



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

ALEJANDRO TÉLLEZ DE
MENESES DIEGO
ANDALUCÍA OCCIDENTAL

ASPECTOS PRÁCTICOS DEL SOBRESEIMIENTO EN EL PROCESO PENAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

REFERENCIA AL SOBRESEIMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

I.- Introducción: concepto y clases

El sobreseimiento es aquella resolución judicial que pone fin al procedimiento de forma anticipada siempre y cuando concurra alguna de las causas tasadas legalmente. En concreto, tales causas están recogidas en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), siendo estos artículos los previstos para el Procedimiento Sumario, si bien de aplicación supletoria a los restantes tipos de procedimientos, ya que por ejemplo a tales artículos se dirigen otros como pueden ser los artículos 779 y 798 ambos de la misma norma mencionada y reguladores de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado y de las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido, respectivamente.

De un lado, el artículo 637 LECRIM señala que: “Procederá el sobreseimiento libre: 1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.”

De otro lado, el artículo 641 LECRIM proclama que: “Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o

determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.”

A la vista de lo expuesto en los anteriores artículos y sin ánimo de incidir en ello, es claro que se establecen esencialmente dos clases de sobreseimiento en nuestro ordenamiento jurídico: el sobreseimiento libre y el sobreseimiento provisional. Además de sus respectivas causas -sobre las que incidiremos más adelante- y régimen de recursos, la distinción fundamental radica en su efecto: el sobreseimiento libre tiene un efecto equiparable al de una sentencia absolutoria, esto es, una vez que sea declarado firme impide la reapertura de la causa así como que exista un futurible procedimiento cuyo objeto sean los mismos hechos que aquel respecto del que se ha declarado el sobreseimiento libre; mientras que el sobreseimiento provisional no produce ese efecto de cosa juzgada y su eficacia decaerá cuando se modifiquen las circunstancias que llevaron a su adopción.

Como podemos intuir, una vez finalizada la fase de instrucción, será capital determinar, en caso de que proceda el sobreseimiento, qué clase de sobreseimiento ha lugar a acordar.

II. - El *ius ut procedatur* y el sobreseimiento

Una vez practicadas las diligencias pertinentes, existen distintas opciones por las que puede discurrir todo procedimiento penal.

En concreto -y en cuanto nos interesa- en el procedimiento abreviado debemos acudir al antes mencionado artículo 779.1 de la LECRIM que establece lo siguiente: “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. [...]

2.ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

3.ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los investigados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.

5.ª Si, en cualquier momento anterior, el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.”

Si bien, antes de decidir si procede o no acordar el sobreseimiento y en su caso qué clase de sobreseimiento, debemos hacer especial mención a qué se debe entender por “diligencias pertinentes”.

En este sentido, encontramos una respuesta muy esclarecedora en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 87/2020, de 20 de julio, de la que podemos destacar lo siguiente:

De un lado y con carácter general dice como sigue: “A) El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se ha configurado en la doctrina de este tribunal como un ius ut procedatur, cuyo examen constitucional opera desde la perspectiva del art. 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, o 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5).

Son sus notas características las que siguen:

a) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).

b) El querellante o denunciante ostenta, como titular del ius ut procedatur, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2), pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, pues el ius puniendi es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado [SSTC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno); 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras].

c) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias

oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

d) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

e) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, del mismo modo que no impide su clausura temprana. Tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semejante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la Administración de Justicia (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre)."

De lo expuesto se pueden extraer algunas ideas esenciales como son:

- Es posible acordar el sobreseimiento de forma inmediata en aquellos casos en los que la denuncia o querrela sea manifiestamente infundada, inverosímil o que se refiera a hechos que no constituyen delito. Incluso se podría valorar la declaración inmediata de sobreseimiento si aun cuando existieren sospechas de que se hubiere cometido un presunto hecho delictivo, este no pudiese ser esclarecido a través de la investigación judicial, ya afecte tal imposibilidad al propio hecho o a su autor.

- Iniciada la instrucción se practicarán aquellas diligencias, bien acordadas de oficio o bien solicitadas por las partes personadas, que apriorísticamente puedan ser aptas para el esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, no se tendrá que practicar la totalidad de diligencias posibles en cada procedimiento, sino únicamente aquellas que nos permitan determinar si se ven reforzados los indicios iniciales que han dado lugar a la investigación o, por el contrario, si tales indicios se han debilitado de forma que carezca de sentido jurídico la continuación del procedimiento. En el primer caso se impulsará el procedimiento; en el segundo caso, este será el momento en el que proceda acordar el sobreseimiento que corresponda, sin que deba haber lugar a alargar de forma agónica el procedimiento.

De otro lado, el Tribunal Constitucional en la propia resolución antes mencionada, pero en lo relativo a la investigación de delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, sigue diciendo que: “Como no podría ser de otro modo, este tribunal, en concurrente diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe tomar en consideración el canon reforzado del deber de actuación diligente y sin dilaciones que debe exigirse a las autoridades de los Estados miembros encargadas de la persecución penal cuando aprecien la existencia de sospechas fundadas de delito cometido en contextos vinculados a la violencia de género.

a) En sede constitucional de amparo, este tribunal tuvo ya ocasión de referirse a la exigencia de una investigación suficiente y eficaz con ocasión del enjuiciamiento de un recurso de amparo en el que la recurrente puso en relación el derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho a la integridad física y moral, así como a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). La STC 106/2011, de 20 de junio, declaró entonces que «[e]stamos en estos casos ante decisiones judiciales ‘especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea solo una de las hipótesis posibles’ (SSTC 196/2005, de 18 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3)» (STC 106/2011, FJ 2).

En tales supuestos, continuaba señalando la STC 106/2011, «el art. 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ. 3). Sobre todo es necesario que la resolución judicial sea ‘conforme’ con el mismo (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), ‘compatible’ con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4), esto es, que exprese o trasluzca ‘una argumentación axiológica que sea respetuosa’ con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). De este modo, como subrayaba la STC 224/2007, de 22 de octubre, es ‘perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de Derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas’ (FJ 3). En estos casos, la evaluación de la efectividad y de la suficiencia de la tutela judicial dispensada coincidirá con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no solo de que las decisiones impugnadas de cierre de la misma estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental que se invoca como lesionado». (STC 106/2011, FJ 2).

b) Por otro lado, en contextos vinculados a la violencia de género y a la violencia intrafamiliar y/o doméstica, la STC 67/2011, de 16 de mayo, FJ 3, con cita expresa de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, vino a coincidir en que este tipo de violencia no constriñe sus efectos a la relación inter privados de las partes implicadas,

dado que repercute o se proyecta sobre una sociedad en la que genera rechazo y alarma colectivos. Por esta razón, la violencia de género –también la violencia familiar y doméstica– implica de forma muy significativa a los poderes públicos, los cuales, lejos de permanecer ajenos a ella, adquieren de conformidad con el art. 9.2 CE la obligación de adoptar medidas de acción positiva que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de los derechos fundamentales que, en función de las distintas formas posibles de violencia, pueda resultar afectados. Es esta obligación la que llevó al legislador de 2004 a proporcionar una respuesta legal integral, que posteriormente ha ido adquiriendo un notable desarrollo, también en su perspectiva procesal.

A partir de las consideraciones expuestas, hemos de señalar ya que, para que la investigación penal concretamente desplegada satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se encuentra en posición de víctima en supuestos de violencia de género o cometida en un entorno familiar o afectivo, será necesario no solo activar sin demoras –cuando corresponda– las medidas de protección personal adecuadas al caso, sino también desplegar una instrucción que profundice sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito.

El comportamiento exigible del órgano judicial en modo alguno implica la obligación de admitir o practicar cualesquiera diligencias, sino únicamente aquellas que se evidencien como pertinentes y relevantes a los fines pretendidos. Pero deberá continuar la tarea de investigación mientras, subsistiendo la sospecha fundada de la comisión de los hechos de que se ha tenido noticia y de su relevancia penal, resulte necesario profundizar en su indagación.

c) En ocasiones, el marco de privacidad o clandestinidad en el que aparecen contextualizados los hechos objeto de una denuncia de esta naturaleza, o bien sus propias características fácticas, determinan que se carezca de evidencias físicas que apoyen la versión del suceso que puedan proporcionar quienes aparecen en el proceso como denunciante o como denunciado. Con frecuencia, sus respectivos testimonios no solo presentan diferencias, sino que entran en abierta contradicción entre sí.

La simultánea condición de testigo y presunta víctima que, de ordinario, acompaña a quien denuncia una situación de maltrato requiere del juez un examen particularmente atento a las circunstancias que circundan su declaración. Quien figura en el proceso como víctima de maltrato se encuentra *a priori* en una posición privilegiada como testigo directo de aquellos hechos que le afectan, y que, con frecuencia, se desenvuelven en un entorno de privacidad, sin que, no obstante lo dicho, aquella declaración goce de prevalencia alguna en la convicción judicial, pero sin olvidar, tampoco, que el examen de su testimonio sí permite combinar los parámetros de ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación a los que viene refiriéndose la jurisprudencia ordinaria, parámetros que no resultan necesariamente confluyentes o sumatorios para que esta testifical pueda adquirir un significado incriminatorio.

Por otro lado, el conflicto emocional que, con frecuencia, subyace a este tipo de denuncias ha de ser igualmente ponderado por el juez, sopesando cuantos detalles puedan evidenciar animadversión hacia la persona denunciada con el fin de diferenciar

los supuestos en los que este sesgo denote posibles móviles espurios en la denuncia de aquellos otros en los que es la propia victimización la que genera sentimientos de odio, recelo, resentimiento, inseguridad o incluso miedo hacia el presunto agresor, sin empañar por ello la idoneidad del testimonio.

No basta con una indagación que, en relación con los hechos denunciados, se muestre superficial. La adecuada satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial requiere que el órgano encargado de la investigación, tras sopesar la notitia criminis y evaluar positivamente la concurrencia de indicios de delito, reaccione prontamente practicando cuantas diligencias –bien propuestas por las partes, bien acordadas de oficio– resulten naturalmente idóneas en relación con los hechos concretos del caso.

d) Igualmente, a la hora de ponderar si, en función del contenido de estas diligencias de naturaleza personal, debe proseguirse o no con la indagación penal, juega singular relevancia la percepción que de aquellos testimonios opuestos obtenga el juez encargado de la instrucción. Sobre esa percepción, preferentemente basada en la inmediación, podrá fundamentarse una convicción judicial de archivo de las actuaciones, si fuere oportuna. Ahora bien, el canon reforzado constitucionalmente exigible (deber de investigación suficiente y eficaz), en los casos en que las víctimas sean personas especialmente vulnerables en supuestos de violencia de género obliga al juez instructor a que su investigación no quede constreñida al mero contraste superficial de los testimonios enfrentados entre sí, por compensación o contrapeso entre ambos. Además, la resolución judicial que, en su caso, acuerde el archivo de las actuaciones deberá evidenciar que los testimonios han quedado sometidos a un filtro especialmente minucioso o de detalle, que preste singular atención, tanto a los particulares del caso, como a la diferente posición que, en relación con los hechos, ostentan las partes.

Este canon reforzado del deber de investigación suficiente y eficaz se entenderá debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito, se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada, permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial.

El deber de diligencia requerirá abundar en la investigación allí donde no se hayan agotado las posibilidades razonables de indagación sobre los hechos de apariencia delictiva, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva si el órgano judicial clausura precipitada o inmotivadamente la investigación penal.

e) En resumen, la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria.”

El canon reforzado de suficiencia y eficacia de la instrucción adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta -entre otros aspectos- la posibilidad que tienen las víctimas de violencia de género de acogerse a la dispensa de la obligación de declarar, prevista en el artículo 416 de la LECRIM, no debiendo ser este un motivo para clausurar el procedimiento de forma temprana siempre y cuando puedan existir -y sean imaginables y posibles- otras diligencias que contribuyan al esclarecimiento de los hechos.

III. - ¿Sobreseimiento libre o provisional?

Ahora sí, una vez llevada a cabo una instrucción suficiente y conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos expuestos, llegamos al momento procesal previsto en el artículo 779 LECRIM antes mencionado.

A este propósito se refiere, entre otras resoluciones, el ATS, Penal, sección 1, del 31 de julio de 2013 (ROJ: ATS 7790/2013 - ECLI:ES:TS:2013:7790A) y lo expresa de la siguiente forma: "Pueden considerarse practicadas todas las diligencias necesarias y útiles. Las partes no han interesado ninguna otra. Hemos llegado al momento procesal en que a tenor del art. 779 LECrim, ha de optarse por alguno de los caminos alternativos que abre tal precepto. Es patente la improcedencia de algunas de las vías contempladas en tal norma. En una primera aproximación las previstas en los números 1ª, 2ª o 4ª del art. 779.1. LECrim serían las alternativas viables. A ellas hay que adicionar la posibilidad de una transformación procedimental (art. 760).

La decisión a adoptar exige efectuar tanto i) un nuevo juicio provisional de tipicidad para comprobar que los hechos objeto de investigación tal y como han sido acotados en la fase preliminar revisten caracteres de uno de los delitos a tramitar por las normas del procedimiento abreviado (de forma que si los hechos no son constitutivos de infracción penal, o, siéndolo, desbordan por su gravedad ese ámbito; o son de naturaleza leve y por tanto su enjuiciamiento ha de canalizarse a través del juicio de faltas habrá que archivar -art. 779.1.1ª- o reconvertir el procedimiento -arts 760 ó 779.1.2- respectivamente); ii) como un juicio fáctico a nivel puramente indiciario para constatar que concurren elementos bastantes como para reputar "suficientemente justificada" la perpetración de los hechos denunciados. El resultado positivo de ambos juicios daría lugar a la continuación del procedimiento en la forma establecida en los arts. 779.1.4ª y 780.1 LECrim y, en su momento y caso, a reclamar la correspondiente autorización de la Cámara Alta. Si falla alguno de esos dos juicios será otra la decisión procedente."

Por tanto, si el juicio provisional de tipicidad tuviere un resultado negativo, esto es, que los hechos que constituyen el objeto del proceso no revisten carácter delictivo, procederá acordar el sobreseimiento libre, conforme con lo establecido en el artículo 637 LECRIM, sin que sea necesario realizar ninguna otra operación posterior, más allá de motivar la resolución en la que así se acuerde. Lo mismo sucede si directamente no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a

la formación de la causa, o aparecieran exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

Por el contrario, si el juicio provisional de tipicidad tuviere un resultado positivo, es decir, que los hechos objeto del proceso sean constitutivos de delito siempre que fueren ciertos, se acordará la continuación del procedimiento, salvo que no se supere el denominado juicio fáctico puramente indiciario y por consiguiente no se considere suficientemente justificada la perpetración de tales hechos. Ello supone que sí existen indicios de que se ha cometido un hecho delictivo, pero tales indicios no permiten continuar con el procedimiento.

En este sentido resulta muy ilustrativo el ATS, Penal sección 1, del 28 de abril de 2016 (ROJ: ATS 3453/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3453A) cuando dice que: "La posibilidad del Instructor de decretar el sobreseimiento asume el papel del juicio de acusación en el procedimiento abreviado. Para entrar en el acto del juicio oral no basta con una parte legitimada dispuesta a sostener la acusación (art. 782.2). Es necesario, además, que un órgano con funciones jurisdiccionales considere "razonable" esa acusación, lo que en el procedimiento abreviado se lleva a cabo, eventualmente, en un doble momento: al elegir por alguna de las opciones legales en el trámite del art. 779; o, en su caso, una vez que las acusaciones han exteriorizado su pretensión, al decretar la apertura del juicio oral (art. 783.1). El canon de "suficiencia" de los indicios no es diverso en cada uno de esos momentos. Por eso algunos han criticado esa duplicidad. No tendría sentido mantener en manos del Instructor las llaves para cerrar el trámite procesal por razones que ya descartó al adoptar la resolución prevista en el art. 779.1.4ª. No obstante, ese filtro duplicado no solo se explica por vicisitudes legislativas: tiene su razón de ser. La acusación puede hacer pivotar su pretensión en extremos diferentes de los valorados por el Instructor, o puede aportar datos que permitan aquilatar la decisión anterior. En consecuencia pueden surgir razones antes no evaluadas para denegar la apertura del juicio oral, pese a las gotas de contradicción que eso puede comportar con la decisión, que ha de ser motivada, casi inmediatamente anterior, de continuar el trámite de preparación del juicio oral (arts. 780 y ss LECrim).

Interesa este excurso para destacar que si se considera procedente cualquier género de sobreseimiento este es momento apto y procedente para acordarlo sin que sea ni necesario, ni siquiera procesalmente lo más correcto, aguardar a que la acusación haya fijado posición exteriorizando una pretensión formal acusatoria. La reforma de 2002 en sintonía con lo que ya había ensayado la jurisprudencia constitucional (STC 186/1990, de 15 de noviembre) ha resaltado esa función de la resolución del art. 775.1.4 y, por contraste, de su reverso -el sobreseimiento-. Solo procede aquélla si "está justificada de forma suficiente" la comisión del delito y la responsabilidad del investigado. Y es que la fase preliminar de investigación en el proceso penal sirve no solo para preparar el juicio oral sino también para evitar la apertura de juicios innecesarios. La decisión del art. 779.1.4 es mucho más que un acto de trámite.

Solo un determinado nivel indiciario de cierta calidad justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el

juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si el bagaje se revela desde este momento como manifiestamente insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios. Nos hemos de mover en un escalón superior al necesario para tomar declaración como investigado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales.

No es que no haya seguridad de la responsabilidad de la investigada: eso no sería exigible para dar un paso más en la tramitación y encarar la fase intermedia y en su caso el juicio oral dónde habría de dilucidarse esa cuestión. Es que se puede establecer una muy razonable estimación de que el débil y más que equívoco y ambivalente material probatorio carece de toda aptitud para generar un mínimo de certeza lo que ha de comportar clausurar ya el procedimiento mediante el correspondiente auto de sobreseimiento amparado en los arts. 779.1.1^a y 641.2^o LECrim por no existir indicios suficientes de la participación deliberada de la investigada en los hechos supuestamente delictivos. Esto no excluye que, en su caso, de aparecer nuevos elementos que desvirtúen las razones aducidas pudiera ser reaperturado el procedimiento.”

Por lo expuesto, como indica con gran acierto nuestro Tribunal Supremo y aun cuando resulte una cuestión compleja y no poco discutida, la mera existencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo no puede ni debe determinar de forma automática la continuación del procedimiento. No se puede negar al Juez instructor la posibilidad de valorar la suficiencia de tales indicios y de plasmar -evidentemente- dicha valoración en su resolución.

Al fin y al cabo se trata de una cuestión -como poco- de mera gramática legal, ya que la distinción entre los artículos 637 y 641 LECRIM es clara; y además tal delimitación ya quedó fijada desde antiguo por la STC 34/1983, de 6 de mayo, que expresa que: “El sistema de la L.E.Cr. es claro: si no hay indicios racionales de haberse perpetrado el hecho ha de procederse al sobreseimiento libre del núm. 1.º del art. 637 de la L.E.Cr.; si hay tales indicios, pero faltan pruebas de cargo que sustenten la acusación, procede el sobreseimiento provisional del núm. 1.º del art. 641 de la referida L.E.Cr.”

Pero en todo caso, lo que no admite discusión es que con independencia de cuál sea la respuesta a la pregunta de este epígrafe: ni el sobreseimiento libre -por los motivos indicados- ni el sobreseimiento provisional afectan a la presunción de inocencia del investigado, la cual queda incólume, pues únicamente quiebra con el dictado de una sentencia condenatoria firme. Al menos mientras conservemos el Estado de Derecho.