

**CONSIDERACIONES ACERCA DEL CARÁCTER
PROCESAL DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN TRAS
LAS LEYES 5/2000 DE RESPONSABILIDAD PENAL
DEL MENOR Y 38/2002 INSTAURADORA DEL
PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL
ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DELITOS**

DRA. MÓNICA GALDANA PÉREZ MORALES
Profesora Derecho Procesal
Universidad de Murcia

SUMARIO: Introducción. A.Situación actual. I. El Procedimiento Abreviado como primer paso.1. Actuaciones del Ministerio Fiscal. 2. Actuación de la Policía Judicial. II. La Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor como ruptura con la Lecr. III. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 38/2002. IV. Otros sistemas en el derecho comparado. Francia; Italia; Alemania; Portugal. B. Bases para una futura reforma. 1. Características de la fase de investigación en todo proceso penal. 2. La indivisibilidad del hecho a investigar. 3. La necesaria intervención del Juez en el sumario. 4. Actividades que no requieren intervención judicial. 5. La imparcialidad del Juez instructor.

INTRODUCCIÓN:

Desde hace años en nuestro país se viene discutiendo sobre la necesidad de modificar profundamente el proceso penal. En este empeño, una de las cuestiones con posiciones más alejadas es la de si la investigación de los delitos debe encomendarse a un órgano distinto del judicial para desligarla y garantizar su éxito de un modo más eficaz o, por el contrario -como veremos-, debe permanecer bajo la dirección del Juez instructor en un futuro sistema procesal penal . Pero lo cierto es que hoy día la conciliación entre las diferentes posturas no parece próxima, máxime desde la aprobación de la Ley 38/2002 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con ella, se ha logrado acallar las voces más beligerantes y no parece ya tan inminente una reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que culmine con una norma de nuevo cuño, como a continuación se expone.

Y es que desde que se aprobara la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal en

1882 han sido tantas y tan variadas las modificaciones introducidas en la norma que hoy día parece irremplazable la redacción de una nueva en la que se integren todas las novedades que el tiempo y la experiencia aconsejan. Esta ha sido una de las primeras intenciones de los políticos que en la primavera de 2001 se reunieron para firmar el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia¹. En él se acordó la redacción de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que siguiera los pasos de la reciente aprobación de su homónima en el ámbito civil.

Sin embargo, ya en las primeras reuniones que mantuvieron los grupos de expertos en derecho procesal penal se puso de manifiesto la dificultad de llegar a un consenso. La realidad es que aún no existe una voluntad unánime acerca de cuál es el sistema de proceso penal más apropiado para nuestro país y –como ya se adelantó– las posiciones se sitúan en dos polos opuestos. De un lado, se viene defendiendo que es más conveniente continuar con el sistema de instrucción judicial; De otro, en cambio, se postula como más apropiado otorgar la investigación de los delitos a un órgano distinto y ajeno al poder judicial como el Ministerio Fiscal con el complemento de una ampliación de las facultades de la Policía Judicial.

A. SITUACIÓN ACTUAL

I. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO COMO PRIMER PASO

La polémica en cuanto al sistema de instrucción más deseable no es nueva. De hecho, se vienen constatando sucesivas reformas en las que se evidencia la voluntad del legislador de optar por un cambio hacia la desjudicialización de la investigación penal. Como hito destacable en este sentido, la reforma del proceso introducida por la Ley Orgánica 7/88 crea el procedimiento abreviado para el enjuiciamiento acelerado de determinados delitos. En ella, se produce un cambio radical en cuanto a la titularidad de la investigación. Si bien se mantiene en el Juez la responsabilidad última en esta fase preparatoria del proceso, se introducen modificaciones a favor de la iniciativa investigatoria a favor del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial. En cierto modo, se está reconociendo con ello que esta primera fase no tiene un carácter exclusivamente judicial y que puede ser otro órgano distinto del Juez el que lleve a cabo la mayoría de los actos concretos.

¹ El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia fue firmado por los grupos parlamentarios Popular y Socialista lo que levantó fuertes críticas del resto de grupos parlamentarios que hubieran querido participar en el mismo.

1. ACTUACIONES DEL MINISTERIO FISCAL

A pesar de que en el Procedimiento Abreviado el Juez de Instrucción sigue siendo el responsable de la investigación, la ley permite que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo practique u ordene practicar a la Policía Judicial las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o para la comprobación de la responsabilidad de los partícipes en el mismo.

A los efectos de esta investigación, el Ministerio Fiscal puede hacer comparecer ante sí a cualquier persona para recibirle declaración, observando las mismas garantías que si la declaración se desarrollase ante el Juez.

Si, tras las investigaciones, el Ministerio Fiscal entiende que el hecho no reviste caracteres de delito ordenará el archivo de las actuaciones. No obstante, si no actuó de oficio –porque lo hizo a instancia del ofendido o perjudicado por el delito-, ese archivo debe comunicarlo a éste por si desea reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción.

En cambio, si tras su investigación considera el Ministerio Fiscal que los hechos son constitutivos de delito debe instar al Juez de Instrucción para que incoe las correspondientes diligencias remitiéndole al mismo tiempo todo lo actuado.

Pese a que –como se expuso- la ley fortalece la labor del Ministerio Fiscal, lo que no permite son investigaciones simultáneas con las del órgano judicial, de tal manera que cuando el Ministerio Fiscal por cualquier medio tenga conocimiento de que existe un proceso judicial sobre los mismos hechos tiene que cesar en sus diligencias de investigación para evitar –de este modo- la duplicidad en la dirección de la instrucción (art. 785 bis 3 Lecr).

2. ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

La Policía Judicial, por su parte, debe observar las reglas generales establecidas para el proceso ordinario y, además, otras especiales introducidas con la reforma que en 1988 creó el procedimiento abreviado:

Así, puede requerir a cualquier facultativo para que preste auxilio al ofendido quedando aquél obligado a ello bajo amenaza de sanción con multa en caso de incumplimiento, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que puede incurrir. Asimismo, los miembros de la Policía Judicial han de tomar los datos e identificar

a cuantas personas se encuentren en el lugar de los hechos, pudiendo tomar las siguientes decisiones: Secuestrar los efectos que hubiese en el lugar hasta que llegue la autoridad judicial, siempre que entiendan que existen riesgos de que puedan desaparecer. En los casos en los que exista un cadáver que se encuentre en la vía pública o en otro lugar inadecuado, pueden trasladarlo al lugar más próximo que resulte idóneo hasta que llegue la autoridad judicial reseñando previamente con precisión el lugar exacto en que se encontró; proceder a la intervención de vehículos y de los permisos de conducción y de circulación; citar a las personas que se encuentren en el lugar de los hechos para que comparezcan ante la autoridad judicial.

Estas son algunas de las actuaciones que –a modo de ejemplo- viene realizando desde la Ley 7/88 la Policía Judicial acelerando con ello la tramitación de numerosos procesos penales.

II . LA LEY 5/2000 DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR COMO RUPTURA CON EL SISTEMA DE LA LECR.

El primer avance hacia la investigación fiscal de los delitos que supuso la introducción del Procedimiento Abreviado en 1988 se amplió con normas sucesivas como la Ley 10/92 de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 2/98 de agilización en la tramitación de los denominados juicios rápidos. Pero, a nuestro juicio, es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores la que viene a dar el salto cualitativo de mayor envergadura en esta materia.

Así, la principal novedad que introduce, por lo que ahora nos interesa, es la de la atribución de la investigación completamente al Ministerio Fiscal. Y es que con la nueva regulación el Fiscal de Menores es el encargado de desarrollar toda la fase de preparación del juicio oral. Desde que la denuncia o querrela llega a la Policía Judicial ésta debe ponerla en conocimiento de la Fiscalía de Menores para que sea desde ésta desde dónde se ordene la tramitación de los actos de investigación.

En estos procesos el Ministerio Fiscal juega un doble papel: de un lado como defensor de la legalidad y de otro como defensor de los intereses del menor. La posición relevante de este órgano público se manifiesta en que sólo él puede exigir la responsabilidad al menor, sin que el perjudicado directamente tenga acción penal contra el infractor de la norma. El Ministerio Fiscal debe promover la acción de la Justicia pero teniendo siempre en cuenta el preponderante interés del menor a quien debe proteger. No obstante, éste podrá estar defendido por un abogado que tendrá

una formación específica en la materia y que será asistido por psicólogos profesionales. La víctima, por su parte, puede intervenir proponiendo pruebas y asistiendo a la práctica de las diligencias y a las sesiones del juicio.

El Fiscal, por iniciativa propia o por denuncia del ofendido o de la Policía Judicial debe iniciar un expediente de reforma y tomar declaración al menor inculcado poniéndolo a disposición de los órganos de protección del menor que dependen de la propia fiscalía (cuerpo de psicólogos, pedagogos, equipo técnico) para que elaboren un informe ilustrando al Fiscal sobre qué es lo que más conviene a su recuperación.

Aunque el Juez de Menores debe ser informado de la incoación de este expediente de reforma, no existe delegación de la investigación a su favor sino que ésta queda bajo la responsabilidad del Ministerio Fiscal que acordará la investigación de los hechos ordenando a la Policía Judicial que practique cuantas diligencias sean necesarias a este fin. La única excepción que se contempla es que el Fiscal entienda que procede adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales (como la intervención de sus comunicaciones) o medidas cautelares que afecten a la libertad del menor en cuyo caso será necesaria la preceptiva autorización judicial según dispone la Constitución Española para estos supuestos. Asimismo, el letrado del menor puede intervenir proponiendo la práctica de diligencias que deberán ser autorizadas por el Fiscal.

En ocasiones el procedimiento se inicia con la detención del menor. Esta medida cautelar debe practicarse en la forma que menos le perjudique, informándole de las razones de su detención, de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, de acuerdo con lo establecido en el art. 520 LECrim.

Al menor se le puede tomar declaración en dependencias policiales, pero es precisa la presencia de su abogado y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. La ley prevé la posibilidad de que pudiera resultar contraproducente la presencia de los representantes del menor en cuyo caso (y también cuando no comparezcan esos representantes por cualquier otra causa), la declaración se realizará en presencia de un representante del Ministerio Fiscal que tiene que ser distinto del Fiscal instructor del expediente.

Una vez que el menor es puesto a disposición del Fiscal, éste tiene que adoptar la medida de puesta en libertad del menor; de desistimiento de la incoación; o de incoación del expediente. Es decir, la ley prevé la posibilidad del desistimiento cuando se trate de hechos no graves y no exista violencia o intimidación en las

personas. También se prevé que el expediente ya iniciado finalice por conciliación entre el menor y su víctima.

Además de la detención se prevé en la ley que puedan adoptarse otras medidas cautelares, siempre que se trate de hechos tipificados como delito y que exista el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia. Entre las medidas previstas están la de internamiento, libertad vigilada y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Antes de la adopción de estas medidas el Juez debe oír al letrado, al equipo técnico y a los representantes de las entidades públicas, y para la adopción de la medida hay que dar prioridad al interés del menor. En el caso de que se solicite el internamiento debe celebrarse una comparecencia, y para adoptar esta medida hay que atender a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida.

Una vez acabada la instrucción del expediente el Fiscal lo notificará al letrado del menor y remitirá las actuaciones al Juzgado de Menores. Al mismo tiempo el Fiscal remitirá un escrito de alegaciones en el que se pedirá que se abra la fase de audiencia o bien que se dicte el sobreseimiento por cualquiera de las causas establecidas en la LECrim. En ese escrito de alegaciones hay que hacer incluir la descripción de los hechos; una valoración jurídica de los mismos; el grado de participación que el menor haya podido tener; una breve reseña de las circunstancias personales y sociales; la propuesta de alguna medida de las previstas en la ley, con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen; las pruebas de que intente valerse; y, por último, debe hacerse mención a que en el acto de la audiencia pueden participar personas o representantes de instituciones que puedan aportar al proceso elementos valorativos en interés del menor.

Tras la promulgación de esta Ley de Responsabilidad Penal del Menor se ha llegado a definir al Ministerio Fiscal como el señor o dueño de la persecución penal puesto que de él depende la investigación concreta de los hechos; su finalización con el archivo o su continuación ante el órgano judicial competente. Es decir, que si tras la investigación que ha decidido unilateralmente el Ministerio Fiscal considera éste que no procede continuar con la tramitación del procedimiento está facultado para archivar las actuaciones sin más obligación que comunicarlo al Juzgado de Menores.

La otra cara de esta facultad del Ministerio Fiscal consiste en que solamente él puede solicitar la apertura del juicio oral contra un menor. No existe, pues, la posibilidad de que la víctima o los ofendidos por el hecho descrito como delito en

la norma penal se personen a sostener la acusación. Y aún hay más ya que el art. 8 de la Ley del Menor impone al Juez la obligación de someterse a la petición de la medida del Fiscal sin que exista la posibilidad de que se acuerde una más grave. De este modo, se lleva a sus últimas consecuencias el monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Fiscal.

IV. LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LEY 38/2002

Por otra parte, la recién aprobada Ley 38/2002 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha supuesto un nuevo avance hacia la desjudicialización de la fase de investigación. Es cierto que la modificación es solamente para determinados supuestos que están muy condicionados a circunstancias muy específicas. Pero lo cierto es que con esta norma se permite una fase de investigación en la que prácticamente no hay presencia del órgano judicial. La nueva norma establece un procedimiento específico para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en los que se prevé que la instrucción será sencilla. La novedad estriba en poner en manos de la Policía Judicial la práctica totalidad de la investigación. El Juez en estos casos participa como mero controlador de la suficiencia de aquélla o de corroborador de lo ya investigado, concentrándose en un único acto oral la instrucción judicial.

Partimos de la base de que en este procedimiento se pretende conseguir una sentencia en el menor tiempo posible apoyada en una investigación rápida y encomendada fundamentalmente a quienes tienen un primer contacto con los hechos y con el sujeto imputado, es decir, a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El procedimiento se inicia por medio del atestado que realiza la Policía Judicial. Una de las principales novedades incluidas en esta regulación supone la delegación de numerosas funciones investigadoras en la Policía fundamentada, como acaba de señalarse, en la proximidad que ésta tiene con el hecho punible y con los sujetos que intervienen en él tanto de modo activo como pasivo. Así, el atestado que se entregará al Juez de guardia inmediatamente (y siempre en el término de 72 horas si existiera un sujeto detenido) debe realizarse minuciosamente para incluir en él el mayor número de datos que faciliten la investigación concentrada ante el órgano judicial. Para ello el legislador prevé (art. 796 Lecr) que junto con las actuaciones policiales que se establecen para antes de iniciarse el procedimiento abreviado, la Policía desarrolle otras que faciliten al instructor la concentración de la investigación.

Si el Juez instructor de guardia al recibir el atestado considera que éste es suficiente para continuar tramitando el juicio rápido, dictará un auto oral irrecurrible de continuación del procedimiento pasando a la fase de preparación del juicio oral. Si, por el contrario, fueran necesarias algunas diligencias no practicadas, pueden ordenarse inmediatamente diligencias urgentes (art. 797 Locr). En todo caso, subsiste la posibilidad de modificación del procedimiento y la de traslado al órgano competente cuando no proceda continuar la tramitación por este tipo de procedimiento especial.

Concluida la investigación concentrada (con sólo el atestado por completo o con éste y las diligencias urgentes) el Juez de guardia oirá a las partes personadas para que se pronuncien acerca de la apertura de juicio oral o el sobreseimiento. Si la petición de sobreseimiento (tanto libre como provisional) es unánime el Juez lo acordará como regla general (aunque existen algunas excepciones, art. 782 Locr). No obstante, si no hubo acusación particular, el Juez debe –en este momento– ofrecer la acción penal a los ofendidos o perjudicados por si desearan personarse para sostenerla contra el imputado. También es posible, en determinados casos, que el Juez remita la causa al superior jerárquico del Fiscal que ha intervenido por si estimara oportuno formular acusación antes de que el Juez dicte el auto de sobreseimiento unánimemente solicitado.

Si, en cambio, la petición de cualquiera de los personados es la de apertura del juicio oral, el instructor deberá concederla (art. 783.1 Locr) aunque con algunas excepciones. En ese mismo acto, para potenciar la rapidez, si el Fiscal fuera el único acusador deberá presentar su escrito de acusación o formularla oralmente. En cambio, si existiera acusador particular el plazo se amplía para ambos a un máximo de dos días. El acusado puede conformarse en este momento con la más grave de las acusaciones formuladas dictando el Juez instructor de guardia sentencia de conformidad si se cumplen los requisitos fijados en la ley (art. 801 Locr)². Esta sentencia de conformidad por la que ha apostado claramente el legislador se potencia otorgando determinados beneficios al imputado que acepte la acusación. A continuación, la sentencia conformada se pasará al Juez de lo penal para su

2. Artículo introducido por la Ley Orgánica 8/2002 de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento por el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. La necesidad de que esta norma se desgajara de la Ley de reforma 38/2002 reside en que se introduce una competencia del Juez de instrucción que requiere Ley Orgánica para ser aprobada. En esta línea se introduce un segundo párrafo a la letra a) del art. 87 de la LOPJ haciendo competente al Juez instructor para dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos previstos en la Ley.

ejecución (art. 801.1 Lecr).

Si no se produce la conformidad aludida, el acusado presentará su escrito de defensa o la formulará oralmente. En el supuesto de que tanto acusación como defensa se hayan presentado de forma oral en el mismo acto, el instructor citará inmediatamente a las partes para juicio oral ante el Juez de lo penal. Si, por el contrario, la acusación se presentara por escrito tras recibirla el Juez de guardia citará a las partes a juicio oral ante el Juez de lo penal que será ante el que se presente por escrito la defensa. En ambos casos, el Juez instructor de guardia citará a las partes a juicio oral ante el juzgado de lo penal a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo máximo de 15 días (art. 800.3 Lecr) entregándole los autos y el escrito de acusación o el acta en la que conste la acusación oral.

Recibido el escrito de defensa, el Juez de lo penal resolverá por medio de auto sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes en sus escritos de acusación y defensa, y señalará día y hora para la celebración de las sesiones del juicio oral lo más próximo posible y siempre en un plazo máximo de 15 días. A estas sesiones deben concurrir todas las partes. Como novedad, se permite la celebración del juicio en ausencia del acusado debidamente citado si la pena no supera los dos años de privación de libertad o los seis años si fuera de naturaleza distinta (art. 786.1 Lecr).

La primera actividad en el juicio será la de plantear cuestiones procesales en lo que podemos denominar como “audiencia previa”. Tras las intervenciones por turno de las partes el Juez resolverá en el mismo acto por medio de auto oral irrecurrible sin perjuicio de que se manifieste la oportuna protesta para un posterior recurso contra la sentencia que ponga fin al pleito. En este momento se posibilita nuevamente al acusado que se conforme con la acusación más grave de las formuladas (art. 802 en relación con el art. 787, ambos de la Lecr).

A continuación se practicarán concentradamente las pruebas que fueron admitidas (art. 788 Lecr), destacando la limitación que hace el legislador de las causas de suspensión del juicio oral para conseguir la efectividad de la aludida concentración. A su término, en el mismo acto se presentarán las conclusiones y los informes orales quedando el juicio concluso para sentencia que deberá dictarse en un plazo máximo de tres días con los requisitos previstos para este procedimiento especial (art. 789 Lecr). Otra de las innovaciones a destacar de la reforma es la continua información acerca del estado de la causa y de sus resultados que se dispensa a los ofendidos o perjudicados. En esta línea, se les comunicará la sentencia en cuanto se haya dictado aunque éstos no se hubieran personado en la

causa (art. 789.4 Lecr).

Es posible, también, que el Juez de lo penal tenga los elementos necesarios y dicte en el mismo acto la sentencia de forma oral. Si en este momento las partes manifiestan su voluntad de no recurrirla adquirirá la condición de firme. En otro caso, cabe recurso de apelación con una reducción de los plazos a la mitad de lo que se establece para la apelación en el procedimiento abreviado (art. 803 Lecr).

V. OTROS SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO

Como hemos podido comprobar pese a las reformas sucesivas en cuanto a aumentar las competencias del Ministerio Fiscal dentro del Procedimiento Abreviado, de la ley 10/92, de la ley 1/98 y, sobre todo, de la ley 32/02, el sistema español sigue reservando principalmente a los Jueces la competencia en la dirección de la instrucción de las causas penales (art. 14 LECrim). En cambio, otros sistemas de nuestro entorno han adoptado distintas formas de repartir las funciones de investigación y enjuiciamiento de delitos; sistemas que en orden a futuras reformas de la legislación procesal penal han sido traídos a colación por sectores críticos de la doctrina. En ellos se observan diferencias con el sistema que rige en nuestro país.

FRANCIA

El sistema francés –y dado que fue tomado como base por el Ministro de Justicia D. Alonso Martínez- guarda gran número de similitudes con el nuestro ya que en él es el Juez de Instrucción el encargado de llevar a cabo la investigación dentro del proceso y será competencia suya realizar las constataciones materiales que sean precisas, así como que el resto de diligencias según el Code de procédure pénale francés. Al Ministerio Fiscal le corresponde únicamente el ejercicio de la acción penal pública y solicitar al Juez de Instrucción la realización de las actuaciones que considere pertinentes, no gozando de competencias de dirección ni de decisión en la fase sumarial.

ITALIA

Realmente, es en el proceso penal italiano donde se observan las primeras diferencias claras con respecto a la actuación del Ministerio Fiscal español dado que en Italia no es el Juez el que dirige la instrucción, sino que es el Ministerio Fiscal el encargado de llevar a cabo la investigación y descubrir la identidad del delincuente (arts.326 y ss. Codice di Procedure Penale), siendo auxiliado en su actuación por la Policía, que se encuentra bajo la dirección de éste. Por tanto existe

un traspaso de la tarea de dirección de la Instrucción que tiene como destinatario al Ministerio Fiscal. La actuación judicial se reservará únicamente cuando las diligencias a practicar afecten directamente a Derechos Fundamentales de los intervinientes en el sumario (como la interceptación de las comunicaciones, medidas cautelares personales) cuya decisión última corresponde no al Fiscal sino al Juez.

ALEMANIA

El esquema seguido por el ordenamiento alemán es similar al italiano. El director de la fase de Instrucción es el Ministerio Fiscal (§160 Strafprozeßordnung), pero todas aquellas medidas que repercutan en los derechos fundamentales de las partes han de ser decretadas por el Juez a instancias del Ministerio Fiscal.

Este sistema se adoptó en Alemania a partir de la reforma de 1974, pues anteriormente el reparto de funciones era similar al modelo español existiendo un Juez de Instrucción encargado de la investigación.

PORTUGAL

A la Gran Reforma alemana siguió la de Portugal de 1986 y la italiana de 1988, todas ellas tendentes a potenciar las facultades de investigación del Ministerio Fiscal. En España, y tras la reforma de 1988 por la que se regula el procedimiento abreviado, como hemos visto, se amplían las funciones del Fiscal. Interpretando esta reforma la Fiscalía General del Estado emitió una Circular 1/1989 en la que afirma que “en realidad toda la fase de investigación preprocesal está dominada por el Fiscal bien por su propia actividad investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial”.

Por lo tanto es clara la tendencia a dar mayor peso específico al Fiscal dentro de la Instrucción que ha llegado en países de nuestro entorno incluso a otorgarle la dirección de esta fase. Futuras reformas del procedimiento penal tratarán sin duda este tema, sin embargo hemos de recordar que habrán de ser cuidadosas en su regulación para que no existan interferencias ente ambos poderes, dado el carácter jerarquizado de esta institución y su vinculación con el Ejecutivo

B. BASES PARA UNA FUTURA REFORMA

1. CARACTERÍSTICAS DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN EN TODO PROCESO PENAL

Tratando de buscar una justificación a la desjudicialización de la investigación

en los procesos penales tenemos que retrotraernos a la consideración de si es posible prescindir del control judicial y de si podemos hablar estrictamente de proceso antes de que se haya iniciado la fase de juicio oral. Para ello se hace preciso recordar que todo proceso penal gira en torno a unos hechos concretos imputados a un sujeto determinado. Éstos constituyen el objeto del enjuiciamiento y deberán permanecer inalterados durante todo el desarrollo del mismo para que podamos hablar de un único proceso.

En cuanto a los modos de introducción del hecho en el proceso³, debe advertirse que puede hacerse tanto de oficio como a instancia de parte. Puesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la facultad-deber del Juez instructor de iniciar las investigaciones cuando a él lleguen noticias de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito y este conocimiento puede alcanzarlo por sí mismo o por medio de otro sujeto, cuando sea él mismo quien tenga conocimiento directo de la existencia de estos indicios, dictará auto de incoación de sumario e inmediatamente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal⁴. En cambio, si es otro sujeto quien comunica al Juez la noticia criminal, éste deberá realizar un previo enjuiciamiento de la misma antes de dictar la resolución antedicha. No sólo cuando se haya presentado denuncia o querrela personándose así el tercero como parte en el proceso⁵, sino también cuando se realizara un atestado policial, el instructor deberá examinar si concurren o no los requisitos mínimos exigibles para dictar el auto de iniciación de las investigaciones.

Es decir, debe evitar, en este primer control judicial, el inicio de una investigación penal cuando, claramente, los hechos no sean constitutivos de delito o cuando existan otros motivos para creer suficientemente previsible una sentencia absolutoria. En caso contrario, el Juez dictará auto de incoación y empezará a investigar las circunstancias relativas a los hechos y a los sujetos que en ellos pudieron participar. Tanto en el primero como en este segundo supuesto, en que no ha sido el Juez de oficio quien ha dictado el auto de incoación de sumario, está obligado a respetar la unidad e indivisibilidad del hecho, lo que significa que, como instructor, debe buscar todos los elementos que faciliten un conocimiento completo

3. A este respecto se recomienda la lectura de DÍAZ CABIALE, J. A., puesto que hace una extensa comparación entre los procesos civil y penal y se refiere concretamente a los hechos y al principio de aportación de parte, "Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez". Comares. Granada, 1996, (pp 119 a 190).

4. Sobre la iniciación de oficio del proceso penal vid. Armenta Deu, "Principio acusatorio:..." Ob. Cit. Pp 272 y ss

5. Vázquez Sotelo opina que solamente la querrela, pero no así la denuncia, constituye ejercicio de la acción penal. Ob. Cit. Pp 385-386

del mismo.

De este modo, puede traer al sumario, de oficio, nuevos elementos fácticos que completen o aclaren aquellos que se presentaron de modo difuso en la denuncia o querrela. Por tanto, aunque las partes introduzcan solamente algunos aspectos del objeto, el Tribunal debe investigar y enjuiciar la totalidad del mismo. Lo que, en aplicación del principio acusatorio, no podrá hacer éste es investigar en ese mismo proceso otro hecho distinto al que forma parte del primero.

2. LA INDIVISIBILIDAD DEL HECHO A INVESTIGAR

En relación con la indivisibilidad del hecho y con la obligación del órgano judicial de investigarlo de oficio, podemos plantearnos la dificultad de delimitar el objeto del proceso en función de varios frentes.

En este sentido debemos dejar claro qué es lo que consideramos proceso y qué entendemos que constituye mera actividad preparatoria, para saber desde qué momento podemos hablar de objeto y cuándo se inicia su delimitación. Por lo que se explicará a continuación, y dado que no es posible la condena sin una acusación previa, defendemos que sólo es estrictamente procesal la segunda fase denominada fase de decisión o fase de juicio oral y sentencia.

Como es bien sabido, en virtud del principio acusatorio nadie puede ser condenado por un hecho del que no haya sido previamente acusado. Además, esa acusación debe provenir de una persona distinta del Juez que debe pronunciarse sobre el objeto del proceso en la sentencia. No puede haber, así, proceso sin acusación y puesto que el objeto debe ser imputado a un sujeto concreto por el acusador, parece que hasta que no se produce esta imputación no podemos hablar de auténtico proceso penal.

Llevando este razonamiento hasta sus últimas consecuencias se plantea una duda: si el Juez instructor inicia las investigaciones porque a él llega directamente la notitia criminis, es decir, sin la mediación de denuncia ni de querrela, ¿cuál es el objeto del proceso? Y es que todavía no hay una acusación formal frente a un sujeto. Ni siquiera se imputan los hechos descubiertos a una persona determinada. El planteamiento es pues si no podemos hablar todavía de proceso o si, quizá debiéramos mantener que es posible un proceso sin objeto.

La respuesta a estos interrogantes podría encontrarse si optamos por entender que

la primera fase del proceso penal tiene un carácter meramente preparatorio del eventual proceso. En esta línea, el proceso stricto sensu se iniciará sólo cuando una parte pida la apertura de juicio oral y plantee unas calificaciones provisionales o un escrito de acusación. No se trata con ello de negar el carácter judicial de la misma, puesto que es indudable que, en ella, el Juez debe resolver cuestiones plenamente jurídicas ya desde el momento en que dicta auto de incoación de sumario.

3. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL SUMARIO

Son muchos, al contrario, los argumentos a favor de la judicialidad de esta primera fase. El órgano encargado de la instrucción desde que dicta el auto de incoación del sumario debe valorar si los hechos que aparecen a su consideración pueden, o no, constituir un delito de los que se describen en la norma penal. Es el momento en que se controla la posible temeridad a la hora de plantear una denuncia o, incluso, la mala fe que puede llevar a algunos a presentar querellas falsas. Se consigue, con este primer análisis de los hechos y sus circunstancias evitar la proliferación de procesos penales basados en hechos notoriamente falsos o en intenciones calumniosas.

Asimismo, debe realizar otros juicios de valoración jurídica cuando imputa formalmente a un sujeto la comisión de esos hechos por medio del auto de procesamiento. Y es que según dispone el art. 384 Lecr. desde que resulten del sumario indicios racionales de criminalidad contra determinada persona deberá el Juez dictar auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo previsto legalmente. Como ya se señalara en los primeros años de vigencia de nuestra Ley Procesal Penal, es necesario que el órgano judicial aparte supuestos en los que la justicia debe prevalecer frente al derecho a iniciar un proceso penal⁶.

6. La Real Orden Circular de 5 de septiembre de 1906 dispone “que, como terminantemente previene el art. 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los autos declarando el procesamiento, dejándole sin efecto o no accediendo a tal declaración, que los jueces hubieren de acordar en las causas criminales, expresen por medio de Resultandos y Considerandos los razonamientos de hecho y fundamentos de derecho inductivos en cada caso de criminalidad presunta del inculcado en el delito motivo del proceso, y que justifique la procedencia de declaración, tan trascendente para la honra del ciudadano, quien tiene indiscutible derecho a encontrar en los Tribunales de justicia refugio y seguro amparo contra las malevolencias de la pasión, unas veces, y otras, acaso, contra las exaltaciones circunstanciales de las arterias e insidias de las luchas políticas. Que no pudiendo quedar a merced de una resolución judicial, injusta por lo inmotivada, el respeto a la integridad de los derechos constitucionales que el procesamiento interdice y suspende, cuide V. I. de prevenir a los jueces del territorio de su jurisdicción que a declaración de tanta gravedad, así como a las resoluciones que la modifiquen o denieguen, preceda siempre un razonamiento detenido, expuesto en la forma ritual que la Ley procesal ordena; razonamiento que, dentro de la natural discreción impuesta a los funcionarios

Sin duda también, el único competente para dictar las medidas cautelares de aseguramiento del imputado (detención, prisión preventiva, libertad condicional) es un órgano revestido de autoridad judicial. Estas medidas, por lo que implican de restricción de derechos reconocidos por la Constitución como fundamentales, sólo pueden ser acordadas por medio de resolución judicial que, además, habrá de ser motivada garantizando así que es estrictamente necesaria para lograr los fines del proceso penal. La ponderación entre los intereses que entran en juego en estos supuestos debe hacerse con sumo celo puesto que el derecho fundamental a la libertad individual no puede ceder si no es porque está en peligro el derecho social a la seguridad y la obligación de los poderes públicos de perseguir las conductas criminales y a sus autores.

En la misma línea, solamente el Juez es quien puede vigilar la práctica de medios de investigación que limitan derechos fundamentales como son las escuchas telefónicas, la detención y apertura de la correspondencia, o la entrada y registro en lugar cerrado⁷, entre otras. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de que el control se haga de modo riguroso y suficientemente motivado⁸.

judiciales para no quebrantar el sigilo sumarial, permita, no sólo abonar la justicia del acuerdo sino la posibilidad de parte del agraciado de ejercer debidamente los recursos de reforma y apelación contra una resolución que estima lesiva a su derecho. Que precediendo contra tales autos el recurso de apelación en un solo efecto y siendo indiscutible que para la viabilidad del recurso, aparte de la motivación de la resolución apelada, se requiere el testimonio escrito de aquellos particulares del sumario en los cuales el Juez creyó encontrar los hechos inductivos de criminalidad presunta, ordene, V. I. Que, dentro de los límites discrecionales prevenidos en el art. 225 Lecr, sean tales testimonios lo suficientemente explícitos y bastantes a la discusión que en el Tribunal superior habrá de proceder a la confirmación o revocación del auto

7. Vid. SSTC 199/81, de 28 de octubre; 14/91, de 28 de enero; 122/99, de 03 de julio El deber de motivar la resolución judicial no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es necesario que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento de derecho de la decisión adoptada (SSTS 10.09.93 (RJ 1938); 15.10.93 (RJ 2255); 20.05.94 (RJ 1083); 08.05.95 (RJ 649)). Y es que el escrito de solicitud se debe entender complementario del Auto de entrada y registro puesto que se pone a disposición del imputado al mismo tiempo y ello le permite conocer las razones que originaron la diligencia y de ese modo controlar su idoneidad (SSTS 13.09.93 (RJ 1981); 11.10.94; 22.03.96 (RJ 261); 03.10.96 (RJ 663)).

8. AATC de 10.09.86 y 16.09.87 y en SSTC 174/87, de 3 de noviembre; 146/90, de 1 de octubre; 27/92, de 09 de marzo; 209/93, de 28 de junio y 172/94, de 10 de junio.

4. ACTIVIDADES QUE NO REQUIEREN INTERVENCIÓN JUDICIAL

Sin embargo, no podemos obviar que existen, además de estos pronunciamientos de carácter jurídico, multitud de actos puramente investigatorios cuyo control y realización directa es más propia de otros órganos estatales. Tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial pueden, y de hecho así lo hacen, practicar directamente estos actos de investigación de hechos presuntamente delictivos. Incluso, y de modo especial en el procedimiento abreviado, el Ministerio Fiscal puede iniciar sus actuaciones antes de ponerlo en conocimiento del juzgado para evitar que se inicie la actividad jurisdiccional por meras conjeturas. En esta dirección, normalmente el fiscal realizará algunas averiguaciones previas que le permitan adquirir un grado de seguridad suficiente acerca de la posibilidad de encontrarse ante hechos presuntamente delictivos. Sólo si considera la viabilidad del proceso planteará ante el Juez la acción penal.

Se puede defender que algunos de estos actos son puramente administrativos, puesto que en muchos de ellos no es necesaria, y a veces no es preferible, la intromisión del órgano judicial; y es que a nadie puede pasar desapercibido que determinadas actividades corresponde desarrollarlas directamente a órganos puramente administrativos y que la labor judicial en esos casos permanece discretamente al margen. Estos actos de investigación, cuando en ellos no es necesario adoptar medidas que entrañen enjuiciamientos, son realizados por órganos no jurídicos.

En cambio, reiteramos la imposibilidad de abandonar a la suerte de la Administración el desarrollo completo de los actos de investigación debido a que, como se ha expuesto, son precisos también en esta primera fase multitud de enjuiciamientos que solamente puede realizar aquél a quien nuestra Constitución ha autorizado en el art. 117 cuando establece que corresponde a los jueces, y no a otro órgano, enjuiciar en todo caso. Puesto que no podemos negar este doble carácter de los actos de investigación del periodo instructorio, preferimos considerar esta primera fase como una fase procedimental que debe ser desarrollada y dirigida por un órgano dependiente del poder judicial. Es obvio que, ésta, no tiene, sin embargo, el mismo carácter que la segunda fase, o fase de juicio oral, que constituye plenamente el núcleo del proceso y que es donde se aplican con toda su vigencia los principios del derecho procesal.

Tras decantarnos por esta concepción, nos preguntamos en qué medida es determinante para vincular al objeto del proceso la introducción de hechos en este primer momento. Es decir, si los hechos introducidos en el sumario vinculan a las

partes en la apertura del juicio oral. Nos planteamos si éstos deben ser respetados en su totalidad por la acusación y/o la defensa a la hora de elaborar sus escritos y en qué medida los elementos fácticos incluidos en el auto de conclusión de sumario deben permanecer inalterados en cuanto a sus elementos esenciales.

Cuando es el Juez el que, de oficio, inicia la investigación y trae los hechos al proceso, parece inadecuado que sea él quién delimite el objeto procesal. Hay que tener en cuenta, no obstante, que este Juez no es, en ningún caso, quien dictará la sentencia definitiva, por tanto, y aunque pertenezca al mismo poder del Estado, no está actuando como decisor sino solamente como investigador. En estos instantes es imparcial su percepción de los hechos puesto que no va a depender de él la sentencia que ponga fin al proceso. Su función, ya lo hemos adelantado, es la de reunir todos los datos fácticos que faciliten el buen fin del proceso en sentido estricto. No debemos mirar a este Juez como miramos al encargado de la fase decisoria.

El Juez instructor debe investigar los hechos, y para ello realiza interrogatorios a testigos, pruebas periciales, inspecciones oculares e incluso, toma declaración al propio imputado. A medida que desarrolla la instrucción, no cabe duda de que el Juez se contamina con los datos que va recogiendo y adquiere una percepción jurídica de los mismos. Cuando dicte auto de procesamiento será porque existan indicios racionales, según su criterio, para imputar la comisión de un hecho delictivo a una persona determinada. Puesto que ya ha llegado a esa conclusión de culpabilidad indiciaria, no parece de recibo que fuera este mismo Juez quien más tarde tuviera que decidir sobre si esa primera percepción suya era o no acertada. Sería muy difícil que se mantuviera sereno e imparcial ante una nueva fase de decisión y por este motivo la investigación y el fallo se encomiendan a personas físicamente distintas.

Es necesario, por tanto, que no olvidemos que este Juez es un órgano distinto a aquél que dicta la sentencia, puesto que lo único que debe tener en común con éste es que ambos pertenecen a un mismo poder del Estado. Desde este punto de vista podemos afirmar que los elementos fácticos que introduce de oficio en el proceso el Juez de instrucción, en nada tienen que perjudicar a la defensa de las partes, puesto que lo hace como mero investigador. Es muy conveniente, asimismo, que practique determinadas actuaciones limitativas de derechos fundamentales y así establezca con mayores garantías el éxito de la investigación porque no se puede negar que es más fácil investigar un hecho cuando se permite, por ejemplo, intervenir la correspondencia de un sujeto o sus líneas telefónicas que cuando es necesario respetar a ultranza sus derechos constitucionales.

5. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ INSTRUCTOR

Hay que señalar también que la característica de imparcialidad del Juez no es exigible en este primer momento procesal. Nuestro proceso se desarrolla siguiendo un esquema acusatorio formal según el cual la primera fase tiene un carácter predominantemente inquisitivo⁹. El Juez instructor, puesto que no será quien dicte la sentencia definitiva, se implicará activamente en la persecución del delito durante el desarrollo de la investigación. Es decir, su función esencial es la de preparar el juicio oral, facilitar que éste se desarrolle con las mayores garantías de éxito. No en vano la finalidad del sumario es la de realizar todas las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 300 lecrim.).

Por tanto, deberá empeñarse en la búsqueda de elementos incriminatorios o de defensa con la finalidad de acercar la percepción procesal de los hechos a la realidad histórica de los mismos. En esta labor parece difícil que pueda obrar con absoluta imparcialidad. Por ello se exige que, una vez concluida la fase de recogida de datos, se aparte de la tramitación y entregue los autos a otro Juez o Tribunal que serán quienes, libres de prejuicios, podrán examinar los elementos aportados por la investigación y percibir de primera mano las pruebas propuestas y admitidas en el juicio con la finalidad de alcanzar una sentencia lo más acorde a la realidad posible. Éstos si deberán ser, en todo caso, jueces o Tribunales imparciales.

Otro elemento a tener en cuenta que favorece, sin duda, la investigación es que el Ministerio Fiscal deba ser informado desde un primer momento para poder proponer la práctica de las pruebas que considere necesarias. En realidad, tanto el instructor como el fiscal tienen como objetivo el cumplimiento de la ley, la averiguación de si unos hechos concretos pueden, o no, ser considerados como delictivos antes de entrar directamente en el enjuiciamiento de los mismos. Es decir, la fase de juicio oral será la que finalice con una resolución en cuanto al fondo, la que decida si efectivamente los hechos investigados constituyen o no un delito y si

9. Actualmente la fase de instrucción o sumario, aunque sigue desarrollándose según unos cánones propiamente inquisitivos, ha introducido numerosos elementos que la hacen menos radical. Se ha introducido la obligación de poner en conocimiento del imputado el hecho de la investigación tan pronto como sea posible para que, ya en este primer momento pueda nombrar un abogado que defienda sus intereses. No existe la contradicción en el mismo sentido de la fase decisoria, pero se permite al defensor del imputado que aporte elementos de prueba conducentes a aclarar la posible inocencia de su representado.

por las circunstancias en que se han desarrollado y las que se refieren a los autores de los mismos es conveniente o no dictar una sanción penal contra ellos, mientras que la fase inicial se desarrolla con la finalidad de recopilar todo el material que facilite el éxito de aquella segunda fase.

Delimitadas claramente las finalidades de cada una de las fases no encontramos obstáculo para considerar la primera de ellas como meramente procedimental y justificada con la única razón de servir de base al éxito de la segunda que es la que constituye de modo auténtico el proceso penal.