

En Madrid a uno de septiembre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de abril de 2011, Juan Gil de la Fuente, letrado de D. Javier y D. Juan, presenta escrito solicitando el sobreseimiento libre y archivo parcial de la causa respecto de sus representados.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de mayo de 2011, la Fiscalía Anticorrupción se opone por cuanto subsisten en la causa indicios que motivaron su imputación al sobreseimiento libre y archivo parcial de la causa respecto de los imputados, D. Javier y D. Juan.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal, en su escrito de 9 de junio de 2011 se expone con el tenor literal siguiente: "De acuerdo con lo actuado, Juan mantendría una relación laboral con el despacho B. desde noviembre del año 2007. A partir de diciembre de ese ejercicio se le habría asignado, en sustitución de Jaime, la gestión de las mercantiles pertenecientes al grupo "Francisco" (Osiris Patrimonial SA, Caroki SL, Inversiones Kintamani SL, Acinipo 07 SL, Artas Consultoría SA, Hator Consulting SA, etc). Es de esta actividad de la que deriva su imputación.

CUARTO.- Por la UDEF se emite informe de 10 de junio de 2011 relativo a D. Javier cuyas conclusiones son de tenor literal siguiente: "Guillermo Javier es un profesional que ejerce sus actividades laborales especializadas en la empresa R. Blanco Asesores Fiscales SL, entidad dedicada al asesoramiento empresarial. Entre las funciones que desarrollaba estaban las facultades derivadas del nombramiento como apoderado de sociedades pertenecientes o vinculadas al conglomerado empresarial de Francisco tanto aquéllas cuya actividad era la prestación de servicios relacionados con la realización de eventos -Good & Better SL, Easy Concept Comunicación SL y Orange Market SL- como las que se dedicaban exclusivamente a ser tenedores de bienes -Caroki SL, Proyectos Financieros Fillmore SL, Acinipo 07 SRL-. Dichas facultades abarcaban un conjunto amplio de tareas comprendiendo la realización de operaciones mercantiles, de intermediación financiera, de gestión de los recursos humanos, de concurrencia a concursos públicos, de representación ante órganos públicos y privados, operaciones inmobiliarias, societarias, y en general para desarrollar todo lo necesario para el desarrollo de su actividad.

Por tanto dichas facultades le conferirían un conocimiento de la situación de la entidad en cuanto a su actividad, sus fuentes de ingresos, los estados financieros, sus inversiones, los flujos de fondos, las posiciones bancarias, los accionistas de las sociedades y en general sobre el funcionamiento de las entidades. En consecuencia dispone de la capacidad en las compañías como para saber cuál es el origen de los recursos de los que disponen y con los que se financian las operaciones de compraventa de bienes de naturaleza inmobiliaria o mobiliaria, es decir que puede y debe conocer las operaciones que realizan las empresas porque esa es la función para la que se le ha nombrado.

La creación de esquemas societarios complejos con estructuras piramidales en las que la cúspide se sitúa en una compañía domiciliada en territorios no cooperantes en materia de intercambio de información financiera interponiendo a otra sociedad como agente que controla la sociedad española en un territorio antigua metrópoli del anterior constituyen elementos aptos para el blanqueo de fondos de origen ilícito que transitan por ellos, cuyo beneficiario real se oculta detrás de contratos de fiducia con los que se administra y gestiona la estructura, se configuran como operaciones de riesgo en la terminología de la legislación sobre prevención del blanqueo de capitales.

Guillermo Javier fue nombrado apoderado de la sociedad Clandon BV, sociedad accionista de Osiris Patrimonial, suscriptora de las tres ampliaciones de capital (en el periodo en el que Guillermo Javier fue apoderado de Clandon BV, Osiris patrimonial llevó una ampliación de capital con fecha 5-07-2005, por importe de un 1.800.000 €) que ésta realizó y aportarte de los fondos que fueron reintroducidos en España. Ejercicio por tanto facultades para actuar en nombre de la compañía, con carácter universal, relacionados con la operativa financiera de la compañía, configurándose de nuevo como la persona que disponía de la capacidad para conocer la información del origen de los fondos, siendo depositario de unos deberes mínimos de cuidado en relación con las operaciones en las que participa, que corresponden a una persona con conocimientos especiales y por los cuales se les hace acreedor de ese poder.

También dispuso de poderes no genéricos sino para actuar en al menos dos operaciones concretas que realizó la sociedad Osiris Patrimonial, filial de Clandon BV y receptora de los recursos que ésta le remite, como la compraventa de un inmueble en Ibiza en la que intervino en representación del comprador, y de una embarcación en la que participó en nombre del comprador. Estas actuaciones finalistas se sitúan en la última fase del proceso de blanqueo de capitales cuando los recursos ya desvinculados de su origen ilícito se invierten en la economía real a disposición del beneficiario, o bien se generan nuevas operaciones mercantiles con bienes adquiridos con los fondos ilícitos.

La única finalidad de la constitución de la estructura holandesa es que los bienes adquiridos figuren a nombre de la misma interponiendo tanto al frente de ella como administrador o apoderado a terceras personas -testaferros- vinculados con (DI verdadero titular).

En resumen Guillermo Javier prestó una actividad especializada de carácter mercantil y financiero relacionada con movimientos de capitales, dispuso de amplias facultades de gestión en las sociedades tanto de servicios como patrimoniales o de la estructura exterior, participó en la realización de adquisiciones o transmisiones de bienes y de adquisición de participaciones sociales que permitieron a la organización invertir los fondos de origen ilícito con apariencia de legalidad dando continuidad a la operativa ocultando la procedencia de los capitales causando un beneficio que favorece a los autores del delito de donde proceden.

Existen un conjunto de indicadores en las operaciones de carácter anómalo como: constitución de estructuras societarias con compañías domiciliadas en territorios no cooperantes en materia de intercambio de información financiera; ocultación del beneficiario real de la estructura a través de administradores o gestores fiduciarios; constitución de sociedades cuya finalidad es la tenencia de bienes en su patrimonio interponiendo como administradores o apoderados a terceras personas vinculados con ellas; transferencias de fondos con origen en posiciones bancarias de las que son titulares compañías domiciliadas en territorios offshore. Estas operaciones o comportamientos no son coherentes con el perfil del cliente y su actividad usual configurándose: como operaciones de riesgo de blanqueo de capitales, el cual se incrementa por la presencia (de entidades y cuentas en territorios de riesgo).

Esta persona desempeña una actividad que requiere de unos conocimientos especiales y por tanto está sujeto a la aplicación de las normas de prevención de blanqueo de capitales que precisan un conocimiento material del cliente (perfil del cliente: conocimiento de la actividad profesional o de negocio) y un deber de diligencia en su actuación, que como se ha puesto de manifiesto ha conllevado que haya participado en operaciones con un riesgo objetivo de blanqueo de capitales que ha realizado dando continuidad a la operativa diseñada por José Ramón para el blanqueo de los fondos de origen ilícito generados por la organización de Francisco".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal se opuso al sobreseimiento haciendo constar que subsisten los indicios que motivaron la imputación, y que existen diligencias pendientes de cumplimentación.

SEGUNDO.- El sobreseimiento no puede levantarse sin tener toda la información a disposición del Instructor.

TERCERO.- Debe tenerse en cuenta que estamos en la Instrucción e investigación de la causa, por lo que el sobreseimiento provisional es una pretensión que no origina cosa juzgada, de tal manera que el imputado podrá presentar, si lo estima oportuno, la pretensión de sobreseimiento provisional, antes del juicio oral.

CUARTO.- El informe de 10 de junio de 2011 relativo a D. Javier emitido por la UDEF es contundente con respecto a los poderes y movimientos realizados por Javier: participaba en operaciones significativas, tenía poderes suficientes para comprometer fondos y gestionar sociedades de la organización de Francisco.

QUINTO.- Es diferente, sin embargo, la actuación de Juan, en el que no existen pruebas ni indicios de delito, por su falta de apoderamiento e intervención en operaciones mercantiles. No se han desvirtuados las afirmaciones inferidas en su escrito de solicitud de sobreseimiento referentes a su "juventud, inexperiencia, (ocupación en) tareas propias de un auxiliar administrativo, de becario de

despacho, su trabajo consistía en pasar cosas a ordenador".

SEXTO.- El origen etimológico de la palabra sobreseimiento se encuentra en el verbo latino "supersedeo", compuesto de la partícula "super" y de "sedeo" que significa sentarse. El verbo latino "supersedere" tiene múltiples significados desde estar encima de algo, posarse, asentarse, cesar, sobreseer, levantar mano, suprimir, dejar y desistir. Derivadamente se utilizaba en el sentido de abstenerse de algo, suspender, paralizar. Los significados más frecuentes en Derecho son el de sobreseer, cesar y paralizar.

Los términos desistir y abstenerse tienen un significado jurídico y específico en Derecho, que no resultan subsumibles en el sobreseimiento, aunque pueda coincidir algún efecto común. En Derecho inglés se utilizó el vocablo "supersedeas", aunque modernamente se emplea el sintagma "stay in proceedings" para indicar la suspensión o paralización, tanto provisional como definitiva. En Derecho francés se utilizó el vocablo técnico jurídico "surseoir", de ahí también, "sursis". En Italia, surgió la sentencia di "proscigliamento" para hacer referencia al sobreseimiento de la causa.

SÉPTIMO.- En el Código procesal penal italiano vigente se regula la opción del juez de abrir el proceso oral o dictar una sentencia di non luogo a procedere. En todos los ordenamientos se trata de una resolución de suspensión o paralización, que se traduce en un "no ha lugar a proceder o acusar". En el Derecho Penal Romano, de la etapa republicana, las funciones jurisdiccionales que hasta entonces habían correspondido al Monarca, se atribuyeron al Magistrado, que podía sobreseer y cesar en la causa en cualquier momento, teniendo competencia también para renovarla.

La doctrina mas autorizada interpreta que la legislación romana no señalaba ninguna forma fija para la terminación y apertura del juicio. La cognición no consentía, por su propia naturaleza, que se diese una solución tal, que impidiese abrir de nuevo el mismo proceso. El interrogatorio del inculpado debió constituir el punto central del procedimiento primitivo, por cuanto ningún interrogado podía negarse a contestar al Magistrado, que le formulase preguntas.

La raíz latina reflejada en el antecedente del juramento de "sibi non liquere" pasa al español en 1490, significando dejación, abstención, cesación, paralización o suspensión. Se vincula, desde luego, a la "absolución en la instancia" e instituciones próximas en el Derecho comparado, como el inglés "Warrant de nolle prosequi". En cualquier caso, la raíz terminológica explica el efecto de sobreseer, cesar, suspender, paralizar, pero no la duración (temporal, definitiva) ni las causas (por razones materiales o procesales, por motivos de admisibilidad o de fundabilidad).

En el Derecho francés para describir el sobreseimiento se utilizó el término "non lieu". Esta expresión francesa es la abreviación de la frase curialesca: "auto o resolución de que no ha lugar a proceder". Se trata de una resolución de cierre en virtud de la cual el juez instructor declara que no hay lugar a continuar la

instrucción contra un inculpado, bien porque los hechos no quedan comprendidos en la tipificación de la ley penal o porque los cargos formulados contra el acusado no son suficientes para ser castigado.

OCTAVO.- Inicialmente la sentencia sólo podía dar lugar a la absolución del acusado o a la condena. Sin embargo, en el Derecho Romano surgió una tercera alternativa, la decisión de non liquet, que entrañaba la posibilidad de investigar o decidir el asunto en un momento posterior, pudiendo volver a enjuiciar el asunto mediante la "ampliatio", que fue el antecedente de la absolución en la instancia.

La decisión de non liquet fue utilizada por los jurados cuando estimaba que existía alguna posibilidad de investigar y decidir el asunto en un momento posterior, pudiendo volver a enjuiciar el asunto mediante la ampliatio. La práctica de pronunciar un veredicto de non liquet y de interesar luego la ampliatio se hizo tan frecuente y habitual que tuvo que restringirse por ley a dos el número de reaperturas.

El moderno Derecho procesal italiano e incluso el Derecho francés se inspira en la regulación alemana, recogiendo la figura jurídica del archivo, tratando de sustituir la denominación y contenido del sobreseimiento y admitiendo prudencialmente la reapertura de la causa, ya que el archivo no produce efectos de cosa juzgada sino que puede acordarse la reapertura de la causa cuando se trata de una cosa juzgada limitada o condicionada.

NOVENO.- La figura, con esa terminología, del sobreseimiento provisional es fundamentalmente de raíz española. El término sobreseimiento en el proceso penal aparece recogido por primera vez en un texto legal en el art. 51.4 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835. El motivo por el que se introdujo esta figura jurídica en nuestro sistema penal respondió a razones de economía, celeridad y eficacia procesal, con la finalidad de conseguir la pronta terminación de las causas y evitar la aglomeración de diligencias poco útiles y dispendiosas.

Cabía acordar el sobreseimiento en cualquier estado de la causa en que resultase ser inocente. El precitado Reglamento de 26 de septiembre de 1835 no plasmó, expresamente, la diferencia entre los distintos tipos de sobreseimiento, regulando los motivos con un tratamiento legal conjunto. Dentro de la figura del sobreseimiento se comprendían todos los casos de inexistencia del delito e incluso los de insuficiencia probatoria. Estos últimos daban lugar al denominado "sobreseimiento sin perjuicio".

Se trataba de una cláusula preventiva que se incluía en el Auto de sobreseimiento, que declaraba "por ahora y sin perjuicio de continuarla si aparecen nuevos motivos para ello". Se dejaba la causa abierta, lo cual es susceptible de crítica por la clara infracción que ello supone de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 reguló expresamente el

sobreseimiento provisional cuando se cometiese un delito y no hubiere ninguna indicación de sus autores cómplices o encubridores. La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 reguló con mayor detenimiento la distinción entre sobreseimiento libre y provisional.

La doctrina y la jurisprudencia sistematizaron los siguientes motivos que dan lugar al sobreseimiento:

- a) Inexistencia del hecho.
- b) Falta de tipicidad fáctico-jurídica.
- c) Concurrencia de causa de inimputabilidad.
- d) Insuficiencia de prueba sobre el hecho punible.
- e) Falta de prueba suficiente y bastante para poder acusar al sujeto penal. Los dos últimos motivos daban lugar al sobreseimiento provisional.

El tratamiento que la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente de 1882 dio al sobreseimiento fue deficiente lo que provocó en la práctica inseguridad jurídica y dio lugar a numerosas críticas desde su aprobación hasta el momento presente. No deja de resultar sintomático que el Código Penal de la Nación Argentina, inspirado en muchos aspectos en la Codificación española, (en la Ley de 1872), prescindiese de la figura del sobreseimiento provisional.

En el Derecho Comparado se ha admitido el archivo de las actuaciones en fase de instrucción de forma menos rígida y más flexible que en el Derecho español. En el Derecho procesal penal alemán el proceso se estructura en torno a tres fases: una fase de instrucción (Ermittlungsverfahren), una fase intermedia (Zwischenverfahren) y, por último, la fase de juicio oral (denominada Hauptverfahren o procedimiento principal). En Alemania la fase de instrucción (Ermittlungsverfahren) se inicia una vez que puesto en conocimiento del Fiscal la comisión de un hecho delictivo, exista al menos una simple sospecha social o un cierto grado de probabilidad de que la conducta sea típica.

La mayoría de los casos en la fase de instrucción no terminan con el ejercicio de la acusación sino con el archivo de las actuaciones.

Los motivos de archivo son cuatro:

- a) Concurrencia de algún óbice procesal, por ejemplo la prescripción del delito.
- b) Casos en que se aprecia que el hecho no es constitutivo de delito o concurren causas de justificación eximente o ausencia de culpa.
- c) Cuando no esté suficientemente acreditado la comisión del hecho.

d) Cuando no se haya podido demostrar ni la realización del hecho, ni la culpabilidad del acusado.

El Ordenamiento jurídico procesal penal italiano se encuentra estructurado en tres fases:

1. Fase inicial (indagaciones preliminares y 2.- audiencia preliminar).

2. Fase del juicio.

3. Fase decisoria El Código de Procedimiento Penal Italiano de 1989 se inspira en la Codificación alemana reformada y distingue en la fase inicial dos momentos: el de la investigación preliminar y, eventualmente, un segundo momento procesal en el que se celebra una audiencia preliminar, para determinar si debe celebrarse o no el juicio oral.

DÉCIMO.- El archivo puede acordarse:

Cuando la noticia sea infundada

Cuando falta alguna condición de procedibilidad

Cuando el delito esté extinguido.

Cuando el hecho no esté tipificado en la Ley como delito

Cuando se desconozca el autor del delito

Cuando el acusado no hubiere cometido el delito

Cuando el acusado no fuere imputable

Concluidas las indagaciones preliminares la Codificación procesal penal italiana prevé la apertura de una fase denominada de audiencia preliminar, posterior a las investigaciones preliminares y anterior al inicio del juicio, que es renunciable para el imputado, siempre que pida la celebración de juicio inmediato.

Finalizada la audiencia el Juez debe decidir si procede abrir el juicio oral o dictar una sentencia de "non luogo a procedere", esto es, el sobreseimiento de la causa. El Código procesal penal italiano prevé que la resolución de no proceder (o sobreseimiento), resulta admisible los casos siguientes: En primer lugar, cuando subsista una causa que extinga el delito o por la cual la acción penal no debiera ser ejercitada o no debiera ser proseguida; en segundo lugar, cuando el hecho no estuviera previsto en la ley como delito; en tercer lugar, cuando el hecho no subsistiera o no constituyera delito; en cuarto el imputado no lo hubiere cometido; y, por último, cuando la persona no fuere imputable.

En el ordenamiento jurídico procesal italiano finalizada la audiencia el juez debe

decidir si procede abrir el juicio oral o dicta una sentencia de no ha lugar a proceder, es decir, de sobreseer.

El art. 425 del Código Procesal Penal italiano de 1989 dispone "si subsiste una causa que extinga el delito o por la cual la acción no deba ser iniciada o no deba ser proseguida, si el hecho no está previsto por la ley como delito o bien cuando resulta evidente que el hecho no subsiste o que el imputado no lo ha cometido o que el hecho no constituye delito o que se trata de una persona no imputable o no punible por cualquier otra causa el juez pronuncia Sentencia de no ha lugar a proceder, indicando la causa".

En el Derecho Francés también se producen peculiaridades en el inicio del proceso y en la fase de instrucción en relación con el sobreseimiento.

El legislador francés en el Siglo XIX se inspiró en los principios de la Revolución Francesa elaborando el Código de Instrucción Criminal de 1808, superando las graves perversiones del Sistema del Antiguo Régimen, profesionalizando la Magistratura y distinguiendo las diversas fases del proceso, potenciando la figura del Juez de Instrucción.

1 Código de Procedimiento Penal vigente, aprobado por la Ley 57-1426, de 31 de diciembre de 1957, sigue manteniendo el sistema mixto del Código de Instrucción Criminal de 1808. En el Código de Procedimiento Penal vigente al igual que en el Alemán; el Italiano refleja una potenciación de las funciones del Ministerio Fiscal, debido a la inspiración del sistema anglosajón.

El proceso penal francés se inicia a partir de una denuncia o una querrela, el Ministerio Fiscal deberá decidir si ejerce la acción pública (poursuite) o si archiva la causa (una vez dictado el classement sans suite). Puede adoptar su decisión conforme -según observa la doctrina especializada- fundamentalmente, a dos criterios:

a) Legalidad. Tendrá que examinar si, conforme a la ley, procede o no iniciar el proceso y, en concreto, si existen obstáculos legales que se opongan al mismo (tanto por razones jurídicas -cosa juzgada, prescripción del delito, etc.- como fácticas). Si está convencido de que se ha cometido una infracción y de que su persecución penal es posible, está obligado a poner en movimiento la acción pública.

b) Oportunidad. En segundo lugar, deberá tener en cuenta si procede archivar el proceso conforme a razones de oportunidad. La introducción de éste criterio en la legislación francesa -consagrado en el art. 40 CPPfr- es bastante reciente; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno cultural, el legislador galo ha limitado su margen de actuación al momento anterior al ejercicio de la acción penal. Cualquiera que sea la razón que motive el archivo, se trata de una decisión de naturaleza administrativa y de carácter provisional, por lo que lógicamente carece de eficacia de cosa juzgada.

Es decir, el legislador francés ha potenciado el archivo administrativo, negándole eficacia de cosa juzgada. En relación con la fase de instrucción cabe distinguir a su vez dos subfases: la saisine du juge y la clôture de la instrucción. Solo podrá abrirse el juicio oral cuando aparezca como probable la posibilidad de que los hechos se hayan cometido y que tengan naturaleza delictiva. Ello supone que para que se puedan apreciar indicios suficientes, no basta la mera sospecha, sino que tiene que concurrir una probabilidad considerable de culpabilidad.

El juez de instrucción puede adoptar una de las dos resoluciones siguientes: Si aprecia la suficiencia del material instructor, de tal forma que la acusación sea sostenible, deberá ordenar el traslado de la causa al Tribunal competente para el juicio -art. 179 Código de Procedimiento Penal Francés-.

Por el contrario, cuando no concorra prueba suficiente (charges suffisantes), deberá proceder a acordar una resolución de sobreseimiento (ordonnance de non lieu) -art. 177 Código de Procedimiento Penal Francés-.

En cuanto al sobreseimiento se puede adoptar la resolución relativa al mismo en dos momentos. No solo puede adoptar una decisión de esta naturaleza el juez de instrucción -ex art. 177 CPPfr-, sino que también puede corresponder a las Chambres d'Acussation -ex art. 212.1 Código de Procedimiento Penal Francés-.

El sobreseimiento (ordonnance de non-lieu) procede en todo caso cuando el material probatorio resultante de las actividades instructoras no se considere suficiente para abrir el juicio. Dos son los motivos que pueden dar lugar a esta resolución: motivos jurídicos, que se aprecian cuando exista algún obstáculo legal a la persecución del hecho delictivo, como, por ejemplo, la prescripción del delito o la presencia de una causa justificativa o de inimputabilidad y, en segundo lugar, motivos fácticos, entre los que debe contemplarse los casos en que el autor del delito sea desconocido o cuando no exista prueba suficiente de la comisión del mismo (art. 177 Código de Procedimiento Penal Francés).

El Derecho Francés admite la posibilidad de reapertura de la causa cuando concurren nuevos cargos (nouvelles charges). Existe una notoria semejanza con la revisión penal.

Con referencia al proceso penal inglés la policía históricamente ha tenido una extraordinaria importancia en el sistema de enjuiciamiento penal, teniendo competencia no solo en el ámbito de investigación de los delitos sino también en lo relativo al ejercicio de la acusación.

El Crown Prosecution Service, (en adelante CPS), como observa la doctrina especializada, está presidido por una idea esencial, puesto que la decisión de perseguir a una persona acarrea consecuencias severas, es necesario para el mantenimiento de la legalidad y el orden, que las acusaciones que se sostengan sean justas y eficaces.

Dos son las tareas básicas de este órgano: asegurar que el proceso se dirija

contra la persona adecuada por el delito correcto y, en segundo lugar, garantizar que todos los hechos que puedan ser relevantes sean puestos en conocimiento del tribunal. Para ello el CPS lleva a cabo dos actuaciones, como son la revisión del material proporcionado por la Policía y un doble examen sobre la virtualidad de los hechos para decretar o no la apertura del juicio oral.

La revisión permite al Fiscal (Prosecutor) decidir si va a acusar o no al sujeto contra el que se dirigen las averiguaciones y en virtud de qué delito. Si su criterio difiere del sostenido por el órgano investigador, puede resultar conveniente que el CPS se lo comunique a la Policía, que podrá aportar nuevas informaciones que le faciliten la decisión del Prosecutor.

En segundo lugar, se someten los hechos a un doble examen (test sobre los indicios y test sobre el interés público del asunto), que inexorablemente deben superarse para que pueda continuar el proceso.

El criterio hermenéutico a seguir es que no debe ejercitarse acusación salvo que concurra una "probabilidad razonable de condena".

La doctrina especializada sintetiza en cuatro puntos los criterios codificados que determinan la virtualidad de los indicios existentes: En primer lugar se exige que los Crown Prosecutors estén convencidos de que de los indicios se deriva una probabilidad "realista" de condena, es decir, que aparezca como más probable la condena del acusado que su absolución.

En segundo lugar, se establece que ese examen sobre la probabilidad es un test objetivo, objetividad que ha venido interpretándose de dos formas distintas por la doctrina inglesa. Puede entenderse este examen como un pronóstico. De este modo, la tarea del Fiscal consistirá en predecir la reacción del Tribunal ante los indicios presentados. Para ello tendrá en cuenta no sólo los datos estadísticos sobre el número de condenas dictadas en el Magistrate's Court o en el Crown Court, sino también las posibles preferencias de los órganos judiciales locales a la hora de condenar por determinadas conductas en demérito de otras. Y, en segundo lugar, cabe aproximarse a los indicios tomando como base su "valor intrínseco" (intrinsic merits). En este caso, el Prosecutor debería juzgar la fuerza de los indicios y aplicar estrictamente la ley; y ejercer la acusación si hay indicios suficientes de criminalidad, aunque considere que lo más probable es que el tribunal termine el proceso con una sentencia de condena; y archivar si, a pesar de que considera probable que los Tribunales locales condenen al imputado, los indicios no son, en su opinión suficientes.

El CPS ha optado por este segundo criterio.

El tercer criterio que hay que tener en cuenta se refiere a la necesidad de que los indicios pueden ser de utilidad en el juicio. En este sentido deben excluirse los que se consideren inadecuados por haberse obtenido con violación de lo establecido en el Police and Criminal Evidence Act o los que sólo se sustentaren en la existencia de un rumor.

Por último, se requiere la fiabilidad de los indicios.

Superado este primer examen, deberá operarse un segundo test previo a la apertura del juicio oral: el del interés público.

En la redacción inicial del Código del CPS se sostenía que tan sólo debía ejercerse la acusación, si así lo exigía el interés público, conteniéndose únicamente factores desfavorables a la continuación del proceso. Esto dio lugar a que en los años 90 se procediera al archivo de muchos de los asuntos pendientes, situación que fue criticada por la doctrina y que dio lugar a la modificación del Código del CPS. En la redacción actual de 1994, se establece lo siguiente: cuando existan indicios bastantes para sostener la probabilidad de que el proceso termine con una sentencia de condena, deberá tenerse en cuenta el interés público.

Cuando los indicios no superen el evidence test o, superado éste, no exista un interés público en el ejercicio de la acusación, que el CPS tiene atribuido por el Prosecution of Offences Act el poder de archivar las actuaciones (power to discontinue). La decisión de no seguir adelante con el desarrollo del proceso será notificada al acusado. Por regla general, el Código del CPS entiende que este archivo cierra definitivamente el proceso, si bien se reconoce la posibilidad, amparada en razones excepcionales, de que se reabran las actuaciones. El punto 10.2 del Código apunta tres posibles razones. La primera que se refiere a que, después de una nueva aproximación a la decisión inicial, se ponga de manifiesto que ésta fue errónea y que, por tanto, no debe mantenerse. En segundo lugar, se contemplan los casos en que se suspenda el proceso, a la espera de que, como parece probable al CPS, se encuentren y recojan en breve nuevas pruebas sobre los hechos. En estos casos, el Procurador, en la misma notificación del archivo, debe informar al acusado de la posibilidad de que se reinicie el proceso.

El tercer motivo se refiere al descubrimiento de pruebas o indicios relevantes con posterioridad al archivo de un asunto por insuficiencia de indicios. Los asuntos están sometidos continuamente a revisión y cualquier nueva información que aparece es analizada meticulosamente para determinar si afecta o no a la decisión de ejercer la acusación.

En relación con Estados Unidos la doctrina especializada ha observado como el modelo penal norteamericano parte de un presupuesto distinto del que sirve de base en los países de la Europa continental. Como no todas las conductas delictivas se pueden investigar y perseguir, es necesario ser selectivo en la represión de los delitos. Distintos filtros sirven a esta tarea, permitiendo así un mejor empleo de los limitados recursos con que cuenta el Estado para hacer frente a una criminalidad cada vez más numerosa y compleja.

La metodología del conocimiento jurídico es absolutamente flexible, realista, razonable, concreta y se engloba en el derecho al proceso debido.

El primer filtro lo constituye, sin duda, la actuación de la Policía cuando decide si existen motivos suficientes (probable cause) para arrestar a un sujeto por la supuesta comisión de un delito. De hecho, aun concurriendo este presupuesto, en ocasiones la Policía, en contra de lo que tiene encomendado, opta por no arrestar al sujeto, porque es consciente de que en cuanto la causa llegue a manos del Fiscal, ésta la archivará. En todo caso, en un breve plazo tras la detención debe tener lugar la llamada comparecencia inicial ante el Magistrado más próximo al lugar de los hechos. Esta comparecencia cumple principalmente tres funciones: comunicar al sujeto los cargos que se le imputan, informarle de sus derechos y, finalmente, decidir sobre las medidas oportunas por lo que respecta a su libertad. El mayor peso de la investigación del delito recae en la Policía y sus agentes, quienes deberán dar traslado de sus conclusiones al Fiscal.

La actuación del Fiscal (Prosecutor) se configura como un segundo filtro en el proceso. En función del material probatorio obtenido en las investigaciones, deberá decidir si ejerce o no la acusación y, en caso afirmativo, en virtud de qué delito. Para tomar esta decisión no sólo deberá estar convencido de la concurrencia de suficientes motivos sobre la comisión del hecho y sobre la participación del sujeto afecto al proceso, de tal forma que se pueda sostener la acusación, sino que, además, en virtud del amplio poder discrecional que se le ha atribuido al Fiscal, podrá poner fin a aquellos procesos que revistan un interés menor o que presenten una mayor complejidad, optimizando los escasos recursos con los que cuenta la Fiscalía.

En caso de que opte por no ejercer la acusación, no queda en principio obligado a dar razón del porqué de una decisión que, además, normalmente no va a ser sometida a ningún control ulterior. Sin embargo, la decisión contraria sí que deberá someterse a un nuevo filtro, bien ante el Grand Jury, bien mediante la celebración del Preliminary Hearing.

En lo relativo a la insuficiencia de indicios en la fase anterior al juicio (pretrial), la doctrina pone de relieve, como a diferencia de lo sucedido en los últimos años en Inglaterra, el control de la acusación ejercida por el Prosecutor continúa siendo esencial en el esquema de la fase inicial del proceso penal norteamericano. La determinación sobre la existencia o no de razones suficientes para la celebración del juicio (trial) tiene lugar, bien mediante una audiencia preliminar celebrada ante un Magistrado (Preliminary Hearing), bien ante el Gran Jurado (Grand Jury), e incluso, en contadas ocasiones, ante ambos.

El Preliminary Hearing, tradicionalmente en Estados Unidos ha desempeñado una función importante en la fase inicial del proceso penal como filtro de acusaciones infundadas. Gracias a su celebración se podían evitar serios perjuicios no sólo al imputado, sino también al acusador e incluso al Estado. Siempre que el acusado no haya renunciado a su celebración, tendrá lugar el Preliminary Hearing ante el mismo Tribunal ante quien se practicó la comparecencia inicial. El ejercicio de la acusación corresponderá al Fiscal. Se presentará todo el material probatorio, en cuya virtud el Magistrado podrá adoptar una de las siguientes decisiones: la continuación del proceso, si aprecia la existencia de razones suficientes abrir el

juicio oral, su paralización, porque considere el Tribunal que las pruebas aportadas contra el acusado son insuficientes.

El Grand Jury históricamente ha venido desempeñando en Estados Unidos dos funciones muy importantes en la fase de pretrial: de un lado, la investigación de los hechos, contando con amplios poderes para desarrollar esta tarea y, por otro, el ejercicio de la labor de control o filtro de los hechos investigados de oficio o a instancia del Fiscal. Pese a que la ejerce pocas veces, el Grand Jury está investido de la autoridad de rechazar un indictment, es decir, no dar su aprobación para que continúe el proceso (no bill). Para ello no debe resolver sobre la culpabilidad o la inocencia, sino que simplemente debe comprobar si concurren los presupuestos necesarios para que se celebre el juicio o trial.

Una vez examinado el material probatorio proveniente de la investigación inicial, los jurados deben decidir si optan por la paralización de la causa (no bill), pudiéndose motivar esa resolución en la insuficiencia de pruebas, o bien decretar el envío a juicio.

En conclusión, el Derecho Comparado nos pone de relieve la tendencia a utilizar el sobreseimiento e instituciones similares para evitar procesos penales inútiles, ineficaces, costosos, que provocan el atasco de la organización jurisdiccional, las demoras, dilaciones y la perversión del proceso, así como del principio justicia tardía no es justicia.

El Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1995, 3 de febrero de 1998 y 15 de octubre de 1998 y Autos de 14 de octubre de 1998 y 25 de marzo de 1999) y un sector doctrinal venían también anudando efectos interinos a la otra resolución prevista en el precepto antes citado, pese a que se fundaba en el carácter no delictivo de los hechos. De esta forma, el silencio de la norma sobre el tipo de resolución que se debiera adoptar en este caso, se interpretaba como deseo del legislador de distinguir esta resolución, a la que no se anudaba fuerza de cosa juzgada material, de los autos de sobreseimiento libre, pese a la coincidencia en el motivo que les daba lugar. En consecuencia, el archivo era considerado como un tertium genus, a modo de resolución análoga al sobreseimiento provisional, si bien motivado por las causas del libre.

La doctrina especializada llegó a mantener como técnica procesal correcta, que no debería hablarse de sobreseimiento provisional, sino simplemente de archivo provisional.

Sin embargo, la interpretación no dejaba de ser discutible -en opinión de otro sector doctrinal-, que argumentaba que lo lógico sería que, como ocurre en el proceso penal ordinario respecto de los hechos alegados en la querrela (art. 313 LECr), si durante la instrucción se estimare que el hecho no constituye delito, el proceso terminara definitivamente. De hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido en reiteradas ocasiones la virtualidad de estas resoluciones para poner fin anticipado al proceso, incluso antes de la fase intermedia, sin que esto suponga vulnerar la tutela judicial efectiva en cuanto derecho a una respuesta de

los órganos judiciales sobre la cuestión debatida; así en la STC 351/1993, de 29 de noviembre, se afirma que: "Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, la decisión judicial de archivar unas diligencias previas, por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, no es en sí misma lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que éste no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal" (fj 2º; en igual sentido, SSTC 203/1989, de 4 de diciembre y 36/1989, de 14 de febrero). Tomando esto en consideración, no resultaba descabellado pensar que el legislador no hacía mención expresa de la resolución concreta que debía dictarse, pues entendía que la simple mención del motivo del art. 637.2 LECr, daría lugar a que se dictara un auto de sobreseimiento libre. En este mismo sentido se pronunciaba el Tribunal Constitucional (Auto del Tribunal Constitucional 246/1992).

El legislador de 2002 acoge el término "sobreseimiento" para referirse a las resoluciones del artículo 779 LECr, relegando la denominación de "archivo" para referirse a la resulta de estos autos o, como señala el Tribunal Constitucional, a la actividad material consistente en guardar las actuaciones en un lugar ad hoc, medida burocrática en ejecución de aquélla que es su presupuesto lógico" (fj 3º del Auto del TC 305/1994, de 14 de noviembre; en igual sentido fj 1º del Auto 246/1992, de 25 de agosto). Mas, aparte de esta modificación, el nuevo precepto introduce, aún a pesar de su difícil encaje, la posibilidad de acordar el sobreseimiento de las actuaciones en este momento del proceso con arreglo al motivo previsto en el apartado primero del artículo 641 LECr.

La declaración de sobreseimiento provisional no puede resultar ajustada a Derecho, ni acorde con los principios de legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad.

Las Resoluciones jurídicas pueden ser estimatorias o desestimatorias incluso nulas, pero no resulta razonable que el proceso quede sobreseído provisionalmente, mientras no concurra un hipotético requisito, que las más de las veces, no resulta posible o factible que se cumplan, sometiendo al acusado a una situación de permanente inseguridad jurídica, que pudiera ser calificada de kafkiana. La Ley de Enjuiciamiento Criminal suprimió la absolución en la instancia, por lo que la misma no puede revivir por la vía indirecta de sobreseimiento provisional.

Si no se puede conocer el actuar injusto, ni existe dolo, ni culpa penal, no se puede pretender tramitar el proceso penal, imponiendo la pena de banquillo.

Si existe una interpretación dudosa no se puede perjudicar al acusado, debiendo aplicarse la hermenéutica jurídica más favorable al mismo y teniendo en cuenta la presunción de inocencia.

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por decretarse el sobreseimiento libre y archivo de la causa al no resultar debidamente justificada la hipotética perpetración del supuesto delito. Por el contrario, se cumple con los principios de seguridad jurídica, legalidad, economía procesal y derecho al proceso debido y los valores superiores de justicia y libertad, así como respecto al principio de presunción de inocencia.

La distinción entre desestimación e inadmisión fue originada por el legislador penal como lo evidencia el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que utiliza el término desestimación para hacer referencia a la inadmisión "in limine litis" de la querrela. El legislador utiliza el término desestimación en sentido amplio comprendiendo en ocasiones dentro del mismo la desestimación en sentido estricto y la inadmisión.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española vigente establece una regulación discutible de los motivos de sobreseimiento provisional, que ha dado lugar a numerosas críticas y que provoca en la práctica contradicciones derivadas de la deficiencia del artículo, que regula los dos motivos de sobreseimiento provisional.

La doctrina distingue entre:

- a) Insuficiente acreditación del hecho punible.
- b) Falta de pruebas para la imputación.

El antecedente histórico del primer motivo del sobreseimiento provisional se encuentra en los arts. 555.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 803.1 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal de 1879, que establecían que debía dictarse Auto de sobreseimiento libre cuando no resultare justificado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. Sin embargo, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge este motivo como de sobreseimiento provisional, separándose de la regulación anterior.

El segundo motivo hace referencia a la falta de pruebas para la imputación.

El antecedente de este motivo de sobreseimiento provisional se encuentra en los arts. 559 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 810 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal de 1879 donde se disponía que procedería el sobreseimiento provisional "cuando resultare del sumario haberse cometido un delito y no hubiere indicación de sus autores cómplices o encubridores".

El supuesto concreto sometido a conocimiento del Magistrado Instructor, no resulta subsumible en las categorías de sobreseimiento provisional recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la práctica jurídica española se realiza, en ocasiones, una utilización del

sobreseimiento provisional no ajustada al texto legal.

El sobreseimiento provisional no puede convertirse ni en una absolución en la instancia, ni en un archivo provisional de la causa, que permita alzarlo, sin nuevas pruebas que lo justifiquen, lo que conculcaría el principio de legalidad y supone incurrir en arbitrariedad jurídica como lo reflejó la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997.

Cualquiera que sea el sentido y la interpretación que pretenda dársele al sobreseimiento provisional como diferente del sobreseimiento libre o admitiendo un "tertium genus", esto es, distinguir estas dos clases de sobreseimiento de la categoría jurídica del "Archivo", el supuesto fáctico jurídico de este caso debe dar lugar al sobreseimiento libre o al archivo pleno sin condicionamientos.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, que la denominación de Archivo se impone sobre la de sobreseimiento; en el Derecho español el archivo parece configurarse por el legislador como un efecto del sobreseimiento, y no como una categoría distinta del sobreseimiento, a pesar de que un sector doctrinal no lo entiende así. La reforma procesal penal de 2002, parece implicar una vuelta al sobreseimiento y una limitación para la interpretación favorable a la existencia de una nueva categoría jurídica autónoma del archivo, como sucede en el Derecho Comparado.

No obstante, se reconozca o no la existencia de una nueva institución jurídica, esto es, el archivo, como "tertium genus" frente al sobreseimiento libre y provisional o se mantenga que el archivo es un mero efecto del sobreseimiento, el querrellado tiene derecho al sobreseimiento libre.

No resulta aplicable el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que no resulta acreditada, ni debidamente justificada la perpetración de un delito, que haya dado motivo a la formación de la causa penal. Si los hechos no son constitutivos de delito procede el sobreseimiento libre.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente contiene una regulación del sobreseimiento provisional antigua, obsoleta, trasnochada y contradictoria jurídicamente.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es menos crítica que la de la doctrina científica en relación con el sobreseimiento. El Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad del sobreseimiento libre y su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que se origine indefensión la conclusión anticipada del proceso penal es perfectamente lícita cuando se cumplen los requisitos legales.

La doctrina del TC es constante al declarar que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface; normalmente, con una sentencia de fondo motivada, nada impide que el proceso pueda concluir anticipadamente mediante otro tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto, "cuando ninguna tacha de

orden constitucional pueda oponerse a la regulación legal" (por todas, STC 40/1988, 10 marzo, F.2º; STC 171/1988, 30 septiembre, F. 3º; STC 212/1991, 11 noviembre, F. 4º).

El TC ha reconocido que los titulares de la acción penal no tienen un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral (STC 212/1991, 11 noviembre, F.4º; STC 85/1997, 22 Abril, F 3º; ATC 175/1997, 21 mayo, F. 2º).

La regulación que del sobreseimiento realiza la LECrim es conforme a la CE: "no resulta posible formular una crítica de carácter constitucional a la regulación que del sistema del sobreseimiento hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna tacha puede oponerse al sistema del sobreseimiento previsto por el art. 637 para los casos en que no existen indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, así como en aquellos otros en que prospera lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina artículo de previo y especial pronunciamiento, según el art. 675 (STC 40/88, de 10 de marzo, Fundamento 3º).

La doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo sintetiza perfectamente la institución jurídica del sobreseimiento.

El sobreseimiento -arts. 634 y ss. LECrim.- es una resolución dictada en forma de auto que produce la terminación del proceso-si es libre- o su suspensión- cuando se trata del provisional-, por ausencia de los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral.

El sobreseimiento libre se configura así como una resolución definitiva, que produce el efecto de la cosa juzgada material, es decir, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada. De ahí las especiales cautelas y el acopio de fundamentos que es necesario reunir para su adopción. Sin embargo, su previsión en el art, 637 LECrim. autoriza el mismo en los tres casos previstos por aquél, siendo el tercero el referido a la exención de responsabilidad criminal de los procesados aun cuando los hechos constitutivos del tipo penal estén presentes en la instrucción. Así el TC. Ha señalado que la fase preliminar de un proceso penal, conocida con el nombre de sumario o de investigación sumaria, puede concluir legítimamente por una resolución distinta de la sentencia y, en especial, mediante auto de sobreseimiento, añadiendo que desde la perspectiva constitucional no resulta posible formular crítica a la regulación que del sistema de sobreseimiento hace la mencionada Ley, ni puede oponerse tacha alguna al sistema de sobreseimiento libre previsto por el precepto citado, para los casos en que no existan indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en los que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, por lo que si la presencia de una causa de inimputabilidad o de justificación se deduce nítida, rotunda y diáfana del material instructorio, el órganos judicial competente puede acordar el sobreseimiento libre (STS 27-7-2000. Ponente: Saavedra Ruiz).

La jurisprudencia del T. Supremo trata de distinguir constantemente las dos clases de sobreseimiento, declarando que el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro: El sobreseimiento libre se pronuncia ante la falta de tipicidad de hecho o de la responsabilidad penal de su presunto autor con arreglo al art. 637 LECrim; el provisional es un supuesto de impotencia investigadora (STS. 2ª 16-12-1991. Ponente: Ruiz Vadillo).

Tanto la Jurisprudencia del T. Constitucional como la del Tribunal Supremo coinciden en considerar constitucional y afectado a derecho el sobreseimiento libre ante la falta de tipicidad del supuesto hecho (cuando el hecho no aparece como constitutivo de delito) o exención de responsabilidad penal de su autor.

Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLO

No ha lugar al sobreseimiento interesado por la representación de D. Javier, manteniéndose la imputación en la presente causa y se acuerda el sobreseimiento provisional interesado por la representación de D. Juan.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Reforma en el plazo de 3 días ante este Instructor o Recurso de Apelación en el plazo de 5 días ante este Instructor para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal o Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación en el plazo de 3 días ante este Instructor, con la advertencia para la acusación popular de la necesidad de constituir depósito de 25 euros para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Secretaría, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (redacción LO 1/09 de 3 de noviembre).

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Así lo manda, acuerda y firma D. Antonio Pedreira Andrade, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doy Fe.