

AL EXCMO. SR. MAGISTRADO INSTRUCTOR

EL FISCAL, despachando el traslado conferido al amparo del art. 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del **INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES** formulado por la representación procesal del querellado D. Baltasar Garzón Real contra el auto de 20 de Abril de 2010 y la providencia de 21 de Abril de 2010, **COMPARECE** y **DICE**:

1º. Como ha puesto de relieve esa misma Sala casacional (autos de 8 de Enero y 29 de Octubre de 2008), "la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional sino que los Tribunales ordinarios deben desempeñar un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modificó el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LO del Poder Judicial, de modo que se introduce una configuración del mismo mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base a cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 de la Constitución, en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, previo al amparo, busca otorgar a los Tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico (...) la única cuestión a considerar, vía el actual recurso, es si existió vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE, más en concreto, aquel conjunto de derechos que vertebran el proceso penal en una sociedad



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

democrática y que se articula en un haz de garantías procesales y sustantivas”.

2º. El incidente de nulidad que ha de analizarse tiene los siguientes

antecedentes:

a) por auto de 7 de Abril de 2010, el Magistrado instructor de la causa decidió, al amparo del art. 779.4ª de la L.E.Criminal, dar a las actuaciones el cauce del Procedimiento Abreviado, al tiempo que daba traslado de las mismas a las partes acusadoras (acciones populares) para que formularan sus escritos de acusación.

b) con fecha 19 de Abril de 2010, la representación de FALANGE ESPAÑOLA de las JONS presentó su escrito de acusación, al día siguiente despachó idéntico trámite la representación del Sindicato MANOS LIMPIAS y de la Asociación civil LIBERTAD E IDENTIDAD.

c) con fecha 20 de Abril de 2010 el Magistrado instructor dicta Auto de la misma fecha en el que, tras analizar el escrito de acusación de Falange Española, y tras apreciar que “el citado escrito podría entenderse más como una exposición para el debate ideológico sobre acontecimientos histórico, desde cuya perspectiva valorar hechos (sic), que el presupuesto para la estricta determinación del objeto del proceso”, **indica que** “tal proceder no puede admitirse en la medida que podría hacer del proceso un escenario para debates o actos propagandísticos ajenos a la estricta y única finalidad admisible de constatar si concurren o no los elementos que la ley exige para la imposición de una sanción penal”, **agrega que** “en el citado escrito se viene a confundir la exposición de argumentaciones respecto de las afirmaciones fácticas, que son admisibles como objeto de debate, con la descripción estricta de hechos que es lo que, como objeto del proceso, debe ser el único contenido admisible”, **para concluir que** “no ha lugar a admitir el escrito presentado



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

por el procurador Sr. Domínguez en representación de la parte acusadora Falange Española de las JONS a la que se requerirá para que en el término de una audiencia subsane el defecto que se deja indicado, con expresa advertencia de que, de no cumplimentar el requerimiento se le tendrá por precluida en el derecho a formular acusación".

d) el día 21 de Abril de 2010, el Magistrado instructor, tras analizar el escrito de acusación del Sindicato MANOS LIMPIAS y de la Asociación civil LIBERTAD E IDENTIDAD, dicta la providencia de la misma fecha en la que hace constar el requerimiento a dicha parte "para que subsane los siguientes defectos formales: excluir del apartado I Hechos punibles, correspondiente a la conclusión primera del art. 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los párrafos agrupados bajo la rúbrica "I. Antecedentes (páginas 2 a 7 del escrito) por incluir hechos ajenos a los que constituyen el objeto del proceso. Excluir del mismo apartado I Hechos punibles los párrafos agrupados bajo las rúbricas B. Injusticia (antijuridicidad) de las resoluciones (páginas 20 a 63 del escrito) y C Concurrencia del elemento subjetivo "a sabiendas" en lo que exceda de la mera afirmación de que el acusado actuaba "a sabiendas" (páginas 63 a 68 del escrito) por cuanto, pese a circunscribirse a argumentaciones de naturaleza jurídica dirigidas a argumentar la corrección de la imputación penal, son extemporáneas y van más allá del límite requerido por el art. 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citado. Todo ello con apercibimiento de que, de no efectuarse nueva formulación del escrito en el plazo de una audiencia, en la decisión a que se refiere el art. 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se procederá en consecuencia en lo que respecta a la determinación del objeto del juicio".

3º. El "incidente de nulidad actuaciones" se asienta por el recurrente en el art. 238.3 de la LO del Poder Judicial a tenor del cuál "los actos procesales serán nulos de pleno derecho: (...) 3º cuando se prescinda de



normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión”.

Centrándonos en este último concepto - el de “indefensión” - que es el que constituye, a nuestro juicio, el pórtico para la valoración de si puede o no interesarse una petición de “nulidad de actuaciones”, esa Sala en sentencia 663/00, de 18.04, a la que le han seguido otras en la misma dirección, ha indicado que “aún cuando formalmente tuviera razón el recurrente, no basta la constatación de unos vicios procesales para que podamos decir que se ha producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva o del relativo a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE.

Para ello es necesario que la violación procesal haya producido indefensión material en la parte que denuncia tales vulneraciones, porque de algún modo se hayan visto afectadas sus posibilidades de alegar o de probar en algún extremo concreto, extremo concreto que la parte que denuncia estas violaciones tiene la carga procesal de precisar, para que el tribunal que haya de juzgar al respecto pueda valorar si realmente existió o no esa indefensión alegada. No basta con manifestar genéricamente que existió lesión del derecho de defensa”.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional en sentencia nº 62/98, de 17.03, precisa que “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados”.

4º. Así las cosas no cabe olvidar que el desarrollo de la labor jurisdiccional, entendida como aplicación del Derecho al caso concreto por



vía de la heterotutela requiere, necesariamente, y muy especialmente en el proceso penal, que alguien, ajeno al órgano jurisdiccional, pida el proceso y lo dote de "objeto", y en el ámbito de dicho proceso, la primera delimitación del "objeto" del mismo, que no la única, está integrada por el inicial escrito de acusación de la parte que asume este rol procesal, como una de las exigencias esenciales del principio acusatorio.

La necesidad de un proceso penal público y acusatorio la ha incluido el Tribunal Constitucional (STC 9/1982, de 10 de marzo) en el ámbito de los arts. 24 y 117 CE, vinculándolos a la "prohibición de la indefensión" (24.1 CE) y al derecho de todos a "ser informados de la acusación formulada contra ellos" (24.2 CE), preceptos que, como el mismo Tribunal pone de manifiesto, no pueden ser interpretados aisladamente, sino refiriendo el 2º al 1º y situando a ambos en el contexto del art. 24 CE como un todo dotado de sentido global.

Estas consideraciones han sido también tenidas en cuenta por el Tribunal Constitucional (STC 54/1985, de 18 de Abril) para ubicar la necesidad de un "acto acusatorio" en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) y el deber de los órganos jurisdiccionales de juzgar con independencia e imparcialidad los conflictos que las partes les sometan contradictoriamente (117 CE), así como de la necesidad de que exista una acusación dentro del peculiar sistema procesal penal.

La necesidad de un acto acusatorio inicial para que pueda desarrollarse adecuadamente la labor jurisdiccional ha llevado al Tribunal Constitucional a predicar, a favor del acusado, una serie de derechos, que permiten delimitar las implicaciones procesales del acto acusatorio, entre los que se encuentra el derecho a no ser juzgado si no existe una acusación y de no ser condenado sin la existencia de acusación (ATC 321/1992, de 26 de Octubre).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

De ahí que, para posibilitar el desarrollo de un proceso con todas las garantías, señale el mismo Tribunal (STC 9/1982, de 10 de marzo) que "el derecho que todos tienen a ser informados de la acusación formulada contra ellos es una garantía a favor del equilibrio entre acusación y acusado en el proceso. La ruptura de este equilibrio en contra del acusado, al no conocer éste cuáles son los hechos punibles que se le imputan puede producir indefensión".

Precisamente, con el objeto de conseguir dicho equilibrio el Tribunal Constitucional ha establecido determinadas exigencias o requisitos que debe cumplir el "acto acusatorio":

a) identificar el hecho punible, indicando al acusado la dirección del ataque y las pruebas de que se disponen. Como gráficamente señala el Tribunal "en el acto acusatorio debe quedar fijado qué hecho o hechos constituyen el objeto de la acusación, a fin de que el inculpado pueda disponer adecuadamente su defensa" (STC 9/1982, de 10 de Marzo), "ya que tales hechos se configuran como el objeto del proceso" (STC 17/1988, de 16 de Febrero).

Sigue diciendo el mismo Tribunal (STC 9/1982, de 10 de Marzo) que la identificación del objeto de la acusación y, en definitiva, del objeto procesal, debe hacerse llevando a cabo una exposición concreta de los hechos, ya que "la indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles puede dar lugar a una acusación imprecisa, vaga e, incluso, insuficiente, y puede producir una situación de indefensión en el acusado" (en el mismo sentido la STC 87/2001, de 2 de Abril y el ATC 195/1991, de 26 de Junio).

b) la pretensión punitiva debe quedar exteriorizada, sin que sea posible una acusación tácita o implícita, dado que con ello, como señala el Tribunal Constitucional (STC 141/1986, de 12 de noviembre), "se trata de



impedir un proceso penal inquisitivo y es también un derecho instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa que en el propio 24.2 CE se reconoce, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho a la defensa".

5º. Los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional nos hacen percibir, sin demasiados esfuerzos, la extraordinaria importancia del "acto acusatorio" como delimitador del "objeto del proceso".

Como señalan los pronunciamientos de dicho Tribunal (SSTC 87/2001, de 2 de Abril y 174/2001, de 26 de Julio) "es el escrito de conclusiones el que formaliza e introduce la pretensión punitiva con todos sus elementos esenciales y formales, y a través del mismo se efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, que queda definitivamente fijada en el escrito de conclusiones definitivas".

Asimismo, el escrito de acusación orienta el debate y garantiza el derecho de defensa del acusado, ya que a través del mismo se hace posible que el acusado conozca los hechos punibles que se le imputan, pudiéndose defender frente a los mismos.

Como resalta el Tribunal Constitucional "el derecho que todos tienen a ser informados de la acusación formulada contra ellos es una garantía a favor del equilibrio entre acusador y acusado en el proceso penal, la ruptura de ese equilibrio en contra del acusado, al no conocer éste en concreto cuáles son los hechos punibles que se le imputan, puede producirle indefensión" (SSTC 9/1982, de 10 de Marzo y 83/1992, de 28 de Mayo).

En definitiva, el "objeto del proceso" por un lado, y el posterior debate, por otro, son los que fijan los límites dentro de los cuáles debe dictarse la sentencia, es decir, "ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia puesto que el juzgador queda



vinculado en su decisión por la pretensión procesal de la acusación, ya que sobre los elementos de ésta habrán de versar, tanto los alegatos de la defensa, como el fallo de la sentencia correspondiente" (SSTC 17/1998, de 16 de Febrero, 120/2003, de 10 de Abril y 35/2004, de 8 de Marzo).

A nuestro juicio, y por tanto, la extraordinaria importancia del "escrito de acusación", en los términos señalados, y la vinculación a su correcta formulación de tan importantes derechos del acusado, hace posible afirmar sin grandes esfuerzos que todas las cuestiones vinculadas a los defectos formales y materiales con los que el mismo se formule por las partes acusadoras, en la medida que dificulten o no hagan posible el ejercicio correcto y en toda su amplitud del derecho de defensa por el acusado, son perfectamente generadores de una potencial "indefensión", en los términos en que se exige por el art. 238.3 de la LO del Poder Judicial como requisito para que pudiera estimarse una eventual "nulidad de actuaciones" en la forma que se solicita por el recurrente.

6º. Sólo a partir de aquí es posible entrar al examen de la concurrencia del otro requisito fundamental que se contiene en el mencionado precepto 238.3 de la LO del Poder Judicial, esto es, que en los actos procesales cuya "nulidad" se solicita "se haya prescindido de normas esenciales del proceso".

Comencemos por señalar, partiendo de los "antecedentes" que aparecen el apartado 2º de este escrito, que si bien es cierto que el art. 243.3 de la LO del Poder Judicial indica que "el Juzgado o Tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad los requisitos exigidos por la ley", **no lo es menos que el mismo precepto, en su apartado 4º se cuida de señalar que "los actos**



de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales", y ni los arts. 649 y ss (procedimiento ordinario), ni los arts. 780 y ss (procedimiento abreviado, en el que nos encontramos) de la L.E. Criminal permiten o hacen posible un trámite de "devolución del escrito de acusación" por defectos formales y, mucho menos, la concesión de plazo alguno para proceder a su subsanación, en los términos en que han sido concebidos y puestos en práctica por el Magistrado instructor.

7º. Es cierto que el Ministerio Fiscal no contestó en su momento a los recursos de reforma planteados por Falange Española contra el auto de 20 de Abril de 2010 y contra la providencia de 23 de Abril de 2010 por la que el Magistrado instructor acordaba "tener por precluido el derecho de la citada parte a derecho a formular acusación y apartado de la querrela, con los efectos del art. 274 de la L.E.Criminal", no obstante, la coincidencia en el fondo de las cuestiones planteadas y de la argumentación que puede darse, con las que se refiere a este incidente de "nulidad de actuaciones", hacen posible que con lo que ahora digamos puedan darse por contestados aquéllos recursos.

Un examen del escrito de calificación presentado el 19 de Abril de 2010 por la representación procesal de FALANGE ESPAÑOLA DE LAS JONS, y tomando como referencia las exigencias formales del art. 650 de la L.E.Criminal, al que se remite el art. 781 de la misma, en el ámbito del procedimiento abreviado en el que nos encontramos, nos muestra que el mismo, literalmente, carece de la "conclusión 1ª de hechos punibles", en el sentido formal que exige aquél precepto para que pueda tenerse como introductor de la "pretensión punitiva", de manera que, como antes se apuntaba al traer a colación los pronunciamientos del Tribunal Constitucional "la indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los

hechos punibles puede dar lugar a una acusación imprecisa, vaga e, incluso, insuficiente, y puede producir una situación de indefensión en el acusado" (SSTC 9/1982, de 10 de Marzo, 87/2001, de 2 de Abril y ATC 195/1991, de 26 de Junio).

El fino olfato jurídico del Magistrado instructor le lleva a detectar tales defectos sin mayores esfuerzos y provoca el auto de 20 de Abril de 2010, recurrido hoy en nulidad, con un contenido que no es necesario ahora reiterar por cuanto que aparece recogido, en sus párrafos más significativos, en los "antecedentes" de este escrito.

Es el propio Magistrado instructor el que detecta la inoperancia del escrito de acusación de Falange Española para posibilitar, en su caso, la eventual "apertura del juicio oral" ex art. 783 de la LECriminal, rechazándolo de plano y otorgando a la parte un plazo de 24 horas para que "subsane el defecto que se deja indicado", so pena de ser, como lo fue por providencia de 23 de Abril siguiente, "expulsada" procesalmente del procedimiento.

A nuestro juicio, el contenido del auto de 20 de Abril de 2010 infringe las normas procesales, creando "ex novo" y en contra del reo, un trámite procesal y un plazo para evacuarlo al margen completamente de las posibilidades que le ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la que ha de atenerse obligatoriamente.

8º. No podemos coincidir con el Magistrado instructor cuando trae a colación, como parte del sustrato justificativo de su decisión, el contenido del art. 779.1.4ª de la LECriminal, donde se impone al instructor la tarea de "determinar los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan", olvidando que dicha "determinación" e "identificación" son exigidas para dar soporte al auto de incoación de procedimiento abreviado, pero no al auto de apertura del juicio oral previsto en el art. 783.1 de la



L.E.Criminal, de ahí que ambos preceptos estén situados en capítulos distintos de la ley procesal, el primero, dentro de la fase de "diligencias previas", el segundo, dentro de la fase de la "preparación del juicio oral".

Todo ello significa que si la "determinación de los hechos punibles" e "identificación de la persona a la que se imputan" para decidir la adopción del cauce del procedimiento abreviado ha de llevarse a cabo por el Juez instructor en el correspondiente auto, la misma operación para posibilitar la "apertura del juicio oral" ha de llevarse a cabo por las partes, exclusivamente, y a través de sus escritos de acusación, mediante los cuáles habrá de determinarse el objeto del proceso.

Las consecuencias de que un escrito de acusación esté incorrectamente formulado de forma que, como se dice en el inciso final del apartado 2º del auto recurrido, "se viene a confundir la exposición de argumentaciones respecto de las afirmaciones fácticas, que son admisibles como objeto del debate, con la descripción estricta de hechos que es lo que, como objeto del proceso, debe ser su único contenido admisible", deben ser otras, muy distintas, a las concebidas por el instructor a través de la resolución recurrida, ideando trámites y creando plazos que están completamente al margen de las normas procesales, todo ello, con la generación de consecuencias procesales que serían muy distintas de las concebidas por el propio legislador, y que a juicio del Ministerio Fiscal no podrían ser otras que DENEGAR LA APERTURA DEL JUICIO ORAL y acordar el SOBRESERIMIENTO de la causa, como tan insistentemente se viene solicitado por el mismo.

9º. Tampoco coincidimos con el Magistrado instructor cuando en el 1º de los razonamientos jurídicos de su auto y para extraer "las consecuencias que respecto de la validez de tales escritos (los de acusación) derivan de los señalados defectos" trae a colación el Auto de la Sala 2ª del Tribunal

Supremo de 19 de Julio de 1997 (caso "Filesa"), ya que en este caso, y ante la eventual nulidad e ineficacia de uno de los escritos de acusación (Partido Popular) la solución proporcionada por el Tribunal Supremo, no fue la de proporcionar un plazo subsanatorio de defectos a la parte que había cometido los defectos formales, sino, únicamente, y en el curso de la vista, permitirle su adhesión a la calificación acusatoria del Ministerio Fiscal, cosa muy distinta a la solución adoptada por el Magistrado instructor en el caso que nos ocupa, y completamente de espaldas a las normas procesales.

Como señala el mencionado Auto de 19 de Julio de 1997, lo que se le confiere al Magistrado instructor, ex art. 783.1 LECr, es la facultad de calibrar la posibilidad de abrir o no el juicio, a partir de la consistencia y solidez de la acusación formulada por escrito, pero en modo alguno la de suplantar o rectificar acusaciones inconsistentes o erróneas.

Como señala la conocidísima sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Noviembre de 1990 "el juicio acerca de la improcedencia de la acusación formulada es, en todo caso, un juicio negativo en virtud del cuál se cumplen funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación, con lo que las posibilidades para rechazar las acusaciones son mínimas porque, dentro del plano jurisdiccional, el proceso ha de seguir su curso "prima facie", sin perjuicio de que en el plenario se planteen cuantas cuestiones puedan referirse a los derechos fundamentales en juego y a los requisitos jurídicos de las distintas infracciones, lo que responde, más a la preocupación de posibilitar la defensa que a la de reforzar el control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación".

El objetivo final y único de la incoación de un procedimiento abreviado no puede ser, como parece entender el Magistrado instructor, la apertura inexcusable del juicio oral a todo trance y como única vía admisible.

Todo lo contrario, a partir de aquélla incoación, el 783 de la L.E.Criminal ofrece otras posibilidades al Magistrado instructor, entre ellas, la de proceder al sobreseimiento al amparo de los arts. 637 o 641 de la L.E.Criminal y por alguna de las causas a las que los citados preceptos se refieren cuando, de los hechos concretados en los escritos de acusación no se extraigan, por las razones que sean, elementos suficientes que permitan concretar los hechos imputables y la persona responsable de los mismos, elementos que deben ser delimitados por las partes acusadoras a través de sus escritos de calificación provisional.

En definitiva y por tanto, si como en el auto de 20 de Abril de 2010 se estimaba por el Magistrado instructor que en el escrito de acusación de la Falange Española "se viene a confundir la exposición de argumentaciones respecto de las afirmaciones fácticas, que son admisibles como objeto del debate, con la descripción estricta de hechos que es lo que, como objeto del proceso, debe ser su único contenido admisible", esto es, la manifiesta incorrección o insuficiencia del mismo, la consecuencia de ello no puede ser, ni conceder plazos de subsanación, procesalmente inexistentes ni, mucho menos, atentar con el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte, expulsándola sin más del procedimiento con los efectos del art. 274 de la L.E.Criminal, esto es, suponer que la parte se ha "apartado" tácitamente de la querrela inicialmente formulada, sino que el Magistrado instructor debería haberse limitado a decidir si, con el escrito que la parte acusadora le presentaba, y con los requisitos a que se refiere el art. 650 de la L.E.Criminal, era o no posible abrir o no el juicio oral o, en todo caso, permitir que la suficiencia o insuficiencia de tal escrito de acusación para provocar la apertura del juicio oral pudiera ser valorada y combatida por todas las partes personadas, acusadoras y acusada en fases procesales posteriores y, especialmente, en la fase inicial del plenario.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

10º. El examen del escrito de calificación provisional que presentó el día 20 de Abril la representación procesal del Sindicato MANOS LIMPIAS y de la Asociación civil LIBERTAD E IDENTIDAD, y que provocó la providencia de 21 de Abril siguiente del Magistrado instructor nos lleva a conclusiones muy parecidas y a afirmar su incapacidad para plantearse, siquiera de manera eventual, la adopción de una decisión tan trascendente con la que se contiene en el art. 783.1 de la L.E.Criminal, esto es, la apertura del juicio oral.

Si se observa con atención, buena parte del escrito de calificación provisional de esta acusación popular no es sino una transcripción literal del auto del Magistrado instructor de 3 de febrero de 2010 a través del que se denegaba, una vez más, el sobreseimiento de las actuaciones, y cuando decimos "transcripción literal" nos estamos refiriendo a una pura tarea mecánica de reproducir sistemáticamente los razonamientos del Magistrado instructor, mostrando la parte lo que parece cierta incapacidad para construir, por sí misma y con la suficiente convicción, un escrito de calificación provisional.

Esta maniobra le lleva a reproducir, lógicamente, los mismos errores materiales en los que había incurrido, involuntariamente, el Magistrado instructor, así como a reproducir sus mismas expresiones, labor mecánica que a nuestro juicio debe de tener consecuencias decisivas.

De esta forma, cuando el Magistrado instructor, página 46 de su auto de 3 de febrero, construye lo que se denomina "juicio de probabilidad sobre el elemento subjetivo de la prevaricación" y se refiere a que **"los datos que se han expuesto permiten formular con probabilidad suficiente para excluir el sobreseimiento de la causa (...)"**, el escrito de calificación, ante la imposibilidad intelectual de ir más allá de lo que el Magistrado instructor le va marcando, copia literalmente e incorpora



a su larguísima e inconexa conclusión primera (pág. 64 del escrito) exactamente la misma expresión, y vuelve a reiterar que **“los datos que se han expuesto permiten formular con probabilidad suficiente para excluir el sobreseimiento de la causa (...)”**.

A nuestro juicio si es perfectamente admisible que el Magistrado instructor se mueva en tornos a criterios de mera “probabilidad” de comisión del hecho punible para excluir en un momento determinado el sobreseimiento de la causa cuando la instrucción se encuentra en plena ebullición, no es tolerable, y mucho menos admisible que una parte acusadora, al tiempo de confeccionar el escrito de acusación primario que va a delimitar el “objeto del proceso”, con todas las consecuencias antes aludidas, se mueva en términos de mera “probabilidad” de exclusión de dicho sobreseimiento, cuando, como antes se indicaba, el escrito de calificación provisional es el instrumento de la pretensión punitiva de las partes acusadoras, y debe formularse en términos de absoluta convicción y no en los dubitativos que se desprenden de dicho escrito.

Como antes se apuntaba, y ahora se repite: “la indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles puede dar lugar a una acusación imprecisa, vaga e, incluso, insuficiente, y puede producir una situación de indefensión en el acusado” (SSTC 9/1982, de 10 de Marzo, 87/2001, de 2 de Abril y ATC 195/1991, de 26 de Junio).

11º. La reacción del Magistrado instructor es muy similar a la ya producida frente a Falange Española, de manera que, ante lo insólito de un escrito de calificación que es una simple copia de una de sus resoluciones (auto de 3 de febrero de 2010), dicta la providencia de 21 de Abril de 2010, también recurrida en nulidad, a través de la que vuelve a incurrir en el mismo comportamiento que a nuestro juicio incide de lleno en el motivo de nulidad del art. 238.3 de la L.E.Criminal, de modo que detectados los



defectos del escrito de acusación de la 2ª acusación popular, la insta a que lo mutile y autocensure (desaparición de los folios 2 al 7 y 20 al 63 del mismo), ante la eventualidad cierta de que el primitivamente presentado no vaya ser palanca suficiente para provocar una decisión de apertura del juicio oral ex art. 783.1 de la LECriminal, todo ello, nuevamente con la advertencia de ser también expulsada del procedimiento

Insistimos nuevamente en lo dicho anteriormente, a nuestro juicio, el contenido de la providencia de 21 de Abril de 2010 infringe las normas procesales, creando "ex novo" y en contra del reo, un trámite procesal y un plazo para evacuarlo al margen completamente de las posibilidades que al Magistrado instructor le ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la que ha de atenerse obligatoriamente.

No es posible, tampoco en este caso, acudir al contenido del art. 779.1.4ª de la LECriminal, donde se impone al instructor la tarea de "determinar los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan", olvidando que dicha "determinación" e "identificación" son exigidas para dar soporte al auto de incoación de procedimiento abreviado, pero no al auto de apertura del juicio oral previsto en el art. 783.1 de la L.E.Criminal, de ahí que ambos preceptos estén situados en capítulos distintos de la ley procesal, el primero, dentro de la fase de "diligencias previas", el segundo, dentro de la fase de la "preparación del juicio oral".

12º. En consecuencia se interesa por el Ministerio Fiscal:

1º la declaración de nulidad radical y de pleno derecho de las resoluciones recurridas, esto es, el auto de 20 de abril de 2010 y la providencia de 21 de abril de 2010, por incurrir, ambas en el motivo recogido en el art. 238.3 de la LO del Poder Judicial, al haberse prescindido en las mismas de normas procesales esenciales, causando con ello "indefensión" del querellado.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2º la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la presentación de los primitivos escritos de acusación de las acusaciones populares.

3º la declaración de tener precluido el trámite y plazo de calificación provisional de las partes acusadoras a partir de la presentación de su primitivo y único escrito de calificación provisional

4º que a la vista de tales escritos de acusación, y no reuniendo los mismos los requisitos establecidos en el art. 650 de la L.E.Criminal, debe procederse en la forma que prevé el art. 783.1 de la L.E.Criminal, esto es, al **SOBRESEIMIENTO** de la causa al amparo del art. 637,2 de la misma Ley procesal, así como por no haberse formulado en tiempo y forma escrito de acusación válido contra el querellado.

Madrid, a 10 de Abril de 2010