tenor del art. 18 LORPM, que una vez el fiscal se asegure de que el desistimiento de la incoación del expediente se halla plenamente justificado por el compromiso familiar de corrección educativa, carece de sentido dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores, y que -como pone de relieve la CGFE 1/2000- sólo la concurrencia de una situación de riesgo en el menor dará lugar a la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO 1/1996.

La otra cuestión planteada acerca de la continuación de la intervención sobre el menor, tras el desistimiento de la incoación del expediente, fue respecto de la tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil que suscitó dudas interpretativas, disipadas en la actualidad tras la reforma de la LORPM por la LO 8/2006.

Antes de la reforma operada por la citada norma, el último inciso del art. 18.1 LORPM decía: "lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil", lo que implicaba que, dictado por el fiscal el decreto de desistimiento de la incoación el expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, se archivaban las diligencias preliminares, dando traslado de lo actuado al Juez de Menores para que procediera a la incoación y tramitación de la pieza de responsabilidad civil existiendo perjudicados en los términos de los arts. 61 a

⁴²⁰ MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ed. Tapia Libros-Trivium, Madrid, 2001, p. 268.

64 LORPM.

La dicción conjunta de tales preceptos, y de otros relativos a la acción y el procedimiento para la exigencia de la responsabilidad civil en la LORPM, había enfrentado a la doctrina científica en el arduo problema de determinar la naturaleza jurídica de esta concreta clase de responsabilidad civil⁴²¹.

Para unos, si la responsabilidad civil es la que nace de un delito, para que pueda ejercitarse la acción de resarcimiento en el proceso de menores resulta imprescindible el enjuiciamiento penal y una sentencia que determine la ilicitud penal del hecho y la participación del menor⁴²².

Para otros, en el proceso de menores podrán perseguirse declaraciones de responsabilidad civil derivadas no ya de hechos penalmente antijurídicos que como tal hayan sido declarados por el Juez de Menores sino también cuando las referidas responsabilidades traigan causa de cualesquiera otras acciones u omisiones causantes de un daño, con entera independencia de que exista un previo comportamiento condenatorio⁴²³.

⁴²¹ Auto de la AP de Ciudad Real, (sec. 2ª), de 14-12-2005, nº 33/2005, rec. 33/2005. ponente, Sra. Catalán Martín de Bernardo (ROJ: AAP CR 595/2005), cuyo FJ 3º recoge extensamente los argumentos sobre los que se fundamentaban cada una de tales tesis.

⁴²² Auto de la AP de Barcelona, (sec. 3ª), de 13-11-2003, rec.181/2003, ponente Sr. Castelló Guilabert, (ROJ: AAP B 1319/2003), FJ 2º: "Si la responsabilidad Civil regulada en la Ley 5/2000 es la que nace del ilícito penal, resulta imprescindible el enjuiciamiento y la sentencia que establezca el hecho ilícito y la participación del menor para que pueda ejercitarse la acción de resarcimiento del perjuicio causado por la comisión del ilícito. Por ello, el procedimiento regulado en el artículo 64 de la ley sólo debe tramitarse cuando haya recaído sentencia condenatoria, pues únicamente esta da lugar al resarcimiento".

⁴²³ Auto de la AP de Castellón, (sec. 3ª), de 1-3-2004, nº 75/2004, rec. 231/2003, ponente Sra. Cuerda Arnau (ROJ: AAP CS 93/2004), FJ 1º: "(...) tanto el desistimiento de la incoación a

Finalmente según una postura intermedia, no resulta precedente indispensable para el buen éxito de la acción civil emprendida en el proceso de menores, el dictado de una sentencia penal condenatoria pero, si será preciso, al menos, que en la resolución penal se declare la existencia de un hecho penalmente antijurídico protagonizado por el demandado por más que pueda llegarse a una conclusión absolutoria sobre la base de causas excluyentes de la culpabilidad o de la imputabilidad como presupuesto de aquella o por circunstancias que excluyan la punibilidad del comportamiento, entre estas últimas la aplicación del mismo principio de oportunidad.

Dicha cuestión quedó finalmente zanjada por el ATC de fecha de 22 de junio de 2005, en el que se opta decididamente por la segunda de las soluciones -ya respaldada en su día por la CFGE 1/2000-, por dos motivos⁴²⁴:

que se refiere el art. 18 LO 5/2000, como el desistimiento de la continuación del expediente regulado en el art. 19 de la misma ley no traen causa ni de la inexistencia del hecho, ni de su falta de tipicidad, ni del resto de motivos que de ordinario permiten decretar el archivo, sino que son instituciones cuyo fundamento ha de verse en el intento de salvaguardar el interés del menor, compatibilizando este con el legítimo derecho de las víctimas a obtener la reparación material- y no meramente psicológica- que les corresponda (...) Es por ello que la Sala estima que procede continuar la pieza de responsabilidad civil, siendo en la sentencia civil donde, a la vista de las pruebas practicadas en la vista, debe decidirse sobre la calificación o existencia de los hechos previstos como infracción penal y la participación en ellos [del menor], aunque, claro está, tal declaración lo sea a los únicos efectos de realizar los oportunos pronunciamientos civiles”.

⁴²⁴ ATC (Pleno) nº 275/2005, rec. 4003/2003, FJ 5º: “(...) pueden tener relevancia para la resolución de la pieza de responsabilidad civil las dudas planteadas por el Juzgado de Menores sobre el art. 18, así como sobre los arts. 61.1 y 64, LORPM en cuanto obligan a la substanciación de la pieza de responsabilidad civil derivada de delito, sin que se haya declarado previamente la existencia del delito y la responsabilidad de una persona en él

mediante una resolución judicial, ya que, ciertamente, es el propio art. 18 LORPM el que establece que la pieza de responsabilidad civil se tramitará “sin perjuicio” del ejercicio de la facultad de desistimiento por el Fiscal.

No obstante, esta cuestión ha de entenderse notoriamente infundada (...) En primer término, la asignación de competencia para el conocimiento de la responsabilidad civil a un Juzgado de carácter penal, pero específico como es el Juzgado de Menores, que es, además, el mismo órgano judicial competente para el conocimiento de la responsabilidad penal de los menores, en caso de que el Fiscal ejerza la acción de responsabilidad penal, no vulnera ni el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), pues, de dichos preceptos no deriva un contenido competencial indisponible entre jurisdicciones de distintos ordenes, ni la imposibilidad de que un órgano judicial penal conozca de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal. Por el contrario, es tradicional en nuestro sistema jurisdiccional que los órganos judiciales integrados en la Jurisdicción penal conozcan de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por adultos, incluso aunque -por ausencia de culpabilidad- no se declare la responsabilidad penal.

En segundo término, que sea posible dicho conocimiento de la responsabilidad civil por el Juzgado de Menores, incluso cuando no se substancie la pieza principal ante él por haber desistido el Fiscal del ejercicio de la acción punitivo-educadora, no tiene como consecuencia la limitación de la cognición del órgano judicial respecto de la responsabilidad civil, pues el Juzgado de Menores debe determinar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, la realización de un hecho que reviste los caracteres de ilícito penal y su comisión o no por los menores, y el daño. Es más, la autonomía e independencia de la substanciación de la pieza de responsabilidad civil supone que, aun cuando se incoe el expediente principal, la pieza de responsabilidad civil se sustancia de forma paralela e independiente, siendo necesario, por ello, que en esta pieza tengan lugar las fases de audiencia, alegación y prueba, así como que en la Sentencia que se dicte se efectúe la declaración de la realización de hechos constitutivos de infracción penal, de la comisión del hecho por los menores y la determinación del daño; todo ello, se ha de insistir, siempre de forma independiente y autónoma respecto de lo efectuado en el expediente principal (arts. 61 y 64 LORPM). La substanciación de esta pieza se efectúa, además, garantizando los principios de contradicción y audiencia de las partes, y de la

1º) La tradición de nuestro sistema, consistente en que los órganos jurisdiccionales integrados en la jurisdicción penal conozcan de la responsabilidad civil contraída a raíz del ilícito penal cometido por adultos, incluso aunque -por ausencia de culpabilidad- no se declare la responsabilidad penal.

2º) La amplitud de la cognición del órgano jurisdiccional respecto de la responsabilidad civil, pues el Juzgado de Menores debe determinar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, aún cuando no se substancie la pieza principal ante él por haber desistido el fiscal del ejercicio de la acción punitivo-educadora.

A pesar de esto, la reforma operada en la LORPM por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, parece haber optado por la primera de las tesis sostenidas al respecto por la doctrina.

La nueva redacción del art. 18 LORPM modificada por dicha LO suprime la expresión referida a la pieza de responsabilidad civil en el inciso final del apartado primero según la cual "Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil", e introduce la siguiente: "asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado".

Tal supresión implicaría que cuando el MF, en el ejercicio de la manifestación del principio de oportunidad recogida en el art. 18 LORPM,

prohibición de indefensión, pues dichas reglas rigen en todo tipo de procesos, y específicamente en la configuración legal de esta pieza en el art. 64 LORPM. Por consiguiente, es notoriamente infundada la cuestión relativa a la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)".

desiste de la incoación del expediente, tiene que comunicarlo a los ofendidos o perjudicados por la infracción penal para que, si lo estiman oportuno, ejerzan las acciones civiles tendentes a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por tal infracción en la vía civil pertinente, no procediendo ya la apertura de la correspondiente pieza separada de responsabilidad civil - que excepcionalmente preveía para este caso la LORPM pese a que no se incoase el expediente-, interpretación que vendría avalada por el tenor del art. 64.1º LORPM que, como regla del procedimiento para la exigencia de la responsabilidad civil en el proceso de menores, establece que tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil.

De este modo, si el fiscal no dicta decreto de incoación del expediente -ya que desiste por la aplicación del principio de oportunidad prevista en el art. 18 LORPM-, no remite parte alguno al Juez de Menores y, en consecuencia, este no puede ordenar la apertura de la pieza de responsabilidad civil, debiendo exigirse la misma en vía distinta de la penal. De forma expresa se recoge tal solución en el art. 4.VI LORPM.

Hay que puntualizar que tras la LO 8/2006 y pese a que la LORPM mantiene la denominación -"pieza separada de responsabilidad civil"- ya no subsiste la misma entendida como procedimiento para la exigencia de la responsabilidad de tal naturaleza, sino que ahora, al igual que en el proceso penal de adultos, la tramitación de la acción penal y civil ejercitadas es conjunta -la ley dice que tal pieza se tramitará de forma simultánea con el proceso principal- ya sea por el MF ya por la acusación particular personada a través del pertinente escrito de alegaciones.

3.2. El desistimiento de la continuación del expediente

Dentro de este desistimiento se enmarcan una serie de supuestos⁴²⁵ que tienen en común el que se desenvuelven cuando el conflicto ya se ha “judicializado”, pues ya se ha incoado el expediente con todo lo que ello supone -notificación al menor, nombramiento de abogado defensor, comunicación al Juzgado, notificación al perjudicado-, y, en consecuencia, el fiscal ya no archiva el procedimiento por sí, sino que lo interesa del Juzgado, que lo acordará de acuerdo con el principio acusatorio recogido en el art. 8 LORPM, si bien convendrá hacer una serie de puntualizaciones respecto de los casos en que se haya personado en el procedimiento acusación particular.

Tales supuestos de sobreseimiento están recogidos en los arts. 19 y 27.4 LORPM, que se analizan a continuación.

3.2.1. El sobreseimiento del artículo 19 LORPM

En el citado precepto se recoge una manifestación de la denominada “diversión o diversificación procesal” por medio de la cual se ofrece a los operadores jurídicos nuevas vías de intervención capaces de sustituir el proceso penal -en virtud de la oportunidad- por la conciliación extrajudicial entre el delincuente y su víctima⁴²⁶.

Para ello se configura un sistema de mediación como solución al conflicto pactada entre la víctima y el autor de la infracción penal con la intervención de una tercera parte de carácter neutral -en esencia el Equipo Técnico sin perjuicio

⁴²⁵ GARCÍA INGELMO, F.M., “El Fiscal y el principio de oportunidad...”, *cit.*, p. 437, utiliza la citada expresión de desistimiento para introducir los dos supuestos que se analizan seguidamente.

⁴²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción...*, *cit.*, p. 320.

de la intervención del MF- como intermediaria que facilita el entendimiento entre el menor y la víctima, haciendo ver al primero el reproche que su conducta merece desde el punto de vista moral y jurídico, y haciendo comprender a la víctima el significado de tal solución pactada para que pueda aceptar el perdón que le ofrece el menor⁴²⁷.

Deben diferenciarse como presupuestos de esta manifestación del principio de oportunidad -en la dicción del art. 19 LORPM-, tres tipos: objetivos, subjetivos y formales⁴²⁸.

3.2.1.1. Presupuestos objetivos

Se trata de requisitos para el posible ejercicio de esta facultad por el MF que se refieren⁴²⁹ a: 1) La infracción -el hecho imputado ha de constituir delito menos grave o falta-; 2) La entidad de la lesión del bien jurídico de que se trate -gravedad y circunstancias de los hechos-; y 3) El medio ejecutivo empleado por el menor -falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos-.

Respecto de lo que ha de entenderse por delito menos grave o falta son reproducibles las consideraciones hechas al tratar los presupuestos objetivos que permiten al fiscal desistir de la incoación del expediente, interpretando la doctrina la expresión "gravedad y circunstancias de los hechos" contenido en el art. 19.1 LORPM en el sentido de que el hecho punible no haya producido

⁴²⁷ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, cit., p. 250.

⁴²⁸ GIMENO SENDRA, V., "El proceso penal...", cit., p. 3.

⁴²⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal...* cit., p. 271.

alteración del orden público o revele peligrosidad de su autor⁴³⁰.

En cuanto a la falta de violencia o intimidación en la comisión de los hechos, hay posiciones encontradas sobre si es o no requisito necesario para el desistimiento de la continuación del expediente. Unos entienden que si es necesario y, por ello, acumulativo de los anteriores debiendo concurrir todos ellos para que la propuesta de sobreseimiento cuente con el respaldo legal⁴³¹.

Por el contrario para otros, la violencia o intimidación, por sí solas, no son suficientes para excluir el sobreseimiento, de modo que sólo la violencia o intimidación "graves" pueden desplegar un efecto impeditivo. En consecuencia, se amplía el elenco de infracciones que se puede sobreseer de esta forma con

⁴³⁰ GIMENO SENDRA, V., "El proceso penal...", *cit.*, p. 3. Considero que aunque en ocasiones como esta hay que acudir al empleo de tales conceptos jurídicos indeterminados, hubiera sido deseable una objetivación de tal expresión con la elaboración de un catálogo cerrado de los delitos en los que en principio, y sin perjuicio del análisis del resto de circunstancias, concurriría tal gravedad.

⁴³¹ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., "El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas", en AAVV, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2000, Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, 2000, p. 387, para quien las soluciones al conflicto previstas en el art. 19 LORPM "(...) sólo se pueden plantear cuando los hechos constituyan delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación. Obsérvese que el art. 19 no dice nada que no haya establecido con anterioridad el art. 18 (...) simplemente distribuye de manera diferente en la redacción del artículo los mismos presupuestos procesales". Por tanto, lo que cambia es el momento procesal en el que se ejercita la oportunidad. Del mismo criterio parece ser GIMENO SENDRA V., *Ibidem...*, *cit.*, p. 3., cuando hablando de los presupuestos objetivos de la manifestación del principio de oportunidad prevista en el art. 19 LORPM refiere como tales "(...) que el hecho punible atribuido sea menos grave o constitutivo de una falta, no haya sido violento, ni haya producido alteración del orden público o revele peligrosidad de su autor (...)".

relación al supuesto del art. 18 LORPM⁴³².

En mi opinión, soy partidario de esta última tesis, y sólo en los casos en los que se acredite una violencia o intimidación "graves", podría excluirse este sobreseimiento.

⁴³² MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal...*, cit., p. 271. De esta misma opinión es GARCÍA INGELMO, F.M., "El Fiscal y el principio de oportunidad...", cit., p. 440, que a título ejemplificativo refiere como infracciones que tienen cabida en el supuesto del art. 19 LORPM -y no en el del art. 18 LORPM- los casos de robos con violencia del art. 242.3 CP -ahora es el apartado 4, por nueva redacción dada por Ley 5/2010-, o los delitos contra la integridad física que no sean reveladores de una especial peligrosidad.

Más radical dentro de esta posición se muestra DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 126, quien entiende que el art. 19.1 LORPM no exige inexcusablemente la falta de violencia o intimidación graves, ya que en el último párrafo del mismo número se afirma categóricamente "sólo será posible -el desistimiento- cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta", sin añadir nada más, y ello por cuanto que "(...) cuando el legislador ha querido dar relevancia esencial a la violencia o intimidación en las personas, anudada a la naturaleza de la infracción como delito menos grave, lo ha dicho expresamente, como ocurre en el artículo 18 (desistimiento de la incoación del expediente)". Parece que tal autor llega incluso a abrir una tercera vía interpretativa según la cual el sobreseimiento estudiado no precisaría en ningún caso como requisito objetivo la ausencia de violencia o intimidación.

Surge de nuevo el problema de la indeterminación jurídica derivada del empleo del término "grave" que haría aconsejable la unificación de criterios del MF mediante el planteamiento y emisión de consultas o acuerdos de Junta de Fiscalía. En tal sentido parece pronunciarse la IFGE 2/2000 cuando en el apartado rubricado "Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores" refiere que "Su práctica debe servir para establecer criterios de actuación uniformes sobre cuantos temas se considere procedente relativos al ejercicio de la función (...) todo ello sin perjuicio del planteamiento de la consulta correspondiente al Fiscal Jefe, y en su caso, a la Fiscalía General del Estado (...) Especialmente resulta conveniente fijar criterios uniformes para adoptar las soluciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley".

De hecho, en la práctica se producen multitud de robos con intimidación o violencia que por sí mismos, no son reveladores de una especial peligrosidad en el menor delincuente, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Estos supuestos, son calificados como robos con violencia de menor entidad del art. 242.4 CP, o lesiones de menor gravedad del art. 147.2 CP atendiendo el medio empleado o el resultado producido. En la mayoría de estos casos, cabe la posibilidad del sobreseimiento del art. 19 LORPM.

3.2.1.2. Presupuestos subjetivos

Vienen configurados por las circunstancias del menor infractor y por una serie de condicionantes cuyo cumplimiento por el mismo son manifestación de su voluntad de reinserción, lo que supone una valoración de su situación que habrá de ser efectuada por el Equipo Técnico mediante el informe del art. 27.3 LORPM, siendo fundamental la labor del mismo, pues a este corresponde, además, realizar las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado e informar al MF de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

Respecto de las circunstancias del menor, y a diferencia de lo que sucede con el desistimiento del art. 18 LORPM, ya no resulta necesario para la viabilidad jurídica del sobreseimiento que nos encontremos ante un delincuente primario⁴³³.

⁴³³ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción...*, cit., p. 325, donde pone de relieve que el Fiscal de Menores únicamente debe atender a “las circunstancias del menor” para desistir o no de la continuación del Expediente, sin que exista referencia alguna a la comisión previa de hechos delictivos de la misma naturaleza. Comparto desde luego tal consideración pero entiendo, no obstante, que la reincidencia en la comisión de infracciones de cualquier naturaleza por el

Por su parte, los condicionantes de la manifestación de voluntad de reinserción del menor son, por una parte, la conciliación o reparación del daño a la víctima y, por otra, el compromiso de realizar una actividad educativa que, como pone de relieve la CFGE 1/2000, han de concurrir de manera alternativa - pudiendo hacerlo acumulativamente-, debiendo en todo caso constituir cualesquiera de ellas el objeto de la propuesta de mediación que, elaborada por el Equipo Técnico, debe ser aceptada por el menor y la víctima⁴³⁴. Procedamos al análisis de tales condicionantes.

1º) Conciliación o reparación

La ley establece en el art. 19 una clara diferenciación entre ambas instituciones de modo que la conciliación supone, según su Exposición de Motivos, "que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor" e implica, como refiere el art. 19 LORPM, que el menor "reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas". La reparación va más allá de esa satisfacción psicológica, dado que precisa además que "el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado", concretándose en el precepto transcrito ese compromiso del menor con la víctima o perjudicado en "realizar

menor es una circunstancia del mismo a valorar por el fiscal a la hora de instar o no el desistimiento previsto en el art. 19 LORPM. A tal fin, como pone de relieve MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad...*, cit., p. 272, el informe del Equipo Técnico encerrará un valioso criterio ponderativo y permitirá una aproximación certera al perfil psico-educativo del menor infractor.

⁴³⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, cit., p. 253, indica que la propuesta de mediación puede consistir bien en la conciliación o reparación del daño a la víctima, o bien en el compromiso de realizar una actividad educativa, lo que de forma efectiva han de aceptar el menor y la víctima.

determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva⁴³⁵.

Como destaca MARCHENA GÓMEZ, la reparación a que alude este precepto no es idéntica a la que como posible contenido de la responsabilidad civil refieren los arts. 110.2º y 112 CP, dado que si bien las acciones en beneficio de la víctima o perjudicado pueden tener un contenido patrimonial tendente a compensar la ofensa causada por el delito, ello no es indispensable, lo que evidencia que el inciso final del art. 19.2 LORPM aclare que tanto la conciliación como la reparación han de entenderse "(...) sin perjuicio del acuerdo a que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil" que seguirá su propio recorrido procesal en la vía pertinente al margen de las fórmulas que pongan término al expediente⁴³⁶.

Sin embargo, dado que con la mediación se persigue habitualmente indemnizar los daños y perjuicios irrogados a la víctima o al perjudicado por la infracción penal y por ello su reparación, será ciertamente inusual la subsistencia y el ejercicio de las acciones civiles. Pese a ello pueden darse casos en que no se produzca la reparación como consecuencia de que la víctima o el perjudicado no estén conformes con la cantidad que el menor y/o sus representantes legales estén dispuestos a abonar a tal fin exigiendo el pago de un montante desproporcionado. En este supuesto, solicitado que sea el archivo por desistimiento por el fiscal, si no se ha personado la víctima o el perjudicado, quedará expedita la vía civil dado que por el principio acusatorio el Juez de Menores archivará el procedimiento.

Ahora bien, si el fiscal insta el archivo y se hubiese personado en la causa

⁴³⁵ GARCÍA INGELMO, F.M., "El Fiscal y el principio de oportunidad...", *cit.*, pp. 438-44.

⁴³⁶ MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad...*, *cit.*, p. 274.

acusación particular, el Juez de Menores dará traslado a la misma para que, en su caso, formule escrito de alegaciones en el que ejercitará las acciones penales y civiles y formulado el mismo se devolverá el expediente al fiscal que podrá presentar bien escrito de calificación absolutoria, bien escrito de alegaciones instando la imposición de una medida con fin testimonial, debiendo en el primer caso -escrito absolutorio- resolver el Juez de Menores sobre si abre o no la audiencia y, en el segundo, abrirá la audiencia para su celebración, y tras ella, dictará sentencia.

Son además condiciones a tener en cuenta para que llegue a buen término el sobreseimiento en los supuestos analizados:

1ª) Que "en los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores" (art. 19.6 LORPM), lo que es consecuencia lógica de lo previsto en los arts. 154.2º, 162, 163 y 267 CC.

Sin embargo, se ha cuestionado que el Juez de Menores deba aprobar tal compromiso, ya que se trata de una mediación que se está produciendo en la fase de instrucción y ante el fiscal, que tiene como una de sus funciones estatutarias la defensa de los menores e incapaces y de la legalidad, por lo que debería ser bastante la aprobación de tal compromiso por el fiscal. Desde luego tal precepto parece ser un trasunto extensivo del art. 271 CC -concretamente de su inciso 3º- de forma que la aprobación judicial podría resultar precisa, en principio, en el supuesto de que el compromiso conlleve una renuncia de contenido patrimonial, pero lo cierto es que nos encontramos ante una actividad extrajudicial, sin relevancia en la responsabilidad civil, en la que lo fundamental es el interés educativo del menor, por lo que tal aprobación del

Juez de Menores, en contra del parecer del legislador, resultaría innecesaria⁴³⁷.

2ª) Que, a pesar del silencio de la ley, estén presentes en tal acto los representantes legales del menor (art. 22.1.e LORPM) para “complementar la capacidad del menor” a los efectos del compromiso adquirido garantizando así la reparación del daño.

3ª) Que se cumpla íntegramente la acción reparadora que se hubiese acordado, salvo que no pudiera ejecutarse por “causas ajenas a la voluntad del menor” (art. 19.4 LORPM). Se ha dicho que entre dichas causas estarían aquellos casos en que, no obstante la actitud conciliadora del menor, la víctima se mostrase reacia a aceptar esas disculpas, sin que el fiscal aprecie razones de suficiente entidad en esa actitud del ofendido⁴³⁸.

⁴³⁷ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 212-213.

⁴³⁸ GARCÍA INGELMO, F.M., “El Fiscal y el principio de oportunidad...”; *cit.*, p. 441. Este autor sostiene tal postura entendiendo que cuando el art. 19.4 LORPM dice “(...) o cuando una y otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor (...)” la expresión *una* se refiere a la conciliación y la expresión *otros* a los compromisos de reparación. En el mismo sentido parece pronunciarse MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad...*, *cit.*, p. 273, cuando refiere: “La creciente importancia del papel de la víctima en el proceso penal no es incompatible con el predominio del interés del menor a la hora de justificar una u otra solución jurisdiccional al hecho injusto cometido por aquel. Condicionar, como hace el legislador, la utilidad de la conciliación a algo tan difícil de describir y precisar como la satisfacción psicológica de la víctima, puede limitar enormemente las fructíferas posibilidades que podía ofrecer la conciliación como fórmula jurídica a favor de la evitación del proceso”. Hay quien, como LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción...*, *cit.*, p. 326, vislumbra como solución a la actitud renuente e injustificada de la víctima a otorgar el

Considero que si el significado de la mediación es el de dar una solución extrajudicial al conflicto planteado entre el menor infractor y la víctima derivado de la comisión por el primero de una infracción penal, es evidente que el punto de partida ineludible para tal solución es que la propuesta formulada por el Equipo Técnico sea aceptada y asumida por ambas partes. No parece lógico prescindir totalmente de la voluntad y el parecer de la víctima de una infracción penal, máxime cuando las últimas reformas legislativas tendieron a reforzar su posición dentro del proceso de menores en la persecución penal, permitiendo su personación y el pleno ejercicio de las acciones penales y civiles -incluyendo por ello el derecho al recurso-, y entender que al margen de ella se pueda, primero, desistir por el fiscal de la continuación del expediente y, después, acordar preceptivamente el sobreseimiento el Juez de Menores. Este criterio sería extensible al supuesto del desistimiento previsto en el art. 27.4 LORPM en caso de desacuerdo de la acusación particular con el parecer del fiscal⁴³⁹.

2º) Cumplimiento de una actividad educativa

Ante la escueta regulación legal y el silencio de la Exposición de Motivos acerca del concepto de esta figura, se entiende que la misma debe ser identificada con la medida recogida en el art. 7.1 l) LORPM, es decir, la realización de tareas socio-educativas⁴⁴⁰, con la posibilidad de que el menor

perdón, en cuanto que base de la conciliación, la alternativa de cumplimiento de la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe.

⁴³⁹ Contrario a ello se muestra DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La acusación particular..." *cit.*, pp. 4-5, para quien aunque el acusador particular muestre su oposición, parece difícilmente imaginable que el juez no sobresea el procedimiento si el menor ha cumplido el compromiso de conciliación o reparación y este se ha ajustado a la ley.

⁴⁴⁰ La Exposición de Motivos III-19 LORPM donde se contiene el concepto de tales actividades

asuma el cumplimiento de una medida a partir de un compromiso extrajudicial, siendo ello posible en tanto que con la mediación o justicia reparadora se busca una alternativa extrajudicial a la pena.

No obstante, en la práctica apenas se ha hecho uso de la actividad educativa, ya que de forma indirecta se estaba imponiendo una medida no siendo procedente la misma en este momento procesal, habiéndose optado por una mediación en la que el menor realizara acciones en beneficio de la víctima o perjudicado como medio para conseguir la satisfacción psicológica y/o patrimonial del mismo.

Al igual que los supuestos de reparación, el archivo final está condicionado a que se cumpla la actividad educativa asumida, por lo que la misma no puede ser más gravosa que una medida -principio de proporcionalidad-, ni debería prolongarse más allá de un tiempo prudencial atendiendo a razones de seguridad jurídica, incumbiendo el control de su cumplimiento a la entidad donde hubiera de realizar esas tareas el menor, que remitirá el informe bien directamente al fiscal, bien por medio del Equipo Técnico.

socio-educativas cuando refiere: "La realización de tareas socio-educativas consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social. Puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comunidad, o bien a uno creado «ad hoc» por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc."

En consecuencia, mientras no tenga lugar la conciliación o se realice la reparación o la actividad educativa, el fiscal mantendrá abierto el expediente y, una vez finalizada la misma o cuando no pudiera hacerse por causas ajenas a la voluntad del menor, dará por concluido el expediente y solicitará el sobreseimiento y archivo al juez⁴⁴¹. Por el contrario, si no se produce la conciliación o existe incumplimiento por el menor de la reparación o la actividad educativa, se continuará la tramitación del expediente en los términos del art. 30 LORPM.

3.2.1.3. Presupuestos formales

El presupuesto formal de este sobreseimiento viene constituido por la función de mediación del Equipo Técnico entre el menor y la víctima o el perjudicado, siendo aquel un órgano cualificado de asesoramiento de jueces y fiscales, pero no teniendo en ningún caso sus informes carácter vinculante.

La iniciativa para la mediación corresponde al MF que inicialmente ya ha tomado conocimiento en la instrucción de las circunstancias objetivas y subjetivas de los hechos, incumbiendo al mismo determinar si concurren en el caso los requisitos objetivos antes vistos y, además, ya ha tenido ocasión de entrevistarse con el menor y la víctima o el perjudicado y de plantearles una posible mediación, en función de la receptividad o no mostrada por los

⁴⁴¹ Respecto de la naturaleza de tal supuesto de sobreseimiento DOLZ LAGO J.M., "Cuestiones sobre la Instrucción Penal...", *cit.*, p. 5666, entiende que el mismo no encaja en ninguno de los previstos en los arts 637 y 641 LECRIM por lo que habrá de entenderlo *ex novo* y fundado en el mismo art. 19 de la ley. Por su parte ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 254. entiende que este sobreseimiento es incardinable en el art. 637.3º LECRIM al entender que el menor, al haber realizado la actividad mediadora, estaría exento de responsabilidad penal.

mismos.

Existiendo tal receptividad, el fiscal instará del Equipo Técnico el comienzo y el desarrollo de la función mediadora, estando caracterizada la misma por una ausencia de rigorismo formal, siendo el informe a elaborar en tal caso más breve que el previsto en el art. 27.1 LORPM -pues de ello parece liberarle la redacción del art. 19.3 LORPM- y conteniendo el mismo una sucinta exposición de las razones que expliquen la procedencia y los beneficios de los términos en que la conciliación se haya plasmado⁴⁴², la cual se recoge en acta aparte, informando el Equipo Técnico al fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento, para acordar o no en su caso el archivo del expediente.

En el acto de la mediación es obviamente necesaria la presencia del menor infractor y del perjudicado o víctima, pero no la del fiscal ni tampoco la del abogado del menor infractor, no teniendo lugar la del primero en la práctica y siendo inusual la del segundo⁴⁴³.

En cuanto a la presencia del legal representante del menor infractor, como se ha dicho, debe tener lugar en los términos del art. 17.2 LORPM, y ello además a los fines de que por parte de tal representante se tome conocimiento de la

⁴⁴² MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad...*, cit., p. 275.

⁴⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B., y otros, *Comentarios...*, cit., pp. 162-7. Tal autor entiende que debería arbitrase una comparecencia ante el fiscal y con presencia del letrado del menor y ello como garantías mínimas para la constancia de la voluntariedad y la ausencia de presiones en la intervención del menor, lo que implicaría la información previa al mismo, de forma clara, de las consecuencias de la mediación y de la posibilidad de rechazarla o apartarse de ella sin consecuencias negativas o contraproducentes para su situación procesal, no debiendo implicar el "reconocimiento del daño causado" a que se refiere el art. 19.2 LORPM una confesión o declaración incriminatoria de los hechos imputados.

mediación y se avale -siquiera moralmente- por este el cumplimiento de los términos de la misma. Es en todo caso imprescindible, por exigirlo el art. 19.6 LORPM, la concurrencia del legal representante de la víctima siendo este menor de edad o incapaz para asumir el compromiso adquirido y ello, como se ha visto, sin perjuicio de la aprobación por el Juez de Menores.

3.2.2. El sobreseimiento del artículo 27.4 LORPM

Las peculiaridades del proceso penal de menores, tendente a su reeducación, conlleva la exigencia de que, durante su tramitación, se elabore como dictamen pericial un informe o estudio completo sobre la personalidad del menor para la mejor comprensión de sus características personales, carencias educativas, y necesidades de integración social⁴⁴⁴.

La elaboración de tal informe incumbe primordialmente -si bien no de forma exclusiva como evidencia el art. 27.6 LORPM-, al Equipo Técnico en el desempeño de una función de asesoramiento del juez y del fiscal, teniendo el mismo carácter preceptivo pero no vinculante⁴⁴⁵, pudiendo referirse a varios

⁴⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., y otros, *Comentarios...*, cit., pp. 199-200.

⁴⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., y otros, *Ibidem...*, cit., p. 200, indica que el informe del Equipo Técnico "...tiene el carácter de dictamen pericial preceptivo emitido por un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia". Por su parte, MARCHENA GÓMEZ, M., y otros, *Ley de la Responsabilidad...*, cit., p. 301, afirma que los informes y dictámenes del Equipo Técnico "Pese a su reforzada cualificación técnica, carecen de valor vinculante, sin perjuicio de la posición de privilegio que les confiere su conocimiento singular de las circunstancias socioeducativas del menor". En el mismo sentido, y recordando también su carácter preceptivo, se pronuncia la CFGE 1/2000, de 18 de diciembre, en su apartado VI.3.E - la intervención del Equipo Técnico- al señalar que "El informe del Equipo Técnico constituye para el Fiscal una fuente de información de uso imprescindible --aunque no vinculante-- para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas. Dicho

aspectos fundamentales del proceso, y esencialmente: 1) La propuesta de medidas educativo-sancionadoras sobre el menor ya vista; 2) La conveniencia en interés del menor de una conciliación o reparación con arreglo al art. 19 LORPM en los términos vistos; y 3) La propuesta de no continuación del expediente por existir ya suficiente reproche sobre el menor con la propia tramitación, o por no considerar adecuada intervención alguna dado el tiempo transcurrido.

A este último de los posibles contenidos del informe del Equipo Técnico se refiere el art. 27.4 LORPM cuando señala que el Equipo Técnico podrá proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos supuestos –sigue el precepto-, si se reunieran los requisitos previstos en el art. 19.1 LORPM, el fiscal podrá remitir el expediente al juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

En este precepto se recogen los siguientes casos en virtud de los cuales concluye el expediente⁴⁴⁶:

1º) Cuando el Equipo Técnico considere que ya se ha “expresado

informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo”.

⁴⁴⁶ GARCÍA INGELMO, F.M., “El Fiscal y el principio de oportunidad...”; *cit.*, pp. 444-5.

suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados". Ello es lógico y congruente con los principios de la jurisdicción de menores y con lo referido en la Exposición de Motivos de que se intentará evitar al menor "los efectos aflictivos que el proceso pudiese llegar a producirle".

2º) Que se considere "inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos", y ello por lo desaconsejable en la justicia de menores de una intervención tardía y a destiempo.

3º) A lo anterior hay que añadir que el fiscal no haya podido desistir de la incoación del expediente por constarle al menor otros hechos de la misma naturaleza, y ello atendida la remisión del inciso final del art. 18 al art. 27.4. LORPM.

Todos estos casos requieren como presupuesto previo que la infracción reúna los presupuestos objetivos o requisitos del art. 19.1 LORPM -un "delito menos grave o falta" caracterizado "por la falta de violencia o intimidación graves"-, puntualizando que, aunque el precepto transcrito no lo diga, debe entenderse que quedarán siempre a salvo las acciones civiles de los perjudicados a quienes se les notificará tal archivo.

Archivado el proceso de menores bien en el supuesto del art. 19 LORPM bien en el del art. 27.4 LORPM, quedaría pendiente, en caso de que el contenido de la mediación no haya sido patrimonial -algo inusual por las razones antes referidas- o esta no se haya producido por las pretensiones económicas desproporcionadas de la víctima o el perjudicado, la exigencia de las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal cometida por el menor a que hace referencia el inciso final del art. 19.2 LORPM.

Tal inciso final ha sido reformado por la LO 8/2006 y dice: "Todo ello -la conciliación y la reparación- sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil". Antes de tal reforma el citado inciso disponía: "Todo ello -la conciliación y la reparación- sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta ley", lo que suscitaba no pocas dudas de interpretación.

Así antes de dicha reforma se planteaba la cuestión, al igual que en el desistimiento del art. 18 LORPM, de si en el supuesto de sobreseimiento previsto en el art. 19 LORPM cabía no obstante abrir la pieza separada para la exigencia de responsabilidad civil derivada de la infracción penal cometida por el menor. La doctrina se posicionó en torno a dos tesis: una negativa y otra positiva.

Quienes defendían la primera de las tesis lo hacían entendiendo que cuando el expediente de reforma -el proceso penal, en definitiva- había terminado con una resolución que le había puesto fin anticipadamente, lo procedente era acordar el archivo de la pieza de responsabilidad civil, con reserva, en su caso, de las correspondientes acciones civiles a los posibles perjudicados, dado que lo que se discutía en la pieza de responsabilidad civil era una responsabilidad civil *ex delicto*, y no se podía declarar la misma sin un previo pronunciamiento en un proceso penal de que el hecho delictivo había sucedido y había sido cometido por la persona a la que se imputaba, ya que en caso contrario se estaría auspicando un exceso en la jurisdicción⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Sentencia de la AP de Valladolid, (sec.4ª), de 30/3/2005, ponente Sr. Martínez Garcia (ROJ: SAP VA 357/2005), que en su FJ 1º argumenta tal tesis al señalar:

“Para poder exigir responsabilidad civil en la pieza a la que se refiere la Ley Orgánica

5/2000 es preciso que se haya declarado previamente la existencia de una responsabilidad penal en el expediente de menores, y así queda patente en la Ley en varios de sus pasajes:

- El artículo 2 de la Ley, dispone en su apartado 2 que los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable esta Ley. En consecuencia, si no se declaran cometidos tales hechos en virtud de una resolución judicial que así lo declare, el Juez de Menores no tiene competencia para resolver las responsabilidades civiles.

- El artículo 19.2 de la Ley hace referencia al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta.

- El artículo 64.8ª de la Ley vincula claramente el resultado que se haya producido en el procedimiento de menores, ya sea con el dictado de una sentencia o de la resolución definitiva que haya sido dictada, con la sentencia civil que ha de ser dictada después de haber terminado el proceso penal, y su contenido ha de ser: absolviendo a los demandados o declarando las responsabilidades civiles, obviamente en función de lo que se haya resuelto en el proceso penal”.

Asimismo, la sentencia de la AP de Salamanca, de 13/9/2005, ponente Sr. Gómez Herrero (ROJ: SAP SA 561/2005), en su FJ 5º refería: “(...) no resulta concebible, salvo que se patrocine un exceso en la jurisdicción que proscriben los arts. 9 puntos 3 y 6 en relación con el art. 11 de la LOPJ, que con una simple declaración sobre la satisfacción del reproche al menor a través de los trámites ya practicados, cuando los arts. 2. apartado 2, 19.2. y art. 64.8ª de la Ley de la LRPM, subordinan, en cuanto derivadas, a los hechos cometidos por las personas a las que resultan aplicable esta Ley, pues de estimar que no resulta necesaria tal declaración penal, se estaría introduciendo un procedimiento ordinario de naturaleza civil en el proceso de menores desarticulando el régimen competencial del enjuiciamiento, cuando lo que debe entenderse como querido por el legislador ha sido crear, a través de la pieza de responsabilidad civil, derivada de un expediente de reforma, un procedimiento competencia de la jurisdicción de menores, en el que se logre un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, pero derivado de la declaración penal que cierre el expediente de reforma, pues en el caso contrario, se habría creado ex novo un procedimiento ordinario civil, que al no ser precedido de declaración penal, habría supuesto la instauración de una competencia autónoma, propia de la jurisdicción civil, dentro de la también autónoma y excluyente jurisdicción de

La tesis positiva entendía que ni la conciliación ni la reparación producían necesariamente efectos civiles, quedando a salvo las consecuencias previstas para la responsabilidad civil derivada de la infracción penal previstas en los arts. 109 y 116 y siguientes del CP, que se refieren a la exigencia de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o falta, de tal manera que la posibilidad de ejercicio de la acción civil *ex delicto* no se veía impedida cuando el término del proceso devenía de la concurrencia de una causa legal impeditiva, como lo es la suspensión anticipada del procedimiento por conciliación o reparación de la víctima⁴⁴⁸.

Es la tesis negativa la que parece adoptar la LO 8/2006 en el sentido de que ahora, habiéndose producido una equiparación con el proceso de adultos, el ejercicio de la acción penal y civil en el proceso de menores y la consiguiente

menores, cuando la competencia de esta únicamente viene derivada del pronunciamiento penal o corrector que le es propia”.

⁴⁴⁸ Sentencia de la AP de Almería, (sec. 2ª), de 30-11-2005, nº 289/2005, rec.200/2005, ponente, Sr. Contreras Aparicio (ROJ: SAP AL 1404/2005), cuyo FJ 2º refiere : “(...) En el ámbito de la Jurisdicción ordinaria, la responsabilidad civil ex delicto nace del pronunciamiento en sentencia de la comisión de los hechos constitutivos de delito o falta, con obligación inherente a reparar del daño causado, teniendo como presupuesto tal declaración de hechos, tanto en los supuestos de declaración de responsabilidad penal con la correspondiente condena, como en los supuestos de exención regulados en el art. 20.1.2.3.5.6 en relación con el art. 118 del C. Penal. En el ámbito de la Jurisdicción Penal de Menores, la especialidad de su procedimiento, conlleva que no se parta, como presupuesto ni de la inexistencia del hecho constitutivo de delito o falta, ni siquiera de la ausencia de indicios de su comisión, sino que, sobrepasados dichos presupuestos de sobreseimiento, y constatada la existencia de indicios, se dan unas causas legales que implican de algún modo una suspensión anticipada del proceso. Es así que el propio art. 27. 4 , hace depender tal posibilidad de informe del Equipo Técnico y remisión de tal propuesta al Ministerio Fiscal de que se den los presupuestos del art. 19.1, que es la esencia del sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación de la víctima”.

tramitación procesal es conjunta, de modo que, no habiéndose personado acusación particular en la causa, si el fiscal opta por desistir de la continuación del expediente por los motivos del art. 19 o 27.4 LORPM sin que se haya producido satisfacción de las pretensiones indemnizatorias del perjudicado, quedará expedita al mismo a tal fin la vía civil.

Por el contrario si se hubiese personado en la causa acusación particular, si ante la pretensión de archivo del fiscal por los citados motivos, dicha acusación persistiese en el ejercicio de las acciones penales y civiles, entiendo que al Juez de Menores no le quedaría más remedio que acordar la celebración de la audiencia salvo que concurriesen motivos de fondo para acordar el archivo de la causa.

En este sentido, la vinculación del Juez de Menores a lo pedido por el MF no es absoluta, al no ostentar el mismo el monopolio de la acusación es este proceso, si bien cabría aplicar supletoriamente lo dispuesto en el art. 783, II Lecrim para el procedimiento abreviado, de forma que cuando el Juez de Menores acuerde la apertura de la audiencia sólo a instancia de la acusación particular, se dará nuevo traslado al fiscal para que formule su escrito de alegaciones, que en este caso, normalmente contendrá una calificación absolutoria⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., "Fase intermedia o de alegaciones", en AAVV, *Proceso Penal de Menores*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 217, indicaba estas cuestiones a pesar de la interpretación literal del art. 33.c) LORPM que dispone que el Juez de Menores acordará el sobreseimiento cuando así se lo haya solicitado el MF. El precepto no tiene en cuenta la posible personación de la acusación particular y eventualmente, su posibilidad de formular alegaciones. Es obvio que el traslado del art. 783, II Lecrim debería utilizarse en todos los supuestos donde el MF solicite el sobreseimiento -incluidos el libre y provisional previstos en el art. 30.4 LORPM- y la acusación particular formule alegaciones.

La CFGE 1/2007, de 26 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, sobre dicho extremo, señalaba en su apartado I.2: “ Debe por último tenerse presente que tras la reforma 15/2003, con la introducción de una acusación particular con plenos derechos procesales, es técnicamente posible que llegue a convocarse audiencia aun contrariando la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, si la acusación particular formula alegaciones. Para el caso de ocurrir esta eventualidad, los Sres. Fiscales interesarán del Juzgado que se les de traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal”.

4. La discrecionalidad durante la fase intermedia o de alegaciones: la conformidad del artículo 32 LORPM

En las fases de alegaciones y audiencia del proceso de menores la manifestación por excelencia del principio de oportunidad es la denominada institución de la conformidad que define la doctrina como el acto unilateral de disposición de la pretensión por la defensa, realizada en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que mediante el allanamiento a la petición más elevada de pena provoca la finalización del procedimiento a través de sentencias con todos los efectos de cosa juzgada⁴⁵⁰.

La LORPM contempla dos tipos de conformidad. Ambas son independientes, pero en cierto modo conexas entre sí. Son las denominadas limitada en la fase de alegaciones (art. 32) e ilimitada en el juicio oral (art. 36)⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ TORRES ANDRÉS, J.M., y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ed. Tapia Libros-Trivium, Madrid, 2001, p. 324.

⁴⁵¹ GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal...”, *cit.*, p. 3.

La conformidad en fase de alegaciones es recogida en el art. 32 LORPM, que contempla una conformidad limitada o estricta y referida a la medida, exigiéndose para ello como presupuestos necesarios⁴⁵²:

a) El subjetivo, consistente en la conformidad del letrado y del propio menor, así como de los responsables civiles del mismo modo que se exige en los arts. 784.3 y 787 Lecrim para el procedimiento abreviado.

b) El objetivo, resulta -por la propia redacción del art. 32 LORPM- del hecho de que sólo es posible la misma cuando el fiscal o la acusación particular personada soliciten en su escrito de alegaciones una medida consistente en una privación de derechos distintos del derecho fundamental de la libertad, es decir, cualesquiera medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7 LORPM -con exclusión por ello de las medidas de internamiento-⁴⁵³, cualquiera que sea la duración o periodicidad de las mismas (arts. 7 y 9 LORPM), ya que la ley no impone límite alguno en este sentido para que puedan ser conformadas por la defensa y el menor.

c) El formal, en cuanto que la prestación de tal conformidad exige su plasmación en el escrito de alegaciones de la defensa formulado por el letrado del menor y el de los responsables civiles, o en el presentado conjuntamente

⁴⁵² MAPELLI CAFFARENA, B., y otros, *Comentarios...*, cit., p. 227.

⁴⁵³ Las medidas sobre las que puede procederse en esta conformidad son: a) tratamiento ambulatorio; b) asistencia a un centro de día; c) permanencia de fin de semana; d) libertad vigilada; e) prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez; f) convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; g) prestaciones en beneficio de la comunidad; h) realización de tareas socio-educativas; i) amonestación; j) privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas ; k) inhabilitación absoluta.

por las acusaciones pública y particular y tales defensas. Posteriormente deberá ser ratificada dicha conformidad ante el Juez de Menores mediante la comparecencia regulada en el art. 36 LORPM.

Pese a que la remisión al art. 36 LORPM hace pensar en la necesidad de que tal conformidad se ha de prestar en el momento procesal del comienzo formal de las sesiones de la audiencia, como refiere la CFGE 1/2000⁴⁵⁴, “habiendo sido anunciada la conformidad en el escrito de alegaciones de la defensa, examinada por el juez la concurrencia de los presupuestos que impone el artículo 32 acerca de la naturaleza y límites de las medidas, nada parece oponerse a que la comparecencia a que se refiere aquel precepto se emancipe cronológicamente respecto del comienzo formal de las sesiones de la audiencia. De cerrarse esa posibilidad, el desenlace definitivo del juicio por razón de la conformidad del menor habría de quedar a expensas de un turno de señalamientos o de la práctica de numerosas diligencias de citación que no añadirían nada positivo a la siempre valorable celeridad. Se trataría, pues, de evitar dilaciones de tan perturbadores efectos cuando de lo que se trata es de enjuiciar el hecho ilícito cometido por un menor de edad”.

Por tanto, no es necesario esperar en este tipo de conformidad al señalamiento de la audiencia.

No obstante, tal posibilidad sólo sería factible en los casos de conformidad tanto a la responsabilidad penal como a la civil, tanto por el menor infractor como por los responsables civiles y sus defensas, indispensablemente la del primero, de suerte que en caso de que la conformidad no lo fuese a la responsabilidad civil por disentimiento del menor y su letrado o de los

⁴⁵⁴ CFGE 1/2000 apartado VIII.2.

responsables civiles -supuesto que tras la reforma operada por la LO 8/2006 recoge el art. 32 LORPM al conocerse ahora en el proceso de menores simultáneamente de la responsabilidad penal y civil- no tendría sentido adelantar en el tiempo tal comparecencia y por ello el momento procesal para ratificar la conformidad respecto de la responsabilidad penal debe ser el de la audiencia en los términos del art. 36 LORPM, esperando al señalamiento de la misma, y procediendo posteriormente a celebrar la audiencia pero limitada a la discusión y práctica de los medios de prueba relativos a la determinación de la responsabilidad civil.

Ante el silencio legal acerca de las personas que deben ser convocadas a la comparecencia de ratificación de la conformidad parece lógico distinguir dos supuestos, según que la conformidad se refiera tanto a la responsabilidad penal como a la civil, o que se refiera sólo a la responsabilidad penal.

En el primero de tales supuestos, adelantada que sea en el tiempo la comparecencia de ratificación en los términos referidos, no parece lógico que se deba convocar a la misma a los testigos ni a los peritos propuestos en el escrito de alegaciones de la acusación -fiscal y acusación particular- ni de la defensa, pero en los términos del art. 35 LORPM se deberá convocar al MF, a las acusaciones personadas, al letrado del menor, a un representante del Equipo Técnico que haya evacuado el informe previsto en el art. 27 LORPM, y al propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el juez, oídos los citados MF, acusación particular, letrado del menor y representante del Equipo Técnico, acuerde lo contrario. Asimismo será imprescindible la presencia de las personas responsables civiles que deberán

asimismo ratificar la conformidad en la parte que a ellos les afecta⁴⁵⁵.

En el supuesto de que el menor y su letrado o los responsables civiles no presten su conformidad a la responsabilidad civil, procediendo por ello la celebración de la audiencia para la discusión y prueba relativas a tal responsabilidad tras haberse efectuado la ratificación de la conformidad respecto de la responsabilidad penal, se convocará a la audiencia a los testigos y los peritos propuestos en los escritos de alegaciones de las partes en la medida que serán imprescindibles para la probanza de las pretensiones por ellas defendidas en lo que afecta a la responsabilidad civil, si bien la inasistencia injustificada de las personas responsables civiles no será causa de suspensión de la audiencia (art. 35 LORPM).

Concurriendo tales presupuestos, el Juez de Menores dictará sentencia sin más trámite, pareciendo vislumbrar el art. 32 LORPM la vinculación en tal sentido del órgano judicial desde la perspectiva cualitativa -tipo- y cuantitativa -duración- de la medida a imponer con la conformidad alcanzada, y de igual modo con la responsabilidad civil, por lo que impondrá la medida y la responsabilidad civil solicitadas -o la medida solicitada y la responsabilidad civil que estime procedente a la vista del acervo probatorio de la audiencia al respecto si la conformidad no comprendía esta responsabilidad-⁴⁵⁶.

No obstante, tal vinculación del juez a los términos de la conformidad es

⁴⁵⁵ DOLZ LAGO, M., *La nueva responsabilidad...*, *cit.*, p. 177. La interpretación de la asistencia del círculo de personas referido en el art. 35 LORPM la justifica tal autor en que si el art. 32 LORPM se remite a los términos de la conformidad del art. 36 LORPM y este es consecutivo al art. 35 -asistentes a la audiencia-, parece que si aquellos están presentes en la conformidad del art. 36 también deben estarlo en la del art. 32.

⁴⁵⁶ GIMENO SENDRA, V., "El proceso penal de menores...", *cit.*, p. 3.

cuestionada por un sector doctrinal, como se verá a continuación.

5. La fase de audiencia: la conformidad ilimitada del artículo 36 LORPM

La conformidad ilimitada, que puede tener lugar en la fase de audiencia o juicio oral, se regula en el art. 36 LORPM siendo sus presupuestos los mismos que los propios de la conformidad del art. 32 LORPM, si bien hay que hacer una serie de consideraciones respecto de cada uno de los presupuestos objetivo y formal.

Respecto del presupuesto objetivo hay que advertir que cualitativamente el ámbito de aplicación de esta conformidad es más amplio dado que puede ser reclamada la misma para cualquier tipo de medida, incluso la de internamiento, si bien, por aplicación supletoria del art. 787.1, II Lecrim – procedimiento abreviado⁴⁵⁷, parece lógico limitar la conformidad cuantitativamente en el sentido de no considerar posible la misma cuando verse sobre la medida de internamiento y su duración exceda de los 6 años, supuesto en el que el Juez de Menores no deberá admitir la misma, aunque tal parecer no es compartido por toda la doctrina⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ La Disposición Final 1ª LORPM establecía expresamente su carácter supletorio en este proceso.

⁴⁵⁸ DOLZ LAGO, M., *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 179, hacía extensiva esta limitación a los casos en los que siendo la conformidad a una medida de internamiento por periodo inferior a 6 años la misma sea complementada con una medida de libertad vigilada por un periodo tal que sumados ambos se exceda ese límite de 6 años. Tal criterio no parece congruente con el establecido en el art. 787.1 II LECRIM que refiere el límite de 6 años para la pena de prisión como pena privativa de libertad, de suerte que haciendo una asimilación por su naturaleza, la medida que se correspondería a la pena de prisión sería la de internamiento, pareciendo pues adecuado que tal límite deba hacer referencia sólo a la medida de

En cuanto al presupuesto formal el momento procesal de la comparecencia de conformidad del art. 36 LORPM es exclusivamente el de la audiencia, tras señalamiento, y antes de la práctica de la prueba, en el que el secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el MF y, en su caso, por la acusación particular y el actor civil en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden (art. 36.1 LORPM).

Tras ello, el juez preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el juez podrá dictar resolución de conformidad.

Si el letrado del menor no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia (art. 36.2 LORPM).

Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes (art. 36.3

internamiento. Por su parte, CALATAYUD PÉREZ, E., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, CGPJ, Madrid 2001, p. 336, pone de relieve que no obstante la dicción de los arts. 655 y 688 Lecrim y 50 LOTJ, la LO 5/2000 no establece límite para la conformidad por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 36 LORPM la conformidad no afecta a la duración de la medida de internamiento.

LORPM).

Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella (art. 36.4 LORPM).

En el caso de que fuese la acusación particular quien mostrase su disconformidad con los aspectos anteriormente referidos, habría que celebrar la audiencia. No obstante, conforme al principio del superior interés del menor debería permitirse al juez el control de la conformidad, de modo que, una inmotivada negativa de la acusación particular al acuerdo alcanzado por el fiscal y la defensa por discrepancias en cuanto a la medida imponible, podría ser rechazada por el juez, convalidando el acuerdo alcanzado. Esta tesis avala la dicción del art. 25 d) LORPM que impide a la acusación particular proponer prueba sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor y, por ello, la prueba esencial a practicar se reduciría al informe del Equipo Técnico⁴⁵⁹.

Se plantea la doctrina, respecto de esta modalidad de conformidad, si el juzgador está o no vinculado desde la perspectiva cualitativa -tipo- y cuantitativa -duración- de la medida a imponer de acuerdo con la conformidad

⁴⁵⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La acusación particular...", *cit.*, pp. 5, 6 y 8. El art. 25 d) LORPM, refiriéndose a la acusación particular, indica que esta puede proponer prueba que verse sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.

alcanzada⁴⁶⁰. Como argumento en contra de tal vinculación se afirma que no existiendo en el proceso penal de menores una medida señalada a cada delito sino un catálogo general de las mismas que el juez puede recorrer a la hora de elegir entre ellas la más adecuada al hecho y la personalidad del autor, el principio acusatorio no puede extenderse a la medida que pueda ser adoptada por el juez, ya que es incompatible con los principios de indeterminación legal y sus derivados de individualización judicial y proporcionalidad.

De este modo, si el principio de indeterminación de la medida no vincula al juez respecto de la interesada por el fiscal, porque legalmente no existe una señalada por el legislador para cada infracción, tampoco quedará limitado al *quantum* de aquella, sino a los límites temporales genéricos establecidos con carácter general.

En consecuencia, los efectos del principio acusatorio en el proceso especial de menores quedarán reducidos a la vinculación del juez con los hechos y con la calificación jurídica formulada por la acusación pero podrá desvincularse en la elección de la medida y en su duración⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ TORRES ANDRÉS, J.M., y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal...*, cit., p. 350, donde mantiene la citada tesis.

⁴⁶¹ En este sentido, es interesante la sentencia de la AP de Huelva, (sec. 1ª), de 21-3-2005, nº 53/2005, rec. 37/2005, ponente Sr. García García (ROJ: SAP H 275/2005), que desestima el recurso de apelación instando la nulidad del procedimiento por vulneración de normas esenciales -art. 787 Lecrim- interpuesto por el MF contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Huelva por la que no obstante, la conformidad en el trámite y términos del art. 36 LORPM entre la acusación pública y el menor y su letrado con los hechos respecto de la calificación jurídica -como delito de daños- y la medida a imponer, el juez condena al menor como autor de una falta de daños e impone medida distinta. Entiende el MF que el juez debió comunicar a las partes su calificación alternativa y, de no ser aceptada, proseguir la audiencia

6. La personación de la acusación particular: artículo 25 LORPM

Al analizar los supuestos de sobreseimiento por desistimiento del expediente y las diferentes conformidades, se han visto no sólo los controles del órgano jurisdiccional sobre las decisiones del MF, sino además la intervención en los mismos de la acusación particular, en su caso.

para práctica de prueba. Como no se hizo así, se vulneró el art. 787 Lecrim que considera aplicable supletoriamente, ya que el art. 36 LORPM no regula expresamente los casos de discrepancia del juez, sino solo el caso de falta de aceptación del menor o su letrado a la conformidad.

La Sala desestima el recurso argumentando que "(...) no es esa la solución que prevé el único precepto legal aplicable, el referido art. 36 LORPM, cuyo num. 2 dice que aun en los casos de plena conformidad de las partes, el juez, "podrá" dictar resolución de conformidad. Y si no lo hace, es claro que la alternativa no es solo continuar el acto de la audiencia, pues esto solo se impone, en el num. 3, cuando no hay conformidad del Letrado o del menor. La Ley permite así que se dicte sentencia contradictoria con la calificación consentida por las partes, tal y como se ha hecho, siempre que lógicamente sea para degradar la infracción o apreciar eximentes o atenuantes, en beneficio del menor.

No es que la Ley guarde silencio y haya laguna que llenar con la aplicación del art. 787 LECRIM, sino que la facultad insita en el término, "podrá" conlleva tener que interpretar que la norma está prescribiendo que a la posibilidad de dictar sentencia de conformidad se une la contraria, de dictar sentencia de contradicción, sin continuar la audiencia. Repetimos que esto solo se prevé para la discrepancia del menor o el Letrado, no la del Juez.

Es mas, obsérvese que la Ley del Menor ha querido claramente diferenciarse en este punto del sistema de enjuiciamiento rápido o del Procedimiento Abreviado, en los que no es facultativo sino imperativo dictar sentencia de conformidad o continuar el juicio. No pueden, pues, traerse en aplicación supletoria preceptos de los que el enjuiciamiento de menores ha querido prescindir, aun en el caso de que se estimase que hay laguna legal, que habría que integrar de otro modo, como lo hacemos, para interpretar sistemáticamente el precepto y llegar a la misma solución procesal a la que llega la juzgadora de primer grado".

Por tanto, en este apartado, sólo añadiré algunos aspectos que considero esenciales de esta figura, dado su tratamiento tanto en la LORPM como en nuestra doctrina.

La LORPM, consecuente con una larga tradición y el parecer doctrinal mayoritario⁴⁶², excluyó del proceso penal de menores la intervención tanto de la acción popular como de la acusación particular, y ello atendidas las peculiaridades de esta jurisdicción que persigue una intervención educativa dirigida al menor infractor, en defecto de otras finalidades del Derecho Penal de adultos, tratando para ello de evitar cualquier efecto contraproducente para el menor como sería el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.

Pese a ello el legislador establecía, en el caso de procedimientos por delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años, un régimen de intervención del perjudicado en orden a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente, sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor.

⁴⁶² DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La acusación particular..." *cit.*, p. 2, donde este autor refiere como argumentos en contra de la admisión generalizada de la acusación particular los siguientes: la necesidad de preservar los aspectos educativos del proceso; la exigencia de celeridad; la conveniencia de proteger los aspectos más íntimos del menor y de su familia, diseccionados en el informe del Equipo Técnico; la exigencia de evitar postulaciones puramente vindicativas; la obligación de promover una medida inspirada en el principio del interés del menor; la conveniencia de fomentar las conformidades y la dificultad de cohonstar la admisión de la acusación particular con un principio básico del Derecho penal de menores, la promoción de salidas alternativas al proceso formalizado -derivación y descriminalización-.

Tal régimen suponía otorgar a las víctimas un derecho de participación, cuyos términos recogía el art. 25 LORPM, ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales en calidad de "coadyuvantes" de la acusación pública proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos.

Sin embargo, esta participación se establecía de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabía reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales.

Se excluía en consecuencia la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, y la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor⁴⁶³ estableciendo en todo caso un régimen limitado de intervención de las víctimas que a pesar de las críticas no fue considerado en principio irrespetuoso con nuestra CE por el ATC de 10 de febrero de 2003⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Exposición de Motivos de la LO 5/2000, inciso II, apartados 7 y 8.

⁴⁶⁴ ATC (sec. 3ª) nº 45/2003, rec. 4208/2001, FJ 3º: " (...) lo que la demanda plantea sin ambages es un control de constitucionalidad de varios preceptos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [entre ellos su art. 25], aplicable al caso. Sucede, sin embargo, que este Tribunal sólo puede conocer directamente de la conformidad constitucional de la Ley cuando es instado a ello por quienes legitima el ordenamiento para ello, entre los que no se encuentran los particulares: como señala el Ministerio Fiscal, tal control ha de tener lugar mediante un proceso de depuración del ordenamiento jurídico, proceso que no se corresponde con la vía de amparo. Ciertamente, en virtud del art. 55.2 de su Ley Orgánica reguladora, el Tribunal Constitucional puede entender de la constitucionalidad de la ley de forma indirecta cuando la lesión de un derecho fundamental amparable sea consecuencia inmediata de dicha aplicación. En este caso, no obstante, el derecho alegado

No obstante, y quizás marcado por una serie de acontecimientos que evidenciaron la necesidad de darles una mayor protección, el legislador se replanteó el papel de las víctimas en el proceso de menores y apostó decididamente por su potenciación, surgiendo así la reforma de la LORPM llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que rompe con ese principio general de exclusión de la acusación particular, y en su disposición final segunda da un giro radical en el tratamiento de la personación del perjudicado, permitiéndola aparentemente sin limitaciones subjetivas ni funcionales y encabezando un nuevo art. 25 LORPM bajo la rúbrica "De la acusación particular"⁴⁶⁵.

Una parte de la doctrina sostiene que dicho precepto reconoce extensamente la posibilidad de personarse como acusación particular desde una perspectiva positiva y otra negativa⁴⁶⁶. Positivamente en la medida que quedan abarcados todos los delitos, sin ninguna exclusión derivada de la edad del menor infractor o de la naturaleza menos grave o no violenta del delito, y negativamente, dado que no cabe la personación por simples faltas.

como vulnerado es la tutela judicial efectiva, pero, como se ha visto, los argumentos esgrimidos para fundamentar tal lesión y, a partir de la apreciación de la misma, para que pudiera procederse al control de los preceptos cuya constitucionalidad cuestionan los recurrentes, resultan carentes de apoyo, debiéndose concluir necesariamente por ello que no es posible efectuar en este caso el control de constitucionalidad requerido".

⁴⁶⁵ Dispone en su inciso inicial el art. 25 LORPM tras la reforma de la LO 15/03: "Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento (...)".

⁴⁶⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La acusación particular...", *cit.*, pp. 2-4 y 6.

La CFGE 1/2007, de 26 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, sobre dicho extremo, señalaba en su apartado I.2, que sí era procedente la personación por faltas al entender que el art. 4. III, LORPM facultaba la personación en el expediente sin distinguir según sea el tipo de infracción cometida, con los siguientes argumentos: "Respecto al ámbito objetivo al que se extiende la acusación particular, también debe hacerse una puntualización. En el sistema originario de la Ley las restricciones eran notables: sólo cabía en relación con hechos tipificados como delitos, atribuidos a personas de dieciséis años en adelante y para hechos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas. Tras la reforma 15/2003 caen las restricciones, pudiendo personarse el ofendido como acusación particular en toda clase de delitos y sea cual sea la edad del menor infractor. No obstante, la mención del art. 25 a que *podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares...las personas directamente ofendidas por el delito* llevó a considerar *a contrario sensu*, que no cabía la personación respecto de las faltas. Pues bien, tras la reforma 8/2006 debe entenderse que tal restricción ya no es defendible, a la vista del nuevo art. 4, que en su párrafo tercero reconoce el derecho de víctimas y perjudicados a personarse en el expediente que se incoe al efecto. Consiguientemente, la referencia al expediente *in genere*, sin distinguir si el mismo se incoa por delito o por falta, debe llevar a la conclusión de que es admisible la personación del ofendido en todo caso, conforme al brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁴⁶⁷. Este es el criterio seguido por parte de la doctrina al entender que la intención del legislador no fue excluir la personación de la acusación particular por

⁴⁶⁷ Las cursivas son literales de la citada Circular.

faltas, sino que el término "por el delito" no fue incluido en su estricto concepto técnico-jurídico y sí como sinónimo de infracción penal⁴⁶⁸.

En el art. 25 LORPM se recoge de forma abierta la enumeración de los derechos y las facultades que se derivan del hecho de ser parte en el procedimiento, siendo los siguientes: a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento; b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley; c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos; f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento; g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de las medidas impuestas al menor; h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren; i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Finalmente refiere el citado artículo que admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses, lo que evidencia que es al Juez de Menores a quien incumbe resolver sobre la procedencia o no de la personación en el seno de las diligencias que haya abierto a partir de la comunicación por

⁴⁶⁸ REVILLA GONZÁLEZ, J.A., "La víctima y el menor infractor", en AAVV, *Proceso Penal de Menores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.85.

Fiscalía de la incoación del expediente.

Nada dice el precepto sobre el límite temporal para poder personarse la acusación particular, pero por aplicación supletoria del art. 110 Lecrim, deberá entenderse el momento del trámite de calificación y apertura del juicio oral⁴⁶⁹.

De todas estas consideraciones se puede concluir que la pretensión del legislador ha sido trasladar al modelo de menores el vigente para la acusación particular en el proceso penal de adultos, que es supletoriamente aplicable al proceso de menores (Disposición Adicional 1ª LORPM), si bien con limitaciones puesto que no será admisible la continuación del proceso si el fiscal hace uso de la facultad discrecional del art. 18 LORPM, al ser irrecurrible el decreto de archivo del fiscal, sin perjuicio de otras posibilidades ya mencionadas para la acusación particular⁴⁷⁰.

7. El control interno en este proceso

De la misma forma que para el proceso de mayores, el control interno se caracteriza por la vigencia de instrucciones, circulares y consultas en esta materia y sobre todo, por la labor de visado que desempeña el Fiscal Delegado de Menores en las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales.

⁴⁶⁹ En este sentido se pronunció la Sentencia del Juzgado de Menores nº 2, Valencia, de 10-11-2005, nº 437/2005, nº autos 638/2003, ponente Sra. Torralba Collados (ROJ: SJM 1/2005), donde en su FJ 2º, decía: “(...) el artículo 25 de la L.O. 5/00 establece que la acusación particular podrá ejercitarse durante el procedimiento, y que en principio, el término procedimiento no establece un plazo para el ejercicio de la misma. Pero debe tenerse en cuenta que es necesario establecer un límite a la personación, pues en caso contrario, podría vulnerarse el derecho de defensa de los menores, y ese límite se encuentra en el artículo 110 de la Lecrim, de aplicación supletoria en esta materia, es decir, que la acusación particular podrá ejercitarse antes del trámite de calificación y apertura del juicio oral”.

⁴⁷⁰ Vid. notas 396 y 415 de este trabajo.

Pero esta labor de control del Fiscal Delegado no es la única relevante, a la vista de la especial incidencia que la delincuencia juvenil tiene en la sociedad y en los medios de comunicación⁴⁷¹.

La Disposición Final 4ª LORPM dispone que en todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos necesarios.

La entrada en vigor de la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, ya determinó que las Fiscalías de mayor extensión y con mayor volumen de asuntos de reforma constituyeran Servicios de Menores para atender esta

⁴⁷¹ Conforme a las previsiones de la IFGE 3/2008, los Fiscales Delegados de Menores pueden asumir la de "ser portavoz de la Fiscalía ante los medios de comunicación en la materia de menores, bajo la dirección del Fiscal Jefe". En las conclusiones de las jornadas de Fiscales Delegados de Menores celebradas en León los días 5 y 6 de noviembre de 2009 (www.fiscal.es - sección documentos), se llegó a recalcar la importancia de dicha función: "El correcto desempeño de tal función cobra especial relevancia por un lado a la vista de la demanda social de información en asuntos de menores y por otro lado por la necesidad de evitar la aparición de noticias que, carentes de rigor, generan desinformación y alarma. En el desempeño de esta función habrá de prestarse especial cuidado en la preservación de la intimidad de los menores afectados. Debe en este punto recordarse las previsiones de la IFGE 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, en la que se declaraba que en el proceso penal de menores también se dan casos de interés público y en los que cabe apreciar un legítimo interés por informar y por recibir información. Es más: en este proceso los datos y explicaciones suministrados por el Fiscal tendrán una especial utilidad social, teniendo en cuenta la desinformación y las explicaciones desenfocadas, -en ocasiones por simple desconocimiento- que se difunden con cierta frecuencia, y que origina en ocasiones una infundada zozobra, inquietud e incluso alarma social".

materia ante su especial régimen jurídico y sector de población a quien se aplica.

Como decía la IFGE 2/2002 de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LORPM, "(...) el número de fiscales adscritos a estos servicios se ha ido adecuando, atendiendo tanto al volumen de procedimientos en tramitación como a la dedicación exclusiva o compartida con otros cometidos. En algunas Fiscalías estos fiscales se han venido encargando del despacho de los asuntos de Reforma y de los de Protección, lo que ha de considerarse sumamente positivo, siendo ello de otra parte lo aconsejable si las circunstancias lo permiten, ante las importantes vinculaciones de una y otra materia. En Fiscalías más pequeñas, sin constituir propiamente una especialidad, el despacho de los procedimientos de Reforma se ha encomendado a fiscales concretos. Por último, solo algunas Adscripciones Permanentes de Fiscalías tramitan, en todo o en parte, procedimientos de menores por hechos cometidos en su ámbito territorial".

Así estaba la situación con la entrada en vigor de la LORPM, aunque en la actualidad ya no se llevan asuntos de menores por las Jefaturas de Área - antiguos destacamentos-, sin perjuicio de las medidas urgentes -sobre todo en materia de protección de menores, que se puedan acordar en el Juzgado de guardia y, en los que, por tanto, el fiscal adscrito a la guardia deba intervenir. En lo demás, la asunción de estos asuntos se encarga a los fiscales especialistas adscritos a la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial⁴⁷², quienes

⁴⁷² El EOMF en su art. 18.3 IV obliga a crear Secciones de Menores en toda las Fiscalías Provinciales y posibilita la constitución de estas secciones en las Fiscalías de las CCAA cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo

establecen un turno permanente de guardia -24 horas- junto al Juzgado de guardia ordinario de la respectiva capital de provincia⁴⁷³.

Debo dar por reproducido lo dicho para el proceso de mayores en cuanto a la naturaleza de las instrucciones, circulares y consultas, emanadas de la FGE en

aconsejen. Ya la LORPM exigía la formación de fiscales especialistas en materia de menores, atribuyéndoles preferencia para desempeñar el cargo en las secciones correspondientes de cada una de las Fiscalías, conforme a lo que establecieran las leyes y reglamentos. Dicha preferencia se basaba en la especialización, que en la reforma del EOMF introducida por Ley 2/2000 de 28 de diciembre, se contemplaba desde una perspectiva funcional al establecer que será valorada la realización de funciones anteriores, haber impartido o superado cursos, o haberse especializado de otra forma análoga en la materia.(art. 18.1 II EOMF, redacción anterior a la Ley 24/2007). Posteriormente, la IFGE 3/2008, respecto de la creación de Secciones de Menores en las CCAA decía: "Con el esquema competencial actualmente vigente, en el que la segunda instancia se atribuye a las Audiencias Provinciales, no procederá por el momento hacer uso de tal posibilidad, a salvo, lógicamente, de la necesidad de constituir Secciones de Menores en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas uniprovinciales no desdobladas".

⁴⁷³ La IFGE 2/2002, sobre el sistema de guardias decía: "El servicio de guardia se prestará por los fiscales conforme a las directrices que el Fiscal Jefe imparta, que tendrá en cuenta la normativa sobre guardias establecida para cada Fiscalía. Podrán desempeñarlo tanto los fiscales de la propia Sección como los del resto de plantilla de la Fiscalía. En todo caso la organización interna de cada Fiscalía deberá garantizar la disponibilidad de los fiscales para atender de inmediato la puesta a disposición de los detenidos, contando igualmente con el personal colaborador preciso, teniendo en cuenta que el menor detenido debe permanecer en esta situación el tiempo estrictamente necesario a los fines de la investigación. (art. 17.4 y 5). En las Fiscalías se adoptarán las medidas organizativas que aseguren la presencia efectiva de un miembro del Ministerio Fiscal en las declaraciones de menores detenidos cuando no estén presentes sus padres, tutores o guardadores, distinto del que sea o vaya a ser instructor del expediente. Esta presencia también tendrá lugar cuando el fiscal instructor tome declaración al menor detenido (art. 17.2)".

esta materia pero, sin embargo, si debo hacer algunas precisiones respecto de la función del visado en este proceso.

La IFGE 3/2008 sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, señalaba las funciones que con carácter general desempeñan los Fiscales Delegados de Menores en el ámbito territorial de la respectiva Fiscalía:

- a) Dirigir la Sección en las facetas que le encomiende el Fiscal Jefe.
- b) Coordinar la actividad y los cometidos de la Sección y de los fiscales adscritos que le encomiende el Fiscal Jefe y de cuantos fiscales hayan de participar en materias propias de la Sección por corresponder a su intervención -por ejemplo: actuaciones en servicio de guardia-.
- c) Las demás funciones que les sean encomendadas de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía. En todas las Fiscalías deberá haber además del Delegado de Menores, al menos otro fiscal adscrito a la Sección, de manera que aquel pueda ser sustituido en los casos ordinarios de baja por enfermedad, licencias o permisos, y cuando cese -sea por traslado a destino en Fiscalía distinta o por otra causa- mientras se procede a la designación de nuevo Delegado.

La anterior IFGE en su apartado V -delegación de funciones del Fiscal Jefe- determinaba que podía delegar en los Fiscales Delegados de menores, entre otras: "h) El visado de escritos de alegaciones, solicitudes de sobreseimiento e informes. i) El visado de los dictámenes de competencia que afecten a la materia de la Sección de Menores. j) El control de las sentencias y resoluciones de fondo que se dicten sobre las materias objeto de la especialidad de menores y el visado de los recursos interpuestos frente a ellas. k) La supervisión de

expedientes de reforma con menores sometidos a medida cautelar de internamiento, y el visado o conocimiento posterior de las peticiones por escrito de libertad o internamiento”.

La IFGE 2/2002, recordaba el deber de visado: “deben ser visados los escritos de alegaciones de los expedientes de menores, de igual forma que se viene haciendo con las calificaciones de los procesos de mayores. El deber de visado, que se llevará a cabo de acuerdo con las estructuras organizativas de cada Fiscalía, y normalmente por el Fiscal Jefe, en las Secciones de Menores de grandes Fiscalías -con importante volumen de trabajo y numerosos componentes de plantilla- podrá ser delegado”.

Actualmente en casi la totalidad de las Fiscalías este visado ya no se realiza por el Fiscal Jefe Provincial sino por el Fiscal Delegado de la sección. Sólo en el supuesto de que no tenga Sección de Menores la Fiscalía, podría ser el Jefe el visador, aunque igualmente puede delegar en otro fiscal por motivo de su especialización en la materia.

La IFGE 2/2002, señala que el visado debe extenderse a los proyectos de decreto en los que el Fiscal decida solicitar el sobreseimiento del expediente. Añadiendo que también resulta conveniente realizarlo en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM). En estos casos -sigue la IFGE- los acuerdos adoptados por los fiscales deben recoger motivación suficientemente justificadora de la decisión, evitando escuetos dictámenes y debiendo quedar constancia del visado -reflejando la fecha en que se realizan- en las copias o borradores de los escritos, que se guardarán en las carpetillas abiertas a los expedientes, sin que tal intervención de control, cuya práctica resultará

especialmente conveniente en los primeros momentos de aplicación de la ley, deba suponer retardo en la tramitación de los procedimientos.

Se añadía que caso de disentirse del visado del fiscal responsable de la Sección, se podrá acudir al Fiscal Jefe para que este resuelva definitivamente, como previene la IFGE 1/1987, de 30 de enero, sobre normas de funcionamiento interno del MF.

En la práctica, respecto del decreto de archivo -falta de tipicidad o de autor conocido conforme al art. 16.2 LORPM-, normalmente no se produce visado alguno, si bien esto no obsta a que el fiscal encargado de examinar el atestado pueda consultar, si tiene dudas al respecto, con el visador, que será normalmente el Fiscal Delegado de la Sección. De esta manera, el fiscal que examina el atestado o la denuncia, recurre al visador antes de adoptar una decisión y, por tanto, se pueden evitar errores. No obstante, dicho precepto añade que la resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieren formulado la misma.

Un primer control por el visador debe efectuarse sobre los desistimientos de la incoación del expediente (art. 18 LORPM) en las diligencias preliminares -delitos menos graves sin violencia e intimidación o faltas-, ya que implican la primera manifestación del principio de oportunidad en este proceso al tener que ponderar los juicios de valor a que me referí con anterioridad, siendo los hechos indiciariamente constitutivos de una infracción penal⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ La IFGE 2/2002 decía al respecto: "La recepción en la Sección de Menores de denuncias en que aparezcan implicados menores, testimonios de procedimientos judiciales, o procedimientos penales en curso a que se refiere la disposición transitoria única regla 6 párrafo 1º, determinará siempre la incoación - mediante decreto- de diligencias preliminares y su correspondiente registro en el programa informático. Por medio de nuevos decretos el Fiscal decidirá sobre la

Estos primeros controles internos son esenciales teniendo en cuenta que los decretos del MF son irrecurribles⁴⁷⁵. Por el contrario, el resto de las decisiones posteriores del fiscal adoptadas en el expediente de reforma ya tendrán algún tipo de control externo al de la propia institución.

Debido al gran número de atestados, denuncias y testimonios de otras diligencias que se reciben diariamente en las Fiscalías de Menores, se hace materialmente imposible efectuar un control efectivo sobre las decisiones de los fiscales que van examinando o "minutando" -a semejanza del término empleado para el juez instructor- los mismos y, por tanto, no es descartable el error en estos supuestos, aunque de forma puntual. De ahí que pueda recaer un archivo sobre un determinado asunto que podía haberse investigado, aunque fuera mínimamente⁴⁷⁶.

No obstante, teniendo en cuenta que el desistimiento del expediente debe contener una ponderación de ambos juicios de valor de forma positiva -

admisión o no a trámite, y sobre la continuación de la tramitación. La carátula de las diligencias preliminares o del expediente dejará constancia de sus datos de numeración, hechos y nombre del menor o menores".

⁴⁷⁵ LÓPEZ LÓPEZ A.M., *La instrucción...*, *cit.*, p. 31, indicaba que resultaba impropio hablar de recursos contra los decretos del MF que el Título VI LO 5/2000, dedicado a regular el régimen de recursos, no contemplaba. Dicho Título sólo establece la posibilidad de recurrir las resoluciones dictadas por el Juez de Menores y de los Secretarios Judiciales.

⁴⁷⁶ La IFGE 2/2002 no se refería al visado en este trámite pero indicaba en general que " El control directo de las diligencias preliminares y expedientes será responsabilidad de los fiscales de la Sección que los dirigen e instruyen, correspondiéndoles su impulso (art. 6) para evitar dilaciones indebidas con lesión del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de la colaboración que deba prestar el personal auxiliar". En mi opinión, esta afirmación implicaba el control exhaustivo de todos los atestados ante eventuales retrasos en la incoación, pero también, ante posibles archivos injustificados.

conurrencia de verosimilitud de los hechos denunciados, determinación de la identidad de los partícipes y la tipicidad penal de la conducta denunciada y, por otra parte, considerar si el interés de los menores infractores aconseja evitar la incoación del proceso y su potencial efecto estigmatizador-, deberá constar suficientemente motivado -como previene la IFGE 2/2002-, reflejando sobre todo los motivos que concurren sobre los menores infractores desde el punto de vista de su protección, y por ello el visado debe efectuarse en todos estos casos. A pesar de ello, como se ha dicho, en la práctica deviene imposible controlar desde el inicio todos los supuestos y menos aún cuando se trata de archivar directamente las diligencias preliminares por considerar que los hechos son atípicos o no existe autor conocido.

A pesar de esto, el visador siempre podrá *a posteriori*, revisar las actuaciones del fiscal instructor ya que existe una copia de las actuaciones en la carpetilla que se abrirá al efecto⁴⁷⁷.

Otro de los controles esenciales del visado se produce sobre las manifestaciones del principio de oportunidad previstas en los arts. 19 y 27.4 LORPM, es decir, los sobreseimientos acordados en los expedientes de reforma

⁴⁷⁷ Al igual que para el proceso de adultos, la IFGE 2/2002 exigía la formación de carpetilla en cada procedimiento -diligencias preliminares-: "La Secretaria de la Sección de Menores abrirá una carpetilla de organización interna, al menos, desde el momento de remisión de los expedientes al Juzgado. En ella se hará constar, además de los datos del expediente, la intervención del fiscal en la fase de instrucción y en la posterior de audiencia. En el interior de la carpetilla se guardará copia del escrito de alegaciones, del informe del Equipo Técnico, de cuantos documentos se considere oportuno conservar y del extracto de pruebas. En casos de acumulación por conexidad en un solo expediente, se dictarán los oportunos decretos de acumulación, y se anotarán tales circunstancias en carpetillas, y libros u ordenador".

que se interesan cuando el proceso finaliza por inadecuación de la respuesta penal a las necesidades educativas y sociales del menor, o porque se han logrado formas más satisfactorias de educación e integración social, como la conciliación o reparación de la víctima.

En ambos supuestos el visado en ocasiones es meramente ratificatorio de la propuesta efectuada por el fiscal, teniendo en cuenta la participación y el informe del Equipo Técnico y, por tanto, prevalece el contenido de dicho informe, como argumento que motiva la propuesta de sobreseimiento.

Por tanto, la función del visado atenderá a los requisitos que establece el art. 19 LORPM –conciliación y compromiso de reparación y el informe del Equipo Técnico al respecto- y el mismo contenido del informe del Equipo Técnico en el supuesto del art. 27.4 LORPM, sobre la conveniencia de no seguir con la tramitación del expediente por entender suficientemente expresado el reproche o por la inadecuación de cualquier medida legal.

Si se decide finalizar la fase de instrucción con formulación de escrito de alegaciones, previamente a remitir el expediente al Juez de Menores, el visado se efectuará sobre los proyectos de los escritos de alegaciones que deberán reunir los requisitos de forma del art. 30 LORPM.

La IFGE 2/2002 se refería a la elaboración de los extractos que debían acompañar a dichos escritos de la siguiente forma: "a efectos internos, y de igual manera que para los procesos de mayores, los Fiscales deberán confeccionar extractos con un somero resumen de la prueba de los expedientes de menores cuando se confecciona el escrito de alegaciones. La finalidad que se persigue con este resumen es facilitar el conocimiento de la prueba practicada en el expediente al Fiscal de la Sección o Fiscalía que asistirá a la audiencia, como recuerda la Instrucción 1/1987 y dispone el art. 116 del

Reglamento. El extracto debe gozar de claridad, pudiendo acompañarse de copias de diversa documentación (atestado, declaraciones...) además de la del informe del equipo técnico (...), pero en este caso, para permitir una adecuada y rápida comprensión de las pruebas, el Fiscal deberá destacar los apartados o párrafos de las fotocopias que sean procedentes”.

De esta forma nos encontramos con el mismo sistema de elaboración que para las calificaciones en el proceso de mayores, y el visado seguirá el mismo trámite. En lo demás, los visados en este proceso deberán seguir las mismas pautas que para el proceso de mayores, es decir, se efectuarán las rectificaciones oportunas tanto en el proyecto del escrito de alegaciones como en el extracto, antes de su presentación definitiva.

Añadir que al igual que para el proceso de adultos, el visado sobre las conformidades (arts. 32 y 36 LORPM) que se presten en este proceso se realiza *a posteriori*, aunque como establece el art. 36.3 LORPM cabe la posibilidad de que el menor no esté conforme con las medidas solicitadas aunque reconozca los hechos y, por tanto, sólo continúe la audiencia a los efectos de decidir qué medidas son más adecuadas a imponer atendiendo al interés del menor, siempre y cuando se hayan propuesto por alguna de las acusaciones. En estos casos se celebrará la audiencia, así como en los casos de disconformidad de la responsabilidad civil y sólo se debatirá sobre estos extremos.

En los casos de duda en estas conformidades, suele ser más sencillo ponerse en contacto con el fiscal visador teniendo en cuenta la proximidad física de las dependencias de muchas de las Fiscalías con los Juzgados de Menores, justamente por celebrarse dichas audiencias en salas anexas a los Juzgados,

incluso de utilización compartida por parte de los Juzgados y Secciones de Fiscalías de Menores⁴⁷⁸.

Por último, respecto de las vicisitudes que se pueden producir durante la celebración de la audiencia y en particular en la comparecencia previa (art. 37.1 LORPM), lo dicho respecto del proceso de adultos debe hacerse extensivo aquí, si bien la posibilidad de plantear previamente otro tipo de calificación o de medidas, deberá haberse preparado con suficiente antelación con el visador y, por tanto, a salvo de los supuestos de conformidad con la defensa, no deberá modificarse el escrito de alegaciones.

Es evidente que la modificación del escrito de conclusiones en el trámite de calificación e informe (art. 37.2 LORPM), supondrá un visado posterior, al igual que la retirada de acusación, que en este punto tendrá el mismo control de visado que para el proceso de mayores, es decir, deberá hacerse informe por escrito, ya sea retirada parcial o total, sobre el contenido del escrito de alegaciones, remitiéndose posteriormente, después de su visado, a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala Coordinador de Menores⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, así sucede en la Ciudad de la Justicia de Valencia, donde los Juzgados de Menores y la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial se encuentran anexas en la misma planta.

⁴⁷⁹ La plaza de Fiscal de Sala Coordinador de Menores tiene su cobertura legal en el art. 20.3 EOMF, y no contiene un desglose pormenorizado de sus funciones, pero claramente expande sus competencias tanto al área de reforma como al de protección de menores, atribuyéndole las funciones de coordinación y supervisión de las Secciones de Menores. La IFGE 3/2008 creó esta figura y entre las funciones de las Secciones de Menores se encontraba la de remitir al Fiscal de Sala los escritos de acusación, informes, testimonios de actuaciones, sentencias y recursos sobre la materia que revistan singular trascendencia.

La IFGE 3/2008 apartado V, ya recordó esto cuando señaló que el Fiscal Jefe podía delegar a los Fiscales Delegados de menores, entre otras: "g) El control de las retiradas de alegaciones acusatorias en procedimientos de responsabilidad penal del menor, sin perjuicio de la dación de cuenta en Junta y de la puntual remisión de nota a la Inspección Fiscal (Instrucción 1 /1987 y Comunicación 4/3/04 de la Inspección Fiscal)".

CAPITULO VIII

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LECRIM DE 2011

1. El intento de reforma y sus fines

El Anteproyecto de una nueva Lecrim fue aprobado el 22 de julio de 2011 por el Consejo de Ministros, pero no tuvo lugar su tramitación efectiva, dada la disolución de las Cortes Generales con motivo de las elecciones de diciembre de ese mismo año.

No obstante, se creó al efecto una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Lecrim por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 marzo de 2012 (BOE 13 de marzo).

Desde luego, el texto del Anteproyecto tuvo valoraciones positivas por cuanto su aprobación definitiva podría significar el inicio del fin de la situación de colapso que sufre nuestra justicia penal⁴⁸⁰.

En la Exposición de Motivos se aludía a los fines principales de la reforma cuando señalaba: "(...) Es hora, por tanto, de acabar con las últimas notas inquisitivas que siguen presidiendo el proceso penal español y hacerlo más acorde a las exigencias de nuestra Constitución. El ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 sólo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. El juez ha

⁴⁸⁰ GIMENO SENDRA, V., "El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de Lecrim de 2011", *Diario la Ley*, núm. 7738, año XXXII, 17 noviembre 2011, p.1, indicaba que ello erradicaría los males que aquejan a nuestra justicia penal -inquisitiva en la práctica, lenta e ineficaz- con un escrupuloso respeto a nuestra jurisprudencia constitucional.

de quedar apartado de cualquier función activa en la pugna que entre el Estado y el ciudadano tiene lugar en todas las fases del procedimiento criminal. Debe ser capaz de tutelar los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. Ha de fortalecerse, en definitiva, un control jurisdiccional que se ha visto debilitado por la acumulación en el mismo órgano de potestades que son ajenas a la función de juzgar y que, además, son incompatibles con su correcto ejercicio. Este objetivo y el de un mayor fortalecimiento del derecho de defensa son los ejes fundamentales del texto que ahora se presenta. Debe subrayarse, en cualquier caso, que ambos fines están íntimamente ligados y que, de hecho, son prácticamente inescindibles. Ambos se ven obstaculizados por una misma patología estructural de la legislación vigente. Sólo la indebida atribución a la autoridad judicial de la dirección de las investigaciones, al distanciarla de su genuina misión de garantía, puede explicar la desviación que en la práctica se ha producido respecto a los principios capitales del sistema. (...). La fidelidad de la práctica forense a las reglas básicas del sistema procesal penal sólo puede asegurarse restaurando al juez en la posición de garantía que constitucionalmente le corresponde. Esta es, en definitiva, la misión fundamental de la presente reforma”.

Por tanto, se justifica el respeto a las garantías procesales en el hecho de que el juez ya no dirija la investigación y lo haga otra figura –el fiscal-, ya que de esta forma se preservan dichas garantías en esencia, fortaleciendo el derecho de defensa y la imparcialidad del control jurisdiccional sobre los actos de investigación.

En el Título preliminar del Anteproyecto se delimitan el principio de legalidad procesal (art. 1) y el de jurisdiccionalidad (art. 2)⁴⁸¹.

⁴⁸¹ En los preceptos citados se dispone: Art.1: " Los jueces y tribunales y quienes ante ellos intervengan están obligados a actuar con arreglo a lo dispuesto en esta ley, según los requisitos, formas y plazos que la misma establece para la realización de los actos procesales. Su incumplimiento determinará la nulidad de dichos actos en los casos y en los términos legalmente establecidos". Art.2: "1. No podrá imponerse ni ejecutarse pena o medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, con plena observancia de las garantías procesales reconocidas por la Constitución, la ley, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales y los demás tratados y convenios internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

2. En el procedimiento de investigación, corresponde a la autoridad judicial:

1º Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos.

2º Resolver sobre las peticiones de medidas cautelares.

3º Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma.

4º Controlar la duración de la investigación.

5º Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.

6º Disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación.

7º Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal.

8º Autorizar la reapertura del procedimiento cuando este se haya dirigido contra una persona determinada.

9º Ordenar, a instancia de la defensa o de los acusadores particulares o populares, la realización de diligencias de investigación complementarias a las practicadas por el Ministerio Fiscal.

10º Amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación.

11º Adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables.

12º Decidir sobre la personación e intervención de los acusadores populares.

13º Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando esta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento".

En el Anteproyecto se configura una estructura del proceso penal donde existe una fase de investigación que dirige el MF, con intervención de un Juez de Garantías, una fase intermedia que se encomienda al Juez de la Audiencia Preliminar, y una fase de juicio oral cuya competencia viene encomendada a órganos judiciales específicos de enjuiciamiento, las llamadas Secciones de Enjuiciamiento de los Tribunales de Instancia, conformando estos una estructura diferente en el desarrollo del juicio oral.

2. La dirección de la investigación preliminar por el Ministerio Fiscal y su control judicial

El Anteproyecto señala en su art. 457 que el procedimiento de investigación se iniciará por decreto del fiscal, cuando, en virtud de denuncia o atestado, llegue a conocimiento del mismo la noticia de la comisión de una infracción penal perseguible de oficio, determinando, con la precisión que le permitan los datos disponibles en ese momento: a) la identidad de la persona investigada, de resultar esta conocida; b) la de los ofendidos y perjudicados; c) los hechos objeto de investigación; y d) la calificación jurídica que provisionalmente puede atribuirse a los mismos.

Como vemos, se trata de un decreto de incoación, de contenido similar a lo que es el auto de incoación de diligencias previas del procedimiento abreviado⁴⁸².

⁴⁸² Respecto del tipo de resoluciones que podrá adoptar el MF, el art. 122, señala:

“1. En la fase de investigación, el Ministerio Fiscal dictará las siguientes resoluciones:

a) Diligencias, para dar al procedimiento el curso que la ley establezca; reflejar hechos o actos con trascendencia en el mismo, así como cuando tengan por objeto la comunicación con las partes o terceros.

El art. 458 se refiere al decreto de archivo de la denuncia por el fiscal y establece dos posibilidades: a) no ser el hecho constitutivo de infracción penal o; b) haberse extinguido la responsabilidad criminal.

Al fiscal se le da la facultad de archivo de la denuncia en el momento de examinarla si concurre alguno de los dos supuestos, pero no sin control alguno, ya que dicho decreto será notificado al denunciante y a quienes en la denuncia aparezcan como ofendidos o perjudicados, que podrán impugnarlo en el plazo de cinco días ante el Juez de Garantías, solicitando que se inicie el procedimiento de investigación por revestir los hechos caracteres de infracción penal y no haberse extinguido la responsabilidad criminal⁴⁸³.

b) Decretos, cuando se dé inicio o ponga fin al procedimiento, se inste de la autoridad judicial alguna actuación, se acuerde la imposición de una sanción y, en general, en todos los supuestos en los que la decisión deba de estar razonada o motivada, así como en los casos en que expresamente lo exija la presente ley.

2. Los decretos serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de la investigación de los que trae causa la decisión adoptada y los fundamentos de derecho de la misma”.

⁴⁸³ GIMENO SENDRA, V., “El régimen de intervención...”, *cit.*, p.5, señalaba respecto del régimen de impugnación de los actos del MF, que los mismos no tienen naturaleza jurisdiccional y por tanto, no tendrían porqué secundar idéntico régimen de recursos que el previsto para las resoluciones judiciales, pero por otra parte, en el procedimiento administrativo sancionador no se le prohíbe al administrado ejercitar, contra las resoluciones de la Administración, los recursos administrativos. Por ello, a su juicio, el Anteproyecto podía haber arbitrado un recurso de reforma contra determinadas resoluciones del MF y teniendo en cuenta la estructura jerárquica, dar la posibilidad de trasladar su petición al superior jerárquico. Entiende que el legislador, por razones de economía, ha convertido al fiscal, más que en un director, en un infalible “dueño absoluto de la investigación”. En mi opinión, comparto dicha tesis, teniendo en cuenta sobre todo la importancia del momento procesal, ya que se trata de la investigación y a pesar de que se prevé la impugnación ante el Juez de Garantías, no creo que

Por tanto, cabe impugnación del mismo ante el Juez de Garantías y de esta manera se limita el poder discrecional del fiscal en el primer filtro o análisis de los hechos de la denuncia. La determinación inmediata del Juez de Garantías se ha de producir cualquiera que sea la decisión que el fiscal adopte ante la *notitia criminis*. Tanto si decide iniciar el procedimiento de investigación como si lo considera improcedente, se designará un juez para ese concreto asunto.

Además, el art. 459 indica que el auto que revoque dicho decreto ordenará que se inicie el procedimiento de investigación y contra esta resolución del Juez de Garantías no cabe recurso alguno, por lo que el fiscal se verá obligado a continuar con la investigación en este caso.

No obstante, el art. 460 establece una serie de alternativas a la investigación, cuando señala: "1. El fiscal, al recibir el atestado o denuncia también podrá acordar mediante decreto:

1°. La iniciación del procedimiento de investigación urgente o la incoación de juicio de faltas en la forma y en los casos previstos por la ley para estos procedimientos.

2°. La remisión al sistema de mediación penal cuando pueda apreciarse inicialmente la concurrencia de sus presupuestos.

3°. El archivo por razones de oportunidad, con los requisitos establecidos en la Ley".

se demorara en exceso la causa por el hecho de posibilitar una especie de recurso de reforma, que incluiría la ratificación o revocación por el superior en este caso. Además, se obligaría a reforzar el control interno de la Fiscalía en estos supuestos, debiendo ser preceptivo el visado previo a la decisión.

Aquí tenemos el archivo de las actuaciones conforme al principio de oportunidad reglada ya que para su aplicación han de concurrir una serie de requisitos que se definen en la propia Ley y que se verán más adelante.

Es significativo, en aras a la celeridad procesal, el plazo que se señala para la duración de la investigación. El art. 481, dice al respecto: "1. El procedimiento de investigación no podrá durar más de doce meses contados desde la fecha de la primera comparecencia de la persona investigada.

Cuando se trate de investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o de las Fiscalías Especiales el plazo será de dieciocho meses.

2. Cuando, por razón de secreto, no pueda practicarse la primera comparecencia, la duración máxima del procedimiento de investigación se computará desde que resulten de las actuaciones indicios que permiten atribuir la realización del hecho a una persona determinada (...)

Igualmente el art. 482, prevé una solicitud de prórroga al Juez de Garantías para continuar la investigación, cuando quepa prever que la investigación no podrá concluir antes de transcurrir los plazos establecidos en el artículo anterior, exponiendo razonadamente el fiscal las causas que impiden concluirla en plazo. El Juez de Garantías la podrá autorizar mediante auto señalando un plazo adicional para la conclusión del procedimiento, cuya duración máxima no podrá exceder, en sus respectivos casos, de la establecida en el artículo 481 para el plazo inicial. En cualquier caso, contra la resolución del Juez de Garantías no cabe recurso.

En mi opinión, es evidente que el legislador establece un plazo de duración de la investigación común para todo tipo de delitos, con la salvedad de los investigados por las Fiscalías Especiales o en la Audiencia Nacional, que será

algo mayor, por lo que en la práctica, lo habitual será acudir a la solicitud de prórroga, que incluso no será suficiente para entender agotada la investigación, sobre todo en los delitos socioeconómicos o gubernativos. Entiendo que, en estos casos, el eventual retraso en una investigación, no obedecería a una insuficiencia de medios ya que se dispondrían de todos los necesarios y en coordinación con la policía judicial, pero sí que atendería a la complejidad de realizar ciertas diligencias de investigación derivada de los seguimientos, intervenciones y comprobaciones previas para poder asegurar la eficacia de la misma. Atendiendo a estas variables, debería haberse establecido un plazo mayor en determinados delitos, atendiendo a su naturaleza y a sus posibilidades de conexidad con otros, a medida que vaya avanzando la investigación.

Por último, resalta la facultad de sobreseimiento dada al Juez de Garantías por el art. 462, cuando señala: "1. El Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición del investigado, dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal.

2. Esta resolución requerirá la previa audiencia del Ministerio Fiscal, que podrá interponer contra ella recurso de apelación".

Entiendo que este precepto viene a ser un calco del sobreseimiento libre del art. 637.2º Lecrim -cuando los hechos no sean constitutivos de delito- y, por tanto, el juez podrá acordarlo en cualquier momento, pero en este caso, previa petición del investigado. Si no fuera así, entiendo que no podría acordarlo de oficio, justamente por ser el fiscal el director de la investigación, debiendo el juez sólo intervenir a instancias de la parte presuntamente agraviada por la investigación.

3. El desdoblamiento de las competencias judiciales en la fase procesal

Una vez finalizada la fase de investigación por el MF, el Anteproyecto prevé la llamada fase procesal, donde las actuaciones pasan a ser de naturaleza plenamente jurisdiccional, pero dirigidas inicialmente por otro juez diferente al Juez de Garantías.

La justificación se señala el apartado VI de la Exposición de Motivos: “(...) Las competencias jurisdiccionales de esta fase procesal han sido claramente desdobladas a efectos, nuevamente, de asegurar un mayor grado de imparcialidad en el enjuiciamiento del hecho. Así, por una parte, un magistrado del órgano judicial estará llamado a actuar como Juez de la Audiencia Preliminar. Esta denominación no debe identificarse con un trámite procedimental de carácter necesariamente oral sino con una función de admisión y saneamiento similar a la que el procedimiento civil ordinario cumple la llamada “audiencia previa” al juicio. De ahí que se haya optado por la denominación aludida, acorde, por otra parte, con el nombre que recibe el trámite semejante que existe en la Ley del Jurado. (...). La misión del juez en la audiencia preliminar del nuevo modelo de proceso es la de proceder al juicio de acusación y determinar, por tanto, si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada. Este magistrado llamado a decidir si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento no intervendrá después en el desarrollo del plenario. (...). La opción tiene su explicación fundamental en la importancia que cobra en el nuevo modelo procesal el juicio de acusación, que, como decisión esencial sobre la admisibilidad de la acción penal, no ha de estar contaminado por las resoluciones previamente adoptadas en los diversos juicios de “garantía” o de “libertad” realizados por la autoridad judicial durante

la fase investigadora. Ejercida esta labor de control y depuración de las acusaciones y las pruebas, podrá tener lugar la fase de plenario ante los magistrados encargados del enjuiciamiento, llamados a dictar la correspondiente sentencia”.

Por tanto, esta fase sería similar a la denominada intermedia en nuestros procesos actuales, pero con la salvedad de que el Juez de la Audiencia Preliminar es diferente al que intervino en la investigación –procedimiento abreviado- y del que posteriormente conocerá –procedimiento ordinario-, evitando, de este modo, la injerencia de posibles contaminaciones adquiridas durante dicha fase previa para decidir sobre la acusación.

En mi opinión, se ha optado por escoger un modelo que evita las suspicacias, tanto del procedimiento abreviado como del ordinario, por cuanto, con dos jueces diferentes respecto del órgano que tiene que conocer y sentenciar, el contenido del proceso pasa por tres órganos jurisdiccionales sucesivos y diferentes.

En definitiva, concluida la fase de investigación, si el fiscal considera que existe prueba suficiente, ejercerá la acción penal presentando escrito de acusación ante el Juez de la Audiencia Preliminar, iniciándose el juicio de acusación en el que se tendrán en cuenta las pruebas presentadas y las alegaciones de las partes, de forma que si aquel considera que existen motivos para procesar, se iniciará ante otro juez o tribunal el juicio oral.

4. La regulación del Ministerio Fiscal

A una nueva regulación del MF se refiere el apartado XVI de la Exposición de Motivos, donde se hace un recordatorio inicial de los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad que rigen la institución y de las

facultades y funciones que, en relación con el proceso penal, le son ya reconocidas. Además se mantienen la unidad de actuación y dependencia jerárquica como principios orgánicos tradicionales.

Sin embargo, resulta interesante el nuevo papel que desempeña el MF cuando se trata del régimen de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal. La citada Exposición de Motivos señalaba al efecto: " Sigue siendo, por tanto, el Ministerio Fiscal el responsable de ejercitar la acción pública penal, a la que, en su caso, habrá de acumular la acción civil para el resarcimiento de la víctima. En este punto, sin embargo, se ha optado por eximir al fiscal del deber de sostener esta última acción cuando la víctima se haya personado como parte actora y pueda reclamar por sí misma la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos".

En art. 55, refiriéndose a la intervención del MF, señala que este intervendrá en todos los procesos penales, excepto en aquellos que el CP reserva exclusivamente a la querrela privada. El apartado segundo del citado precepto añade que le corresponde la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción penal contra quienes deban responder criminalmente de los mismos. Y el apartado 3 indica que ejercitará la acción civil conjuntamente con la penal cuando el ofendido o el perjudicado por los hechos delictivos no haya hecho expresa renuncia o reserva para ejercitarla en un proceso civil posterior o cuando no se persone en el procedimiento penal y, si son varios los ofendidos o perjudicados, el fiscal sólo ejercitará la acción civil en favor de quien no hizo la reserva ni se personó en el procedimiento.

Entiendo que supone un acierto dicha exención, ya que, en la práctica, en las situaciones donde se mantenían dos acusaciones conteniendo responsabilidad civil -acusación particular y MF-, la efectuada por el fiscal solía ser solapada

por la mantenida por la acusación particular, al contener esta mayores indemnizaciones y otros conceptos que el MF, por la ausencia de relación directa con el perjudicado, desconocía hasta el momento de la celebración del juicio oral. Siempre se ha dicho que no tiene demasiado sentido mantener una solicitud de responsabilidad civil cuando la propia víctima o el perjudicado ya la reclaman y, personados en el proceso, la mantienen en el juicio oral.

Por otra parte, el Anteproyecto recalca la nueva y genuina función del MF como director de la investigación, cuando en su Exposición de Motivos dice: "Pero a las funciones ordinarias del fiscal se suma ahora la de director del procedimiento de investigación oficial (...). En la actualidad, atendiendo a la necesidad de preservar la imparcialidad objetiva del juez y de restar valor a los meros actos de investigación, la atribución al Ministerio Fiscal de esta función directiva presenta una clara dimensión garantista a la que ya se ha hecho referencia. Pero esta opción también viene aconsejada por la idoneidad de esta institución para combinar -en una organización flexible y racional, basada en criterios de especialidad- la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la mayor unidad de actuación".

Además, se acentúa la idea de independencia respecto del Poder Ejecutivo, cuando continúa: "En este punto, es una idea ampliamente compartida que el Ministerio Fiscal no puede estar sujeto a ningún tipo de vínculo de dependencia jerárquica externa. Ha de ser, en definitiva, una figura que, por la sensibilidad de las funciones encomendadas, quede salvaguardada frente toda injerencia de signo partidista. A tal efecto ha precedido a esta reforma procesal una modificación sustancial del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a través de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, que dota de inamovilidad al Fiscal General del Estado en el ejercicio de su cargo y refuerza significativamente la autonomía

funcional de la institución. Esta autonomía ya es, por tanto, más fuerte en España que en otras naciones de nuestro entorno en las que el fiscal asume plenamente las funciones directivas del procedimiento de investigación.

Sin embargo, se estima que el funcionamiento de la institución sí debe estar sometido a un sistema equilibrado de dependencia jerárquica interna. Es esta una garantía instrumental del principio de unidad de actuación que es consustancial al Ministerio Fiscal español, único para todo el Estado. Los mecanismos jerárquicos que hacen efectiva la imprescindible unidad encuentran en la actual regulación orgánica importantes contrapesos que tratan de asegurar que se desenvuelva en todo caso dentro del marco fijado por la legalidad vigente y sin merma alguna del principio de imparcialidad. De este modo, en el régimen vigente del Estatuto Orgánico, el fiscal encargado de un asunto está legitimado para cuestionar las órdenes de los superiores que estima que son improcedentes. Puede, así, someterlas a la reflexión colectiva de la Junta de la Fiscalía. Se arbitra, de esta forma, un mecanismo de debate de la cuestión controvertida dentro de la propia institución, correspondiendo la decisión final al superior común de los que han mantenido la discrepancia. (...) el Ministerio Fiscal ha de estar sólidamente protegido frente a cualquier intromisión externa pero ha de tener un funcionamiento interno de signo unitario, basado en una organización eficaz. La dependencia jerárquica interna asegura esa unidad de criterio, sin perjuicio de los contrapesos que han de proteger al fiscal responsable de la investigación de los errores o excesos en que pueda incurrir el superior jerárquico”.

De la lectura de estas líneas, se comprueba como el Anteproyecto entendió que la última reforma del EOMF garantizaba adecuadamente el funcionamiento interno de la institución, pero, como he comentado

anteriormente, existen dudas sobre el funcionamiento real en algunos aspectos, sobre todo en lo referente a las discrepancias que pueden suscitarse en supuestos como la investigación de ciertas causas por delitos gubernativos o de corrupción, ya que, en definitiva, y aunque se han reforzado los mecanismos de cese del FGE a través de la enumeración de una serie de causas tasadas, no es menos cierto que en el sistema de su nombramiento sigue teniendo una influencia relevante el Poder Ejecutivo.

En este sentido, aunque en la práctica ya son asignados fiscales especializados en función de la naturaleza del asunto, la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en el apartado XVII, cuando se refiere al sistema de asignación de asuntos dentro del MF, indicaba: "No obstante, en función de las particularidades de la materia afectada o de la complejidad del asunto, la investigación podrá ser encomendada a un órgano central de la institución, bien una Fiscalía especial -Anticorrupción o Antidroga-, bien a un Fiscal de Sala especialista situado dentro de la estructura de la Fiscalía General del Estado (...). La sustitución del fiscal responsable o la avocación del asunto por el superior jerárquico se sujetará a las garantías fijadas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y esto se ha de entender sin perjuicio de que, en función de la complejidad del procedimiento, se asignen varios fiscales para una sola investigación, bajo la coordinación de uno de ellos, o incluso que se creen equipos de investigación compuestos por fiscales pertenecientes a distintos órganos (...)".

Aquí se puede comprobar cómo se otorga cierta flexibilidad organizativa en función de la materia sobre la que verse el delito y de la complejidad del caso concreto.

Por lo demás, los arts. 56 al 59 se refieren a las facultades y a los principios funcionales que deben regir la institución, entre los que se incluye el nuevo principio de oportunidad -art. 58- junto a los de legalidad e imparcialidad⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Los arts. 57 -legalidad- y 59 -imparcialidad- se delimitan expresamente por el Anteproyecto en los siguientes términos: art. 57; "1. El Ministerio Fiscal, ante la fundada sospecha de la comisión de un delito público está obligado a:

a) iniciar y practicar por sí o mediante las oportunas órdenes e instrucciones a la Policía Judicial la investigación destinada a esclarecer el hecho y averiguar quiénes son sus responsables, b) adoptar o interesar del juez la adopción de las medidas cautelares que procedan, c) deducir y sostener la acusación en el juicio oral, d) ejercitar la acción civil a favor de las víctimas del delito en los casos previstos en esta ley, e) velar por la efectiva ejecución de las sentencias, promoviendo, en caso de condena, las actuaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las penas y la satisfacción de las responsabilidades civiles.

2. De modo especial corresponde al fiscal la función de velar por los derechos de las víctimas, y en particular actuar en defensa de los intereses de los menores, las personas con discapacidad y las personas desvalidas, en tanto no gocen de una defensa efectiva.

3. También corresponde al Ministerio Fiscal la función de velar en el proceso penal por el respeto a los derechos fundamentales de todas las partes, y por la independencia y competencia de los órganos judiciales, así como procurar que en el desarrollo del procedimiento no se produzcan dilaciones indebidas".

Art. 59; "1. En virtud del principio constitucional de imparcialidad, el Ministerio Fiscal está obligado a actuar en el proceso en defensa de la legalidad con plena objetividad. A tal fin, solicitará el archivo de la investigación, el sobreseimiento de la causa o la absolución del acusado tan pronto como se ponga de manifiesto que no existen elementos bastantes para ejercitar la acción penal.

2. En los términos establecidos en esta ley, el fiscal practicará, por iniciativa propia o a instancia de los interesados, las diligencias conducentes a esclarecer todas las circunstancias relevantes del hecho punible, sean favorables o desfavorables a la persona investigada.

5. El principio de oportunidad: la exclusividad de su ejercicio por el fiscal

La Exposición de Motivos, en su apartado XXIV, justificaba los motivos de la introducción de este principio en nuestro proceso penal en los siguientes términos: "En relación directa con la acción penal, la presente reforma opta decididamente por introducir mecanismos alternativos a su ejercicio incondicionado. En este sentido, un nuevo modelo procesal adaptado a las necesidades de la actual sociedad requiere la introducción limitada del principio de oportunidad. Este, con márgenes legales claramente definidos y acotados, no ha de ser entendido como mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal, sino como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad. (...)".

Como vemos, la oportunidad se introduce conforme a dos criterios -falta de necesidad de pena en el caso concreto o por la conformidad en aras a la reducción de la pena-, y además se hace constar que no debe entenderse la discrecionalidad derivada de la aplicación de dicho principio como de naturaleza técnica en la interpretación de la norma, teniendo en cuenta los

3. Asimismo, el fiscal debe informar a la persona a la que se atribuya la comisión de un delito o falta de los derechos que posibiliten su defensa, removiendo los obstáculos que impidan su efectividad.

En particular, deberá proceder a practicar la primera comparecencia del investigado tan pronto como concurran los presupuestos de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley".

requisitos que a continuación se mencionan para la aplicación del principio a los casos concretos.

El Anteproyecto incorpora el principio de oportunidad y concede la exclusividad de su ejercicio al fiscal, cuando en su art. 58 señala que el fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente la ley, añadiendo que la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al fiscal, sin perjuicio del control judicial de los elementos reglados que permiten su ejercicio, en los términos y en la forma legalmente previstos.

El art. 148 se refiere a las reglas generales que deben seguirse en su aplicación, determinando el criterio de falta de necesidad de pena como esencial para concluir el procedimiento por razones de oportunidad, al señalar que el procedimiento penal podrá concluir por dichas razones cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento.

El apartado segundo del citado precepto añade que el FGE dictará las Circulares e Instrucciones generales que sean necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de la apreciación discrecional de las causas que concurren para concluir el procedimiento por razones de oportunidad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal.

El apartado tercero se refiere al control jurisdiccional, señalando que corresponde a la autoridad judicial, el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad.

El apartado cuarto señala que el investigado no tiene derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad, en ningún caso.

Sin duda, se trata de una oportunidad reglada que, no obstante, deberá completarse con el control de su ejercicio a través de las Circulares e Instrucciones generales dictadas por la FGE, sin perjuicio de otros controles que veremos posteriormente.

5.1. Modalidades de ejercicio de la oportunidad

5.1.1. En función de la extensión de las penas

5.1.1.1. En delitos cuyas penas no superen los dos años de prisión

El Anteproyecto establece un distinto régimen en el ejercicio de la oportunidad con base en la extensión de las penas que pudieran recaer, de forma que, en primer lugar, la Exposición de Motivos señala al respecto: "Por una parte, se introduce el archivo por oportunidad, que se ha reservado a los supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de prisión. Se sujeta esta opción a límites reglados de ejercicio que impiden que se proyecte sobre materias inadecuadas -como la corrupción pública o privada- o sobre supuestos incompatibles con su finalidad institucional -como las hipótesis de utilización de violencia e intimidación o las de delitos cometidos contra víctimas menores de catorce años- (...)".

En este sentido, el art. 149 se refiere al archivo por razones de oportunidad, de la siguiente manera: "1. Para todo tipo de faltas y para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, el fiscal podrá decretar el archivo total o parcial de la investigación siempre que:

a) La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo.

b) Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.

c) La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.

2. No obstante, no cabrá el ejercicio de esta facultad discrecional cuando:

a) En la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación.

b) El investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta.

c) El investigado se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo, o la víctima sea menor de catorce años.

3. En cualquier caso, la facultad prevista en este artículo no será de aplicación a los delitos de violencia de género ni a los relacionados con la corrupción.

4. Decretado el archivo por oportunidad, quedará a salvo el derecho de los ofendidos o perjudicados por la infracción de obtener la reparación civil ante la jurisdicción correspondiente.

5. Si antes de la expiración del plazo de prescripción de la infracción el investigado cometiera un nuevo delito, el fiscal reabrirá el procedimiento

archivado por razones de oportunidad, continuando su tramitación con plena sujeción al principio de legalidad”.

Aquí se puede comprobar como el criterio de la falta de necesidad de pena tiene diferente alcance –supuestos a, b y c- según los casos y no dejará de estar condicionado al parecer del fiscal que intervenga en el asunto, por lo que serán necesarias las determinaciones de la FGE para su uniforme apreciación⁴⁸⁵.

Entiendo que, normalmente se producirá en delitos contra la propiedad – robos, hurtos, apropiaciones indebidas, pequeñas estafas o receptación-, donde, en ocasiones, no consta la identidad del presunto perjudicado, este no reclama, o incluso reclamando, el perjuicio causado es mínimo –entendido como de escaso importe-, aunque en mi opinión, el tiempo transcurrido desde la infracción no debe minusvalorar el importe de los perjuicios, aunque sí que podrá influir en el interés para reclamar por el perjudicado, en su caso.

⁴⁸⁵ A este respecto, la Exposición de Motivos determinaba: “ Por otra parte, se consignan expresamente en el texto los elementos reglados de esta potestad que están sujetos a control judicial. Se configura dentro de este marco puramente reglado un espacio de valoración discrecional que corresponde realizar al Ministerio Fiscal como director del procedimiento de investigación. El fiscal responsable de la investigación actuará aquí de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde la Fiscalía General del Estado. Estas instrucciones han de asegurar, según se exige en el texto articulado, que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación y que, por tanto, se preserve la igualdad en la aplicación de la ley penal también en estos supuestos de renuncia estatal a la exigencia de la pena. En la misma línea, hay que dejar claro que el sujeto investigado no tiene derecho alguno a obtener una solución de oportunidad. No puede invocar a estos efectos la mera concurrencia de los requisitos formales susceptibles de verificación automática. Ha de asegurarse la autonomía de la decisión del Ministerio Fiscal conforme a los expresados criterios político-criminales, aplicados en el marco del principio de unidad de actuación”.

Respecto de la utilidad pública de la pena, resulta evidente que si hablamos de penas de prisión leves -en todo caso superiores a los tres meses-, no resulta claro el efecto de resocialización y rehabilitador que sería deseable, con el consiguiente gasto para la Administración que supone el cumplimiento en prisión de estas penas privativas mínimas. Además, si el imputado tiene cargas familiares y es la única persona con ingresos en la unidad familiar o se trata de una persona de avanzada edad o con relevantes problemas de salud, es evidente que la posible condena a pena de prisión, le deparará perjuicios importantes desde cualquier punto de vista.

Pero para que tenga lugar dicha apreciación, deberá previamente comprobarse el cumplimiento de los requisitos de falta de violencia e intimidación en los hechos delictivos, ausencia de antecedentes penales –sólo se permitirá un antecedente por delito, aunque sea de diferente naturaleza-, no haberse beneficiado anteriormente en otro supuesto de la aplicación de la oportunidad y que la víctima no sea menor de 14 años. En cualquier caso, si el perjudicado reclama, podrá ejercitar la acción civil ante la jurisdicción correspondiente.

5.1.1.2. En delitos cuyas penas no superen los cinco años de prisión

La Exposición de Motivos dice al respecto: “En los casos de delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión, la regulación permite, siempre que se cumplan los requisitos y límites fijados para el supuesto ya aludido, un archivo con condición. Este incluye la exigencia adicional de contar con el consentimiento de la víctima y con el compromiso expreso del penado de cumplir determinadas reglas de conducta que tienden fundamentalmente a la reparación de los perjuicios causados”.

Por su parte, el art. 150 se refiere igualmente a la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad cuando se trate de delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión, de la siguiente manera: "1. En los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurren los requisitos fijados en el artículo anterior, el fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por el investigado de una o varias de las siguientes obligaciones o reglas de conducta:

a) Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.

b) Dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente.

c) Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.

d) No acudir a determinados lugares.

e) No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o de comunicarse con ellos.

f) No ausentarse del lugar donde resida.

g) Comparecer personalmente en la Fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.

h) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.

i) Someterse a tratamiento de deshabituación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.

j) Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

El apartado segundo del citado precepto, establece los presupuestos -aparte de los previstos en el art. 149- que deben darse para la suspensión del procedimiento:

a) Que el investigado haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles en la forma prevista en el artículo 253 de esta Ley.

b) Que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto.

c) Que el ofendido o perjudicado haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas al investigado.

El mismo precepto, en los siguientes apartados, condiciona la suspensión a que el sujeto no delinca en un plazo de dos años, interrumpiéndose mientras tanto el cómputo del plazo de prescripción por la infracción cometida y, asimismo, en correlación con dicho periodo, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta no podrá exceder de dos años, y se fijará atendiendo a las circunstancias del sujeto investigado.

El seguimiento y la vigilancia de las obligaciones y reglas de conducta, corresponderá al fiscal, sin perjuicio de dictar las órdenes o instrucciones

pertinentes a la Policía Judicial y se podrá recabar el apoyo necesario de los servicios sociales y de las autoridades administrativas (art. 150.5).

Si se cumplen las obligaciones y reglas de conducta en el plazo fijado y transcurren dos años sin que el sujeto investigado haya delinquido, el fiscal, de oficio o a petición del interesado, remitirá el procedimiento al Juez de Garantías, que acordará su sobreseimiento, previa audiencia de la víctima del delito (art. 150.6). En otro caso -incumplimiento de reglas o se haya delinquido durante el plazo de suspensión-, el fiscal solicitará del Juez de Garantías la reapertura del procedimiento (art. 150.7).

En definitiva, este supuesto contempla la posibilidad de suspender el curso del procedimiento en fase de investigación por dos años, para aquellos delitos cuyas penas superen los dos años de prisión y no excedan de cinco, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el art. 149 -para el supuesto de archivo por oportunidad para delitos cuyas penas no superen los dos años de prisión-, y además el investigado haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos, se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta impuestas y haya mostrado su conformidad con las mismas. Dicha suspensión quedará condicionada a que el imputado no delinca en dicho plazo de dos años.

Estamos ante una suspensión similar a la prevista actualmente para las ejecuciones de penas privativas de libertad, pero trasladada a la fase de investigación. Pasados los dos años sin que el imputado haya delinquido y se constate que ha cumplido con las reglas de conducta impuestas, se remitirá la causa al Juez de Garantías, quien procederá al archivo por sobreseimiento.

Nada se dice respecto de qué tipo de sobreseimiento debe recaer, pero debe entenderse que será el libre, a la vista del estricto cumplimiento de todas las

condiciones impuestas, como si se tratara de la remisión definitiva de una pena privativa impuesta en fase de ejecución de sentencia.

En mi opinión, se trata de un supuesto de oportunidad mayormente condicionado, obviamente por la gravedad del delito y que premia a aquellos delincuentes que reconocen su culpabilidad y se comprometen y están conformes con cumplir las obligaciones o reglas que se les impongan. Pero entiendo que, considerando que se trata de delitos menos graves pero con posibilidad de imponer penas ciertamente elevadas y que, de ninguna manera, en caso de ser impuestas, darían lugar a su suspensión en fase de ejecución de sentencia, el fiscal debería imponer al menos dos de las obligaciones relacionadas en el precepto, ya que algunas de ellas, por sí mismas, no parecen ser suficientes, como por ejemplo, la prohibición de aproximarse a las víctimas, que en la mayoría de los casos resultaría insuficiente si no se impone, además, la prohibición de aproximarse a determinados lugares. Además, en los delitos contra la libertad sexual, resulta evidente que es necesaria la imposición de varias obligaciones de las mencionadas. Incluso en los delitos contra la propiedad, cuando se imponga la obligación de indemnizar a la víctima, no se podrá constatar con certeza la solvencia del imputado y, por tanto, si no pudiera hacer frente a la indemnización, esta obligación no podría ser cumplida pero por causas ajenas al mismo, de forma que sería necesaria la imposición de otras obligaciones. En este sentido, se incluye una obligación de difícil determinación como es el dar al ofendido una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente, ya que en estos casos no se sabe a qué se refiere la satisfacción moral y siempre se correrá el riesgo de que al ofendido no le valga nada, es decir, si se deja en manos del mismo la consideración de ese término -satisfacción adecuada y suficiente-, es posible que en muchos

supuestos la imposición de dicha regla sea de imposible cumplimiento por causas ajenas a la voluntad del imputado.

5.1.2. Otros supuestos del ejercicio de la oportunidad

5.1.2.1. En la fase intermedia

El art. 151 del Anteproyecto posibilita que la oportunidad pueda darse en la llamada fase intermedia, cuando dispone que siempre que así lo soliciten todas las partes personadas, el Juez de la Audiencia Preliminar podrá disponer el sobreseimiento de la causa por las razones de oportunidad señaladas, constatando a tal efecto la concurrencia de los elementos reglados que permiten su aplicación.

El apartado segundo del citado precepto añade que la eficacia del sobreseimiento quedará igualmente condicionada a que el sujeto no delinca y a que cumpla las obligaciones y reglas de conducta que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 150, se fijan en el auto judicial, correspondiendo en este caso el control de su efectividad al propio juez.

El apartado tercero prevé las consecuencias del incumplimiento de lo anterior, cuando dispone que en el caso de comisión de un delito o de incumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta, el juez acordará la reanudación del procedimiento por los trámites de la fase intermedia, sin posibilidad de una nueva aplicación del principio de oportunidad.

Realmente se trata de no menoscabar la posibilidad de poder realizarse en dicha fase, y entiendo que sólo se debe dar en la misma cuando realmente no ha podido darse en la fase anterior, pero esto en la práctica no resultará fácil ya que en la mayoría de los casos lo habitual será que se produzca en la fase de investigación y tal vez uno de los motivos por los que pueda posponerse a

dicha fase, sea el hecho de constar completada la investigación y, por ello, poder delimitar con mayor certeza las infracciones penales cometidas y el tipo y extensión de las penas que puedan solicitar las acusaciones -superior o no a dos años de prisión, sin exceder de cinco-.

5.1.2.2. Organizaciones criminales, arrepentimiento y grave peligro para la seguridad nacional

El Anteproyecto añade otra serie de supuestos donde podría concurrir el principio de oportunidad, ya sea atendiendo a criterios objetivos -por razón del tipo de delito-, como subjetivos -en atención a la actitud del imputado-.

El primero está relacionado con la persecución de organizaciones criminales. Con ello se pretende evitar que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en grave peligro el curso de un procedimiento más complejo relacionado con una red de criminalidad organizada. En este supuesto, se posibilita que el fiscal pueda acordar el archivo del procedimiento cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ El art. 152 lo señalaba el procedimiento a seguir de la siguiente manera: " 1. (...). 2. El archivo tendrá carácter reservado, excluyéndose toda audiencia o notificación que haga peligrar la finalidad perseguida con el mismo.

3. El decreto se remitirá de inmediato al Juez de Garantías con los documentos que sean necesarios para acreditar el riesgo que lo motiva, surtiendo efecto el archivo mientras no sea revocado.

4. El juez podrá recabar del fiscal informes periódicos sobre la necesidad de mantener la situación de archivo, pudiendo revocarla en cualquier momento.

4. Desaparecido el riesgo generado para la investigación principal y en todo caso una vez que el secreto de la misma se haya alzado, el fiscal solicitará del juez la reapertura del

En segundo lugar, se recoge un supuesto de oportunidad asociado a la figura del arrepentido, siempre y cuando los delitos no estén castigados con penas superiores a los seis años de prisión, sujetándose a condiciones que aseguran que la decisión de oportunidad sólo será efectiva cuando el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y siempre que las víctimas del delito cometido hayan sido debidamente resarcidas⁴⁸⁷.

procedimiento archivado, que este acordará salvo que haya prescrito entretanto la infracción que constituía su objeto”.

⁴⁸⁷ Al respecto, el art. 153 señala: “1. En los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión, cometidos en el seno de una organización criminal, el fiscal podrá disponer el archivo del procedimiento siempre que:

a) el investigado haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, y haya colaborado activamente con estas para impedir la producción del delito o, b) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

2. Será en todo caso necesario para hacer uso de esta facultad que el investigado haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas.

3. El archivo quedará condicionado a que el investigado no frustre con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y a que no reanude la actividad delictiva.

4. Transcurridos cinco años desde la fecha del archivo sin que el sujeto investigado haya reiniciado la actividad delictiva abandonada y sin que haya vuelto a colaborar con la organización criminal, podrá interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado, con pleno efecto de cosa juzgada”.

Por último, se regula una manifestación del principio de oportunidad basada en el grave peligro que, en casos puntuales, una investigación criminal puede entrañar para la seguridad nacional, reservando el ejercicio de esta potestad al FGE y el control jurisdiccional de su ejercicio a la Sala Segunda del TS.

El art. 155 del Anteproyecto señala tres supuestos, donde se entiende afectada la seguridad nacional:

1º) El FGE, sin posibilidad alguna de delegación, podrá decretar el archivo total o parcial de cualquier procedimiento de investigación cuando la continuación del mismo pueda suponer un grave riesgo para la seguridad nacional.

2º) También podrá ejercitar la misma facultad el FGE, cuando la persona investigada, antes de conocer el procedimiento que se dirige contra ella, haya contribuido de forma efectiva a impedir un grave daño para la seguridad nacional o para el orden constitucional.

3º) En los supuestos de extensión de la jurisdicción penal previstos en el art. 23.4 LOPJ, el FGE podrá decretar el archivo del procedimiento de investigación cuando su inicio o su continuación pueda suponer un grave daño para las relaciones de España con otro Estado soberano.

En los siguientes apartados del precepto, se indica el procedimiento a seguir, de forma que el Gobierno, previo acuerdo del Consejo de Ministros, al entender concurrente alguno de los supuestos anteriores, podrá interesar al FGE la aplicación del principio de oportunidad.

Tras recibir la comunicación del Gobierno, el FGE adoptará su decisión de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 EOMF, ponderando el interés nacional

invocado por el Gobierno con el interés de la justicia en la aplicación de norma penal correspondiente (art. 155.4).

Por último, la decisión del FGE, en cualquier caso, no podrá ser objeto de control o revisión judicial, con la salvedad de lo establecido en el art. 156 – posible impugnación ante la Sala de lo Penal del TS-, quedando, no obstante, en cuanto a las razones que justifican su aplicación, sujeta al examen posterior del Congreso de los Diputados, en la forma y con las consecuencias que establezca su Reglamento (art. 155.5).

Considero que nos encontramos ante una cláusula polémica por cuanto el Gobierno puede interesar al FGE que se aplique dicho principio según sea el caso y, por tanto, puede no resultar clara la invocación del grave riesgo para la seguridad nacional o para el orden constitucional, teniendo en cuenta que se pueden ocultar intereses partidistas y no de interés nacional. No obstante, se posibilita un control judicial posterior a la decisión -art. 156⁴⁸⁸- y otro del

⁴⁸⁸ Dicho precepto dispone: “1. El decreto dictado por el Fiscal General del Estado en cualquiera de los supuestos del artículo anterior podrá ser impugnado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por los ofendidos o perjudicados por la infracción, estén o no personados en las actuaciones.

2. En el supuesto de los apartados 1, 2 y 3 de dicho artículo, la impugnación sólo podrá fundarse en la inexistencia manifiesta del riesgo invocado para la seguridad del Estado, de la colaboración prestada por el sujeto investigado o del grave daño para las relaciones internacionales.

En ningún caso podrán acceder los impugnantes a los documentos clasificados que puedan ser exhibidos al Tribunal Supremo para acreditar esta circunstancia.

3. El procedimiento de impugnación y sus efectos se regirá por lo establecido en los artículos 154 y 493 de esta Ley”.

Parlamento, para examinar los motivos que dieron lugar a su adopción por el FGE.

5.2. El control jurisdiccional de su ejercicio

Aunque ya se ha visto, a lo largo del articulado del Anteproyecto se van mencionando los respectivos controles jurisdiccionales a que debe someterse la decisión discrecional del fiscal según sea el caso.

En este sentido, el art. 154 del Anteproyecto se refiere a los supuestos de impugnación de dicha decisión y el procedimiento a seguir, concediendo a los perjudicados dicha posibilidad respecto de los decretos del fiscal por presunto incumplimiento de los elementos reglados, que deberá formularse ante el Juez de Garantías.

El citado precepto señala que son elementos reglados susceptibles de control judicial:

- a) Los límites de pena previstos en cada caso.
- b) Los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del art. 149 y en los mismos apartados del art. 150.
- c) El abandono de la actividad delictiva, la realidad de la colaboración exigida y la satisfacción de las responsabilidades civiles en el caso del art. 153.

El precepto remite el procedimiento de impugnación a lo establecido en el art. 493 y señala que el auto que revoque el archivo por oportunidad, por entender que no concurren los elementos reglados, ordenará la continuación del procedimiento, sin que proceda interponer recurso alguno por las partes contra dicho auto resolviendo la impugnación del decreto del fiscal.

Como vemos, el Anteproyecto regula el control jurisdiccional sobre la decisión del fiscal cuando se trate de aplicar el principio de oportunidad, pero

únicamente cuando los perjudicados así lo consideren a través del recurso correspondiente ante el Juez de Garantías y en los supuestos reglados del apartado segundo del precepto⁴⁸⁹.

Aquí no se prevé la posibilidad de acudir al superior jerárquico cuando se adopte una decisión de este tipo. Podría haberse incluido dicha posibilidad, previa a la impugnación jurisdiccional, si bien hay que entender que normalmente dicha decisión debería estar sujeta al control interno del visado y es muy probable que aún existiendo dicha vía previa a la impugnación, la decisión del superior no fuera diferente. En cualquier caso, en mi opinión, no hubiera estado de más, aunque entiendo que su uso sería opcional por el perjudicado, y sin necesidad de que se formalice como si de un recurso se tratara -prescindiendo de abogado y procurador-, siendo suficiente un simple escrito dirigido al expediente de Fiscalía que contuviera las alegaciones pertinentes rebatiendo la motivación contenida en el decreto del fiscal.

⁴⁸⁹ El art. 493 del Anteproyecto regula el procedimiento de impugnación: "1. La impugnación deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del decreto dictado por el fiscal mediante escrito en el que se expondrán los motivos en que se funda, se designarán los particulares que han de tenerse en cuenta para resolver el recurso, y al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas.

2. Admitida a trámite la impugnación, el secretario judicial dará traslado de la misma al fiscal y demás partes personadas por un plazo común de cinco días, para que aleguen por escrito lo que estimen conveniente, designen otros particulares que deban ser considerados y presenten los documentos justificativos de sus pretensiones.

El juez tendrá acceso a los particulares designados y, si fuera necesario, solicitará de las partes las informaciones o aclaraciones complementarias que precise, resolviendo sin más trámite la impugnación formulada dentro de los cinco días siguientes.

3. Contra el auto resolviendo la impugnación las partes no podrán interponer recurso alguno".

6. El régimen de la acusación particular y de la acción civil

El Anteproyecto opta por un sistema ágil de personación, que prescinde de las particulares exigencias que, en cambio, se introducen en relación con el actor popular⁴⁹⁰.

En este sentido, para que se admita al interesado participar como acusador particular en el procedimiento de investigación y en las actuaciones posteriores, es suficiente la presentación de un escrito en el que se manifieste la voluntad de personación mediante la designación de letrado y, en su caso, de procurador⁴⁹¹. Además, quien no vea reconocida por el fiscal su condición de víctima podrá acudir al Juez de Garantías para que le atribuya la cualidad de

⁴⁹⁰ De la acusación popular se ocupan los arts. 81 y siguientes del Anteproyecto, con la adición de un catálogo de prohibiciones para su ejercicio, la exclusión de la posibilidad de que pueda ejercitar la acción civil y la exigencia de que se justifique un interés legítimo. Sin embargo, GIMENO SENDRA, V., "El régimen de intervención...", *cit.*, p. 8, señalaba que el régimen de la acusación particular durante la investigación no difería completamente de la del acusador popular por cuanto su papel es de mero colaborador del MF, ya que puede facilitarle información, instarle la práctica de diligencias y conocer, salvo declaración en secreto, las actuaciones, pero no se le autoriza a participar en su ejecución, de forma que, a salvo de su declaración como testigo, la víctima es pues, más objeto que sujeto de la investigación. Por ello propone que el Anteproyecto debiera otorgarle otro régimen distinto y conferirle, al igual que a la defensa, todo el estatus de parte principal, pudiendo ser asistida por intérprete gratuito, formular alegaciones con anterioridad a cualquier decisión de mediación o sobreseimiento, instar ante el MF, actos instructorios y los relativos a la futura pieza de responsabilidad civil e intervenir con su abogado en la práctica de las mismas.

⁴⁹¹ El art. 78.1 indica que el acusador particular estará asistido de abogado y procurador.

ofendido o perjudicado por la infracción y a los efectos de que acepte su personación en el procedimiento de investigación como acusador particular⁴⁹².

⁴⁹² El art. 65 delimita el concepto de de víctima de la siguiente manera: "1. Tendrá la consideración de víctima a los efectos de esta ley: a) la persona física o jurídica ofendida por la infracción, y b) la persona que haya sufrido un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles.

2. No tendrán la condición de perjudicados por el delito las compañías que hayan asegurado el importe de los daños personales o materiales causados ni los entes públicos o privados que deban asumir legal o contractualmente el coste de de dichos daños.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho de repetición que pueda existir contra la persona que sea considerada responsable".

Como indica BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., " La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011", *Diario la Ley*, núm. 7939, año XXXIII, 8 octubre 2012, p. 3, en el Anteproyecto se incorpora por vez primera un concepto de víctima a efectos procesales, identificándose con el ofendido y el perjudicado directo por la infracción, teniendo esa consideración, la persona física o jurídica ofendida por la infracción y la persona que haya sufrido un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles. Dichas víctimas pueden llegar a personarse como acusadores particulares, no teniendo tal consideración los que sufran perjuicios indirectos, ligados al hecho punible incidentalmente, como por ejemplo las compañías aseguradoras y entidades gestoras de servicios públicos o administraciones sanitarias. El fundamento de dicha exclusión lo atribuye a que los intereses meramente económicos con los que se juega normalmente pueden producir dilaciones indebidas en el proceso penal. Además, en los delitos contra los bienes públicos o colectivos, no se reconoce la condición de víctima a ninguna persona o ente público o privado, dejando a salvo el perjuicio patrimonial directo de las Administraciones Públicas en los delitos contra la Hacienda Pública y de malversación, que sí pueden personarse como acusadores particulares, ejercitando la acción penal y civil, según se desprende de lo dispuesto en el art. 66 del Anteproyecto.

Por tanto, valdrá cualquier escrito donde se manifieste la voluntad de personarse, pudiendo ser ese primer escrito el que corresponde a la impugnación que se efectúe contra el decreto de archivo por oportunidad.

Respecto del tiempo para personarse como parte acusadora, el art 77 del Anteproyecto prevé que los ofendidos y perjudicados podrán personarse como acusadores particulares en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación y se realizará por escrito ante el fiscal especificando si se ejerce la acción penal o también la civil.

El Anteproyecto prevé la posibilidad de disponer de la acción penal por el ofendido o perjudicado, en función del perdón, en los supuestos en los que la ley penal lo autorice expresamente, pero únicamente cuando se trate de delitos perseguibles exclusivamente previa denuncia del ofendido o perjudicado⁴⁹³.

En lo concerniente a las novedades introducidas en la acción civil derivada de la infracción penal, destaca su modulación al excluir el ejercicio de la acción civil en supuestos de especial complejidad en los que la determinación precisa de su alcance puede dilatar y perjudicar en exceso el desarrollo de la investigación criminal, más aún si se tiene en cuenta que se sujeta el procedimiento de investigación a los límites máximos de duración antes mencionados. En cualquier caso, será el Juez de Garantías el que habrá de

⁴⁹³ Art 79: "1. Cuando el procedimiento se siga por delitos sólo perseguibles mediante denuncia del ofendido o perjudicado por los hechos, la renuncia del acusador particular sólo extinguirá la acción penal en los supuestos en los que la ley penal permite expresamente el perdón. Ratificada la renuncia ante el juez o tribunal, el juez dictará auto declarando extinguida la responsabilidad penal del investigado o acusado. En los demás supuestos de delitos semipúblicos, la renuncia del ofendido o perjudicado no impedirá al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal.

2. La renuncia de la acción penal no implicará la de la civil que le pueda corresponder".

tomar la correspondiente decisión, a petición del fiscal responsable de la investigación⁴⁹⁴.

Por último, el art. 75.2 del Anteproyecto señala que si la víctima no se ha personado como acusación particular ni como actor civil, ejercerá la acción civil en su interés el fiscal, salvo que expresamente aquella se reserve dicha acción o renuncie a ella, sin olvidar que el fiscal queda eximido del deber de sostener esta última acción cuando la víctima se haya personado como parte actora y pueda reclamar por sí misma la reparación o indemnización.

En mi opinión, entiendo que debería eximirse al fiscal, en todas las infracciones donde deba intervenir, del deber de sostener la responsabilidad civil derivada de la comisión de una infracción penal cuando la víctima se haya personado como parte en el proceso y pueda reclamar por sí misma la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos, coincidiendo con lo previsto en el citado Anteproyecto.

Hasta ahora, por el juego de los arts. 108 y 773.1 Lecrim, el fiscal viene obligado a ejercitar, en nombre e interés de la víctima, la acción civil dimanante del delito, con la única excepción de renuncia o reserva de la acción civil por el perjudicado.

Por tanto, no es necesario que la víctima comparezca en un procedimiento penal en curso para ejercitar dicha acción resarcitoria, aunque podrá hacerlo

⁴⁹⁴ El art. 89 así lo dispone: " No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías la exclusión del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, cuando, por la especial complejidad de la determinación de la responsabilidad civil o por el número de afectados, pueda originar retrasos graves en la tramitación de la causa. El Juez resolverá lo que proceda previa audiencia de todas las partes personadas, quedando expedita en su caso la vía civil".

posteriormente a través del trámite de ofrecimiento de acciones (art. 109 Lecrim), adhiriéndose a la acción penal ejercitada (art. 110 Lecrim), incluso personándose en la causa solicitando el beneficio de la justicia gratuita.

La intervención del MF, como sustituto procesal de la víctima se basa en la misión encomendada al mismo constitucionalmente (art. 124.1 CE), de velar por los derechos de los ciudadanos y, de modo especial, por las personas desvalidas.

Se impone retirar la responsabilidad civil derivada cuando la propia víctima renuncia de forma expresa, de forma que si no se produce dicha manifestación, debe mantenerse a toda costa por el fiscal (art. 108 Lecrim)⁴⁹⁵.

Con la posibilidad de que al fiscal se le obligara a no reclamar por la responsabilidad civil cuando la víctima estuviera personada en el proceso penal, se respetaría la función básica del principio dispositivo que rige la

⁴⁹⁵ Lo que no se hace habitualmente es retirar la responsabilidad civil en las calificaciones cuando la víctima se persona y reclama. Esto no deja de producir ciertas trabas procesales si pensamos que, en muchas ocasiones, cuando llega el momento de la celebración del juicio oral, algunas de las víctimas, no desean reclamar las indemnizaciones civiles derivadas de la infracción, por lo que se hace inútil el mantener la misma por el fiscal, y sólo hasta ese momento procesal se ha tenido noticia de ello. En esta situación, por el juzgado se ha citado con toda seguridad a los responsables civiles, ya sean directos o subsidiarios, a peritos o testigos que justamente iban a declarar en relación con la parte del debate que versaría exclusivamente sobre la responsabilidad civil. Resulta claro que si se ha tenido previo conocimiento de ello por el órgano judicial, lo lógico es que se haya prescindido de aquella prueba que pueda versar sobre el particular, y previo traslado a las partes, no se aportaría la misma a la sesiones del juicio oral, simplificando el proceso, con el consiguiente ahorro en el gasto para la Administración de Justicia. Pero esto en la práctica no siempre es posible.

reclamación por responsabilidad civil. Por otra parte, se mantendría por el fiscal una petición de responsabilidad civil respecto de aquellas víctimas que no estuvieran personadas en el proceso.

Piénsese, por ejemplo -bastante común en la práctica-, en el supuesto de un delito contra la seguridad del tráfico donde existen exclusivamente daños a terceros y el acusado reconoce los hechos respecto de la acción penal, incluso se conforma con las penas pedidas por el fiscal y la acusación particular, y esta además reclama responsabilidad civil, pero, sin embargo, el debate se centrará exclusivamente sobre la responsabilidad civil derivada. No obstante esto, se señala juicio oral, convirtiéndose *de facto*, en un juicio verbal.

Otro ejemplo paradigmático lo encontramos en la modalidad del delito de abandono de familia, el denominado delito de impago de pensiones tipificado en el art. 227 CP.

En muchos de estos casos, los acusados se conforman con las penas pedidas, pero, sin embargo, el juicio se celebra para debatir los importes de las pensiones alimenticias, actualizadas o no, gastos ordinarios o extraordinarios, etc. Los debates se centran por la acusación, en acreditar el impago de las deudas dinerarias impuestas por resolución judicial y a cargo del acusado, y este justamente, de probar su pago, normalmente de parte de esa deuda. Aquí entran en juego aspectos que incluso han podido tener debate en sede del proceso civil, por ejemplo, cuando se ha presentado demanda ejecutiva para hacer efectivos los pronunciamientos patrimoniales de la sentencia matrimonial firme y es posible que incluso el demandado se haya opuesto.

En estos casos, ¿cual es la función principal del fiscal en el juicio?, ¿representa los intereses del Estado o de una de las partes?, ¿sería por tanto,

necesaria su asistencia como sustituto procesal de los intereses de la víctima o perjudicado?.

Podría pensarse, a pesar de estos interrogantes, que su función es velar por la legalidad, como parte imparcial y, por tanto, su parecer podría tener mayor relevancia que el de las partes interesadas.

Sin embargo, en estos casos, el fiscal se ha limitado a calcular una responsabilidad civil que en la mayoría de las ocasiones se efectúa de forma mecánica conforme a criterios o parámetros de esa índole sin que pueda tener acceso a otros factores que pueden modificar esa petición. No obstante, la acusación particular, debido a su estrecha relación con la víctima en el proceso, habitualmente sí que dispone de ciertos elementos probatorios que posibilitan una mayor concreción de la responsabilidad civil y que se puede reclamar en nombre de su representado. Por ejemplo, son frecuentes las peticiones fundadas de daños morales en los delitos contra la libertad sexual, de las que no tiene conocimiento el fiscal hasta el día del juicio o poco antes, por traslado del escrito de la acusación particular. En estos casos, cuando se trata de elevar las conclusiones a definitivas, es evidente que se podrá modificar la responsabilidad civil acorde con lo pedido por la acusación particular. Pero, ¿es esto realmente necesario?. Entiendo que obviamente puede evitarse dicha actuación por ser, a mi juicio, innecesaria, a la vista de que, en definitiva, siempre habrá dos partes en litigio, donde se respetarán los principios de defensa y contradicción, siendo el máximo defensor de la legalidad el juez o tribunal que resolverá a su buen saber y entender.

7. La conformidad y la mediación

El apartado XXV de la Exposición de Motivos hace referencia a la conformidad como una clara manifestación del principio de oportunidad.

En ciertos supuestos se prevé la atenuación de la respuesta punitiva para el caso concreto y, por tanto, un margen de reducción de pena que el MF puede utilizar en el marco de una solución consensuada.

La Exposición de Motivos justifica la supresión del límite penológico para que tenga lugar la conformidad, cuando opta por acabar con el sistema actual de limitación, basándose en que esta no ha tenido un reflejo real en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuando el asunto tratado rebasa el límite máximo de los cinco años de prisión.

Este nuevo modelo opta por admitir una salida consensuada en los casos de penas superiores a ese tope máximo, sujetando este supuesto cualificado a un control judicial más estricto que obligue a comprobar la efectiva existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a la mera confesión. En estos casos, además, el letrado ha de proporcionar por escrito a su cliente la información relativa al acuerdo alcanzado⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ El art. 145.3 así lo determina: "(...) 3. Cuando el juez entienda que no existe obstáculo para la aprobación de la conformidad, convocará al investigado, acompañado de su defensor, a una comparecencia para que ratifique personalmente los términos del acuerdo.

En esta comparecencia el juez verificará que el acusado se encuentra suficientemente informado sobre las consecuencias de la conformidad y de que presta consentimiento libremente y sin coacción.

Si la pena aceptada es superior a cinco años de prisión, el juez oírà a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos.

En este supuesto se intenta dar salida a las conformidades que se producían, hasta cierto punto de manera forzada, cuando las penas solicitadas por las acusaciones eran superiores a los cinco años de prisión. En la práctica no siempre es así, pero sí que es cierto que muchas veces, previamente a iniciar el juicio oral ante la Sala, por las defensas se aportan documentales a fin de acreditar la drogadicción del acusado en el momento de los hechos o en otros casos, menos frecuentes, se puede apreciar un grado de participación menor al de autor o cooperador necesario en el propio acusado, sobre todo cuando se trata de varias personas acusadas por un mismo hecho.

En lo demás, la regulación de la conformidad es similar a la actual para los diferentes tipos de procedimiento⁴⁹⁷, pero debe destacarse que el control

4. Cuando el juez entienda que existe obstáculo para la aprobación del acuerdo o cuando el investigado no ratifique a presencia judicial la conformidad en los estrictos términos en que se haya formulado, se devolverá la causa al fiscal, que continuará su tramitación”.

⁴⁹⁷ Los arts. 143 y 144, vienen a delimitar los requisitos de forma de las conformidades. Así, el art. 143 señala: “1. El Ministerio Fiscal y las demás partes personadas podrán presentar ante el secretario judicial un escrito conjunto, solicitando que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con su contenido.

2. El escrito estará firmado por el fiscal, por los letrados de los acusadores, por la persona investigada y por su defensor y, en su caso, por los actores civiles y terceros responsables civiles.

3. Tendrá el contenido previsto en el apartado 1 del artículo 517 de esta ley, extendiéndose a lo señalado en el apartado 2 del mismo precepto cuando el acuerdo alcance a los pronunciamientos civiles.

4. Cuando las partes estén conformes con la aplicación del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, lo señalarán expresamente en el escrito.

5. En los supuestos de conformidad, el fiscal podrá solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la prevista legalmente”.

judicial de la misma no corresponde en este nuevo modelo al órgano de enjuiciamiento.

Según la Exposición de Motivos, se quiere prevenir con ello que las conformidades se estimulen indebidamente desde el propio órgano enjuiciador con la finalidad de evitar la celebración del plenario. Por tanto, una vez negociada la conformidad por el fiscal y las defensas, es formalizada después en un documento que el acusado habrá de ratificar ante un juez que no es el que está llamado a enjuiciar el asunto.

El art. 142 regula el denominado Juez de la Conformidad: "Es competente para conocer de las conformidades la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido que, para el ejercicio de esta función, se constituirá siempre con un solo magistrado que se denominará Juez de la Conformidad".

No obstante, se añade que esto se aplicará sin perjuicio de la competencia que pueda corresponder a otros jueces en el marco de las modalidades de enjuiciamiento urgente reguladas en la ley.

En mi opinión, es loable esta posibilidad de que un juez distinto conozca de la conformidad –a salvo, claro está, de los juicios rápidos–, pero ello choca con la estructura de la planta judicial actualmente vigente, sobre todo si tenemos en

Por su parte, el art. 144 establecía el plazo para solicitar la conformidad:" 1. No cabrá la conformidad transcurridos diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral.

2. Transcurrido este plazo, el tribunal resolverá de acuerdo con la prueba practicada en el acto del juicio sin que la confesión del acusado o la adhesión de la defensa a la pretensión de la acusación pueda producir los efectos de la conformidad (...)"

cuenta que la mayoría de las conformidades se producen ante el Juez de lo Penal, por delitos menos graves, y este no es un órgano colegiado. Sólo se prevé la conformidad ante el Tribunal de Instancia, como órgano colegiado, lo que sería actualmente cualquier sección penal de la AP. Pero como se señala en la Exposición de Motivos, el Tribunal de Instancia está llamado a cumplir en la actualidad el papel reservado en su día a las AAPP y se ha de proceder a la unificación de todo el enjuiciamiento de las causas criminales en este nuevo órgano que, en función de la naturaleza del asunto concreto, puede actuar jurisdiccionalmente de forma unipersonal o colegiada. Por ello, en estos casos de conformidad el Tribunal de Instancia actuará de forma unipersonal, debiendo tener en cuenta que, obviamente, para el supuesto de que la conformidad no sea homologada, el juez que fue designado para conocer de la misma, no podrá intervenir posteriormente para conocer del enjuiciamiento.

Respecto de la mediación, conforme se menciona en el apartado XXVI de la Exposición de Motivos, es concebida como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima. Por tanto, la mediación no consiste en una renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*.

La mediación se regula en los arts. 157 a 161 del Anteproyecto, estableciendo el primero de ellos los principios a los que debe atenerse toda mediación en el proceso penal, que son los de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad. De esta forma, han de prestar consentimiento la

víctima y el investigado, por lo que no debe ser impuesta a ninguna de las partes, debiendo seguirse un procedimiento al efecto⁴⁹⁸.

Según el Anteproyecto, y atendiendo a las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima, el fiscal podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a mediación y su inicio no interrumpirá la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación de delito (art. 158.1).

Las funciones de mediador se realizarán por el Equipo Técnico que proceda y el procedimiento de mediación no podrá durar más de tres meses (art. 158.2).

En el caso de que las partes no consientan en someterse a mediación, se pondrá inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del fiscal que continuará la tramitación del procedimiento (art. 158.3).

El MF podrá establecer condiciones en las posibles opciones para la adecuada satisfacción de las víctimas, siempre en los supuestos de poder acudir a un archivo por oportunidad o cuando proceda la imposición de una pena reducida. De esta forma se impulsa a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de

⁴⁹⁸ El art. 158 regula ciertos aspectos generales del procedimiento a seguir, si bien debe tenerse en cuenta la flexibilidad que debe regir su desarrollo, de forma que el equipo de mediación – como mediador-, podrá solicitar al fiscal la información que precise sobre el contenido del procedimiento de investigación durante el desarrollo de las sesiones de mediación. Nada dice el Anteproyecto respecto de posibles fases, como podrían ser de inicio o posteriores encuentros o acercamientos –por ejemplo, a través de entrevistas- entre las partes. Aquí hubiera sido deseable una regulación más concreta que, en cualquier caso, debería fijar una Ley de Mediación Penal. El apartado 5º de dicho precepto también posibilita acordar el sometimiento del procedimiento a mediación durante la fase de ejecución de sentencia, pero en este caso lo acordará el juez, previa audiencia del fiscal.

interés del Estado en la sanción a través de una pena. Se podrán concluir las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada.

En mi opinión, es acertada la introducción de la mediación con estos presupuestos, sobre todo si tenemos en cuenta que con ello se respeta el derecho de los perjudicados a satisfacer sus intereses sin necesidad de acudir a otro tipo de procedimientos, siempre y cuando se aprecie por el fiscal que la causa podría archivarse atendiendo a los requisitos fijados para la oportunidad o, incluso, llegar a una conformidad con una pena reducida. No obstante, siempre deberá contarse con el consentimiento de la víctima, quien deberá valorar si es preferible la mediación a la continuación del procedimiento con todas sus consecuencias. Entiendo que, en este sentido, el fiscal, deberá informar adecuadamente a la víctima de las diferentes posibilidades, antes de remitir la causa a mediación.

Por último, considero acertado que el inicio del procedimiento de mediación no suspenda el procedimiento de investigación penal, y al objeto de evitar dilaciones innecesarias en el proceso, teniendo en cuenta además que el periodo para llegar a un acuerdo de mediación es de tres meses que, aunque parezca breve, no deja de ser relevante en la investigación de ciertos delitos que requieren una investigación rápida, ya que, bajo el pretexto de someterse a mediación, cualquier imputado podría disponer de un tiempo importante para hacer desaparecer o menoscabar elementos probatorios relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

CAPITULO IX

PROPUESTA DE UN MODELO DE OPORTUNIDAD PARA EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. Modelo basado en el proceso alemán

Antes de concretar la estructura del modelo de oportunidad que voy a proponer, considero que convendría respetar en esencia nuestro propio modelo procesal, basado en el principio acusatorio, donde juez y fiscal tienen asignadas sus funciones en cada procedimiento –como instructor el primero y acusador el segundo-, de forma que lo que se trata aquí es de comprobar hasta qué punto es posible importar de una forma amplia el principio de oportunidad reglada que, como se ha visto, ha tenido propuestas normativas en nuestro país siguiendo la línea del Derecho comparado y de las demandas doctrinales que aconsejaban su introducción, sobre todo con el decaído Anteproyecto de Lecrim de 2011.

En este sentido, correspondería al fiscal en exclusiva la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad, sin perjuicio de que la FGE dictara las circulares e instrucciones generales que fueran necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esa facultad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal, correspondiendo al órgano jurisdiccional, según sea el caso, el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad, sin olvidar el control a instancia de las partes personadas y, en particular, de otras acusaciones, que podrían intervenir en el proceso a fin de evitar que la decisión del fiscal no quede debidamente fiscalizada cuando se acuerde un sobreseimiento por oportunidad.

En estos casos, mediante un sistema de recursos ordinarios contra la resolución judicial, entiendo que el control sería suficiente, pudiendo solicitar la acusación particular, una vez personada, la práctica de diligencias de investigación al juez instructor.

El fiscal que intervenga debe tener en cuenta el respeto a los principios de legalidad e imparcialidad que rigen su actuación y, por tanto, deberá ponderar si procede ejercitar la acción penal cuando concurren determinados presupuestos y requisitos, según sea el caso.

He decidido iniciar la labor de análisis en el Derecho comparado por el proceso alemán al entender que es el proceso con más posibilidades de trasaso, teniendo en cuenta las competencias de que disfruta el Ministerio Público en el marco de la conclusión anticipada del procedimiento, lo cual sin duda llevaría a una ampliación considerable de la actividad del MF en nuestro ordenamiento procesal.

Por lo que hace referencia al marco legislativo existente para la aplicación del principio de oportunidad, se constata que los sistemas jurídicos tanto alemán como español se fundamentan en los mismos principios procesales y, por tanto, podría así hablarse de la existencia en ambos ordenamientos del llamado principio de oportunidad reglada. Como se ha dicho, en virtud de este principio se permite, en determinados casos, acordar la terminación anticipada de un procedimiento y, por consiguiente, abstenerse de formular acusación, a pesar de darse los requisitos generales de procesabilidad.

Creo que lo más adecuado, como sucede en Alemania, es basar la oportunidad en criterios político criminales como la falta de necesidad de pena en el caso concreto o la posibilidad de reducción de las penas a través de generalizar la institución de la conformidad, tal y como se ha visto en nuestro

ordenamiento últimamente, sobre todo desde la introducción de los juicios rápidos.

Partiendo del contenido del §153 StPO -no persecución de asuntos de poca importancia-, §153a StPO -archivo del proceso en caso de cumplimiento de ciertas condiciones-, y §153b StPO -abstención de la acción-, podría introducirse la solicitud de un sobreseimiento por oportunidad sometido a condición, que se reservaría a los supuestos de delitos castigados con penas menos graves que no excedieran de dos años de prisión en toda su extensión y de otros menos graves que no tuvieran señalada pena privativa, de forma que aquí se beneficiarían gran parte de los delitos denominados de "bagatela" - hurto, robo y hurto de uso de vehículos, receptación, usurpación, daños, e incluso ciertos delitos contra las personas como las lesiones atenuadas del art. 147.2 CP, etc-, teniendo además en cuenta que el citado límite temporal de la pena es el punto de inflexión sobre el que recaen ciertos beneficios en nuestro proceso como la suspensión de la ejecución de la pena o su sustitución (arts. 80 a 89 CP).

Los requisitos que deberían darse, serían tres:

1º) Ausencia de antecedentes penales por condenas a penas privativas de libertad superiores a los dos años de prisión, o, en el caso de que constaran anotadas condenas superiores a dicho tiempo en la hoja de antecedentes, que fueran cancelables en el momento de la comisión de los hechos.

2º) El compromiso expreso del imputado de cumplir determinadas reglas de conducta que tenderían básicamente a la reparación de los perjuicios causados, en su caso, siempre y cuando así lo manifestara expresamente la parte perjudicada, ya que debe ser la primera interesada en reclamar la responsabilidad civil. En este caso, si la perjudicada manifiesta su intención de

no reclamar o no reclama expresamente, el MF sólo deberá tener en cuenta el primer requisito para solicitar el sobreseimiento. Pero estas reglas de conducta deberían cumplirse en un determinado plazo que, en mi opinión, no debería ser superior a seis meses, teniendo en cuenta la escasa entidad de las infracciones, aunque es probable que existan indemnizaciones de cierta entidad y, en ese caso, podría darse una prórroga de hasta seis meses más. Sólo en el supuesto de que el imputado resulte insolvente, se podrían fijar otras reglas de conducta que se orientaran hacia la satisfacción de los daños causados al ofendido -al margen de la posible petición de perdón de la víctima-, como podrían ser la realización de determinados trabajos en beneficio del ofendido o de su entorno familiar. No obstante, en el caso de que el perjudicado no reclamara expresamente en el proceso penal, procedería declarar la reserva de acciones civiles al mismo.

3º) Por último, que el imputado no delinca al menos durante el plazo de seis meses, coincidente con el plazo máximo del cumplimiento de las actividades anteriores.

Por tanto, si procede la reparación de perjuicios causados a la víctima o al perjudicado, por cuanto se reclaman expresamente los mismos, el proceso quedaría en suspenso -mediante un auto de sobreseimiento provisional- y no podría sobreseerse definitivamente hasta que no se cumplieran las mencionadas reglas de conducta.

Por otra parte, en otros delitos menos graves -aquellos castigados con penas de hasta cinco años de prisión -arts. 13.2 y 33.3 CP- y cualesquiera otros castigados con penas de distinta naturaleza- se podría introducir igualmente la posibilidad de solicitud de un sobreseimiento, previa suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, reforzando los requisitos fijados para el supuesto anterior, de forma que podrían ser los siguientes:

1º) Ausencia de antecedentes penales por condenas a penas privativas de libertad superiores a un año de prisión, o, en el caso de que constaran anotadas condenas superiores a dicho tiempo en la hoja de antecedentes, que fueran cancelables en el momento de la comisión de los hechos.

2º) El compromiso expreso del imputado de cumplir determinadas reglas de conducta que tenderían básicamente a la reparación de los perjuicios causados, en las mismas condiciones del supuesto anterior, pero además, por ejemplo: prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determinen, o de comunicarse con ellos por cualquier medio, o de acudir a determinados lugares. Estas reglas de conducta tendrían, como máximo, un año de duración.

3º) El compromiso de cumplir ciertas actividades de formación o reeducación como participar en programas laborales, culturales, de educación vial, sexual, etc., que se le pudieran imponer como condición durante un tiempo que no podría exceder de tres meses, a cumplir en el plazo máximo de un año y que serían impuestas por el juez, previo informe favorable del MF. Esta condición podría verificarse sin necesidad de cumplirla de forma continuada, para intentar no perjudicar la jornada laboral del imputado o sus expectativas.

Igualmente el someterse a tratamiento de deshabituación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, cuando previo informe facultativo, se estime necesario, sin que, en este caso, se deba superar el año para obtener un informe facultativo de rehabilitación.

En mi opinión, con el cumplimiento de actividades de reeducación y formación, se aprovecharía la infraestructura creada en las Administraciones Públicas durante años anteriores al objeto de hacer efectivo el cumplimiento de

las penas de trabajos en beneficio de la comunidad, que actualmente se imponen por la comisión de múltiples delitos. Obviamente, el organismo o institución responsable del seguimiento periódico, daría cuenta al órgano judicial de las incidencias de su cumplimiento.

4º) Por último, que el imputado no delinca al menos durante el plazo de un año, coincidente con el plazo máximo del cumplimiento de las actividades anteriores.

Por tanto, cumplidas las obligaciones y reglas de conducta en los plazos fijados y transcurrido un año sin que el imputado hubiera delinquido, el órgano jurisdiccional de oficio, o a petición del fiscal o de cualquiera de las partes personadas, debería acordar el sobreseimiento libre o, en otro caso, reaperturar el procedimiento.

Del ámbito de aplicación de este modelo se excluirían ciertos delitos, aun teniendo penas inferiores o en la extensión de las señaladas, por su repercusión pública y por conculcar valores de carácter supraindividual, donde tendrían cabida alguna de las modalidades de corrupción pública o privada -cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, malversación del art. 433 CP por negociaciones o actividades prohibidas a funcionarios, etc.-. Tampoco se aplicarían a los delitos contra las personas -robos con violencia e intimidación, lesiones graves en todas sus formas-, las víctimas sean menores de catorce años, o se trate de delitos de violencia de género o doméstica, si bien, en este caso habría que matizar y entiendo que si no mediara violencia física o psíquica (maltrato de los arts. 153.1 y 2 o 173.2 CP), y se tratara exclusivamente de coacciones o amenazas, sí que procedería aplicar la oportunidad.

Por otra parte, entiendo que sí que cabría aplicar la oportunidad en los supuestos donde se apreciara que la conducta del imputado ha sido imprudente -aunque se califiquen de homicidio o lesiones por imprudencia-, cualquiera que sea la naturaleza y la gravedad de las penas a imponer.

2. Posibilidades de otros ordenamientos de Derecho comparado

A pesar de lo expuesto en el apartado anterior, del resto de los ordenamientos de Derecho comparado analizados en este trabajo, considero que son interesantes algunas de las figuras que se mencionaron, y que podrían, con matizaciones, ser importadas a nuestro proceso.

Así pues, en el proceso italiano, donde el Ministerio Público monopoliza el ejercicio de la acción penal -no existe acción particular ni acción popular-, con sujeción al principio de legalidad, se ha visto la importancia de la oportunidad a través de la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, también denominada *patteggiamento* (arts. 444 a 448 CPPI), de forma que, de modo similar a la conformidad en nuestro proceso penal, se establece la posibilidad de aplicar una sanción sustitutiva, una pena pecuniaria o una pena privativa de libertad bajo el cumplimiento de determinadas condiciones, basadas en los límites penológicos y las circunstancias atenuantes, pudiendo reducirse la pena a imponer hasta un tercio de la pena prevista.

En nuestro proceso, considero que con la introducción de los denominados juicios rápidos, dicho modelo italiano ya tiene en nuestro país su homólogo, aunque no veo inconveniente para que pudiera operar la rebaja del tercio de la pena inicialmente pedida por las acusaciones, en los supuestos de conformidad en la fase intermedia del procedimiento abreviado en algunos delitos menos graves, cuando la causa no pudo iniciarse por el enjuiciamiento rápido y, por

tanto, el acusado no tuvo oportunidad de acogerse a dicho beneficio con anterioridad.

En el caso de Francia, el ejercicio de la acción penal no se rige por el principio de legalidad, sino por el de oportunidad y al poder de opción del Ministerio Público se le denomina *principe d'opportunité des poursuites*, esto es, oportunidad de acusación o de persecución.

Aquí debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público tiene el deber de asignar la investigación de los delitos más graves al Juez de Instrucción que corresponda -*crimes*-, mientras que para los delitos menos graves -*delits*- puede solicitar una investigación judicial, a su discreción (arts. 79 y 80 CPP).

Esto es, la participación del Juez de Instrucción solo es obligatoria en la investigación de los delitos más graves, mientras que con respecto a los delitos menos graves sólo podrá intervenir a petición expresa del Ministerio Público. Por tanto, la actividad de investigación es dirigida por el Ministerio Público o por los Jueces de Instrucción, en función de la naturaleza y gravedad de la infracción penal.

Según el art. 40-1 CPP francés, cuando el Ministerio Público estime que los hechos que han sido puestos en su conocimiento en aplicación de las disposiciones del art. 40 CPP constituyen una infracción cometida por una persona cuya identidad y domicilio son conocidos y con respecto a la que no existe ninguna disposición legal que impida el ejercicio de la acción pública, dispondrá de dos posibilidades:

1ª) Podrá promover diligencias e iniciar un procedimiento alternativo a las diligencias en aplicación de las disposiciones de los arts. 41-1 o 41-2 CPP - suspensión del ejercicio de la acción penal condicionada al cumplimiento de

medidas de reparación o resarcimiento a la víctima, cursos de formación, intentos de mediación, alejamientos o prohibiciones de aproximación a las víctimas, etc-.

2ª) Considerará si procede archivar el procedimiento cuando las circunstancias particulares unidas a la comisión de los hechos lo justifiquen - *classement sans suite*-, donde la víctima podrá, después de una decisión de este tipo, constituirse en parte civil, lo que obligará al Ministerio Público a abrir una investigación judicial.

En nuestro proceso, la dirección de la investigación oficial es otorgada al Juez de Instrucción y, por tanto, conforme a los principios de legalidad y oficialidad, deben perseguirse todo tipo de infracciones cuando se tenga conocimiento de ellas, cualquiera que sea su naturaleza. Por ello, considero que sólo sería trasladable este modelo en el supuesto de adoptar una solución mixta sobre la dirección de la investigación en el proceso penal, es decir, que la persecución de los delitos menos graves quedara en manos del fiscal y el resto dependiera de la decisión del Juez de Instrucción.

Desde luego, en mi opinión, se agilizaría la justicia penal, pero entiendo que la discrecionalidad dada al fiscal para perseguir este tipo de delitos menos graves, debería estar sometida a una serie de condiciones en las que se tuviera en cuenta la carrera delictiva del autor -antecedentes penales- así como otras circunstancias agravantes de los hechos. Sería más coherente plantear una oportunidad en la persecución basada no sólo en la naturaleza de las infracciones sino igualmente en la gravedad de las penas a imponer y, por tanto, llegaríamos a límites penológicos similares a los indicados cuando se trató antes del modelo procesal donde se posibilitaba un sobreseimiento por oportunidad sometido a condición, que se reservaría a los supuestos de delitos

castigados con penas menos graves que no excedieran de dos años de prisión. En cualquier caso, las posibilidades que otorgan los arts. 41-1 o 41-2 CPP - suspensión del ejercicio de la acción penal condicionada al cumplimiento de medidas de reparación o resarcimiento a la víctima-, serían adecuadas para nuestro ordenamiento si se instaurara la posibilidad legal de una mediación en el proceso penal. El Anteproyecto de Lecrim de 2011, ya diseñó la mediación bajo el modelo de un fiscal investigador.

Respecto del procedimiento chileno, si bien se encomienda al Ministerio Público la investigación oficial, alguna de sus figuras podrían ser traspasables a nuestro proceso, pero en mi opinión, respetando el marco de la instrucción judicial, de forma que el modelo antes propuesto de oportunidad podría ser válido tomando como referencia por ejemplo, la cláusula de oportunidad del art. 170 CPPC, cuando señala que el Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se esté en presencia de un hecho delictivo que no comprometa gravemente el interés público, salvo que la pena mínima asignada al delito exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se trate de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Aquí prevalece la falta de interés público, nuevamente como concepto jurídico indeterminado y no el criterio de falta de necesidad de pena en el caso concreto, concepto más específico, de forma que, si se introdujera un criterio basado únicamente en el interés público, en mi opinión, debería intentarse su delimitación, al menos por exclusión, debiendo relacionar aquellos delitos que atendiendo a su naturaleza no sería aplicable esa falta de interés público.

Dicho interés público debería quedar definido por la propia gravedad de los hechos y tendría reflejo automático en la correlativa gravedad de las penas a imponer en cada caso.

En definitiva, dicho interés público vendría delimitado asimismo por estos dos criterios normativos, como son la propia naturaleza de las infracciones -por su gravedad, en función de la mayor o menor protección que se quiera dar al bien jurídico que integre la norma penal- y la falta de necesidad de pena que vendría delimitada por las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Respecto del sistema de Gran Bretaña y Gales, el ejercicio de la acción penal por parte del fiscal no se postula bajo una genuina división de poderes como en el sistema continental y tampoco depende de la imposición del principio de legalidad en su ejercicio -como el que vincula a los fiscales en Italia o España- o estrictamente del principio de oportunidad -como en Estados Unidos-.

Este sistema, teniendo en cuenta que quien investiga los delitos y formula acusaciones goza de amplios márgenes de discrecionalidad no sometidos a condición alguna, no lo podríamos traspasar formalmente a nuestro ordenamiento, si bien alguna de las figuras como el *guilty plea* británico -donde el imputado, al admitir cargos formulados en su contra, posibilita la no celebración de juicio y se finaliza con una sentencia de conformidad con la acusación-, han tenido parcialmente reflejo en la conformidad de nuestro proceso, aunque esta viene delimitada por el cumplimiento de una serie de requisitos procesales y límites penológicos en función del procedimiento seguido.

Por último, en Estados Unidos la mayoría de las causas penales se resuelven mediante el denominado *plea bargaining*, que consiste, previo reconocimiento de los hechos por el infractor, en un acuerdo que evita a la iniciación del juicio.

Dicho acuerdo puede ser de naturaleza muy variada, en el que normalmente se pacta una importante rebaja en la pena o incluso la anulación de algún cargo, a cambio del cumplimiento de acuerdos reparatorios en favor de la víctima.

En este sentido, se puede decir que se trata de una modalidad de mediación penal en el proceso, y donde no sólo debe tenerse en cuenta el instrumento de la conformidad a los efectos de rebajar las penas, ya existente en nuestro proceso, sino, además, la posibilidad de introducir formalmente la mediación penal como sistema alternativo y al mismo tiempo complementario al proceso penal. Esto ya tuvo su reflejo en el intento del Anteproyecto de Lecrim de 2011, al objeto de satisfacer adecuadamente los intereses de las víctimas, pero siempre y cuando se apreciara por el fiscal que puede acudirse a la mediación, bajo el cumplimiento de una serie de presupuestos. Sin el cambio de modelo procesal –fiscal investigador-, podría ser igualmente el Juez de Instrucción de oficio quien apreciara que las partes pueden someterse a mediación, sin perjuicio de que dicha posibilidad le fuera propuesta por el MF o a instancia de las partes en conflicto.

En mi opinión, la mediación se podría dar incluso, antes de dar inicio a la práctica de las primeras diligencias de investigación, una vez incoada la causa, previa consulta de las partes implicadas. Aquí, el acuerdo de mediación, conteniendo el consenso de las partes -víctima e imputado-, debería homologarse por auto judicial, que sería de sobreseimiento provisional, condicionado al cumplimiento de los acuerdos. Sólo cuando se verificara el cumplimiento completo de los acuerdos, debería sobreseerse definitivamente la causa. Un Equipo Técnico -en su función de mediador- y el órgano jurisdiccional, deberían repartirse las tareas respecto del control de los acuerdos.

CONCLUSIONES

En esta parte final, considero que deben extraerse las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Como dije en el capítulo IV -cuando me referí al análisis de los elementos que configuran la acusación-, la potestad de acusar, como función más relevante del ejercicio de la acción penal por el fiscal, tiene en sus propios presupuestos el fundamento para poder afirmar que, en el ejercicio de dicha potestad, se dispone de elementos discrecionales que pueden tenerse en cuenta para preparar una determinada acusación.

Ello es así porque el fiscal, como todo operador jurídico, tiene un margen de apreciación en la constatación de los hechos presuntamente delictivos en un caso concreto, atendiendo a una operación de subsunción del supuesto de hecho en la norma penal para, seguidamente, realizar un juicio de probabilidad en el intento de que prospere una acusación, basándose en las fuentes de prueba que se dispongan o se puedan disponer durante la fase de investigación.

SEGUNDA. Lo anterior implica elaborar un juicio sobre la acusación, donde pueden entrar en juego, entre otras, reglas de experiencia y libre convicción y, por tanto, concurrir ciertas apreciaciones discrecionales, sobre todo por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que integren el ilícito penal en un supuesto concreto. Esto puede suponer una operación de difícil encaje y, por consiguiente, puede darse la posibilidad de que se mantengan diferentes opiniones, que puedan dar lugar a distintas decisiones, en el intento de concretar el alcance del concepto normativo indeterminado en relación a los hechos presuntamente delictivos.

A pesar de que, en principio, esta labor de encaje sólo podría llevar a una solución justa -como se vio cuando se trató la doctrina administrativista- y, por tanto, no se podría hablar de discrecionalidad en la interpretación de tales conceptos, sin embargo, la práctica ha demostrado que esta operación de razonamiento efectuada por el fiscal llevaría en ocasiones al llamado "halo de incertidumbre" -supuestos de dudoso encaje-, acorde con el concepto elaborado por dicha doctrina, sobre todo en la aplicación de conceptos como el de "gravedad" que se introduce por el legislador en formas de culpabilidad como la imprudencia.

TERCERA. No obstante -cuando traté en el capítulo V de los controles del ejercicio de la potestad de acusar-, esta posibilidad de discrecionalidad en el ejercicio de la acusación por el fiscal, no tiene exactamente la misma naturaleza que la expuesta para los actos de los órganos de la Administración Pública. En primer lugar, porque no existen normas en nuestro ordenamiento que autoricen acusar o no, siquiera de forma condicionada -salvo lo analizado en la llamada cláusula de oportunidad que otorga el art. 171.3 CP en el delito de amenazas- y, en segundo lugar, porque la actividad del fiscal no es meramente técnica o instrumental, sino que además este debe trabajar como cualquier operador jurídico en una labor compleja de interpretación y encaje o subsunción de la norma supuestamente aplicable al caso concreto, bajo el estricto cumplimiento del principio de legalidad, sin que de momento, en nuestro ordenamiento, a diferencia de algunas instituciones del Derecho comparado, se admita una discrecionalidad siquiera reglada, dependiendo de los casos y bajo el cumplimiento de una serie de condiciones.

CUARTA. Cuando hice referencia a las tesis sobre el alcance de los controles jurisdiccionales respecto de los actos discrecionales de la

Administración Pública -capítulo V.3-, en mi opinión, deben considerarse para compararlas con el alcance del control del órgano jurisdiccional sobre el ejercicio de las funciones encomendadas al fiscal respecto de la acusación, salvando las notables diferencias en cuanto a las posibilidades de recurrir la decisión, ya que la decisión del fiscal no es un acto administrativo y, por tanto, fiscalizable por un sistema de recursos similar al previsto ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

Básicamente esto es así porque el escrito de acusación, aunque formalmente no mantenga el orden interno de una resolución -hechos, fundamentos jurídicos y parte dispositiva-, sin embargo, sí debe respetar una coherencia entre los diferentes contenidos de sus apartados de conclusiones -hechos, calificación jurídica, grado de participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y pena- y, por tanto, en este sentido, el juez o tribunal, a semejanza del control sobre el acto administrativo, sí que debe considerar los motivos por los que el fiscal decidió acusar, debiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre los mismos.

QUINTA. Por tanto, y a raíz de lo anterior, la propia decisión del fiscal sobre el ejercicio de la acusación está sometida a dicho control jurisdiccional, tanto en su aspecto positivo -ejercitándola-, como en su aspecto negativo -no ejercitándola-, de forma que la eficacia de esta decisión depende en gran parte del alcance de dicho control.

En ese sentido, dicho control tiene dos dimensiones, la primera es estrictamente jurídica -la ausencia de responsabilidad criminal en el acusado, la posibilidad de que concurran circunstancias que puedan modificar su responsabilidad, o incluso considerar los hechos atípicos- y la otra, de mayor alcance, se efectúa sobre el fundamento de los hechos, de forma que aquí se

analiza si los elementos probatorios resultantes de la investigación, fundamentan, al menos, un juicio de probabilidad sobre los hechos en los que se basa la acusación.

En un intento comparativo de las dos dimensiones mencionadas en el proceso penal, ambas coincidirían con el control jurídico al que se refiere la doctrina administrativista respecto de los actos administrativos –capítulo V.3.1.3- porque, en definitiva, el juez al efectuar dicho control fiscaliza la decisión del fiscal, debiendo tener en cuenta la motivación y los argumentos de su valoración y que hayan servido bien para solicitar un sobreseimiento o bien para formular una acusación.

A pesar de esto, este alcance sobre el control de los actos del fiscal, viene delimitado por el ámbito que autorice la norma procesal, según se trate de un procedimiento u otro -ordinario, abreviado, rápido o jurado-, y además no tendrá las mismas consecuencias si el ejercicio de la acusación es positivo -pudiendo denegarla con los efectos de un sobreseimiento-, o negativo, de forma que, en este caso, el órgano jurisdiccional puede acudir a la búsqueda de acusadores –el propio fiscal y la acusación particular-, pudiendo llegar incluso hasta el superior jerárquico del fiscal que haya intervenido en la causa.

SEXTA. En los sistemas de control interno -capítulo V.1-, la discrecionalidad, para que sea visible en algunas decisiones del fiscal, puede venir respaldada por el efecto de no aplicar debidamente al caso concreto el contenido de instrucciones o circulares que son de alcance general a todos los fiscales y, además, por no cumplir rigurosamente con el contenido de instrucciones u órdenes de servicio internas o incluso particulares que puedan ser emanadas por un Fiscal Jefe o superior jerárquico sobre otro fiscal subordinado en un caso concreto.

Todos los mecanismos de control interno se basan en los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica que rigen el funcionamiento de la actividad del MF y, por tanto, no deberían existir márgenes de discrecionalidad cuando de lo que se trata es de unificar criterios en todos los aspectos.

A pesar de esto, en la práctica, salvo seguimientos personalizados sobre el mandato de una actividad concreta, muchos de los controles *a posteriori* adolecen de eficacia y, por tanto, se adoptan decisiones que, en otro caso, si hubiera funcionado adecuadamente el sistema, podrían producir diferentes efectos.

En todo caso, y ante el planteamiento de un supuesto complejo, cualquier decisión debería adoptarse con el consentimiento del fiscal superior jerárquico o visador, de forma que en estos casos se podría hablar de una decisión discrecional, pero unificada, dentro del sistema.

Además, el principal mecanismo directo de control interno, como es el visado, efectuado habitualmente por el inmediato superior jerárquico del fiscal que adopta la decisión, deberá seguir rigurosamente el cumplimiento de los criterios o las pautas que se hayan fijado por las instrucciones u órdenes de la superioridad.

Pero a pesar de que el visador debe velar por su aplicación al caso, como se ha comprobado en alguno de los supuestos que he mencionado -solicitudes de sobreseimientos en diligencias previas, acusaciones en juicios rápidos, petición de diligencias no indispensables en la fase intermedia del procedimiento abreviado o el trámite de conclusiones definitivas en el juicio oral-, el visado no se efectúa o si se realiza, lo es deficientemente y, por tanto, posibilita la adopción de decisiones que no pocas veces responden a criterios

discrecionales, ya que en definitiva, es el fiscal que interviene directamente quien decide a su buen hacer y entender.

Aquí, en la mayoría de las ocasiones, el visador no puede fiscalizar adecuadamente dichas decisiones porque habitualmente vienen marcadas por la celeridad del procedimiento –juicios rápidos-, o por el gran volumen de asuntos que son registrados en las Fiscalías provenientes de los Juzgados de Instrucción, lo que provoca que los visadores se centren en la fase intermedia de los procesos -dejando de lado por ejemplo, el visado de sobreseimientos en la fase de diligencias previas del procedimiento abreviado-, siendo en definitiva un problema de gestión de recursos provocado básicamente por la falta de medios -sobre todo personales-, para que el visado sea eficaz en todos los trámites del procedimiento en que proceda efectuarse.

Desde luego que debe confiarse en la capacidad y acierto del fiscal que intervenga en cada caso, al amparo de la confianza que debe inspirar todo ejercicio de un cargo público, pero, justamente por la relevancia de sus decisiones, debe atenderse con mayor celo al cumplimiento de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que deben velar por garantizar los principios de legalidad e imparcialidad en el trabajo diario de los fiscales y que son la esencia del modelo que inspira la institución.

SÉPTIMA. Por ello, para intentar solucionar esta situación, tal y como mencioné en el apartado de propuestas para mejorar el sistema –capítulo V.1.4- entiendo que, en primer lugar, se requiere una mayor inversión pública en medios personales y materiales para poder hacer frente al volumen cada vez mayor de litigiosidad, teniendo en cuenta que la plantilla de fiscales en activo en España apenas supera los 2.000 funcionarios de todas las categorías y al mismo tiempo una mejor gestión, aunque siempre condicionada por la creación

de nuevos órganos jurisdiccionales o por el modelo de planta judicial que se quiera adoptar. No obstante, en un contexto donde existiera el principio de oportunidad en la persecución de ciertos delitos, no sería necesario aumentar las plantillas de personal indefinidamente ya que la aplicación de este principio siempre funcionaría como filtro previo para considerar si es necesario iniciar o continuar con el proceso penal.

En segundo lugar, procedería una reforma del art. 25 EOMF -el FGE podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos- para mejorar este sistema de control jerárquico. En este sentido, el FGE no sólo imparte instrucciones de alcance general para la fijación de criterios de interpretación jurídica con carácter vinculante, sino que además puede dirigirse a cualquier fiscal a través de órdenes particulares referidas al despacho de asuntos concretos que siempre podrían condicionar el curso del proceso al margen del criterio del fiscal encargado del asunto. Estas órdenes no tienen formalidad escrita y siempre pueden arrojar dudas respecto de la imparcialidad del MF, sobre todo en asuntos de delincuencia gubernativa donde el FGE podría observar una actitud ciertamente condescendiente con el Gobierno.

Pero además, al margen de que el EOMF establece la necesidad de oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, este sistema para nada impide que se haga utilización interesada en asuntos relativos a la delincuencia común, incluso por órdenes emanadas por los inmediatos superiores jerárquicos.

Además, el art. 26 EOMF, siguiendo la línea del precepto anterior, posibilita que el FGE llame a su presencia a cualquier miembro del MF para que reciba directamente sus informes e instrucciones particulares, pudiendo designar a cualquier fiscal para que actúe en un asunto determinado.

Por ello, entiendo que sería conveniente establecer una relación tasada de supuestos donde se prohibiera este tipo de órdenes específicas -sobre todo atendiendo a la relevancia del cargo de ciertas autoridades políticas u otros altos funcionarios designados discrecionalmente- y en ciertos delitos graves o menos graves -sobre todo los que afecten a ciertas modalidades de corrupción pública-.

Entiendo que deberían documentarse ese tipo de órdenes, que una vez adoptadas y con la debida motivación, deberían ponerse inmediatamente en conocimiento del Consejo Fiscal, de forma que, con dichos requisitos, siempre podría exigirse su justificación, ya que, al constar documentadas, podrían tener conocimiento de las mismas los propios órganos jurisdiccionales o las partes personadas en el proceso cuando así lo desearan. Tal vez, de esta manera, el sistema funcionaría con mayor eficacia ante instrucciones presuntamente arbitrarias.

OCTAVA. En el ámbito de las relaciones entre el MF y el Poder Ejecutivo, cualquier posibilidad de discrecionalidad en la actividad del MF, debe basarse en planteamientos de política criminal que atenderían a estrategias generales tanto en materia de investigación como de persecución de la criminalidad, de forma que, de entrada, esto no afectaría a la aplicación imparcial y rigurosa de la ley.

En este sentido debe entenderse esta relación de vinculación, legitimada constitucionalmente a través del art. 97 CE -al Gobierno le corresponde la

dirección de la política interior-, pero nunca de dependencia, porque al Poder Ejecutivo, en virtud de dicha dirección, le corresponde perfilar cual es el interés público en cada caso para la persecución de las infracciones penales, valiéndose, para la ejecución de dicha política, de la figura del MF.

Por tanto, las diferentes vinculaciones entre el Gobierno y el MF, a las que me he referido en el capítulo V.2 de este trabajo –sobre todo la prevista por el art. 8 EOMF-, estarían condicionadas por lo anterior.

En mi opinión, y ante la imposibilidad material de perseguir en la práctica todos los delitos por la escasez de medios materiales y personales, en muchos ordenamientos de Derecho comparado rige el principio de oportunidad y, por tanto, la vinculación entre el MF y el Poder Ejecutivo la considero imprescindible, ya que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal requiere que el ejercicio de la discrecionalidad venga determinado por la política criminal del Poder Ejecutivo -por gozar este de legitimidad democrática, y porque además le compete valorar el interés público en cada caso concreto-, sujetándose a la responsabilidad política de aquel. Solo de esta forma se puede conseguir que el principio de oportunidad en la persecución penal se ejercite de forma uniforme, sin incoherencias, y garantizando la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal.

Por ello, un MF desvinculado por completo del Poder Ejecutivo conllevaría la renuncia a una política criminal mínimamente coherente y, por tanto, una independencia del MF en este sentido podría ir contra la propia utilidad de la institución, ya que se correría el riesgo de que se sirvieran intereses ajenos a la legalidad en algún momento determinado.

No obstante, este mismo argumento sirve para considerar que, por otra parte, si se establece una dependencia relevante del MF respecto del Gobierno, se

podría entender justificada incluso una cierta desviación de la legalidad por motivos o razones de índole estrictamente partidista o electoralista.

Todo esto explicaría que el art. 8.1 EOMF haya atribuido al Poder Ejecutivo específicamente la facultad de poder interesar del FGE que promueva las acciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. Pero el significado del verbo "interesar" en este contexto implicaría que el Gobierno sólo debería dirigirse al MF como un interesado más en el ámbito del interés público cuya gestión concierne al Poder Ejecutivo y del que debe ser protector el MF y no ocultar realmente otros intereses o ámbitos de actuación.

NOVENA. Por tanto, en mi opinión, para mejorar este sistema –como ya dije en el capítulo V.2.3- sería necesario establecer -con base en exigencias de legalidad e imparcialidad- ciertos mecanismos de relación desde el punto de vista de la ejecución de los programas de política criminal para que las actuaciones de ambas instituciones no generen la menor duda de sospecha sobre una posible parcialidad de las decisiones que se adopten en cada caso.

Así pues, sería conveniente que el Gobierno cursara sus decisiones de política criminal a través de peticiones de carácter general al MF, nunca sobre asuntos concretos y, en cualquier caso, con una preceptiva publicidad, de forma que, en principio, se eliminarían las sospechas sobre la parcialidad de sus decisiones.

Dichas solicitudes de carácter general serían acordes con lo previsto en el art. 9.2 EOMF cuando se refiere a los informes que el FGE puede emitir a petición del Gobierno, tanto en asuntos en los que intervenga la institución como sobre el funcionamiento en general de la Administración de Justicia.

Además, como se ha dicho, por la vía de los arts. 25 y 26 EOMF, el FGE puede impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones referidas a asuntos específicos y llamar a cualquier fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, de forma que, al menos, y en mi opinión, deberían prohibirse dichas instrucciones particulares, sobre todo en los múltiples supuestos de criminalidad gubernativa -donde resultarían imputadas autoridades políticas-.

DÉCIMA. Respecto del sistema de nombramiento y cese del FGE –referido en el capítulo V.2.2.1-, si bien en el mecanismo de nombramiento ahora -después de la reforma del EOMF por Ley 24/2007- intervienen los tres poderes del Estado para que el mismo sea efectivo, en lo concerniente al cese, creo que debe hacerse una reflexión a raíz de la citada reforma estableciéndose una serie de causas tasadas.

Por una parte, considero que el límite temporal de mandato -4 años- y el establecimiento de causas tasadas del mismo contribuirán a disminuir la sospecha de que determinadas actuaciones del FGE, básicamente aquellas donde se ven comprometidos intereses gubernamentales, puedan ser la causa de su remoción.

Por otra parte, todas las causas de cese excepto la e) del art. 31.1 EOMF -cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto-, deberán ser apreciadas por el Consejo de Ministros, por lo que tampoco se desvincula del Poder Ejecutivo la posibilidad de considerar el cese.

En mi opinión, la causa d) del precepto mencionado -por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones-, no deja de ser una cláusula de componentes discrecionales, según los casos y, por tanto, es posible considerar que un cese del FGE en estas circunstancias no resulte del todo debidamente justificado,

sobre todo, constatando que haya determinadas actuaciones que no fueran del total agrado del Gobierno. Realmente si su actuación no fuera claramente contraria al interés público o, por lo menos, fuera discutible, entiendo que no resultaría acreditado un incumplimiento grave o reiterado en el ejercicio de sus funciones. Una propuesta que reforzaría la desvinculación del Poder Ejecutivo respecto de dicho cese pasaría por algún tipo de control añadido, ya fuera parlamentario, del Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala o incluso del propio CGPJ. En cualquier caso, entiendo que para este supuesto sería aconsejable la constitución de una comisión disciplinaria formalmente ajena al Gobierno, que tras instruir el expediente, formulara una propuesta de resolución al Consejo de Ministros.

UNDÉCIMA. Como ya indiqué cuando traté de las propuestas alternativas al sistema de control jurisdiccional -capítulo V.3.4-, creo que la fase intermedia en el procedimiento abreviado debería generalizarse de igual forma para el procedimiento ordinario -el Anteproyecto de Lecrim de 2011 ya establece un novedoso sistema unificado para todo el proceso, con inclusión de un órgano específico ajeno al instructor y al decisor, el denominado Juez de la Audiencia Preliminar-.

Ello sería coherente con nuestro sistema procesal basado en el principio acusatorio donde se distinguen órganos instructores y enjuiciadores al objeto de garantizar la exigencia de imparcialidad, tanto en una vertiente subjetiva -ningún miembro del tribunal podrá ser sospechoso de ostentar prejuicio o predisposición personal-, como objetiva -se deben ofrecer garantías para excluir cualquier duda razonable sobre su actuación-.

De entrada, el órgano jurisdiccional que deba decidir en la llamada fase intermedia sobre el juicio de acusación -decisión esencial sobre la admisibilidad de la acción penal-, no ha de estar contaminado por las

resoluciones previamente adoptadas en el procedimiento por el órgano instructor.

Por tanto, creo que una solución posible con el actual sistema, pasaría por establecer la constitución de un órgano –constituido por un solo magistrado–, que podría pertenecer a una sección distinta de la AP que se encargara del enjuiciamiento de la causa y, en consecuencia, decida en dicha fase intermedia. De la misma manera, para las causas que deban enjuiciarse por los Juzgados de lo Penal, de generalizarse esta opción, la denominada fase intermedia del procedimiento abreviado ya no estaría en manos del instructor, sino de otro órgano creado *ad hoc* que podría ser designado de igual forma que para el procedimiento ordinario.

A pesar de esta propuesta, soy consciente de que la misma –al igual que la prevista en el Anteproyecto– tal vez no se consolidaría por razones utilitaristas y, en último extremo, creo que lo más razonable sería otorgarle al instructor dicha posibilidad –de decidir la fase intermedia– en el procedimiento ordinario, tal y como se prevé en el procedimiento abreviado.

En este punto, para el procedimiento ordinario, y después de dictar el auto de procesamiento, se podría solicitar por las acusaciones la apertura del juicio oral simultáneamente al momento de presentar el escrito de acusación –como en el procedimiento abreviado–. No obstante, considerando que nos encontramos ante delitos graves, deberían ampliarse los plazos procesales previstos actualmente para calificar –podrían ser de 15 o 20 días–, reduciendo, de hecho, el tiempo que actualmente se emplea en los trámites de instrucción y calificación, al desaparecer estos y concentrar en un solo trámite la petición de apertura de juicio oral y la presentación del escrito de calificación.

Por otra parte, esto posibilitaría establecer un mecanismo de búsqueda de acusadores en el procedimiento ordinario similar al previsto para el

procedimiento abreviado, sin que se suscitaran las dudas sobre la imparcialidad del órgano enjuiciador, al no ser este el que analice la solicitud de sobreseimiento del fiscal y, en su caso, tras obtener éxito en la búsqueda del acusador, pueda enjuiciar.

DUODÉCIMA. Respecto del proceso de menores -tratado en el capítulo VII-, el supuesto de oportunidad analizado por desistimiento de la continuación del expediente regulado en el art. 19 LORPM, a pesar de ser configurado como un sistema de mediación penal en la delincuencia juvenil, algunos de sus elementos podrían ser parcialmente trasladables al proceso de adultos, pero introducidos en el modelo procesal de oportunidad antes mencionado en el capítulo IX, sobre todo teniendo en cuenta que la posibilidad de petición de sobreseimiento del fiscal se produciría cuando el asunto ya se encontrara en la fase instructora del órgano jurisdiccional. Parte de los presupuestos y requisitos del citado precepto -delitos menos graves, no violencia e intimidación, reparación del daño o compromiso de cumplir actividades formativas-, se han reflejado en el modelo de oportunidad propuesto, con la idea -como se ha dicho en múltiples ocasiones-, de que el proceso penal de menores debe servir como inspirador para conseguir un nuevo modelo procesal de adultos, ágil y moderno y, sobre todo, teniendo en cuenta el gran número de infracciones que son cometidas por jóvenes delincuentes que apenas han alcanzado la mayoría de edad.

DÉCIMO TERCERA. En el capítulo IX.1 se ha esbozado, *de lege ferenda*, un modelo de oportunidad intentando respetar en todo lo posible nuestro propio sistema, basado en el principio acusatorio, donde el juez y el fiscal tienen delimitadas sus funciones -como instructor y acusador, respectivamente-.

Como referencia fundamental se ha escogido el proceso alemán, pero sin olvidar el control del cumplimiento de una serie de elementos reglados que permitirían la aplicación del principio de oportunidad. En estos casos, el fiscal debería ponderar si procede ejercitar la acción penal cuando concurren determinados presupuestos y requisitos. Por ello, sería posible acordar la terminación anticipada de un procedimiento y, por consiguiente, abstenerse de formular acusación, a pesar de darse los requisitos generales de procesabilidad.

Dicha oportunidad –como sucede en el caso alemán- he creído oportuno basarla en la falta de necesidad de pena para el caso concreto o la posibilidad de reducción de la misma a través de generalizar la institución de la conformidad.

Del contenido de varios preceptos del StPO (§153: no persecución de asuntos de poca importancia; archivo del proceso en caso de cumplimiento de ciertas condiciones; abstención de la acción), considero que podría introducirse la solicitud de un sobreseimiento por oportunidad sometido a condición, que se daría para dos supuestos diferenciados.

En primer lugar, respecto de delitos castigados con penas menos graves que no excedieran de dos años de prisión en toda su extensión y de otros menos graves que no tuvieran señalada pena privativa, de forma que aquí se beneficiarían gran parte de los delitos denominados de “bagatela” -hurto, robo y hurto de uso de vehículos, receptación, usurpación, daños, etc.-, dándose una serie de requisitos: ausencia de antecedentes penales; compromiso expreso del imputado de cumplir determinadas reglas de conducta que tenderían básicamente a la reparación de los perjuicios causados; no delinquir durante un plazo determinado.

En segundo lugar, respecto de otros delitos menos graves (aquellos castigados con penas de hasta cinco años de prisión -arts. 13.2 y 33.3 CP-) y cualesquiera otros castigados con penas diferentes a la de prisión, los requisitos se reforzarían respecto del supuesto anterior: ausencia de antecedentes penales; compromiso expreso del imputado de cumplir determinadas reglas de conducta que tenderían básicamente a la reparación de los perjuicios causados, en las mismas condiciones del supuesto anterior, pero reforzadas con otras obligaciones; compromiso de cumplir ciertas actividades de formación o reeducación; no delinquir durante un plazo determinado.

En ambos casos, si se cumplieran las condiciones previas –tipo y duración de la pena, ausencia de antecedentes y los compromisos-, el fiscal debería solicitar el sobreseimiento provisional y, una vez acordado, el proceso quedaría en suspenso y no podría sobreseerse definitivamente hasta que no se cumplieran los mencionados compromisos o reglas de conducta.

No obstante, en mi opinión, quedarían excluidos de esta posibilidad de sobreseimiento: las diferentes modalidades de corrupción pública o privada -cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, malversación, etc.-; delitos contra las personas -robos con violencia e intimidación, lesiones graves en todas sus formas, etc.-; las víctimas sean menores de catorce años; delitos de violencia de género o doméstica, con la excepción de que no mediara violencia física o psíquica (maltrato de los arts. 153.1 y 2 o 173.2 CP, pero no coacciones o amenazas).

Por otra parte, sí que cabría aplicar la oportunidad en los delitos imprudentes, cualquiera que sea la naturaleza y gravedad de las penas a imponer.

DÉCIMO CUARTA. Por último, del resto de los ordenamientos de Derecho comparado que he analizado en este trabajo -capítulo IX.2-, todos incorporan elementos de interés en sus regulaciones procesales y entiendo que, aunque con ciertos retoques, podrían incorporarse parte de sus ideas a nuestro proceso.

Del modelo italiano *-patteggiamento-*, aunque con la introducción de los juicios rápidos dicho modelo ya tiene en nuestro país su reflejo, considero que debería articularse la rebaja del tercio de la pena inicialmente pedida por las acusaciones, cuando el procedimiento no se llegara a tramitar en momento alguno como diligencias urgentes y, sin embargo, nos encontraríamos ante una posible conformidad en la fase intermedia del procedimiento abreviado en algunos delitos menos graves.

Respecto del modelo francés, las posibilidades que otorgan los arts. 41-1 o 41-2 CPP -suspensión del ejercicio de la acción penal condicionada al cumplimiento de medidas de reparación o resarcimiento a la víctima-, tendrían cabida en el modelo propuesto de oportunidad basado en el proceso alemán, pero además, serían adecuadas para nuestro ordenamiento si se regulara la mediación en el proceso penal. El Anteproyecto de Lecrim de 2011, ya hizo mención a la mediación bajo el modelo de un fiscal investigador.

Respecto de Chile, al analizar la cláusula de oportunidad del art. 170 CPPC -el Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se esté en presencia de un hecho delictivo que no comprometa gravemente el interés público-, ya mencioné los inconvenientes que puede conllevar dicha cláusula residual, de forma que el interés público debería quedar delimitado -al menos- por dos criterios normativos, como son la propia naturaleza de las infracciones -por su gravedad, en función de la mayor o menor protección que se quiera dar al bien jurídico que integre la norma penal-

y la falta de necesidad de pena que vendría delimitada por las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Respecto del sistema de los países anglosajones, y salvando las importantes distancias con el nuestro, alguna de sus figuras como el *guilty plea* británico - donde el imputado al admitir cargos posibilita la no celebración de juicio y se finaliza con una sentencia de conformidad con la acusación-, ha tenido algún reflejo en la conformidad de nuestro proceso, aunque esta viene delimitada por el cumplimiento de una serie de requisitos, que no se contemplan en el modelo británico, donde se goza de amplios márgenes de discrecionalidad por el fiscal.

Igualmente, el sistema de Estados Unidos, a través del denominado *plea bargaining* -acuerdo que consiste en evitar el juicio, previo reconocimiento de los hechos por el infractor-, donde se pacta una importante rebaja en la pena o incluso la anulación de algún cargo, bajo el cumplimiento de acuerdos reparatorios en favor de la víctima, entiendo que puede tener buen reflejo si se decide regular la mediación penal en el proceso como sistema alternativo y complementario del mismo, sobre todo atendiendo a la flexibilidad que caracteriza a la misma.

En este sentido, se podría encargar al fiscal la apreciación de cuándo podría acudirse a la mediación, bajo el cumplimiento de una serie de presupuestos legales. Esto sería razonable bajo un modelo de fiscal investigador -como ya se mencionó en el Anteproyecto de Lecrim de 2011-. Sin embargo, con el actual modelo, podría ser el Juez de Instrucción de oficio, quien apreciara que las partes pueden someterse a mediación, sin perjuicio de que dicha posibilidad le fuera propuesta por el fiscal o a instancia de las partes interesadas. El acuerdo de mediación, conteniendo el consenso de las partes -víctima e imputado-, debería homologarse por auto judicial, que sería de sobreseimiento provisional,

condicionado al cumplimiento de los acuerdos. Sólo cuando se comprobara el total cumplimiento de los mismos, deberá sobreseerse definitivamente la causa. Por su parte, un Equipo Técnico –normalmente en su función de mediador, como sucede en el proceso de menores- y el órgano jurisdiccional, deberían repartirse las tareas respecto del control de los acuerdos. Obviamente, si el modelo corresponde al de fiscal investigador, será este y no el órgano jurisdiccional, el que deba controlar el cumplimiento de los acuerdos.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV., (GIMENO SENDRA, VICENTE. CONDE-PUMPIDO TOURON, CÁNDIDO. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ). *Los procesos penales: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con comentarios y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

AAVV., (ORTIZ DE NORIEGA, JUAN. LARIOS SÁNCHEZ, CRISTINA. PEG ROS, JUAN CARLOS. MONREAL DIAZ, ANA). *Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO*, (Eiranova Encinas, Emilio, coordinador), ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I*, ed. Reus, Madrid, 1923-1925.

ALONSO PÉREZ, FRANCISCO. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, ed. Dykinson, Madrid, 2001.

ALONSO RIMO, ALBERTO. *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 184-186, 417-423.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO. "Por un Ministerio Público dentro de la legalidad", en AAVV., *Die rolle des Staatsanwaltes erfahrungen in Europa*. Vecchiarelli Editore, Roma, 2005, pp.111-148.

ARMENTA DEU, TERESA. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.

- "El juicio de faltas y los principios de oportunidad y acusatorio", en *El juicio oral*. Colección Studia Iurídica, ed. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, junio 1994, pp. 81-93.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2008.

ATIENZA RODRIGUEZ, MANUEL. "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica ", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 85/1995, Estudios, ed. Civitas, Madrid, enero 1995.

BARQUÍN SANZ, JESÚS. "Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, enero 2002.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, JUAN. "La reforma del proceso penal español en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011", *Diario la Ley*, núm. 7939, año XXXIII, 8 octubre 2012.

CABEZUDO RODRIGUEZ, NICOLÁS. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, ed. Comares, Granada, 1996.

- "El Ministerio Público en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Estudios Jurídicos. Ministerio fiscal*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Tomo IV, 1999.

CALATAYUD PÉREZ, EMILIO. "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales", en AAVV., *Cuadernos de Derecho Judicial III-2001*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 319-356.

CASELLI, GIAN CARLO. "Magistratura e política in Italia", en AAVV., *Il ruolo del pubblico ministero: esperienze in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 221-225.

CHINCHILLA MARÍN, CARMEN. *La desviación de poder*, Civitas, 2ª ed, reimpresión, Madrid, 2004.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

COBO DEL ROSAL, MANUEL. *Derecho Penal. Parte General: II*, ed. Servicio de Imprenta Universitaria, Universidad de Valencia, 1981.

COCA VITA, EDUARDO. "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales", en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, Septiembre-diciembre 1985, pp. 205-214.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO y otros. "Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: Libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, (Echeburúa Odriozola y de la Cuesta Arzamendi, coordinadores), ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 1009-1024.

- "El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español", en *La reforma del proceso penal*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1989, pp. 287-308.

- *El Ministerio fiscal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CANDIDO y otros. *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, (Cándido Conde Pumpido Ferreiro, Director), ed. Tapia Libros-Trivium, Madrid, 2001.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

CREMADES HUGARTE, IGNACIO. *Las formas de acción en el Common Law: lecciones de un curso*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS. *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, ed. Thomsom Aranzadi, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la reforma penal*, PPU, Barcelona, 1988.

- "El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal", en *Tribunales de Justicia* núm. 1, 1997.

DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL. "La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 620, Año XIV, 22 de abril de 2004.

DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, y otra. "El trámite de calificación definitiva en el Procedimiento Abreviado" en AAVV., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, ed Comares, Granada, 2010, pp. 465-578.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

DEL RIO FERNÁNDEZ, JESÚS LORENZO. *El delito de amenazas (en el nuevo Código penal)*, Editora General de Derecho S.L, Valencia, 1997.

-“El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Diario la Ley*, núm. 3, 2006, pp. 1957-1968.

DELMAS MARTY, MIREILLE. *Procesos penales en Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Edijus, Madrid, 2000.

DESDENTADO DAROCA, EVA. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, ed. Civitas, Madrid, 1997.

DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel Derecho, 1ª ed, Barcelona, 2000.

DI FEDERICO, GIUSEPPE. “Lecture di ordinamento italiano e comparato”, en AAVV, *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 353-354.

DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS. *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, ed. Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

- "Cuestiones sobre la Instrucción Penal del Nuevo Proceso de Menores", en *Revista General de Derecho*, núm. 668, mayo 2000.

ESQUIVIAS JARAMILLO, JOSÉ IGNACIO. "El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas". En AAVV, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2000. Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, 2000, pp. 379-422.

FERNÁNDEZ FUSTES, MARIA DOLORES. "Fase intermedia o de alegaciones" en AAVV., *Proceso Penal de Menores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 203-240.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *De la arbitrariedad de la Administración*, ed. Thomson Civitas, 5ª ed. ampliada, Cizur Menor (Navarra), 2008.

FLORES PRADA, IGNACIO. *El Ministerio Fiscal en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FUENTES SORIANO, OLGA. *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

- "La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales" en AAVV., *Derecho Penal y discriminación de la mujer: Anuario de Derecho penal 1999-2000*, pp. 273-288.

GALDANA PÉREZ MORALES, MONICA. *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Comares, Granada, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Thomson Aranzadi, 5ª ed, ampliada, Cizur Menor, Navarra, 2000.

GARCÍA INGELMO, FRANCISCO MANUEL. "El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000", en AAVV., *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2000. Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, 2000, pp. 423-458.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, GEMMA. *Proceso Penal de menores: funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, ed. Thomson Aranzadi, 2007.

GIMENO SENDRA, VICENTE. "La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)", en *La Ley*, 1990.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

- "La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español", en *Revista de Derecho procesal*, núm. 3, 1992, pp. 521-523.

- "El proceso penal de menores", en *Diario La Ley* núm. 5386, año XXII, 1 octubre 2001.

- *Manual de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2010.

- "El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de Lecrim de 2011", en *Diario la Ley*, núm. 7738, año XXXII, 17 noviembre 2011.

GIMENO SENDRA, VICENTE y otro. *Ley orgánica del Tribunal del Jurado*, ed. Colex, Madrid, 1996.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Traducción de la Ley procesal alemana y de sus normas complementarias, Diccionario jurídico procesal-penal (Alemán-Español), ed. Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, ed. Bosch, Barcelona, 1951, pp.526-527.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

GRANADOS PÉREZ, FRANCISCO. *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, ed. Tecnos, Madrid, 1989.

GRANDE SEARA, PABLO. "Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción" en AAVV., en *Proceso Penal de Menores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. pp. 115-158.

GUTIERREZ BERLINCHES, ÁLVARO. *La acusación en el proceso penal Italiano*, ed. Colex, Madrid, 2006.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO. *La reforma del Ministerio fiscal*, ed. Colex, Madrid, 2003.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN. "Delitos contra la libertad" en AAVV., *Derecho penal. Parte especial*, Colex, 6ª ed, Madrid, 2011, pp. 113-146.

LIBANO BERISTAIN, ARANTZA. *Los delitos semipúblicos y privados: Aspectos sustantivos y procesales*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 443-451.

- "El régimen procesal de los delitos sexuales perseguibles a instancia de parte", en *Revista de Derecho penal*, núm. 34, 2011, pp.75-90.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de Menores*, ed. Comares, Granada, 2002.

- *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, ed. Colex, Madrid, 2001.

LORCA MARTÍNEZ, JOSÉ. "Experiencias de la instrucción por el fiscal en los procedimientos de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 12, 2004, pp. 183-199.

MAIER, WINFRIED. "Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland", en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 173-186.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA y otros, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.

MARCHENA GÓMEZ, MANUEL. "El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro", ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

- "El juicio oral, Cuestiones Previas" en AAVV., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, ed. Comares, Granada, 2010, pp. 73-160.

MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, y otros. *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ed. Tapia Libros-Trivium, Madrid, 2001.

MARTÍN PASTOR, JOSÉ. *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Studia Albornotiana núm. LXXXIX, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005.

- *The Public Prosecutor in Europa*, ed. Fundação Francisco Manuel Dos Santos, Portugal, pendiente de publicación.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN. *Aspectos constitucionales del Ministerio fiscal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARTÍNEZ SERRANO, ALICIA. *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, en AAVV., Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 17-39.

MASCARELL NAVARRO, MARIA JOSÉ. *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español*, Editorial General de Derecho, S.L, Valencia, 1993.

MONTALBÁN HUERTAS, MARÍA INMACULADA. "Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)", en *Revista Jueces para la democracia*, 1998, núm. 32.

MORALES PRATS, FERMÍN y GARCÍA ALBERO, RAMÓN y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Morales Prats, Fermín), ed. Thomson Aranzadi, 4ª ed, 2005.

MORALES VALDÉS, HUGO. *Responsabilidad penal en el Common Law: sistema inglés*, ed. Porruá, México, 2008.

MORENO CHAMARRO, ISMAEL. *El proceso penal. Ley de Enjuiciamiento Criminal comentada*, ed. Deusto, Madrid, 2005.

MORENO REBATO, MAR. "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", en *Revista de Administración Pública*, núm. 147. Septiembre –diciembre 1998, pp. 159-200.

MOZO SEOANE, ANTONIO. *La discrecionalidad de la Administración pública en España (Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

MUHM, RAOUL., "The role of the Public Prosecutor in Germany", en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 5-20.

MUHM, RAOUL., "Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial. El caso alemán", en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 49-61.

MUHM, RAOUL., "Le Statu de la Magistrature du Parquet en Allemagne", en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 63-74.

MUHM, RAOUL., "Der unabhängige Staatsanwalt. Das italienische Modell", en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 75-91.

MUHM, RAOUL.-MUHM, MYRIAM., "Alemania en busca de la independencia de la magistratura", en AAVV., *Die Rolle des Staatsanwaltes Erfahrungen in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 99-103.

ORNOSA FERNÁNDEZ, MARIA ROSARIO. *Derecho Penal de Menores*, ed. Bosch, Barcelona, 2001.

- *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 187-222.

ORTEGO PÉREZ, FRANCISCO. *El juicio de acusación*, ed. Atelier, Barcelona, 2007.

ORTELLS RAMOS, MANUEL. "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española", en *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad de Extremadura 1984-1985*, pp. 415-458.

- "Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2. Madrid, 1990, pp. 223-259.

- AAVV., *Derecho Jurisdiccional, III*, ed. Bosch, Barcelona, 1991.

- "Los principios rectores del proceso penal (tendencias actuales en Derecho español)". Ponencia en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. Santiago de Querétaro, mayo de 1997, Publicación de la Universidad Autónoma de México, 1998, pp. 509-552.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

- *Cuatro aproximaciones al nuevo proceso penal chileno desde la perspectiva del proceso penal en países de la Unión Europea*, en "El nuevo proceso penal chileno", ed. Universidad de Concepción (Chile), 2000, pp. 307-344.

PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Marcial Pons, 16ª ed., Madrid, 2007.

- *Derecho Administrativo: Organización y empleo público (Tomo II)*, Marcial Pons, 20ª ed., Madrid, 2008.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. ed. Tecnos, Madrid, 1993.

PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL Y QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, AAVV (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Morales Prats, Fermín), Thomson Aranzadi, 4ª ed., 2005.

PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, AAVV. (dir: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Morales Prats, Fermín), Thomson Aranzadi, 7ª ed., 2008.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

REVILLA GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO. "La víctima y el menor infractor", en AAVV., *Proceso Penal de Menores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.75-114.

SANCHEZ MORÓN, MIGUEL. *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1994.

- "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Publicaciones del CGPJ, Madrid, 1994, pp. 143-162.

SIGÜENZA LÓPEZ, J. *El sobreseimiento libre*, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

SOTO NIETO, FRANCISCO. *Correlación entre acusación y sentencia: la tesis del artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1979.

TINOCO PASTRANA, ÁNGEL. *Fundamentos del sistema judicial en el Common Law*, Universidad de Sevilla, 2001.

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

TORRES ANDRÉS, JUAN MIGUEL, y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ed. Tapia Libros-Trivium, Madrid, 2001.

VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ, y otros, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ed. Tapia Libros-Trivium, Madrid, 2001.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. "Ejercicio de la acción penal y sobreseimiento en el proceso penal español", en AAVV., *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, Serie doctrina jurídica n° 208, Universidad Nacional Autónoma de México 2005, pp. 275-288.

JURISPRUDENCIA

DELITOS DE ATENTADO, RESISTENCIA y DESOBEDIENCIA

STS (Sala 2ª) de 29 de junio de 1992, ponente Sr. Díaz Palos (ROJ: STS 5211/1992)

ATS (Sala 2ª) de 4 de octubre de 1995, ponente Sr. Montero Fernández Cid (ROJ: ATS 1823/1995)

STS (Sala 2ª) de 17 de octubre de 1996, ponente Sr. Moner Muñoz (ROJ STS: 5604/1996)

STS (Sala 2ª) de 11 de marzo de 1997, ponente Sr. Montero Fernández Cid (ROJ STS: 1754/1997)

STS (Sala 2ª) de 21 de abril de 1999, ponente Sr. Giménez García (ROJ STS: 2658/1999)

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

STS (Sala 4ª) de 2 de abril de 1985, ponente Sr. Botella Taza (ROJ: STS 2067/1985)

STS (Sala 4ª) de 9 de diciembre de 1986, ponente Sr. Martín Martín (ROJ: STS 6840/1986)

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

STC 62/1982, de 15 de octubre, ponente Sr. Gómez Ferrer Morant

STC 69/1989, de 20 de abril, ponente Sr. García- Mon y González –Regueral

STC 107/1996, de 12 de junio, ponente Sr. Delgado Barrio.

CONFORMIDAD

STS (Sala 2ª), de 22 de marzo de 1999, ponente Sr. Martínez Arrieta (ROJ: STS 1957/1999)

CONTROL JURISDICCIONAL

STC 32/1994, de 31 de enero, ponente Sr. Viver Pi-Sunyer

STS (Sala 2ª) de 15 de octubre de 2001, ponente Sr. Granados Pérez (ROJ: STS 7872/2001)

CORRELACIÓN ACUSACIÓN Y SENTENCIA

STC 17/1988, de 16 de febrero, ponente Sr. López Guerra

STC 189/1988, de 17 de octubre, ponente Sr. Latorre Segura

STC 174/2003, de 29 de septiembre, ponente Sr. Giménez Sánchez

STS (Sala 2ª) de 12 de enero de 2007, ponente Sr. Sánchez Melgar (ROJ: STS 30/2007)

STS (Sala 2ª) de 27 de abril de 2007, ponente Sr. Granados Pérez (ROJ: STS 3270/2007)

GRAVEDAD

STS (Sala 2ª), de 27 de octubre de 2009, ponente Sr. Gumersindo Jorge Barreiro (ROJ STS: 6867/09)

PROCESO DE MENORES

STC 36/1991(Pleno), de 14 de febrero, ponente Sr. Rubio Llorente

STC (Pleno), de 17 de marzo de 1995, ponente Sr. Gimeno Sendra

STC 41/1998 (Sala 1ª), de 24 de febrero de 1998, ponente Sr. Cruz Villalón

ATC (sec. 3ª), de 10 de febrero de 2003, nº 45/2003, rec. 4208/2001

ATC (Pleno), de 22 de junio de 2005, nº 275/2005, rec. 4003/2003

Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (sec. 2ª), de 14 de diciembre de 2005, rec. 33/2005, ponente Sra. Catalán Martín de Bernardo (ROJ: AAP CR 595/2005)

La potestad de acusar del Ministerio Fiscal...

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, (sec. 3ª), de 13 de noviembre de 2003, rec. 181/2003, ponente Sr. Castelló Guilabert (ROJ: AAP B 1319/2003)

Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, (sec. 3ª), de 1 de marzo de 2004, rec. 231/2003, ponente Sra. Cuerda Arnau (ROJ: AAP CS 93/2004)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, (sec.4ª), de 30 de marzo de 2005, ponente Sr. Martínez García (ROJ: SAP VA 357/2005)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, (sec.1ª), de 13 de septiembre de 2005, ponente Sr. Gómez Herrero (ROJ: SAP SA 561/2005)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, (sec. 2ª), de 30 de noviembre de 2005, rec. 200/2005, ponente Contreras Aparicio (ROJ: SAP AL 1404/2005)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, (sec. 1ª), de 21 de marzo de 2005, rec. 37/2005, ponente Sr. García García (ROJ: SAP H 275/2005)

Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Valencia, de 10 de noviembre de 2005, nº 437/2005, nº autos 638/2003, ponente Sra. Torralba Collados (ROJ: SJM 1/2005)