



UNIVERSITAT DE BARCELONA

La suficiencia investigadora de la instrucción penal

Núria Borràs Andrés

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Procesal

**LA SUFICIENCIA INVESTIGADORA DE LA
INSTRUCCIÓN PENAL**

NÚRIA BORRÀS ANDRÉS
BARCELONA, 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Procesal

LA SUFICIENCIA INVESTIGADORA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

Núria Borràs Andrés

Director: Dr. Jordi Nieva Fenoll

*A mi madre,
al meu pare.*

RESUMEN

La fase previa al juicio oral del proceso penal ha venido caracterizada, en los diferentes ordenamientos procesales, como una fase eminentemente investigadora. Sin embargo, su encaje procesal, la extensión de su cometido y el modo de llevarlo a cabo carecen de una sistematización uniforme, pues su engranaje está vinculado a las bases político-filosóficas de los diferentes sistemas procesales. La indeterminación de sus límites y significación en el conjunto del proceso la han ido configurando como una etapa sobredimensionada. Este trabajo se focaliza en la actual sobreexplotación de la fase previa al juicio oral, con el objetivo de delimitar su finalidad y la suficiencia de las tareas que se le encomiendan. Se concluye que impera una vasta ambigüedad sobre la función epistemológica de la instrucción que socava la agilización del proceso y la optimización de éste como una herramienta para la determinación imparcial de los hechos. La reflexión de estos aspectos finaliza con una serie de propuestas para la simplificación y neutralización de la fase previa al juicio, partiendo de que la mayor eficiencia epistemológica del proceso y su racionalización requieren de una depuración profunda de esta etapa procesal.

RESUM

La fase prèvia al judici oral del procés penal ha estat caracteritzada, en els diferents ordenaments processals, com una fase eminentment investigadora. No obstant això, el seu marc processal, l'extensió de la seva tasca i la manera de dur-la a terme no gaudeixen d'una sistematització uniforme, ja que el seu concret engranatge està lligat a les bases politicofilosòfiques dels diferents sistemes processals. La indeterminació dels seus límits i del seu pes en el conjunt del procés l'han anat configurant com una etapa sobredimensionada. Aquest treball es focalitza en l'actual sobreexplotació de la fase prèvia al judici oral, amb l'objectiu de delimitar la finalitat i la suficiència de les tasques que se li encomanen. S'arriba a la conclusió de que impera l'ambigüitat en la funció epistemològica de la instrucció, que dificulta l'agilització del procés i la seva optimització com una eina per a la determinació imparcial dels fets. La reflexió d'aquests aspectes finalitza amb una sèrie de propostes per a la simplificació i la neutralització de la fase prèvia al judici, partint de que la major eficiència epistemològica del procés i la seva racionalització requereixen una depuració profunda d'aquesta etapa processal.

ABSTRACT

The pre-trial phase of criminal proceedings has been characterized, in the different procedural systems, as an eminently investigative phase. However, its procedural setting, the extent of its function and the way it is carried out lack a uniform systematization, since it is linked to the political-philosophical bases of the different procedural systems. The indetermination of its limits and magnitude in the process as a whole has gradually made it an overdimensioned stage. In this scenario, this paper examines the current overexploitation of the pre-trial phase, with the aim of delimiting its essential purpose and the sufficiency of the tasks entrusted to it. We come to the conclusion that there is a huge ambiguity about the epistemological function of the pre-trial phase that undermines the streamlining of the process and its optimization as a tool for the impartial determination of the truth. The consideration of these aspects ends with various proposals for the simplification and neutralization of the pre-trial phase, on the assumption that the greater epistemological efficiency of the process and its rationalization require a profound purification of this procedural stage.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO I. LA FASE DE INSTRUCCIÓN PENAL: ENTRE EL TODO Y LA NADA	20
1. EL TRADICIONAL ABORDAJE DE LA INSTRUCCIÓN PENAL	20
1.1 Concepto y finalidad de la fase de instrucción.....	20
1.2 Definición de la instrucción en atención a su finalidad	23
1.2.1 El esclarecimiento de los hechos	23
1.2.2 La elaboración del juicio de acusación.....	25
1.2.3 Recogida y aseguramiento de material probatorio	30
1.2.4 Delimitación legal de la fase de instrucción	32
1.2.5 La fase de investigación en el entorno europeo.....	36
1.3 La naturaleza jurídica de la instrucción.....	46
1.3.1 Ejes principales de la discusión	46
1.3.1.1 La tipología de las actuaciones instructoras	47
1.3.1.2 El órgano encargado de la dirección de la instrucción	51
1.3.1.3 El grado de conexión de la instrucción con el proceso decisorio	53
1.3.2 La ausencia de modelos puros y la pluralidad de modelos aceptables	56
2. NUEVAS FINALIDADES DE LA FASE PREVIA A LA LUZ DE LAS TENDENCIAS CONTEMPORANEAS	60
2.1 La terminación anticipada de los procesos.....	60
2.1.1 El paradigma del bargaining norteamericano	62
2.1.2 La progresiva implantación en los ordenamientos europeos.....	63
2.2 La evitación del juicio oral: la instrucción como filtro procesal.....	69
2.3 Tendencias actuales en la etapa de investigación.....	72
2.3.1 El incremento de la contradicción en la fase previa	72
2.3.2 El derecho de información del investigado	74
2.3.3 La Iniciativa investigadora de las partes.....	76
3. RECAPITULACIÓN: LA INSTRUCCIÓN COMO CAJÓN DE SASTRE DEL PROCESO PENAL	79
3.1 La actual indefinición de la etapa previa al juicio oral	79

3.2 La optimización de la imparcialidad judicial como criterio orientador	81
---	----

CAPÍTULO II. EPISTEMOLOGÍA E INSTRUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA..... 86

1. EL OBJETO DE LA TAREA INVESTIGADORA 86

1.1 El necesario enfoque epistemológico de la instrucción penal.....	86
1.2 El artículo 299 LECrim	89
1.2.1 Heterogeneidad de las actuaciones	89
1.2.2 La definición incompleta del sumario	91
1.2.3 El contenido epistémico del art. 299 LECrim	94
1.3 El ámbito objetivo de la investigación	98
1.3.1 La perpetración de los delitos.....	98
1.3.2 Circunstancias determinantes de la calificación del delito.....	102
1.4 El ámbito subjetivo de la investigación.....	105
1.4.1 La identificación del sujeto pasivo	105
1.4.2 Circunstancias relacionadas con la culpabilidad	109
1.4.2.1 La averiguación de la identidad del sujeto y de sus circunstancias personales.	110
1.4.2.2 La vinculación del sujeto pasivo con el hecho delictivo	112
1.4.2.3 Especial mención a la declaración del procesado.....	114
1.5 La esencial tarea heurística de la fase de instrucción.....	118

2. EL ÍTER RACIONAL DEL ÓRGANO INSTRUCTOR..... 120

2.1 Las decisiones que debe tomar el órgano instructor	120
2.1.1 La decisión sobre la incoación del proceso penal.....	121
2.1.1.1 La pluralidad de vías de iniciación.....	124
2.1.1.2 El apriorístico análisis de la ilicitud de los hechos	142
2.1.1.3 La manifiesta falsedad.....	145
2.1.1.4 La inmediatez y la neutralidad de la decisión de admisión.....	147
2.1.2 La autorización de las medidas de investigación.....	149
2.1.2.1 La utilidad de las diligencias de investigación.....	153
2.1.2.2 La necesidad de las diligencias de investigación	155
2.1.3 La autorización de medidas cautelares	159
2.1.3.1 La apreciación del <i>Fumus boni iuris</i>	164

2.1.3.2	La apreciación del <i>periculum in mora</i>	173
2.1.4	El procesamiento. ¿principio o fin de la investigación?	177
2.1.4.1	Antecedentes históricos del procesamiento	177
2.1.4.2	La dispersión legal e interpretativa acerca de la figura de la imputación ..	181
2.1.4.3	La valoración de los indicios racionales de criminalidad	189
2.1.5	La terminación de la instrucción y la apertura del juicio oral	193
2.1.5.1	La inseguridad acerca de un modelo óptimo.....	193
2.1.5.2	La decisión acerca del sobreseimiento	199
3.	REFLEXIÓN FINAL ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA INSTRUCCIÓN.....	205
3.1	La instrucción como una vía de juicios escalados.....	205
3.2	Las categorías probabilísticas en la fase de instrucción	208
3.3	El traslado inapropiado de los estándares epistemológicos propios del juicio oral 214	
3.4	La naturaleza administrativa de la instrucción penal	216
CAPÍTULO III. LA FUNCIÓN INVESTIGADORA EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL: RIESGOS Y LÍMITES		220
1.	LA EXTRALIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	220
1.1	La pertinencia de las diligencias de investigación en la fase de instrucción...	222
1.1.1	La pertinencia investigadora: pertinencia como idoneidad	225
1.1.2	La pertinencia procesal: pertinencia como necesidad	228
1.1.2.1	La viabilidad de la apertura del juicio oral	229
1.2	La necesidad de reconstruir los hechos	232
1.3	El interés de las partes por agotar las diligencias de investigación.....	235
1.3.1	La planificación estratégica	235
1.3.2	La deseable evitación del juicio oral	238
1.4	La posible manipulación de vestigios y medios de prueba	245
2.	LA INADECUADA VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.....	248
2.1	Subterfugios en los criterios jurisprudenciales sobre el valor de la instrucción 248	
2.1.1	La ineficacia probatoria de las diligencias de instrucción.....	249

2.1.2 La extensa gama de posibilidades para valorar el material de la instrucción	254
2.2 La artificiosa separación entre instrucción y juicio oral	263
2.3 La extracción prematura y sesgada de conclusiones	266
2.3.1 El heurístico de anclaje y ajuste	268
2.3.2 El sesgo de confirmación.....	269
2.3.3 Mención al sesgo retrospectivo	271
2.4 La imagen de imparcialidad del órgano instructor.....	272
3. LA TRANSFERENCIA DE CONCLUSIONES INCULPATORIAS ENTRE	
ÓRGANOS INTERVINIENTES	275
3.1 La competencia investigadora de la policía	275
3.1.1 Configuración y carencias de la Policía Judicial	278
3.1.2 El sesgo incriminatorio de la actuación policial.....	282
3.2 El desarrollo y transferencia de las hipótesis policiales	284
3.2.1 Los escritos de iniciación del proceso como fuente para la práctica de diligencias de investigación.....	289
3.2.2 La asunción acrítica de hipótesis policiales.....	291
3.3 La contaminación psicológica del órgano enjuiciador.....	297
4. LA TAREA PENDIENTE: NEUTRALIZAR LA FASE DE INVESTIGACIÓN	
 300	
4.1 La simplificación de la tarea investigadora.....	300
4.2 La neutralización del órgano director de la investigación.....	304
4.3 La objetivación de la acusación	306
CAPÍTULO IV. LA INTEGRACIÓN DEL PROCESO PENAL EN ATENCIÓN A	
LA REFORMULACIÓN DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN	310
1. LA SUFICIENCIA INVESTIGADORA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL.....	315
1.1 Presupuesto para la reforma: La diferencia sustancial entre imputación y acusación	315
1.2 El contenido suficiente de la investigación	324
1.2.1 Generación vs. fundamentación de hipótesis	324
1.2.2 El ámbito del derecho de defensa en la fase de investigación.....	329

1.2.2.1	El derecho de información	332
1.2.2.2	El derecho a aportar datos de contenido exculpatorio	335
2.	PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REFORMA PROCESAL.....	339
2.1	La fase de instrucción como tarea indagatoria bajo la dirección del Fiscal	339
2.2	La supresión de la fase intermedia como etapa jurisdiccional	345
2.2.1	La equivalencia entre la decisión de acusar y el juicio de acusación	345
2.2.2	El juicio de acusación como juicio de parte	349
2.3	Las diligencias esenciales de la fase de investigación	353
2.4	Mención final al auto de prisión provisional.....	355
	CONCLUSIONES	360
	ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA	366
	BIBLIOGRAFÍA.....	372

INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento criminal española de 1882 ha sufrido en la última década diversos intentos de modificación integral, justificados en la obsolescencia de su articulado y en las incoherencias a las que han dado lugar sus sucesivas reformas parciales. El Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013 advirtió contundentemente que “el clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma”¹. Con anterioridad, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 había resaltado la dificultad de reconocer el modelo procesal inicialmente previsto después de sesenta y seis modificaciones, a la vez que hacía patente que la sucesión de reformas parciales no había dado solución a los problemas estructurales del sistema vigente.²

El intento de reforma más reciente vio la luz en el año 2020, cuando el Consejo de Ministros aprobó, el 24 de noviembre, el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pese a presentar algunas diferencias entre ellas, las tres propuestas citadas advertían la necesidad de modificar la fase de instrucción del proceso penal, hasta el momento encomendada a la figura de los jueces instructores, y en una pretendida armonización con los países del entorno europeo se atribuía la dirección de esta etapa al Ministerio Fiscal. En este nuevo paradigma, el juez instructor se convertiría en juez de garantías para tutelar los derechos de los intervinientes en el proceso, y se crearía la figura del Juez de la Audiencia Preliminar, en quien recaería la decisión sobre la apertura del juicio oral³.

Este movimiento reformista no ha tenido presencia únicamente en el ámbito nacional. La consolidación de instrumentos normativos en el seno de la Unión Europea y el avance en la armonización han ido guiando a los países europeos hacia la implantación de objetivos

¹ Exposición de motivos del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, redactado por una comisión de expertos bajo el mandato del ministro de Justicia del PP, Alberto Ruiz-Gallardón, durante el gobierno del Partido Popular.

² Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, elaborado por un grupo de expertos impulsado por el ministro de Justicia del Partido socialista, Francisco Caamaño, y que no vio la luz por falta de consenso y por el adelanto de las elecciones.

³ Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

comunes centrados, principalmente, en la eficacia y agilización de los procedimientos penales y en el refuerzo de los derechos y garantías procesales. Esta combinación entre la necesidad de lidiar con las limitaciones de nuestra ley de enjuiciamiento criminal y el enquistamiento de sus problemas estructurales, la presión por alcanzar los estándares procesales europeos y la influencia de las corrientes liberales norteamericanas es el contexto en el que está teniendo lugar este trabajo de replanteamiento y optimización del proceso penal español. Es fácil, pues, aventurar que las modificaciones propuestas hasta el momento hayan podido omitir la necesaria reflexión en relación con algunos aspectos problemáticos del proceso entroncados en nuestra tradición procesal, y sigan proponiendo modelos nuevos que se asientan sobre la base de antiguos paradigmas que todavía no conseguimos erradicar.

La fase previa al juicio oral del proceso penal, que en el sistema inquisitivo constituyó el núcleo decisorio del proceso⁴, es una etapa que se ha abordado tanto legislativa como jurisprudencialmente, con el fin de conducirla hacia los estándares de derechos y garantías exigibles en los estados democráticos. No obstante, a pesar de las numerosas cirugías a las que se ha sometido, se trata de una fase que todavía no se ha desprendido totalmente de sus notas inquisitivas, y cuya duración y magnitud en el conjunto del proceso penal es más elevada de la que mayoritariamente se sostiene que debería tener. Esto se debe a la constatable falta de concreción acerca de las atribuciones propias de esta etapa procesal, que aumentan exponencialmente en los casos en que los procesos terminan anticipadamente mediante resoluciones fundamentadas únicamente en todo lo actuado en la fase de investigación.

Como resultado de todo lo expuesto, el presente trabajo centra todo su interés en la fase previa del proceso penal como fase caracterizada por las tareas de aseguramiento e investigación que requiere la eventual comisión de un hecho delictivo. La constatación de una laguna en cuanto al contenido específico de la fase de investigación y su oportuna trascendencia en el ámbito cognitivo y decisorio del proceso, que actualmente se guía por diversos criterios de conveniencia, nos mueven a plantear un análisis profundo de esta etapa. El objetivo perseguido por este estudio es, en primer lugar, la delimitación de la

⁴ Así se advertía en la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882, redactada por Manuel Alonso Martínez.

finalidad esencial de la etapa previa al juicio oral. Para ello, partiremos de una concepción unitaria del proceso penal como herramienta para la determinación cierta de los hechos, que no es posible desgranar en segmentos totalmente autónomos e inconexos. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nos proponemos la búsqueda de un criterio que pueda esclarecer el valor y la cantidad de diligencias que es necesario practicar en la fase de investigación, en atención a la finalidad que deba tener atribuida. Para ello, se tratará de especificar el significado de los conceptos de pertinencia y utilidad de las medidas de investigación, así como el valor y credibilidad que deben tener sus resultados en el conjunto del proceso. Todo ello pretende aportar mayor claridad en relación con el momento oportuno para dar por concluida la fase de instrucción, que consideramos beneficiosa tanto para la eficiencia del trabajo de los órganos encargados de esta etapa, como para la agilización y simplificación de la misma.

El resultado de los objetivos que nos proponemos no podría alcanzar su materialización práctica si no concretáramos también el marco orgánico y procesal idóneo para la acogida de estos nuevos paradigmas. Por este motivo, también se llevará a cabo un ejercicio de reflexión acerca de diversos aspectos complementarios. El primero de ellos se centrará en cuáles deben ser los órganos responsables de dirigir esta etapa y, por consiguiente, de actuar en estrecha colaboración con los cuerpos policiales encargados de las actuaciones indagatorias. El segundo de ellos, se focalizará en la reconsideración de las diversas actuaciones procesales que asumimos como propias de esta etapa, especialmente los actos de imputación y la propia etapa jurisdiccional intermedia, para analizar si verdaderamente contribuyen a los fines citados o, por el contrario, nos conducen a resultados contraproducentes. El tercero de ellos tiene que ver con el acervo de derechos propios de todo ciudadano, principalmente el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, que no pueden ser socavados por intereses de tipo utilitarista o de matiz punitivo. En este sentido, nuestra propuesta no sería aceptable de ningún modo si no tuviera en cuenta la integración y reforzamiento de estos derechos en la propia etapa de instrucción del proceso penal. Como se ve, la orientación de nuestras propuestas pretende fundamentar las reformas procesales, algunas nada novedosas en el ámbito nacional, en una nueva formulación de la fase de investigación, partiendo de la premisa de que remodelar orgánicamente el proceso sin llevar a cabo una remodelación funcional adecuada nos reconduciría de nuevo a las problemáticas de siempre.

La metodología utilizada en este trabajo es una combinación entre el estudio del marco teórico de la instrucción y el análisis de su funcionamiento en la práctica. Para ello, en primer lugar se han revisado las fuentes clásicas, mediante el estudio de la legislación pertinente y la revisión sistemática de los trabajos doctrinales que han abordado la fase previa al juicio oral hasta el momento presente. En segundo lugar, se han revisado los parámetros establecidos jurisprudencialmente, que reflejan el entendimiento, en una vertiente más práctica, de las atribuciones propias de esta fase del proceso y, concretamente, del valor que es posible atribuir a estas actuaciones en las posteriores etapas procesales. Finalmente, se ha complementado este estudio con coloquios y entrevistas a profesionales del proceso penal –abogados, jueces y fiscales–, y con la revisión de expedientes de casos penales, cuyo acceso debe agradecerse a la amabilidad de los despachos de abogados *Molins Defensa Penal*, *Martell Abogados* y *Aequo Advocats*.

La anterior panorámica se ha complementado con una visión comparada, mediante el estudio de la articulación procesal de esta fase en países del entorno próximo europeo, especialmente Francia, Italia, Alemania⁵, Países Bajos⁶ y Reino Unido, y la jurisprudencia sobre derechos procesales e imparcialidad judicial proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto nos ha permitido, por un lado, enmarcar los fenómenos nacionales en corrientes más globales, y, por otro lado, tomar como referente para nuestra reforma procesal a los países que nos han precedido en dichas modificaciones.

A resultas de todo lo expuesto, en el capítulo I se presentará el marco general del estado de la cuestión, con alusión, primeramente, al tradicional abordaje doctrinal y legislativo de la fase previa al juicio oral. De este modo, se presentarán las que hasta el momento han sido consideradas como finalidades propias de esta etapa, tanto en el ámbito nacional como en los países del entorno antes citados, y se abordará la no resuelta discusión acerca

⁵ El estudio ha sido posible gracias a una estancia de investigación en la Ludwig-Maximilians-Universität München, bajo la dirección del profesor Dr. Helmut Satzger, encargado de la cátedra de derecho penal y procesal penal alemán, europeo e internacional.

⁶ El estudio se ha complementado mediante una estancia de investigación en la facultad de derecho de la Universidad de Leiden, bajo la tutela del Dr. Jan Crijns y la Dra. Pinar Ölcer.

de su naturaleza jurídica. En segundo lugar, se expondrán las nuevas finalidades y atribuciones que la fase de investigación ha asumido progresivamente en los últimos años a la luz de las actuales corrientes reformadoras del proceso penal.

El capítulo II se centra en el estudio de la carga epistemológica de la fase previa al juicio oral, y se expondrá una exploración exhaustiva de las diferentes decisiones que actualmente deben tomar los órganos encargados de esta etapa con el fin de hacer avanzar el proceso. Se trata de un análisis que hemos considerado necesario para esclarecer cuál es exactamente la finalidad de esta etapa, cuál es la naturaleza jurídica de las decisiones que se le encomiendan y quiénes podrían llevar a cabo estas decisiones. La dilucidación de estas cuestiones será clave para nuestra toma de postura acerca de la naturaleza jurídica de la fase previa al juicio oral, su posible articulación procesal en atención a su esencial función investigadora y la dirección que deben tomar las medidas de agilización del proceso.

El capítulo III nos conducirá a una inmersión en el fenómeno de la investigación en el contexto del proceso penal. La labor investigadora se ha vinculado desde siempre a la etapa de instrucción, pero su concreta formulación se ha dejado en gran medida en manos de quienes se encargan de esta tarea, con una carente reflexión acerca de los riesgos y sesgos cognitivos que presentan los mecanismos de la investigación. Por consiguiente, nuestra ley procesal carece de cautelas estructurales eficaces para paliar los límites intrínsecos de la investigación y, con ello, para establecer su específica fiabilidad en el marco del proceso penal. En este capítulo se arrojará nueva luz sobre las potencialidades y limitaciones de la investigación. Para hacerlo, se analizarán las causas de la actual extralimitación investigadora de esta etapa y el concreto recorrido procesal que se otorga a los resultados de esta tarea; todo ello en orden a valorar si estas tendencias están en coherencia con la construcción de un sistema procesal penal imparcial y orientado a una optimización en la búsqueda de la verdad.

Finalmente, el capítulo IV, de carácter conclusivo, viene referido a nuestra propuesta para la reformulación de la fase previa al juicio oral. En ella se detallará de un modo más concreto el papel que consideramos oportuno que se otorgue a esta etapa procesal. En la línea de esta reflexión, se especificarán los aspectos que, bajo nuestro punto de vista, son esenciales para que la reforma de la fase instructora del proceso penal español consiga,

de una vez por todas, acercarse con mayor coherencia a aquello que se pretende desde hace años; sintonizando la agilidad del proceso con su eficiencia para la justa aplicación del derecho penal. Todo ello con el respeto oportuno a los derechos de los ciudadanos que en cualquier momento puedan verse implicados en un proceso de estas características.

CAPÍTULO I. LA FASE DE INSTRUCCIÓN PENAL: ENTRE EL TODO Y LA NADA

1. EL TRADICIONAL ABORDAJE DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

1.1 Concepto y finalidad de la fase de instrucción

La fase de instrucción del proceso penal, tal como la entendemos actualmente en el ordenamiento español, responde a una realidad que ha evolucionado a lo largo del tiempo y que no puede desligarse del contexto social y procesal en el que se enmarca. Para facilitar el estudio crítico de esta etapa y su abordaje desde el derecho comparado, surge la necesidad de delimitarla conceptualmente de un modo claro y, a la vez, lo suficientemente amplio para no quedar anclados en rigideces dogmáticas.

En el proceso para la resolución de cualquier controversia de carácter penal, y en cualquier momento histórico, podemos identificar una primera etapa de esclarecimiento de los hechos, que tiene su origen en el interés de algún sujeto por materializar una pretensión derivada de un acontecimiento que ha sido interpretado inicialmente como un hecho dañoso con carácter delictivo. Esta primera fase abarca cualquier actuación de indagación o recolección de indicios con el cometido de arrojar claridad sobre los hechos para que sea posible, eventualmente, el ejercicio de la acción penal. Dichas actuaciones existen con independencia del modelo o sistema procesal de referencia o su concreta articulación estructural, orgánica o funcional.

Este estadio inicial del proceso puede ser asumido por sujetos privados o por sujetos de carácter público. La naturaleza de estos sujetos ha ido evolucionando en el tiempo, puesto que en un primer momento se trataba de particulares –los afectados por el delito o sus familiares–, que se personaban ante un tercero imparcial⁷, una vez recogido el material incriminatorio, para obtener satisfacción a su pretensión penal⁸. Posteriormente, el propio

⁷ SWARD, Ellen E., “Values, ideology, and the evolution of the Adversary System”, *Indiana Law Journal*, vol. 64, nº 2 (1989), pág. 320 y ss.

⁸ Este era el esquema seguido en la antigua Grecia, que seguía una configuración privada en la cual la acción popular era el signo característico y el único modo de iniciar el proceso. Vid. AMBOS, Kai, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la

sistema romano fue delegando la facultad de indagación sobre los hechos y de acusación a funcionarios del Estado⁹ –sobre todo en delitos de carácter sacro o que afectaban a la colectividad¹⁰-. Además, en paralelo al desarrollo en los territorios de Europa continental de un concepto de estado con mayor poder sobre los sujetos individuales¹¹, así como la prioridad de los intereses públicos sobre los privados y la necesidad de reforzar la solidez estatal, esta tarea de persecución penal se fue asumiendo por órganos de carácter oficial¹², expropiando progresivamente a los sujetos individuales de poder de decisión y dirección sobre la investigación. Con el desarrollo del sistema inquisitivo, estos órganos oficiales se identificaron con los jueces, de modo que no existía una separación entre las tareas de acusación y enjuiciamiento. En otros casos, esta tarea nunca llegó a manos judiciales¹³. Sea como fuere, la progresiva recuperación del sistema acusatorio en Europa supuso en muchos ordenamientos la atribución de esta tarea previa a órganos diferentes al juez –la Fiscalía- pero de carácter oficial. Se mantuvo el interés por la persecución criminal y la prevención general de delitos, de modo que las indagaciones sobre éstos no se dejaron

perspectiva histórica”, en BACHMAIER, Lorena, (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios* (Marcial Pons, 2008), págs. 50 y ss.

Es también el caso del proceso romano en su etapa inicial, en el que la iniciativa de la represión (*accusatio*) era de competencia del ciudadano romano, como representante del interés público. Vid. ADINOLFI, Giulio, “Extremismos en tema de “acusatio” e “inquisitio” en el proceso penal romano”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, XXXI (2009), pág. 40; SANTALUCIA, Bernardo, “Accusatio” e “inquisitio” nel processo penale romano di età imperiale”, *Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, n.º 14, (2002) págs. 184 y ss. Posteriormente, los funcionarios del Estado fueron adquiriendo facultades de investigación y de acusación, formándose así el embrión del posterior sistema inquisitivo. Vid. MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio, *La instrucción penal*, 2ª ed. (Marcial Pons: Madrid, 2004) pág. 44.

⁹ TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes* (Edisofer: Zaragoza, 2002), págs. 124 y ss.

¹⁰ Es el caso del procedimiento de la *cognitio extraordinem*, que surgió en un momento en que los príncipes necesitaban más control en el poder de represión penal y de esta manera se fue creando un nuevo procedimiento en el cual no participaban jurados y toda la cuestión era de competencia del emperador o un delegado suyo. Vid. ADINOLFI, Giulio, “Extremismos en tema de “acusatio” e “inquisitio” en el proceso penal romano”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, XXXI (2009), pág. 44. También en BISCARDI, Arnaldo, “Inquisitio” ed “accusatio” nel processo criminale “extraordinem”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, n.º 1 (Madrid, 1990), pág. 7.

¹¹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Constitución, Jurisdicción y proceso* (Editorial Akal: Madrid, 1990), págs. 146 y ss.

¹² ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, (Marcial Pons: Madrid, 2012), pág. 24.

¹³ Países como Reino Unido, que conservaron el sistema adversarial.

únicamente en las manos de los ciudadanos¹⁴. Se hizo necesaria entonces una “etapa previa”, donde la acusación se dedicaba a “extraer” la información que necesitaba por los medios oportunos para luego presentarla al Tribunal y realizar el juicio.¹⁵

En la actualidad, por otro lado, la investigación previa puede darse en el marco de un proceso con connotación jurisdiccional, administrativa o, simplemente, como fase previa al proceso en sentido estricto. Esto último sucede, aunque con matices, en los ordenamientos cercanos al sistema anglosajón del *common law*, y también lo encontramos en el sistema continental en procesos de resolución de conflictos de órdenes distintos al penal, como el orden civil, en que esta previa indagación y preparación de la fase plenaria sigue en manos de sujetos privados –los interesados o sus abogados– al margen de la actividad oficial de los poderes públicos¹⁶. El hecho de que en países como Reino Unido la fase de investigación se conciba como una actividad independiente del proceso, por estar este sistema impregnado de una visión adversarial, no implica la inexistencia, con carácter previo a la formulación de la acusación, de una actividad preparatoria de características similares, en cuanto a su funcionalidad, a las actividades preparatorias de carácter procesal de los ordenamientos continentales¹⁷.

Suele existir, en definitiva, una etapa previa a la fase que actualmente conocemos como juicio oral o fase plenaria, esta última regida por los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas, y que se desarrolla según el modelo dialéctico, como una contienda de partes frente a un juez imparcial. Es por ello que a lo largo de esta monografía nos referiremos a la tradicional instrucción como *fase previa al juicio oral* o *fase de investigación*, pues entendemos que, tanto uno como otro, son conceptos plenamente identificables en cualquier ordenamiento, que nos sustraen de la problemática terminológica propia del derecho comparado, y con aplicabilidad a los diferentes

¹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal* (Tirant lo Blanch, 2019), pág. 176.

¹⁵ FINOCCHIARO, Enzo, “La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, nº 6 (2015), pág. 2. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=fa70fe7a405f81dcb938836c8648438b>

¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 176.

¹⁷ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución: Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal* (Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones: Valencia, 1979), pág. 37.

procedimientos penales regulados en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, que también se refiere a esta fase con diversidad de términos en función del *iter* procedimental¹⁸. Además, se facilita la identificación de este periodo procesal a lo largo de las diferentes etapas históricas, permitiendo una mayor claridad en el análisis de su evolución.

1.2 Definición de la instrucción en atención a su finalidad

El modo más frecuente de dar una definición de la fase de investigación por parte de la doctrina española ha sido haciendo referencia a la finalidad preparatoria del juicio propia de esta etapa procesal y que se expresa, en la mayoría de los casos, en una doble vertiente: el esclarecimiento de hechos y sujetos y la elaboración del juicio de acusación. Pese a que unos autores escogen la expresión *determinación de los hechos y de sus autores* para identificar la finalidad principal de la instrucción, y otros prefieren hablar de la *fundamentación de la acusación* –o en sentido alternativo de la posible evitación del juicio –, lo cierto es que el análisis global de las definiciones dadas hasta el momento ofrece muy poca claridad para la distinción de estas dos finalidades. De hecho, muchos autores las combinan entre ellas o las expresan de modo que es difícil distinguirlas, siendo complementaria la una de la otra. Además, con independencia de la finalidad que se atribuya a esta fase, las concretas funciones que los procesalistas adjudican a esta etapa procesal se identifican en ambos casos, de modo que todo lleva a pensar que existe en la doctrina una concepción muy similar sobre la fase de instrucción, observada o expresada desde prismas diferentes en función del aspecto que les interesa destacar.

1.2.1 El esclarecimiento de los hechos

En los primeros momentos tras la comisión del delito, es frecuente que exista poca claridad acerca de los hechos acontecidos, su tipología delictiva o los sujetos que han

¹⁸ *Sumario* en el procedimiento ordinario (art. 299 LECrim); *diligencias previas* en el procedimiento abreviado; *diligencias urgentes* en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos; *instrucción complementaria* en el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado (art. 24 LOTJ).

participado en ellos. Esto provoca que la primera aproximación a la etapa inicial del proceso nos lleve a considerar su papel como fase necesaria para delinear los extremos del conflicto. Haciendo hincapié en la multiplicidad de actuaciones propias de esta etapa, FUENTES SORIANO¹⁹ la define como una “fase compleja caracterizada por la realización de todas aquellas actividades investigadoras encaminadas a la determinación de los hechos y su autoría –a fin de poder sostener la acusación que abrirá posteriormente la fase de juicio oral– y a la adopción de todas aquellas medidas que garantizan la eficacia del juicio y de su posterior ejecución”. En esta misma línea, ASECIO MELLADO²⁰ indica que se trata de la “fase inicial cuya finalidad es la de hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre en base a juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor”.

Siguiendo los términos de la ley, por tanto, la doctrina destaca la necesidad de realizar una doble clarificación, esto es, de los hechos sobre los cuales debe llevarse a cabo el enjuiciamiento y de los sujetos frente a quienes se dirige el proceso. De este modo lo indica también GIMENO SENDRA²¹ definiendo la fase de instrucción como aquella que “tiene por objeto preparar el juicio oral mediante la determinación del hecho punible y la de su presunto autor.” Por su lado, ARMENTA DEU²² expresa las tres finalidades de la fase de instrucción siguiendo la definición legal contenida en el art. 299 LECrim y señala, como la primera de ellas, “averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál pueda ser su autor y su culpabilidad”. A continuación, la autora hace referencia a la flexibilidad de esta fase y a su complejidad, añadiendo que “este esquema, por lo demás bien sencillo, puede ser objeto de diversas configuraciones, por una parte, y tener, por otra, una extensión y complejidad tan variable como los concretos casos de que se trate.”

¹⁹ FUENTES SORIANO, Olga, *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma* (Fundación Alternativas, 2003), pág. 23.

²⁰ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal* (Tirant Lo Blanch: Valencia, 2008), págs. 97-98.

²¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., (Civitas: Madrid, 2015), págs. 327-328.

²² ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 11ª ed. (Marcial Pons: Madrid, 2018), pág. 143.

También NIEVA FENOLL²³ se sirve de las finalidades propias de la fase de instrucción para dibujarla conceptualmente, pero la novedad introducida por este autor es que, en su definición, no vincula explícitamente esta etapa procesal al esclarecimiento de los hechos. Bajo su punto de vista, estas finalidades son “a) la recogida de vestigios del delito y b) el aseguramiento de las personas y de los bienes de los sospechosos”. Con el fin de simplificar la concepción de esta fase, el autor hace hincapié en que “la instrucción es simplemente la actividad oficial de recogida de vestigios de un hecho delictivo, previa al inicio del proceso penal”. De este modo, para NIEVA FENOLL “cualquier otra actividad que se desarrolle en la instrucción es solamente complementaria de ese cometido principal.”²⁴ Sin olvidar todas las actuaciones practicables en esta fase, suscribe también una concepción simplificada GÓMEZ COLOMER²⁵, que postula que “investigar e instruir es formalmente lo mismo. Cuando el fiscal o el juez ordenan la declaración de un testigo de los hechos, está al mismo tiempo investigando qué ha pasado y construyendo un expediente que le servirá para determinar si sigue adelante (acusación) o si termina antes de tiempo (sobreseimiento).” Sigue el autor advirtiendo que la existencia en esta fase de “actos que no son de investigación, como las citaciones, no empece a que todo lo actuado dé forma a una investigación, que en su consideración global es una investigación instruida, construida u ordenada, en suma.”

1.2.2 La elaboración del juicio de acusación

Como hemos adelantado, algunos autores vinculan la finalidad de la fase de instrucción con la elaboración del juicio de acusación, de modo que el acopio de materiales que se lleva a cabo en esta fase estaría orientado a decidir sobre la apertura del juicio oral²⁶. De esta manera, el esclarecimiento de los hechos delictivos y del sujeto responsable de ellos se dirige a “fundar una sospecha”²⁷ y a hacer posible la ponderación acerca de si es

²³ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 178.

²⁴ *Ibíd.*, pág. 178.

²⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 41 (2018), pág. 169.

²⁶ ASENSIO MELLADO, José María “La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40 (2016), pág. 6.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho penal y Criminología*, vol. 25, nº 76 (2004), pág. 192.

oportuna la celebración de un juicio²⁸. En esta línea, MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ²⁹ sostienen que “la instrucción consiste en realizar las actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir el juicio contra una determinada persona”. También RIAÑO BRUN³⁰ señala que el fin de la instrucción “consiste en recopilar información con vistas a decidir acerca de la celebración del juicio. (...) Por lo tanto, su finalidad no es propiamente preparar el juicio sino determinar si se dan los elementos suficientes para incoar el juicio oral en relación a una concreta y determinada persona.”

Del mismo modo, DE LA OLIVA SANTOS³¹ indica que la instrucción se orienta a la reconstrucción de los hechos y la adopción de otras distintas medidas “con vistas a preparar –o a descartar– un juicio oral y público posterior”. Justamente en atención a esta finalidad, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA³² remarca la importancia y valor jurídico de esta etapa procesal, puesto que se trata del momento en que “se pueden aportar las fuentes de prueba o diligencias sumariales, que en fases posteriores son decisivas para decidir en condiciones máximas de aproximación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, bien a) el archivo, b) la apertura del Juicio o c) la celebración de la Vista Oral.” La misma orientación defiende ORTEGO PÉREZ³³, quien citando un auto del TSJ de Andalucía³⁴, advierte que “la función de la instrucción consiste en una actividad preparatoria de índole compleja y naturaleza pública que tiene por objeto la determinación de los elementos necesarios para la apertura de la fase plenaria o juicio oral o, en caso contrario, para acordar el sobreseimiento y archivo”.³⁵

²⁸ Sobre la figura del juicio de acusación, vid. ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El Juicio de acusación*, 1a ed. (Barcelona: Atelier, 2007), y más recientemente, ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación* (Barcelona: Atelier, 2019).

²⁹ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, 6ª ed., (Tirant lo Blanch: Valencia, 2012), pág. 53.

³⁰ RIAÑO BRUN, Iñaki, “*La instrucción criminal en el proceso penal*” (Aranzadi, Navarra: 2008), págs. 17-18.

³¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (VVAA), *Derecho procesal penal*, pág. 40.

³² BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, *Justicia*, nº 3-4 (2012), pág. 130.

³³ ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación...*, ob. cit., pág. 56.

³⁴ ATSJ de Andalucía núm. 19/2010, de 16 de marzo.

³⁵ Es la definición de la instrucción anteriormente acuñada por FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*. Tomo II, págs. 939 y ss: “el sumario cumple su fin tanto si se obtienen los datos necesarios y suficientes

En la línea de quienes destacan que la instrucción permite fundamentar la acusación³⁶ y que, para ello, es necesaria una tarea de constatación de los hechos, MARTIN y MARTIN³⁷ sostiene que puede conceptuarse la instrucción penal como la fase del proceso penal que “pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación o averiguación del mismo y el acopio del material para su prueba (...) se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”. De un modo similar, GOMEZ COLOMER³⁸ explica que el proceso penal comienza verdaderamente cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un hecho criminal concreto, pero “para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores, que fundamenten así la posterior acusación”. MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ³⁹ también definen la fase de instrucción anudando a ésta una tarea de discernimiento en relación con el grado de suficiencia incriminatoria que aporta la investigación. En este sentido, sostienen los

para formular en su día la pretensión, procediéndose en este caso a abrir el juicio oral, como si, por el contrario, se demuestra que los hechos que obligaron o permitieron iniciarlo no son ciertos, o no son constitutivos de delitos, en cuyo caso se procede al sobreseimiento libre, impidiéndose con ello la apertura del juicio oral”. Citado en PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución: Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal* (Valencia: Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones, 1979), pág. 20.

³⁶ VIADA, Carlos, *Curso de derecho procesal penal*, Tomo II, págs. 21-22: “la instrucción preliminar puede ser, en conclusión, definida como aquella actividad encaminada a la averiguación de los datos necesarios para formalizar la acusación.”; PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución: Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal* (Valencia: Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones, 1979), pág. 17 y ss: “...es concebido –el sumario– como la fase preparatoria del juicio y tiene por finalidad reunir los elementos de convicción indispensables para llegar al ejercicio de la acusación en el plenario contra persona determinada; de manera que, si ese objeto no se logra, el sumario, en vez de conducir el juicio oral, desemboca en el sobreseimiento.” Sin embargo, puntualiza posteriormente el autor que “no sólo el sumario que sirve de base a un posterior juicio oral, cumple una finalidad útil; también los que concluyen sobreseídos, provisional o libremente, desarrollan funciones y cumplen una finalidad, aunque sea distinta de la estricta “preparación” de la etapa decisoria”.

³⁷ MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio. “*La instrucción penal*”, págs. 68 y 69.

³⁸ En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (VVAA), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (Tirant Lo Blanch: Valencia, 2013), págs. 120 y 121.

³⁹ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 189.

autores que “en la instrucción se investiga si los hechos acusados merecen ser juzgados en la segunda fase o juicio oral, y lo merecen si, en principio, tienen apariencia de delito y pueden ser imputados a una persona concreta y determinada”.

En este abordaje de la fase de instrucción, los matices que podemos encontrar entre unas y otras definiciones dependen, principalmente, de la mayor o menor neutralidad que se atribuya a esta etapa en cuanto al esclarecimiento de los hechos. Esto significa que existe cierta diferencia entre aquellos que orientan la tarea investigadora de la instrucción hacia una decisión sobre la necesidad de abrir el juicio y los que la dirigen directamente hacia la fundamentación del presupuesto que permitirá la apertura de éste, es decir, la acusación. Ante esta realidad observamos que ciertos autores apuntan, a nuestro entender acertadamente, la necesidad de que la fase de investigación sirva de fundamento para todas las actuaciones que eventualmente puedan desarrollarse con posterioridad en el proceso, y no únicamente para la acusación⁴⁰.

Así, en el marco de la discusión acerca del órgano instructor, MONTERO AROCA⁴¹ resalta que “la pretensión formulada por algunos de que en el Derecho español instruya el Fiscal por así exigirle el llamado principio acusatorio, parte de desconocer que la instrucción o investigación no puede tener sólo por objeto fundamentar la acusación, pues esa instrucción o investigación debe servir también para fundamentar la defensa.” Se introducen, por tanto, visiones más amplias en cuanto al papel de la instrucción en el conjunto del proceso que abarcan también la finalidad de evitación del juicio⁴² y que, a la vez, amplifican el interrogante acerca de la suficiencia y límites de la fase de investigación. Incorporando una visión más proteccionista con el sospechoso, DE LA OLIVA SANTOS también puntualiza que esta etapa sirve “para preparar el juicio, pero

⁴⁰ MORENO CATENA, Víctor, “La necesidad de un nuevo modelo de instrucción”, en *Nuevos retos de la Justicia Penal* (La Ley: Madrid, 2008), págs. 211-212.

⁴¹ MONTERO AROCA, Juan, “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, *Revista brasileira de direito processual penal*, nº 1 (2015), pág. 79.

⁴² PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución: Análisis del concepto...*, ob. cit., pág. 22: “Mal puede afirmarse, especialmente en los supuestos de sobreseimiento libre, que el sumario haya preparado en estos casos juicio alguno. Lo que habrá hecho es evitarlo. (...) Si el juicio no llega a existir, mal puede haber sido preparado, puesto que un hecho negativo, inexistente, no se prepara; lo que probablemente se quiere decir es que se ha evitado el juicio o, lo que es lo mismo, se habrá justificado su eliminación.”; LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal: reflexiones de lege lata y propuesta de lege ferenda* (Madrid: Bosch Editor, 2020).

además, opera como un tamiz que impide la celebración de juicios improcedentes”.⁴³ Señala MORENO CATENA⁴⁴ que la fase de instrucción no sólo pretende “preparar el juicio oral sino que, por encima de eso, permite evitar el juicio oral, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso con la apertura del juicio”. Aprovechando esta reflexión, el autor aporta un criterio concreto acerca de la suficiencia de la instrucción, señalando que “desde el momento en que resulte desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción”.

Los diversos procedimientos penales que se han introducido en la LECrim también han añadido cierta ambigüedad a los fines perseguidos por la fase de instrucción en relación con el matiz que acabamos de introducir, puesto que cada uno de los procedimientos posibles describe de modo diverso la finalidad de las actuaciones previas de investigación, su pertinencia y los límites para su práctica. Es por ello que, en la atribución de un concreto fin a esta fase, ASENCIO MELLADO⁴⁵ distingue entre los diferentes procedimientos. Para este autor, en el sumario del procedimiento ordinario la instrucción trata de “preparar el juicio oral”⁴⁶, mientras que, en el procedimiento abreviado “parecía reconducir las actuaciones judiciales de investigación a la realización de aquellas que fueran necesarias para la posterior formalización de la acusación”. Según esto, “existía un acuerdo general en admitir que (...) cuando los datos existentes en aquellos actos (atestado, denuncia o querrela) fueran suficientes para dar contenido a la acusación, habría de prescindirse de practicar diligencias previas”. Es decir, curiosamente podía parecer que, mientras la fase de investigación del procedimiento ordinario tenía por finalidad preparar el juicio oral, las diligencias previas del procedimiento abreviado estaban orientadas a preparar la acusación.⁴⁷

⁴³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (VVAA) *Derecho procesal penal, ob. cit.*, págs. 295 y ss.

⁴⁴ MORENO CATENA, Víctor. “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”, *Revista Teoría & Derecho*, nº 1 (2007), págs. 79-81.

⁴⁵ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, (Tirant Lo Blanch: Valencia. 2008), págs. 103 a 106.

⁴⁶ Art. 299 LECrim.

⁴⁷ El autor considera erradicada esta diferenciación tras la promulgación de la Ley 38/2002, y sostiene que el nuevo art. 777 LECrim encomienda al Juez de Instrucción la práctica de las diligencias necesarias

FUENTES SORIANO⁴⁸ destacó también esta divergencia, añadiendo que “esta segunda concepción de la instrucción resulta más acorde con el funcionamiento interno del proceso penal y con las posibilidades que se otorgan al Ministerio Fiscal en el seno del mismo.” Situándose en esta lógica, la autora enlaza la cuestión con el órgano director de la instrucción y con el interrogante sobre la suficiencia de la investigación, de modo que acaba deduciendo que, si la función principal de la fase previa al juicio es la de investigar todos aquellos hechos en los que se fundamente la acusación y garantizar la celebración del juicio oral, “el Ministerio Fiscal debería poder practicar libre y autónomamente, toda aquella labor de investigación fáctica que le permitiera formular la acusación; siendo por tanto decisión suya no sólo qué y cómo se investiga sino, lo que casi es más importante, hasta cuándo se investiga.”⁴⁹

1.2.3 Recogida y aseguramiento de material probatorio

La expresión de *preparación del juicio* tiene una amplitud que, pese a ser necesaria para garantizar el desarrollo de una etapa tan flexible, ha permitido una interpretación muy dispar. En primer lugar, la preparación del juicio puede consistir en tareas de indagación para el esclarecimiento inicial de extremos esenciales del hecho y de los sujetos implicados, con el fin de delinear el conflicto y facilitar la formulación de la acusación, pues sin acusación no habrá posibilidad de juicio. En segundo lugar, también puede consistir en el acopio de material complementario, pues además de esclarecer mínimamente los hechos, se ha entendido que es necesario valorar si la acusación presentada tiene suficiente fundamentación indiciaria para merecer la apertura de un juicio oral. Tanto en uno como en otro sentido, pese a que las actuaciones instructoras dirigen su mirada hacia el plenario, parece que su utilidad queda recluida a la etapa procesal previa al juicio. Sin embargo, a todas estas tareas se ha añadido también una finalidad que trasciende la fase previa y enlaza directamente con el contenido del juicio oral. En este sentido, la fase de instrucción como fase preparatoria puede incluir también la búsqueda de las fuentes de prueba que, tras su práctica en el plenario, permitirán el

encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado, es decir, una tarea muy similar a la que se encomienda al sumario (art 299 LECrim).

⁴⁸ FUENTES SORIANO, Olga, “La instrucción del fiscal en un nuevo proceso penal”, en *Nuevos retos de la justicia penal* (Madrid: La Ley, 2008), pág. 5.

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 6.

enjuiciamiento definitivo de los hechos. De este modo, la tarea de preparación del juicio no está únicamente vinculada a posibilitar el juicio, sino también a garantizar su contenido y virtualidad probatoria⁵⁰.

En el marco de esta vertiente preparatoria del juicio oral se incluye la práctica de determinadas diligencias en la fase de instrucción cuyo carácter de prueba en el juicio está explícitamente reconocido: se trata de las figuras de la prueba anticipada⁵¹ y la prueba preconstituida⁵². Tradicionalmente la doctrina ha distinguido estas dos figuras, pues parece que su virtualidad probatoria parte de presupuestos diferentes. De este modo, la prueba anticipada permite la práctica de actos de prueba cuando se estime que por motivos de fuerza mayor ésta no podrá tener lugar en el juicio y que, por haber respetado los principios propios de la actividad probatoria⁵³, podrán ser valorados como auténtica prueba en el plenario⁵⁴. Por su parte, la prueba preconstituida no es más que una diligencia de investigación cuyos resultados pueden introducirse también en el acervo probatorio del juicio, siguiendo ciertas formalidades⁵⁵, pues se trata de diligencias que, por la volatilidad de su objeto, no pueden practicarse posteriormente en las mismas

⁵⁰ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 131: “muchos actos de investigación (...) tienen el carácter de irrepetibles, por lo cual han de extender sus efectos hasta el juicio oral y gozar de valor probatorio. Son los casos llamados de “prueba preconstituida”. De la misma manera, determinadas declaraciones son irrepetibles desde su momento inicial, como el caso de riesgo de fallecimiento (...). En definitiva, pues, no es posible acercarse al estudio de la instrucción con posicionamientos meramente teóricos que califiquen sus actos como estrictamente de investigación, desconociendo su valor probatorio en los casos indicados”; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 413 y ss.: “El aseguramiento de la prueba es una actividad del Juez de Instrucción que comprende dos cometidos concretos, bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de prueba instructora anticipada, bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida.”; LIBANO BERNISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., págs. 52-53.

⁵¹ Art. 657 LECrim: “Podrán pedir además las partes que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el juicio oral.”

⁵² Art. 730 LECrim: 1. Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. 2. A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis.

⁵³ Principalmente los principios de contradicción e igualdad de armas. Vid. SSTS 23 de marzo de 2004, 16 de marzo de 2004.

⁵⁴ RIAÑO BRUN, Iñaki, *La instrucción criminal en el proceso penal*, pág. 100.

⁵⁵ SSTC 17/2004, de 23 de febrero; 94/2002, de 22 de abril; y STS 14 de marzo de 2003.

condiciones⁵⁶. En suma, en ambos casos se trata de practicar diligencias aptas para aportar datos útiles para el proceso y que, por diversas circunstancias, no podrán reiterarse en el juicio oral.

En atención al principio de generación de la prueba en el juicio oral, estas figuras son de carácter excepcional, de modo que únicamente pueden admitirse en el proceso cuando se justifique su necesidad. Pero más allá de estos supuestos probatorios, la recolección de fuentes de prueba cuya práctica tendrá lugar en el juicio es un campo mucho más amplio, cuyos límites están menos claros y dependen principalmente de la discrecionalidad de los órganos de investigación, así como del nivel de interés que éstos –y otros órganos que intervienen en esta fase– tengan en relación con la confirmación o el descarte de la pretensión penal. La preparación del juicio desde esta perspectiva ha sucumbido a ciertas prácticas que merecen nuestro interés, y que permitirían afirmar que la función de preparar el juicio se está acercando a la función de *ensayar el juicio*. Es ampliamente constatable en la práctica que la labor de instrucción no consiste únicamente en recoger las fuentes de prueba, sino también en practicar esas pruebas que, en función de sus resultados, serán nuevamente practicadas en la fase plenaria, pues la introducción de diligencias de investigación en el juicio está teóricamente vetada fuera de las posibilidades a las que ya nos hemos referido.

1.2.4 Delimitación legal de la fase de instrucción

La definición más completa de la fase de instrucción que encontramos en nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal se encuentra en el artículo 299 LECrim, relativo al sumario del procedimiento ordinario. Para situarlo sistemáticamente dentro de la LECrim, se trata del artículo que encabeza el título IV “De la instrucción”, dentro del Libro II “Del sumario”. La existencia del término *sumario* es una duplicidad en relación con el concepto *instrucción*, sin ninguna aportación específica más que la posibilidad de identificar que se trata de un procedimiento penal ordinario. Se ha vinculado el uso de dicha palabra a la exigencia de brevedad de esta etapa⁵⁷ de la que se predica que debe ser corta y atender a

⁵⁶ En relación con el presupuesto de la irrepitibilidad del hecho, vid. SSTC 38/2003, de 27 de febrero; 195/2002, de 28 de octubre; y SSTC 3 de marzo de 2004, 17 de octubre de 2003.

⁵⁷ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución, análisis del concepto...*, ob. cit., pág. 18.

las actuaciones imprescindibles. Sin embargo, el origen del término sumario ha sido una constante en nuestra legislación a lo largo de los siglos. De hecho, lo encontramos incluso con anterioridad a los procesos sumarios de la Edad Media instaurados por el Papa Clemente V, que permitían alejarse del *ordo iudiciarius solemnus* para agilizar el proceso⁵⁸. En concreto, en el Derecho romano justiniano, se denominaba *summaria* la cognición especial a la que estaba habilitado el juez en el *iudicium summarium* y que permitía adoptar una decisión después de un estudio superficial, que tenía en cuenta sólo lo que parecía ser verosímil *prima facie*⁵⁹. En estos casos, era suficiente presentar una prueba parcial o incompleta, que después en el proceso de la Edad Media se denominó *prueba semiplena*⁶⁰. En este sentido, plenario es un término que se asoció a la *plena probatio*, correspondiente con el tipo de prueba necesaria para condenar, la prueba plena, que requería, por ejemplo, la presencia de más de dos testigos⁶¹. Por tanto, el concepto de sumario no se originó, inicialmente, en referencia a la brevedad temporal, sino al tipo de cognición necesaria para la resolución de los diferentes procesos⁶². Es por ello que no queda claro si el uso de este término en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es una alusión explícita a la brevedad⁶³ o un arrastre histórico de las figuras mencionadas.

Según el artículo 299 LECrim, “constituyen el sumario 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

⁵⁸ CORETTI, Michela, “Del *summatim cognoscere* al proceso de plano: la sumariidad en el derecho romano y en la edad media”, *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III* N° 8 (enero-junio 2019), págs. 51 y ss.

⁵⁹ *Ibid.*, pág. 47.

⁶⁰ La decisión tomada por el juez al final de esta *cognitio* no producía los efectos de la cosa juzgada, porque el afectado por la decisión adoptada de manera sumaria podía hacer valer su propio derecho en otra sede, donde sí que era exigida la prueba plena.

⁶¹ NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht: Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus* (Springer: Heidelberg, 2012), pág. 130.

⁶² *Ibid.*, pág. 129: “Nicht für jede Verfahrensart galten dieselben Anforderungen an den zu führenden Beweis, um zu einer Entscheidung zu gelangen. (...) Voller Beweis bedeutete Beweis zur „vollen“ Überzeugung des Richters, halber oder summarischer Beweis zeigte die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Vorbringens an.” Es decir, los diferentes procedimientos requerían un nivel de convicción del juez diverso, de modo que el tipo de pruebas admisibles para la decisión eran de diversa naturaleza.

⁶³ Realmente se trataba de una fase breve, a la que se exigía el máximo de un mes de duración.

de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.” En un primer vistazo, es fácil darse cuenta de que, en realidad, más que una definición de aquello que sería el sumario, este artículo expone también el contenido de la instrucción. Contiene un listado de las actuaciones que deben llevarse a cabo en esta fase inicial del proceso, aunque destacando que la finalidad principal de todas ellas está en la preparación del juicio oral, concretando posteriormente los ámbitos del hecho y de la autoría que deben clarificarse, y la actividad cautelar que puede existir en la fase de instrucción⁶⁴.

Este artículo guarda similitud con el artículo 777 LECrim, que podemos considerar como su análogo en el procedimiento penal abreviado. Éste último también identifica como tarea principal del órgano instructor la de ordenar, o practicar él mismo, las actuaciones –las llama “diligencias”– que se encaminan a “*determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (...)*”. En este caso, sin embargo, la ley no habla explícitamente de la *preparación del juicio oral*, lo que ha llevado a algunos autores a interpretar que la ley se inclina a identificar esta fase preliminar como orientada a la preparación de la acusación⁶⁵. A esta comprensión ha contribuido también el hecho de que la Ley no utiliza la expresión de *preparación del juicio* hasta un momento posterior, que constituye la fase final de la instrucción (art. 780 LECrim); momento en que el Juez, si decide que el proceso debe

⁶⁴ La STS 1 octubre 1986, estableció las finalidades propias del sumario, que ha sido reiterada en numerosas ocasiones son el fin de clarificar el contenido de la instrucción. En su FJ. 1, establece que la Ley de Enjuiciamiento Criminal “concibió el sumario como fase del proceso penal caracterizada por su naturaleza preparatoria y asegurativa o cautelar –art. 299 de la misma-, por su brevedad –art. 324 del mismo texto-, y porque, en definitiva, venía a constituir como un a modo de bosquejo, esquema o boceto de lo que, más adelante, iba a ser el juicio oral, reservando para este período la capital trascendencia de la sustanciación, precisamente porque durante esa fase o etapa plenaria, se exige la más estricta observancia de los principios capitales del proceso acusatorio, esto es, la inmediación, la dualidad de partes, la igualdad entre las mismas acusadoras y acusadas, la oralidad, la publicidad y la aportación de las pruebas por dichas partes y no por iniciativa del Tribunal.”

⁶⁵ FUENTES SORIANO, Olga, “La instrucción del fiscal en un nuevo proceso penal”, ob. cit., pág. 5: “Téngase presente que aunque tradicionalmente, la instrucción -el «sumario» del procedimiento ordinario- fue concebida como «el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio» (art. 299 LECrim.) la reforma de 1988 por la que se introduce el Procedimiento Abreviado produjo un cambio sustancial a raíz del cual, la instrucción en este procedimiento -«las diligencias previas»- pasó a ser considerada, no tanto como la preparación del enjuiciamiento, sino como la preparación de la acusación.” La misma visión de la instrucción como fase preparatoria del juicio de acusación en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El juicio de acusación*, ob. cit Hemos hecho referencia a ello en este capítulo §1.1.1.2.

continuar, dará traslado a las partes para que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

Salvando estos matices, lo cierto es que en ambos casos se percibe que la ley orienta la fase de instrucción a la práctica de diligencias por parte de la Policía Judicial y bajo la dirección del Juez instructor, con la finalidad de delinear los elementos esenciales del hecho y determinar la legitimación pasiva en el proceso penal⁶⁶. El esclarecimiento de estos ámbitos es lo que permitirá, posteriormente, ponderar la necesidad del juicio oral y formular la acusación. No existe una verdadera orientación acerca de cuál es la distinción entre la actividad instructora del procedimiento ordinario y la del procedimiento abreviado más allá de la diferencia en el modelo de conclusión de esta fase y el encaje temporal de las imputaciones judiciales⁶⁷. Los órganos encargados de la instrucción son los mismos y el fin al que se dirigen en la práctica es coincidente, de modo que la problemática en cuanto al sobredimensionamiento de esta fase y sus frecuentes dilaciones también está presente en ambos procedimientos.

El resto de referencias que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace a la tarea previa al juicio oral en otros procedimientos no son definiciones de ésta exactamente, sino preceptos que especifican las actuaciones concretas que la Policía judicial puede realizar en función de lo que se pretenda conocer. Es el caso de las diligencias urgentes del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en el que, tras una lectura de todas las diligencias practicables, se deduce que la tarea de investigación constituye también la etapa previa –aunque consista en unas pocas horas – con la finalidad de averiguar algunas circunstancias relevantes del sujeto pasivo (art. 797.1.1ºLECrim) y la calificación de los hechos para la posterior acusación (art. 797.1. 2º LECrim).

La diferencia más sustancial en la finalidad que la ley atribuye a las diligencias de investigación propias de esta etapa la encontramos en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. En este caso, el procedimiento se ha incoado una vez el sujeto ya está identificado (art. 24.1 LOTJ), y la ley manifiesta que la fase previa al juicio oral se dirige, exclusivamente, a la práctica de aquellas diligencias solicitadas por las

⁶⁶ STS 2212/2014, de 22 de mayo, FJ. 1º.

⁶⁷ Nos ocuparemos de ello más adelante. Vid. cap. 2 § 2.2.1.4 y § 2.2.1.5.

partes que el juez instructor “considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral” (art. 27.1 LOJT). Dicho esto, lo cierto es que en esta función están integradas también las diligencias para determinar el hecho y las circunstancias del sujeto pasivo que pudieran ser relevantes, pues se permite que el juez ordene de oficio la práctica de diligencias cuando sean necesarias para “la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras (art. 27.3 LOTJ)”. En realidad, se deduce que antes de la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado ha existido una tarea previa de investigación, pues el mismo redactado de la ley se refiere a las diligencias que se llevan a cabo en este procedimiento como una “instrucción complementaria”. Por tanto, la labor investigadora se desgrana en dos etapas diferentes, una de ellas dentro del procedimiento estrictamente y otra en una etapa anterior. Como consecuencia, esta configuración no cambia el hecho de que, con carácter previo a la formulación de la acusación y la apertura del juicio oral, ha existido una etapa de esclarecimiento de los hechos y de los sujetos pasivos del proceso, en la que, además, puede existir también actividad cautelar.

Concluimos este epígrafe señalando que, a la vista de que en todos los procedimientos de nuestro ordenamiento procesal la tarea previa a la fase de juicio oral se dirige a un mismo fin, es cuestionable el hecho de que existan diversas modalidades procedimentales en atención al tipo delictivo y la pena asociada a éste. Nos permitimos adelantar que, si las diligencias de investigación se limitan a aquello estrictamente necesario para conseguir el fin propuesto por la instrucción, la propia diferencia en la naturaleza y circunstancias de los hechos delictivos delimitaría la duración de esta etapa procesal y el modo de realizarla. Al fin y al cabo, la pena atribuida en abstracto a cada uno de los delitos de nuestro Código Penal no es un criterio que actualmente pueda sostenerse como válido para discernir sobre la complejidad y duración estimada de una investigación criminal.

1.2.5 La fase de investigación en el entorno europeo

En lo que respecta a los países de nuestro entorno, la concepción acerca de los fines a los que se dirige la fase de investigación no difiere significativamente. Como hemos adelantado, esta fase previa al juicio oral es plenamente identificable en todos ellos y las diferencias esenciales se encuentran en el encaje procesal de esta etapa. De este modo, en

unos países queda apartada del proceso penal estrictamente⁶⁸, mientras en otros se concibe como una *subfase* del proceso, aunque sea como estadio inicial, de carácter preparatorio. Como consecuencia de ello, los países que siguen el sistema de *common law*, con una mayor nota adversarial, presentan una menor oficialidad en la dirección de esta fase⁶⁹; al contrario que los países del sistema continental o *civil law*, que atribuyen esta tarea a órganos estatales⁷⁰, pertenezcan éstos al Poder Judicial (Francia, España o Italia) o al Ejecutivo (Alemania, Portugal u Holanda).

En el sistema de instrucción alemán, la fase de investigación –*Ermittlung*– está encomendada en régimen de monopolio al Ministerio Público –*Staatsanwaltschaft*–, como órgano perteneciente al poder ejecutivo⁷¹, del mismo modo que el ejercicio de la acusación. La fase previa al juicio oral se inicia con la existencia de la sospecha de haberse cometido un hecho delictivo, ante lo cual el Ministerio Público debe practicar las investigaciones necesarias (§152.2 y §160 StPO). Para ello, puede realizar actuaciones de investigación él mismo⁷² u ordenar a la policía que lleve a cabo ciertas investigaciones⁷³, aunque algunos autores destacan que en la práctica la policía suele ser la verdadera instructora de las causas criminales⁷⁴.

⁶⁸ En el entorno europeo, nos centramos en Reino Unido como país de referencia del sistema de *common law*.

⁶⁹ DE MEESTER, Karel; PITCHER, Kelly; RASTAN, Rod; SLUITER, Göran, “Investigation, Coercive Measures, Arrest, and Surrender” en *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (Oxford University Press, 2012), pág. 28: “Where, in adversarial criminal justice systems, parties are expected to conduct their own investigation, prior to the partisan contest at trial, a duty incumbent on the prosecutor to look for exculpatory evidence is more questionable. Investigations are guided by self-interest rather than the public interest”

⁷⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2012), pág. 61.

⁷¹ §141 GVG. Junto con esta dependencia orgánica del Poder Ejecutivo, el Ministerio Público funciona como un órgano autónomo de la Administración de Justicia Penal y pertenece al área funcional de la judicatura. Es por ello que depende del Ministerio de Justicia, y no del Ministerio del Interior. Vid. MEYER-GOßNER, Lutz, *Strafprozessordnung*, 49th ed. 2006, citado en KREY, Volker, *German Criminal Procedure Law*, vol. 1, *Basics. Prosecution Authorities. Glossary*, (Stuttgart: W. Kohlhammer Publishing Company, 2009), pág. 70.

⁷² §§ 161 subs. 1.s.1, 161 a, 163a.3 StPO.

⁷³ §§ 161 subs. 1 s.1, 2 StPO, 152, GVG.

⁷⁴ Art. 79 y ss. CPP; Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, ob. cit., pág. 172.

En la ley procesal alemana no existe una definición de la fase de investigación preliminar. Sin embargo se hace referencia, por un lado, al alcance de la investigación⁷⁵ y, por otro lado, el §160.1 StPO expresa la finalidad de esta etapa, identificándola con la decisión sobre si “procede la acusación pública.” En este país, la ley trata de configurar una investigación de carácter neutral, que no se orienta en este caso a la fundamentación única de la acusación, sino también a la averiguación de las circunstancias que permitan exculpar al sospechoso y a la recolección de elementos de prueba que pudieran desaparecer (§160.2 StPO).

El contenido de la valoración sobre la procedencia de la acusación se deja sin más detalles en manos de la Fiscalía. El único criterio para esta ponderación lo encontramos en el §170 StPO, que indica que, concluida la investigación, el Fiscal tiene la opción de plantear la acusación si las investigaciones “ofrecen motivos suficientes”⁷⁶. Se trata de la misma valoración que deberá hacer el tribunal de enjuiciamiento para la decisión sobre la apertura del juicio oral, sin hacer tampoco la ley ninguna otra concreción sobre el significado o contenido de esta “sospecha suficiente”.⁷⁷ Por otro lado, el Fiscal tiene también la opción de dar por terminado el proceso por la “ausencia de una sospecha razonable”⁷⁸, que puede deberse a la falta de fundamentos fácticos –cuando las pruebas no apunten a una condena probable– o a la falta de fundamentos legales –cuando la acción no sea un delito o existan impedimentos legales para la persecución–⁷⁹. Las diferencias del ordenamiento alemán respecto al español en esta fase previa son fundamentalmente de tipo orgánico, y también cabe destacar la acertada mención de la regulación alemana a la identificación, por parte de la Fiscalía, de los elementos exculpativos durante la fase de investigación⁸⁰. Dicho esto, la finalidad de esta etapa

⁷⁵ Ésta se extiende únicamente al delito descrito en la denuncia y a las personas acusadas de la denuncia. Vid. § 155.1 StPO: Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete Tat und auf die durch die Klage beschuldigten Personen.“

⁷⁶ § 170 StPO: „(1) Bieten die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klag...“

⁷⁷ § 203 StPO: „Das Gericht beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint“

⁷⁸ § 170 StPO: „(2) Andernfalls stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ei.“

⁷⁹ KREY, Volker, *German Criminal Procedure Law*, vol. 1, *Basics. Prosecution Authorities. Glossary* (W. Kohlhammer Publishing Company: Stuttgart, 2009), pág. 80.

⁸⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 4, (2002).

parece ser muy similar a la que hemos expuesto hasta ahora, es decir, la elaboración de una ponderación sobre la acusación (§170 StPO) y de un juicio acerca de la procedencia de apertura del juicio oral (§ 203 StPO), basándose ambas decisiones en la mayor o menor confirmación de la sospecha a la que han conducido las tareas de investigación⁸¹.

El sistema de instrucción italiano, por su parte, presenta similitudes con el sistema alemán, puesto que la instrucción está también a cargo del Ministerio Público. Sin embargo, en la configuración actual del proceso penal italiano, derivada de la reforma del *Código di Procedura Penale* de 1988⁸², que eliminó la figura del juez de instrucción⁸³, la posición y funciones del Ministerio Público en la fase de instrucción se aproximan en mayor medida al sistema adversativo americano⁸⁴ y se sustenta, siguiendo la exposición de ARMENTA DEU⁸⁵, “en dos pilares: la estricta separación entre las funciones del fiscal y del tribunal (...) propiciando un auténtico proceso de partes, y la clara diferenciación entre fase previa al juicio y fase judicial”. El Ministerio Público en Italia tiene la calificación de Magistratura y se trata de un órgano perteneciente al Poder Judicial, independiente del Ejecutivo y con autonomía propia. Este fiscal es el que dirige la fase de investigación y controla las actuaciones de la Policía judicial (art. 327 CPP It.).

La legislación procesal italiana concibe la fase previa al juicio oral como el conjunto de indagaciones que son necesarias para el ejercicio de la acción penal (art. 326 CPP It)⁸⁶, de modo que la culminación de esta etapa será la valoración sobre la suficiencia de

⁸¹ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 53 y ss.

⁸² Supuso la derogación del anterior Código de 1930 (el Código ROCCO).

⁸³ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº VI, Ministerio de Justicia (1998), pág. 130. El autor argumenta que esta reforma fue una sustancial modificación en todo el esquema estructural de la investigación penal en Italia, puesto que supuso la ruptura con el modelo inquisitivo, que había subsistido aún después de la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1948.

⁸⁴ AMODIO, Ennio; SELVAGGI, Eugenio, “An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure”, *Temple Law Review*, vol. 62, nº 4 (1989), pp. 1214.

⁸⁵ ARMENTA DEU, Teresa., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., pág. 68.

⁸⁶ Art. 176.1. CPP It: “Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.”

material incriminatorio para formular la acusación (art. 405 CPP It.)⁸⁷. El contenido de estas indagaciones consiste en el esclarecimiento del sujeto y de las circunstancias del supuesto delito para la correcta reconstrucción de los hechos⁸⁸. Dicho esto, del mismo modo que lo hace la legislación alemana, la ley advierte que el Ministerio Público, para alcanzar este objetivo, debe investigar también los hechos y circunstancias a favor de la persona investigada (art. 358 CPP It.)⁸⁹. En este sentido, la modalidad de sistema adversarial acogida por el proceso italiano difiere del modelo adversarial norteamericano, en el cual la investigación está encomendada a los cuerpos de Policía directamente⁹⁰, y la Fiscalía –*Public Prosecutor*–, como autoridad profesional de la acusación⁹¹, tiene un papel de tendencia incriminatoria, cuya presencia en el proceso adquiere relevancia con el ejercicio de la acción penal, tras haber realizado un primer juicio de acusación en base al material policial. El Ministerio Público italiano, por su parte, goza de amplia confianza por parte de la sociedad y tiene un deber de imparcialidad que le lleva, en principio, a dirigir una investigación neutral⁹² que puede acabar, en caso de que no existan suficientes indicios del delito, en el archivo del caso –*richiesta di archiviazione*–. Este archivo, del mismo modo que la solicitud de apertura del juicio oral, deberá ser convalidado por el Juez de la Audiencia preliminar –*Giudice dell’udienza preliminare*–.

⁸⁷ Si el Fiscal considera que procede la continuación del proceso, formula l'imputazione, mediante la *richiesta di rinvio a giudizio* (art. 417 CPP It), que se somete al control de otro Juez, el *Giudice dell’udienza preliminare*.

⁸⁸ Art. 347.2 CPP It.

⁸⁹ Art. 358.1. CPP It.: “Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.”

⁹⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, ob. cit., pág. 177.

⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd., “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, ob. cit., pág. 175.

⁹² El mismo modelo de Fiscal –*prosecutor*- imparcial es el que ha acogido el Código procesal de los Países Bajos, cuya fase de investigación también es dirigida en su totalidad por el Fiscal, con ciertas concesiones al Juez de Garantías en materia de derechos fundamentales. Vid. BRANTS-LANGERAAR, Chrisje, “Consensual Criminal Procedures: Plea and Confession Bargaining and Abbreviated Procedures to Simplify Criminal Procedure”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1 (May 2007), pág. 2: “This notion of the prosecutor as impartial and non-partisan is crucial to the understanding of Dutch proceedings and cannot be overstated. It not only underlies the very powerful position of the prosecution, it also reflects and reinforces the fundamental confidence in the state as a guardian of justice and due process that is such a salient feature of criminal process in the Netherlands.”

Como en el resto de ordenamientos citados, encontramos también en el sistema procesal italiano un segundo juicio de acusación, de carácter jurisdiccional, como presupuesto para la apertura del juicio oral, y que se encomienda al Juez de la Audiencia Preliminar - *Udienza preliminare*⁹³-, que es un Juez diferente del Juez que se encargará del enjuiciamiento. Para orientar esta valoración, la ley indica que el Juez debe optar por el sobreseimiento cuando los elementos adquiridos sean insuficientes, contradictorios o en todo caso inadecuados para sustentar la acusación en juicio (art. 425.3 CPP It). Por tanto, el juez valorará de nuevo la suficiencia incriminatoria de los resultados de la investigación y estimará la probabilidad de éxito de la acusación. Analizando esta cuestión, CALVO SANCHEZ⁹⁴, señala que “el Juez dispone la apertura del juicio sólo si está convencido de la existencia del hecho punible y la autoría del imputado, en caso contrario dicta sentencia de no haber lugar a proceder” (art. 425.1 CPP It.).

Tal como ha señalado la doctrina, pese a lo esfuerzos por estructurar un proceso adversarial, alejado de connotaciones inquisitivas, el proceso italiano conserva todavía algún resquicio de este sistema. En este sentido se destaca, principalmente, la posibilidad de que este Juez de la Audiencia Preliminar fuerce al Ministerio Público a ejercer la acusación si éste la había descartado, en atención a la solicitud de los perjudicados⁹⁵. Sin embargo, parece que pasa más desapercibido a este análisis el hecho de que el juicio oral se abre tras una valoración sobre la suficiencia de los indicios de criminalidad por parte de un Juez que, además, ha tenido encomendada, durante la investigación, la autorización y convalidación de ciertas medidas restrictivas de derechos fundamentales y de algunas medidas cautelares⁹⁶. El Juez que valora la viabilidad de la acusación no es el mismo Juez que enjuiciará los hechos, pero puede plantearse aquí el interrogante general acerca de si es óptimo para las garantías del proceso que la convalidación de la acusación sea una

⁹³ Arts. 416 y ss. CPP italiano.

⁹⁴ CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, “La reforma del proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, nº 17 (1990).

⁹⁵ Art. 410.1 CPP It.:” Con l’opposizione alla richiesta di archiviazione la persona offesa dal reato chiede la prosecuzione delle indagini preliminari indicando, a pena di inammissibilità, l’oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova.”

⁹⁶ Por ejemplo, las intervenciones telefónicas (arts. 267.1 CPP It) o la prisión preventiva (arts. 272 y ss CP It).

función jurisdiccional en cualquier momento anterior a la toma de postura del juez en la sentencia.

Por la enorme influencia que tuvo el *Code d'instruction criminelle* Napoleónico de 1808 en la configuración del sistema procesal español, Francia es el país que presenta más similitudes en esta fase con el ordenamiento español. Prevé una investigación a cargo de Ministerio Público –*l'enquête préliminaire*⁹⁷– cuyo objetivo es constatar y perseguir los delitos y que tiene lugar después de la primera indagación de los hechos a cargo de los cuerpos de Policía –*police judiciaire*–⁹⁸. Para ello, el Ministerio Público posee ciertas facultades como recibir denuncias, dirigir a la policía en ciertas investigaciones y supervisar la detención en sede policial⁹⁹. Fuera de esta investigación preliminar, que puede ser la única si se trata de contravenciones o delitos menos graves¹⁰⁰, el grueso de la etapa instructora en delitos graves recae en manos del Juez instructor¹⁰¹ quien, sin embargo, no puede instruir si no lo solicita previamente el Ministerio Público¹⁰² y debe atenerse, en su investigación, a aquellos extremos indicados por él. Por lo demás, observamos que la instrucción se dirige, tal como indica el art. 81 del CPP, a realizar todas aquellas actuaciones necesarias para el esclarecimiento de la verdad¹⁰³, con el fin de poner el asunto “en estado de ser juzgado”¹⁰⁴. Encontramos, por tanto, una gran similitud con la tradicional finalidad de esclarecimiento de los hechos como preparación del juicio oral de la instrucción española.

⁹⁷ Arts. 75 a 78 CPP.

⁹⁸ MARGUERY, Tony Paul, *Unity and diversity of the public prosecution services in Europe. A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems* (University of Groningen, 2008), pág. 82.

⁹⁹ BADIE, François, “El Ministerio Público francés”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº VI (2001), págs. 90 y ss.

¹⁰⁰ Cuando no se trata de un delito grave, si el Fiscal considera que hay méritos suficientes para seguir adelante con el caso, pero no es necesario mayor investigación, puede solicitar directamente la apertura del juicio. Lo puede hacer mediante la *citation directe*, la *comparution immédiate* o la *convocation par procès verbal*.

¹⁰¹ Art. 79 y ss. CPP; Se trata de *le juge d'instruction* con origen en el *Code d'instruction criminelle* Napoleónico (1808) en el que se inspiró el Juez de instrucción española.

¹⁰² Art. 80 CPP.

¹⁰³ Art. 175-2 CPP, en relación con la duración de la instrucción.

¹⁰⁴ LACOSTE, Gracieuse, “Sistema procesal francés”, en *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, nº 4 (2002).

Una vez finalizada la investigación, el juez de instrucción francés analizará si existen cargos contra la persona investigada que constituyan un delito y determinará su calificación, de modo que deberá extraer conclusiones acerca de los resultados incriminatorios de la indagación, con anterioridad a la acusación oficial por parte del Ministerio Público.¹⁰⁵ El juez instructor lleva a cabo esta valoración únicamente para decidir sobre la conclusión de la investigación y la continuación del procedimiento, pues la decisión de éste sobre el grado de fundamentación de la sospecha será también valorada, posteriormente, por una cámara independiente en vistas a decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral. Para ello, la *chambre de l'instruction* deberá analizar de nuevo si existen “cargos suficientes”¹⁰⁶ contra el imputado.

En el extremo opuesto, podemos situar la investigación criminal del proceso penal inglés, paradigma del sistema adversarial. En este sistema la fase de investigación no está considerada una parte del proceso, pues éste se inicia, propiamente, en cuanto se presenta la acusación que dará paso, eventualmente, al juicio oral. Todas las tareas de investigación previas a la formulación de la acusación se configuran como indagaciones con una tendencia de parte, orientadas a la formulación de la acusación. Las investigaciones están motivadas por el interés en la persecución criminal, en la medida en que éste implica el descubrimiento de los sospechosos y su efectiva persecución. Los países que acogen con más radicalidad este modelo, por tanto, no muestran un afán especial por regular un órgano de carácter imparcial e independiente que tenga atribuida la misión de velar por el desarrollo de una investigación neutral¹⁰⁷. Puesto que la investigación, mayormente policial, dará lugar simplemente a un relato de parte contenido en la acusación, se considera suficiente la defensa de los acusados mediante sus alegaciones en el juicio oral y en la práctica de la prueba, pues el proceso se concibe como un pleito entre dos partes con igualdad de armas. Cabe decir, sin embargo, que el apoyo institucional y policial con

¹⁰⁵ Art. 176 CPP.

¹⁰⁶ Art. 211 CPP.

¹⁰⁷ El *Code for Crown Prosecutors* (2018) p. 3.4 establece que las defensas pueden aportar elementos de descargo durante la investigación a los que los Fiscales pueden atender, pero que éstos atenderán, principalmente, al material aportado por la policía y otros investigadores. Texto disponible en: <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf>

el que cuenta la fase de investigación supone, en la práctica, una poderosa desigualdad entre los medios de la acusación y los medios de la defensa¹⁰⁸.

Así pues, en Inglaterra todo el poder sobre la investigación se concentra en la policía, que goza de independencia funcional y tiene atribuido un amplio margen de libertad acerca del momento y el modo de iniciar el proceso penal¹⁰⁹. En un primer momento, la investigación y posterior acusación estaba en manos de los ciudadanos, pero con el tiempo la policía llegó a asumir casi de forma hegemónica el derecho a perseguir¹¹⁰, puesto que resultaba demasiado costoso para los particulares.¹¹¹ Por tanto, era la propia policía que había llevado a cabo la investigación la que ejercía la acción penal¹¹². Sin embargo, este funcionamiento fue alterado en Inglaterra con la creación del *Crown Prosecution Service*, el órgano público que desde 1986 se encarga de ejercitar, en nombre de la Corona, la acción penal¹¹³. Aunque el *Crown Prosecution Service* tiene algunas facultades para orientar la investigación¹¹⁴ y puede instar a la policía a realizar ciertas diligencias complementarias, se encarga principalmente de ejercer el juicio de acusación y, por tanto, presenta una mayor desvinculación con la investigación que el fiscal alemán o italiano, que también podrán plantear la acusación.

A pesar de ser un sistema caracterizado por la discrecionalidad, en el sistema inglés el *Code for Crown Prosecutors* da una serie de orientaciones –más concretas que las de los

¹⁰⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo* (Ariel: Barcelona, 2000), pág. 40.

¹⁰⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2012), pág. 61.

¹¹⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *El poder de acusar...*, ob. cit., pág. 41.

¹¹¹ MORENO, Juan Damián, *La decisión de acusar: un estudio a la vez del sistema acusatorio inglés*, (Dykinson: Madrid, 2014) pág. 42.

¹¹² MARTIN, Jacqueline, *The English Legal System*, 8ª ed., (London: Hodder Education, 2016), pág.37.

¹¹³ Prosecution of Offences Act, 1985

¹¹⁴ *The Code for Crown Prosecutors* (2018) p. 3.2. “The police and other investigators are responsible for conducting inquiries into any alleged crime and for deciding how to deploy their resources. This includes decisions to start or continue an investigation and on the scope of the investigation. Prosecutors should advise the police and other investigators about possible reasonable lines of inquiry, evidential requirements, pre-charge procedures, disclosure management and the overall investigation strategy. This can include decisions to refine or narrow the scope of the criminal conduct and the number of suspects under investigation. Such advice assists the police and other investigators to complete the investigation within a reasonable period of time and to build the most effective prosecution case.”

ordenamientos vistos hasta el momento— para que los fiscales valoren, en primer lugar, cuándo es el momento de concluir la investigación y, en segundo lugar, si es oportuno plantear una acusación. Para ello, los fiscales deben realizar el *Full Code Test*¹¹⁵, y se deduce que el momento que se marca como propicio para realizar este examen será el que determinará la oportunidad de concluir la instrucción. En este sentido, el Código establece que este examen podrá realizarse cuando hayan sido perseguidas todas las líneas de investigación posibles o cuando se considere que la realización de más diligencias de investigación no aportará ningún elemento relevante para el juicio de acusación, ni de cargo ni de descargo¹¹⁶. La aplicación del *Full Code Test* implica que el Fiscal valore las posibilidades reales que tiene la acusación de obtener una sentencia de condena¹¹⁷ a través de los indicios que posee a la vista de la información que le ha proporcionado la policía - *realistic prospect of conviction*¹¹⁸.-

La fase de investigación del sistema inglés, por tanto, es aquella etapa en la que se realizan las indagaciones necesarias, por parte de la policía u otros investigadores privados, en atención a garantizar el planteamiento de la acusación. Ciertamente, al final de la etapa de investigación se realiza una valoración sobre la necesidad de apertura del juicio oral, pero la facultad de la policía para llevar a cabo la investigación libremente, así como la tendencia acusadora de los fiscales, nos permite afirmar que la etapa previa al juicio tiene una finalidad que se identifica con la fundamentación y refuerzo de la acusación. En segundo lugar, en relación con la suficiencia de la investigación y los límites a ésta, se detecta de nuevo una notable ambigüedad. Lo cierto es que los órganos investigadores pueden realizar todas aquellas actuaciones que consideren oportunas para esclarecer los hechos y fundamentar la culpabilidad de los sujetos. Además, por el interés que tienen en el éxito de la acusación, fácilmente sobrepasarán los límites de aquello que sería

¹¹⁵ Se trata de una breve sistematización del juicio de acusación.

¹¹⁶ *Code for Crown Prosecutors* p. 4.3: “The Full Code Test should be applied: a) when all outstanding reasonable lines of inquiry have been pursued; or b) prior to the investigation being completed, if the prosecutor is satisfied that any further evidence or material is unlikely to affect the application of the Full Code Test, whether in favour of or against a prosecution.”

¹¹⁷ *Code for Crown Prosecutors* p. 4.6. “Prosecutors must be satisfied that there is sufficient evidence to provide a realistic prospect of conviction against each suspect on each charge. They must consider what the defence case may be, and how it is likely to affect the prospects of conviction.”

¹¹⁸ MORENO, Juan Damián, *La decisión de acusar: un estudio a la vez del sistema acusatorio inglés*, (Dykinson: Madrid, 2014) pág.85.

imprescindible para plantear una hipótesis acusatoria y materializar verdaderamente el principio de igualdad en el plenario.

1.3 La naturaleza jurídica de la instrucción

1.3.1 Ejes principales de la discusión

La amplitud y flexibilidad de la fase previa al juicio oral, la distinta tipología de actos que pueden encajarse en ella y las consecuencias en diferentes órdenes que tienen estas actuaciones, han dificultado la delimitación de la naturaleza jurídica de la misma. Los países de matiz predominantemente adversarial¹¹⁹, en los que la fase de investigación se concibe como una etapa preprocesal y de parte, han asumido su naturaleza administrativa. Sin embargo, este análisis se ha complicado en los sistemas de Europa continental, en los que la etapa previa al juicio, por el interés público que subyace al ámbito criminal, está teñida del principio de oficialidad. La amplia discusión sobre este punto no está todavía resuelta en el ámbito español, en el cual encontramos diferentes puntos de vista que se agrupan, principalmente, en tres posturas: la que sostiene la naturaleza jurisdiccional¹²⁰, la que sostiene la naturaleza administrativa y la que predica su carácter mixto.

Se trata de una discusión que ha sido expuesta en numerosos estudios previos a éste, de modo que nos limitaremos a destacar los principales criterios que los autores que han abordado esta cuestión han utilizado para delimitar la naturaleza de la instrucción. Los elementos que han servido para esta categorización son, en líneas generales, la tipología de las actuaciones que se desarrollan en esta etapa, la naturaleza del órgano que está al mando y la relevancia de esta fase en el nivel probatorio, es decir, en el proceso decisorio en su conjunto.

¹¹⁹ Tomamos como ejemplos Reino Unido y Estados Unidos.

¹²⁰ A efectos de simplificar, los autores que se refieren a la naturaleza de la instrucción como *naturaleza procesal*, suscriben la teoría jurisdiccionalista.

1.3.1.1 La tipología de las actuaciones instructoras

Está claro que la fase de investigación tiene un carácter preparatorio en el conjunto del proceso, pero dentro de esta tarea o proceso de preparación se llevan a cabo actuaciones de diferente tipo. La mayoría de ellas son tareas de investigación, pero no constituyen la totalidad¹²¹. En ocasiones, las pesquisas se reducen al mínimo, puesto que los elementos del hecho ya están suficientemente esclarecidos al incoar el proceso. En estos casos, la fase previa al juicio tiene un contenido que incluye otro tipo de actos, más burocráticos, u otros como el aseguramiento de la prueba, la adopción de medidas cautelares o la emisión de juicios de valor sobre los indicios de criminalidad. En función del tipo de actuaciones que se tomen como referencia para definir la esencia de la fase de instrucción la doctrina se ha decantado por defender unas u otras posturas. En algunos casos, sucede también que no se lleva a cabo un discernimiento estricto acerca de cuáles son las actuaciones o tareas esenciales de la fase de investigación, de modo que todas ellas se valoran como contenido fundamental de esta etapa¹²². De este modo, la identificación en la fase de instrucción de decisiones con carácter jurisdiccional¹²³ otorgaría a la etapa de investigación un carácter también predominantemente jurisdiccional¹²⁴.

¹²¹ LATORRE LATORRE, Virgilio, *Acción popular, acción colectiva* (Ed. Civitas: Madrid, 2000), Págs. 177-178: “investigación e instrucción no son la misma cosa. La investigación puede ser preprocesal o intraprocésal, sin embargo la instrucción siempre es un acto jurisdiccional desarrollado en un procedimiento penal” (...) La investigación carece de todo valor de prueba”, mientras que centra el carácter instructorio en las “diversas medidas (v.gr. prisión provisional) que son patrimonio jurisdiccional, y otras suspensivas de derechos de las que se derivan resultados que con la asistencia del Secretario Judicial se convierten en auténticos medios de prueba (registros domiciliarios, intervenciones telefónicas, etc.)”.

¹²² LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...*, ob. cit., pág. 121: “A tal fin, aglutinaremos los diversos actos que se producen en la instrucción en torno a los siguientes ejes: los de imputación, los cautelares, los de investigación y los probatorios. De todos ellos cabe, en mayor o menor medida, predicar su carácter jurisdiccional.”

¹²³ Partimos de la visión de SERRA DOMÍNGUEZ sobre la jurisdicción como concepto que explica la actividad del juez, que es la determinación objetiva del derecho en un caso concreto. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Jurisdicción”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 20-62.

¹²⁴ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución, análisis del concepto...*, ob. cit., págs. 25 y ss. Defiende que los actos de investigación son accidentales en la etapa de instrucción, y que aquello verdaderamente esencial son las funciones puramente jurisdiccionales implícitas en la preparación del juicio.

DE LA OLIVA SANTOS¹²⁵, por ejemplo, destaca el gran protagonismo de los actos jurisdiccionales en la etapa previa, puesto que “el Juez juzga constantemente, subsumiendo hechos en normas jurídicas y extrayendo consecuencias legales”. El autor no limita estos actos a la decisión acerca de la suspensión o restricción de derechos fundamentales, sino que identifica esta etapa como un proceso con gran contenido decisorio, pues “la instrucción o sumario es una fase del proceso penal propiamente dicho, de naturaleza intrínsecamente jurisdiccional, donde se juzga y se adoptan trascendentales medidas cautelares”. Es por ello que el autor extrae la conclusión de que la dirección de esta fase procesal debe estar en manos de órganos jurisdiccionales¹²⁶. De un modo similar lo expresa ALFONSO RODRÍGUEZ¹²⁷, quien a pesar de reconocer la naturaleza administrativa de los actos de investigación, vincula la posibilidad de tomar decisiones limitativas de derechos fundamentales con la mutación de la naturaleza de esta fase investigadora, que pasa a ser jurisdiccional en el momento en que cesa la actividad autónoma policial. Según el autor, esto es así porque muchos de los actos que autoriza el Juez “implican desplegar una actividad valorativa y decisoria de carácter jurisdiccional.”

En el ámbito de las decisiones de entidad jurisdiccional que se toman en la fase de instrucción, más allá de las medidas cautelares o las limitativas de derechos fundamentales, los autores identifican también como definitivas para esta categorización aquellas que tienen un contenido valorativo acerca del nivel incriminatorio de los resultados de la investigación¹²⁸. Son las decisiones que actualmente permiten declarar la continuación del proceso o su terminación anticipada, ya sea por sobreseimiento o mediante figuras como la conformidad penal¹²⁹. En atención a este fenómeno, ARMENTA DEU¹³⁰ considera más convincente la postura sobre la naturaleza

¹²⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, *Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 65-66.

¹²⁶ *Ibíd.*, pág. 300.

¹²⁷ ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano J., “Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa”, *Revista de derecho UNED*, n° 25 (2019), pág. 174.

¹²⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro”, en *El juez de instrucción y el juez de garantías: posibles alternativas* (Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2002). El autor distingue la actividad de investigación de la actividad de instrucción, que sería más amplia.

¹²⁹ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., págs. 106-109.

¹³⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit

jurisdiccional de la instrucción “no sólo por la innegable función enjuiciadora de muchas de las decisiones que se adoptan a lo largo del proceso, sino, además, por la tendencia a prescindir de la fase de enjuiciamiento a través de mecanismos como la conformidad o de la admisión de hechos, supuestos en los que la condena se impondría esencialmente con arreglo a lo actuado sin garantía jurisdiccional.”

En la misma línea, GÓMEZ COLOMER¹³¹ indica que se puede resolver sobre la absolución o la condena no solo en el ámbito civil, sino también en el penal, cuando se suprime el juicio oral porque la parte acusada se conforma con la pena solicitada en la calificación provisional. Añade también que “cuando se sobresee libremente con efectos de cosa juzgada, también se actúa con base únicamente a diligencias sumariales, lo que sería inconcebible si el procedimiento preliminar no tuviera naturaleza jurisdiccional”.¹³² De hecho, algunos autores entienden que incluso la decisión sobre la incoación de un procedimiento implica una función judicial, puesto que se trata de una valoración sobre la verosimilitud de la *notitia criminis*.¹³³

En la postura que sostiene la naturaleza jurisdiccional de la instrucción, es posible detectar dos notas importantes. La primera de ellas es una interpretación y aplicación amplia del concepto de jurisdicción o acto jurisdiccional. En este sentido, puede terminar por confundirse el ejercicio de la jurisdicción como determinación del derecho con cualquier otra actividad o decisión que implique un juicio acorde a derecho, y todavía más cuando es tomada por un órgano judicial. En segundo lugar, se vincula el carácter jurisdiccional de una actividad con su validez para ser utilizada como fundamento en la determinación de los hechos. Es por este motivo que suele hacerse necesario predicar la jurisdiccionalidad de la fase de instrucción para validar la posibilidad de que pueda emitirse una condena únicamente en base al material de la instrucción, evitando el juicio oral. Debe puntualizarse que, en todo caso, será jurisdiccional el acto que materialice la

¹³¹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, pág. 123.

¹³² La misma postura encontramos en MARTÍN y MARTÍN, José Antonio, “*La Instrucción penal*”, págs. 80 y ss: “...puede derivarse de ella la eficacia de cosa juzgada mediante el sobreseimiento libre y hasta la ausencia de debate y el pronunciamiento de sentencia condenatoria ante la conformidad, claro nos parece sustentar la naturaleza procesal”.

¹³³ POLO RODRÍGUEZ, José Javier, “*La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales*”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Ministerio de Justicia (1998), pág. 22.

condena, pero resulta difícil ver los motivos por los cuales este acto podría impregnar de naturaleza jurisdiccional toda la actividad desarrollada hasta el momento. Al fin y al cabo, las instrucciones se llevan a cabo sin conocer si posteriormente el proceso terminará con un acto de conformidad, de modo que difícilmente este proceso y otro en el que se exija la práctica de un juicio con todas las garantías probatorias presentarán una configuración diferente de la fase previa en lo que respecta a la investigación de los hechos.

Por parte de quienes defienden la naturaleza administrativa de la instrucción¹³⁴, que es la postura minoritaria, la tarea esencial de la fase previa al juicio oral consiste en la investigación, es decir, en aquellos actos dirigidos al esclarecimiento de la *notitia criminis*; aunque puedan existir, de forma complementaria, otras actuaciones en este estadio procesal. Cabe decir, en atención a lo visto en el derecho comparado, que esta concepción de la investigación como elemento esencial de la instrucción es la que más se acerca al núcleo compartido de los diferentes sistemas y ordenamientos. Para estos autores, el hecho de que un juez tome ciertas decisiones limitativas de derechos fundamentales o que esta etapa sea parte formalmente del proceso y tenga carácter oficial, no impide su diferenciación en relación con la fase del juicio oral, también en cuanto a su naturaleza¹³⁵.

NIEVA FENOLL¹³⁶, que identifica la labor esencial de la instrucción como una gestión de datos, expresa que “la tarea desempeñada en la instrucción, teniendo en cuenta que la realiza un organismo público y consiste fundamentalmente en la recolección de vestigios, forzosamente tiene que ser administrativa.” El autor no desconoce que existen otras actuaciones en la instrucción, aunque considera que ello no afecta a la esencia de la labor desempeñada, pues “se trata de una labor de gestión técnico-jurídica de datos, que no tiene ningún contenido de naturaleza jurisdiccional, salvo quizás el cautelar.” Aun así,

¹³⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal* (Ariel: Barcelona, 1969); VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Curso de Derecho procesal penal*, 4º edición, tomo II, (Madrid, 1974); NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal III: proceso penal*, ob. cit.; GARCÍA VALDÉS, Rafael, *Derecho procesal criminal*, (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1940).

¹³⁵ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, *Curso de Derecho procesal penal*, 4º edición, tomo II, (Madrid, 1974), pág. 22: “Las características de la instrucción preliminar española confieren a éste un carácter predominante administrativo aun cuando esté encomendada la instrucción a un órgano judicial”.

¹³⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 177.

destaca que el contenido cautelar no podría modificar la calificación de la actividad instructora, ya que “se trata de un aspecto complementario y en todo caso contingente, puesto que existen instrucciones en las que no se desarrolla actividad cautelar alguna.”¹³⁷

Algunos autores que sostienen la naturaleza administrativa de la etapa instructora la identifican con un estadio *preprocesal*, porque las actuaciones de las que consta se dirigen a la preparación del proceso de partes, que sería el proceso propiamente¹³⁸. De este modo, GARCÍA VALDÉS indica que “dados los caracteres que el sumario reviste en la generalidad de las legislaciones, no hay en él verdadera relación jurídica procesal, porque las personas entre las que la instrucción se desenvuelve no pueden ser consideradas en manera alguna como sujetos de dicha relación (...) el sumario constituye una etapa *preprocesal*, de policía.”¹³⁹ Sin embargo, esto puede aplicarse únicamente a los ordenamientos de corte adversarial que mantienen la exclusión procesal de la etapa previa. En los países con un sistema acusatorio mixto, como el español, el francés o el alemán, no puede negarse que la etapa de investigación previa al juicio es una parte del proceso criminal. En realidad, siguiendo la lógica de estos autores, el hecho de que estas actuaciones se produzcan en una etapa previa al proceso o se incluyan en éste no altera, en atención al contenido, su carácter administrativo. Defendiendo esta postura, SERRA DOMÍNGUEZ¹⁴⁰ admite que “el sumario es ciertamente un proceso, en cuanto sometido a normas de procedimiento y en cuanto serie de actos de un órgano estatal; pero no un proceso jurisdiccional”.

1.3.1.2 El órgano encargado de la dirección de la instrucción

Un segundo criterio muy utilizado para justificar uno u otro tipo de naturaleza procesal es el tipo de órgano al que se encomienda la dirección de la fase de instrucción. De este modo, si ésta recae en manos de órganos puramente administrativos, como la policía o el

¹³⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal III: proceso penal*, ob. cit., pág. 176.

¹³⁸ VIADA, Carlos, *Curso de derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 3 y ss.

¹³⁹ GARCÍA VALDÉS, Rafael, *Derecho procesal criminal*, págs. 10-11, citado en PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución, análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, pág. 24.

¹⁴⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal* (Ariel: Barcelona, 1969), pág. 765.

Ministerio Público, podrá predicarse de ella la naturaleza administrativa, mientras que, si en la fase de instrucción intervienen órganos judiciales, ésta adquirirá naturaleza jurisdiccional. Se trata de un criterio usado principalmente por aquellos que defienden las teorías jurisdiccionalistas o la teoría mixta¹⁴¹, puesto que los que predicen la naturaleza administrativa de la instrucción relativizan la importancia que tiene el órgano director en cuanto a la determinación de este aspecto, llegando a afirmar que resulta incongruente otorgar una u otra naturaleza jurídica a un acto idéntico únicamente en razón del órgano que la realiza¹⁴².

Por la diversidad de modelos orgánicos, este criterio sería poco útil si quisiera alcanzarse un entendimiento de la fase de instrucción de carácter más global, prescindiendo de las idiosincrasias de cada país. Así, VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER no tiene más opción que señalar que la naturaleza jurídica “depende de la estructura que la misma recibe en los diferentes ordenamientos jurídicos, de tal manera que si está encomendada a un órgano distinto del judicial no podrá hablarse de su naturaleza procesal”.¹⁴³ Aquellos que sostienen que en el ordenamiento español la instrucción tiene naturaleza jurisdiccional, se dividen a su vez entre los que consideran oportuno que la instrucción quede en manos del juez instructor y los que piensan que es posible atribuirla al Ministerio Fiscal. Para estos últimos, el cambio no supondría un cambio en la naturaleza jurídica, puesto que seguiría existiendo en esta etapa la necesidad de tomar decisiones de carácter jurisdiccional, que deberían ser resueltas por un órgano judicial. La presencia de éste en el proceso seguiría siendo determinante para predicar la nota jurisdiccional de la instrucción.

¹⁴¹ La teoría mixta defiende que la instrucción no tiene naturaleza completamente administrativa ni naturaleza completamente jurisdiccional. Sostiene que la naturaleza de ésta depende del tipo de actos que se realizan, de modo que su naturaleza puede variar en función de la situación y del acto concreto que se lleve a cabo.

¹⁴² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudio de derecho procesal*, ob. cit., pág. 765: “Resulta totalmente incongruente que una misma actuación, con un mismo contenido y con idénticos efectos, como una diligencia sumarial, cambie de naturaleza jurídica según sea efectuada por unos u otros órganos, si lo efectúa la Policía una actuación tiene carácter administrativo y si es el juez quien la realiza tiene carácter jurisdiccional.”

¹⁴³ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, *Curso de Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 21-22.

En España, pese a las sucesivas propuestas de reforma con la intención de trasladar la instrucción a la Fiscalía, ésta sigue estando bajo la dirección del juez instructor. Resulta interesante, sin embargo, profundizar en la realidad de esta atribución pues, aunque formalmente sea así, el uso forense indica que en la práctica los cuerpos policiales tienen un papel fundamental en esta etapa¹⁴⁴, siguiendo la tendencia de otros ordenamientos del entorno europeo¹⁴⁵. De hecho, RAMOS MÉNDEZ, defensor de la naturaleza jurisdiccional, señala que el aumento de poderes policiales está atribuyendo una inapropiada naturaleza administrativa a la instrucción. El citado autor denuncia que “se ha atribuido un mayor protagonismo a la Policía Judicial, cuando no se le ha asignado prácticamente la instrucción en bloque (...) Hasta ahora estaba claro que la Policía se movía en una esfera de actuación administrativa y no jurisdiccional. Con la encomienda, se ha degradado la instrucción al ámbito administrativo.”¹⁴⁶

1.3.1.3 El grado de conexión de la instrucción con el proceso decisorio

Durante el período histórico marcado por la vigencia del sistema inquisitivo, las diligencias sumariales cobraron una importancia decisiva en el proceso, pues con base en ellas los jueces formulaban la acusación y también con fundamento en ellas solía dictarse la sentencia. Es por este motivo, que los jueces o fiscales buscaban desesperadamente la confesión del reo en esta fase previa, aunque tuviera que llegarse a ella por medios como la tortura o la extorsión. Para evitar esta práctica y devolver al proceso su centro nuclear, que se encontraba en la práctica probatoria del juicio, se extendió el mandato de prescindir de las diligencias indagatorias en el acto de enjuiciamiento, pues además de no haberse practicado con todas las garantías propias de la actividad probatoria, se dificultaba al acusado su refutación, y podían contener vicios derivados de la parcialidad de la

¹⁴⁴ ASENCIO MELLADO, José María “La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación”, ob. cit., pág. 29.

¹⁴⁵ BRANTS-LANGERAAR, Chrisje, “Consensual criminal procedures: plea and confession bargaining and abbreviated procedures to simplify criminal procedure”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n°1 (May, 2007), pág. 5: “It is the police who do the actual investigative work and in this they are fairly independent, although formally under the supervision of the prosecutor.”

¹⁴⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Barcelona: Atelier, 2014), págs. 34-35.

investigación¹⁴⁷. A pesar de ello, se evidenció la imposibilidad de prescindir totalmente del material instructorio, así como la necesidad de anticipar la práctica de la prueba en algunos casos excepcionales¹⁴⁸. Para evitar los defectos mencionados y no restar garantías de defensa al reo¹⁴⁹, los actos de este tipo que tienen lugar en la fase de instrucción cuentan con la garantía de la jurisdiccionalidad, que se entiende, en este contexto, como la práctica de la prueba en presencia de la autoridad judicial.

Algunos autores tienen en cuenta la naturaleza de estos actos de prueba anticipada y preconstituida en la fase de investigación para determinar la naturaleza jurídica de ésta¹⁵⁰. Tal como destaca MONTERO AROCA¹⁵¹, para preparar el juicio en la fase de instrucción no se realizan solamente actos de investigación, sino también “actos de prueba anticipada o que pueden llegar a convertirse en medios de prueba por su lectura en el juicio oral”. Incluso algunos autores que predicán la naturaleza predominantemente administrativa de la fase de instrucción preliminar, exceptúan aquellas actuaciones que “por su irrepetibilidad en el acto del juicio oral han de realizarse teniendo en cuenta la estructura del contradictorio.”¹⁵² Estos autores hacen una diferenciación entre los actos de investigación y los actos propiamente instructorios, siendo éstos últimos los de naturaleza

¹⁴⁷ EGENER, LÖSEL y HAISCH (comps.), *Criminal behaviour and the Justice System*, New York, 1989, págs. 181 y ss. citado en SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, ob. cit., pág. 190: “Lo que ha sido reconocido intuitivamente por los grandes teóricos del proceso penal angloamericano, puede ser actualmente explicado en un marco de referencia psicológico y comprobado experimentalmente, esto es, el denominado mecanismo de la propia confirmación de hipótesis o “efecto de la inercia”. De acuerdo con este mecanismo, al realizar los actos de investigación, la hipótesis de partida conduce automáticamente a una distorsión de la valoración de la prueba en dirección a esa hipótesis, de modo que investigaciones unilaterales, secretas y sin control del adversario no conducen en principio a una averiguación de la verdad a reconocer por todos, sino sólo a un perfil incriminatorio caracterizado por su parcialidad conforme a la hipótesis”.

¹⁴⁸ En el ordenamiento italiano, los arts. 392 a 404 del *Codice di Procedura Penale* regulan una figura análoga a la prueba anticipada española, el *incidente probatorio*.

¹⁴⁹ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, (Tirant Lo Blanch, Valencia: 2008), pág. 98.

¹⁵⁰ LATORRE LATORRE, Virgilio. “*Acción popular, acción colectiva*”. Ed. Civitas. Madrid. 2000. Págs. 177-178; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. “*Derecho procesal penal*”. Ed. S.N. (Artes Gráficas). Madrid. 1987. Pág. 142.

¹⁵¹ MONTERO AROCA, Juan, “Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral”, *Revista Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 1 (2007), pág. 58.

¹⁵² VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Curso de Derecho procesal penal*, 4º edición, tomo II, (Madrid, 1974), pág. 22.

jurisdiccional. También la postura que defiende la naturaleza mixta de la instrucción atiende justamente al carácter jurisdiccional de los actos probatorios y su diferencia en relación con los actos de investigación para señalar que no es posible atribuir a la instrucción una u otra naturaleza jurídica¹⁵³.

Quienes atribuyen naturaleza administrativa a la instrucción, entienden que esta concepción justifica, con mayor motivo, la inutilidad probatoria de la investigación. A la vez, consideran que esta inutilidad se vería reforzada en la práctica si efectivamente se configurara la fase de investigación como una etapa eminentemente administrativa, pues no habría margen para la confusión. Por tanto, la naturaleza administrativa de la fase previa al juicio actuaría como garantía para aislar con mayor efectividad las tareas de investigación de la etapa probatoria¹⁵⁴.

Vale la pena hacer dos consideraciones en atención a este criterio antes de cerrar el epígrafe. En primer lugar, si se suscribe una concepción funcional de acto jurisdiccional, es decir, si para atribuir una determinada naturaleza jurídica a un acto lo hacemos en función del *qué* y del *cómo* de la decisión en lugar del *quién*, podría llegar a cuestionarse, incluso, la naturaleza jurisdiccional de los actos de prueba anticipada que tienen lugar en la instrucción. Podemos constatar cómo, a lo largo del proceso, que sea un juez quien realiza un acto es condición *sine qua non* para que el acto sea jurisdiccional, pero no es determinante para ello. Al fin y al cabo, lo que permite la presencia judicial en un interrogatorio es la reconstrucción del escenario garantista en el que esa prueba se llevaría a cabo si se practicara en el juicio oral. Sin embargo, este acto carece de un elemento esencial: el enjuiciamiento. Cuando el juez instructor presencia un acto de prueba anticipada, genera ese acto válidamente para que pueda ser valorado en el juicio oral por el tribunal competente. No será el juez instructor quien valore y juzgue los resultados de esa prueba –o no debería serlo–, ni quien les atribuya un peso concreto en la posterior sentencia. sino que únicamente permite que ésta germine como prueba válida para el proceso. En segundo lugar, si se admitiera la naturaleza jurisdiccional de estos actos, que por el momento es la postura mayoritaria, plantea dudas el hecho de que las actuaciones que se describen precisamente como actuaciones excepcionales y que contradicen la regla

¹⁵³ *Ibíd.*, págs. 243, 244; PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El Proceso de Persecución...* ob. cit., pág. 155.

¹⁵⁴

de la inutilidad probatoria de la instrucción, sean tenidas en cuenta para valorar la naturaleza de la fase preparatoria. Como consecuencia de lo anterior, tal vez sería más acorde con la actual configuración del proceso entender que estos actos de prueba anticipada son actos propios del juicio oral, que se generan en una fase previa por razones de urgencia y necesidad, pero que son, en esencia, extraños a la esencia de ésta.

1.3.2 La ausencia de modelos puros y la pluralidad de modelos aceptables

La evolución de los modelos procesales en los diferentes ordenamientos de occidente ha dejado a la vista la gran diversidad de modelos aceptables bajo los estándares actuales del justo proceso –*due process of law*¹⁵⁵-. Para entender la evolución histórica e identificar los elementos clave de los diferentes sistemas, fue necesario y de gran utilidad categorizar los mismos bajo los conceptos de sistema acusatorio, sistema inquisitivo y sistema adversarial. Como ha puesto de relieve la doctrina¹⁵⁶, con una claridad que era más que necesaria, la contraposición verdadera se encuentra entre el sistema inquisitivo¹⁵⁷, en el

¹⁵⁵ El *due process of law* es un concepto polifacético, que no es propio del derecho penal, sino que nació en el sistema anglosajón para el derecho civil, penal y administrativo, como principio regulador entre los derechos individuales y las actuaciones de la Administración de Justicia. Ha tenido un mayor desarrollo en el sistema norteamericano, donde se acogió para significar la fundamental protección de la libertad individual, pero tiene su origen en la Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215, apartado 39. Vid. ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido* (J.M Bosch: Barcelona, 1995), pág. 90. El autor presenta la institución en una primera acepción, que tilda de obvia, como “aquel proceso que es debido -entendido como derecho subjetivo – cuando los poderes de la administración se movilizan con el objetivo de privar a un individuo de su vida, libertad o propiedad.” (Definición sustraída de SPRINGER E. CH. Justice of the Supreme Court of Nevada, “Sistema Jurídico Anglosajón”).

¹⁵⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2012); ASECIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid: Trivium, 1991); BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan "La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio." *Justicia*, nº 3-4 (2012), pp. 121-132; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, ‘Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica’, *Revista del Poder Judicial*, nº extra 19 (2006), pp. 25-77; y del mismo autor “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, *Revista Penal*, nº 20 (2007); JIMENO BULNES, Mar, “El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia*, nº 2 (2013), pp. 207-310; MONTERO AROCA, Juan, ‘El principio acusatorio entendido como eslogan político’, *Revista brasileira de direito processual penal*, nº 1 (2015), pp. 66–87; ILLUMINATI, Giulio, ‘El sistema acusatorio en Italia’, en AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios* (Madrid: Marcial Pons, 2008);

¹⁵⁷ Tiene su origen en el procedimiento instituido en el siglo XIV por el Papa Inocencio III, que traspasó las fronteras del derecho canónico y se fue extendiendo en Europa. Sin embargo, sus elementos esenciales desaparecieron progresivamente y, como indica ARMENTA DEU en *Sistemas procesales penales: La*

cual existía una identificación entre el órgano acusador y el órgano enjuiciador, y el sistema acusatorio, que requiere la existencia de una acusación proveniente de un órgano diferente al órgano encargado del enjuiciamiento –*Nemo iudex sine actore, Wo kein Klager, da Kein Richter*–. Como consecuencia de ello, todas las variantes de ambos modelos, especialmente del modelo acusatorio, que se ha impuesto como el único que configura un proceso verdaderamente¹⁵⁸, son modelos que difieren entre ellos en atención a otras variables diferentes a esta variable central¹⁵⁹. Por ello, tanto de los modelos acusatorios mixtos de Europa continental como de los modelos adversariales de los países de tendencia anglosajona puede predicarse su encaje en el sistema acusatorio y, por tanto, su oposición al inquisitivo.

Superada la fase de transición al sistema acusatorio, ha sido necesario abordar la construcción de un modelo justo y el análisis de su aceptabilidad democrática teniendo en cuenta otros factores¹⁶⁰ como la sólida imparcialidad de los órganos judiciales, la contradicción, el derecho de defensa y de audiencia, el derecho de información o la efectiva materialización del derecho a la presunción de inocencia¹⁶¹. Así pues, incluso a pesar de que nuestro propio Tribunal Constitucional haya acoplado diferentes exigencias

justicia penal en Europa y América, ob. cit., no puede encontrarse actualmente un proceso con esas características en los ordenamientos de la Europa continental.

¹⁵⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, ob. cit., pág. 79: “Pero esto debe ocurrir hoy en todos los países libres. Si esto es así, y creo que lo es, y si estoy pensando en idéntico discurso respecto a mi país, estoy imaginando un sistema «adversarial», esto es, un sistema acusatorio, el único admisible para que insertado en él su proceso penal pueda ser calificado como tal, con el fin en definitiva que sea el propio de un Estado de Derecho.”; MONTERO AROCA, Juan, ‘El principio acusatorio entendido como eslogan político’, ob. cit., pág. 70: “no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es extraprocesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro es procesal, esto es, en el que el único medio para aplicar ese Derecho es el proceso.”

¹⁵⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., págs. 41 y ss.

¹⁶⁰ AMODIO, Ennio, "The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy," *American Journal of Comparative Law* 52, n.º. 2 (Spring 2004), pág. 497; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, "La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio", ob. cit., pág. 128.

¹⁶¹ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, “Contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento y de juicio en el proceso penal actual, tras la directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 50 (enero 2020), págs. 5 y ss.

del proceso al referido principio acusatorio¹⁶², éstas no son consecuencias directas de este principio, sino que responden a la necesidad de un proceso que se adapte, de la manera más fiel, a los principios y derechos constitucionales¹⁶³.

Esta ausencia de modelos puros que ha quedado patente en el estudio del derecho comparado¹⁶⁴ tiene una aplicación evidente en la articulación de la fase de investigación del proceso penal. Por el momento, la discusión acerca de la definición y de la naturaleza jurídica de ésta es el reflejo de que los sistemas de base acusatoria -incluyendo los adversariales- que han incorporado todo el acervo de derechos proveniente de textos supranacionales como el CEDH¹⁶⁵, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁶ u otras directivas europeas de contenido procesal¹⁶⁷, gozan de un amplio margen para articular esta fase previa tanto a nivel orgánico como funcional. Sin embargo,

¹⁶² SSTC 38/2003, de 27 de febrero; 197/2004, de 15 de noviembre; y 170/2006, de 5 de junio sobre el principio de presunción de inocencia; SSTC 36/1996, de 11 de marzo; 225/1997, de 15 de diciembre; sobre el principio de contradicción; STC 11/1992, de 27 de enero; sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁶³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis “hacia una nueva Ley...” ob. cit., pág. 85: “(...) nuestro Tribunal Constitucional, que ha confundido lamentablemente sistema acusatorio con principio acusatorio y, más en concreto, principio acusatorio con principio de contradicción, con principio de defensa, e incluso con principio de igualdad, entre otros.”

¹⁶⁴ PIZZI, William T., “The American Adversary System”, *West Virginia Law Review*, Vol. 100, nº 4 (Summer 1998), pág. 852; DAMASKA, MIRJAN, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal* (Ed. Jurídica de Chile, 2000); BRANTS-LANGERAAR, Chrisje, “Consensual Criminal Procedures...”, ob. cit: “In the theory of comparative studies, it is commonplace to note that (nowadays) there is no such thing as purely inquisitorial or purely adversarial criminal procedure, and that even systems that belong to the same ‘family’ may differ considerably”.

¹⁶⁵ Contenido recogido principalmente en el art. 6 CEDH.

¹⁶⁶ Arts. 14 y 15 recogen derechos relativos al proceso y a la administración de Justicia: derecho de defensa, de audiencia, a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 14.1), a la presunción de inocencia (14.2), derechos relacionados con el desarrollo del proceso con todas las garantías (art.14.3) y derecho al recurso (art. 14.5)

¹⁶⁷ Directiva (UE) 2016/800 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; entre las más significativas.

lo cierto es que en España y en el resto de ordenamientos siguen alzándose voces acerca de los arrastres inquisitivos del proceso, la falta de imparcialidad de algunas decisiones judiciales, la inadecuada valoración de los materiales de la investigación y la desigualdad de armas que genera la actual configuración de la instrucción¹⁶⁸. Por ello, dejando de lado la obvia aceptabilidad del modelo, es interesante llamar a un estudio multidisciplinar acerca del modo en que la etapa previa al juicio oral puede seguir optimizándose.

En definitiva, el ideal del modelo acusatorio, entendido como la necesidad de una acusación y la distanciamiento de la fase de investigación y del juicio oral en cuanto al órgano encargado de ello¹⁶⁹, ha sido ya ampliamente alcanzado tanto por el modelo procesal español como por todos los ordenamientos que encontramos en el entorno, sea cual sea la configuración y el entendimiento de su etapa previa. La optimización del proceso solamente puede seguir avanzando mediante la profundización en los motivos que subyacen la persecución de tal configuración procesal¹⁷⁰. Es necesario, pues, analizar los elementos que hacen del proceso un instrumento adecuado, que materialice del modo

¹⁶⁸ ALBRECHT, Hans-Jörg, “Criminal prosecution: developments, trends and open questions in the Federal Republic of Germany”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2000); BLOM, Martine; SMIT, Paul, “The Prosecution Service Function within the Dutch Criminal Justice System”, en JEHLE, Jörg Martin; WADE, Marianne (Eds.), *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe* (Springer: Berlin, 2006); DAVIS, Angela J., “The American Prosecutor: Independence, Power, and the Threat of Tyranny”, *Iowa Law Review*, nº 86 (2001), 395–465; NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. I (2019), pp. 1-18; LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*”, *Revista Diario La Ley*, nº 8086, 7 de mayo de 2013; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. “Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 1 (2007), pp. 98-123.

¹⁶⁹ Promovido, tras la revolución francesa por las ideas de la ilustración sobre los códigos Napoleónicos. Vid. ARMENTA DEU en *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., pág. 25.

¹⁷⁰ PIZZI, William T., “The American Adversary System”, *West Virginia Law Review*, Vol. 100, nº 4 (1998), pág. 852: “I think it is time to put aside the labels and the slogans that dominate our descriptions of our system: that “we have an adversary system”; that “we don’t trust strong government officials”; that “judges must be detached and neutral referees”; that “juries protect us from the power of the government”; and so on. Instead, we need to look at what we actually have and what we actually do in our system. Comparative study is a way of cutting through these labels and slogans to help us see our system more clearly”.

más garantista la ponderación entre los derechos individuales de las personas y los intereses colectivos de la búsqueda de la verdad y la realización del derecho penal estatal.

2. NUEVAS FINALIDADES DE LA FASE PREVIA A LA LUZ DE LAS TENDENCIAS CONTEMPORANEAS

2.1 La terminación anticipada de los procesos

La fase de investigación del proceso penal ha estado y sigue estando tradicionalmente vinculada a la preparación del juicio oral o a la consecución de los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Sin embargo, esta conceptualización doctrinal dista cada vez más de las tendencias actuales en cuanto a las funciones de la fase previa al juicio oral. De este modo, puede percibirse que en la mayoría de ordenamientos del entorno europeo ha aumentado enormemente el número de casos penales que son resueltos en fases previas al plenario.¹⁷¹ Esta tendencia está fundamentalmente marcada por la realidad de una administración de Justicia colapsada¹⁷² y por la necesidad de agilizar el proceso penal constatable en la mayoría de los países mencionados. A nivel europeo, el Consejo de Europa ha reconocido explícitamente las ventajas de las figuras de negociación en el proceso¹⁷³. Es por ello que, con el objetivo de reducir la lentitud de los procedimientos y el desgaste de los diferentes sistemas legales, la *Recomendación n° R (87) 18 de simplificación de la justicia penal* de 1987¹⁷⁴ estuvo orientada a fomentar

¹⁷¹ CORSTENS, Geert, J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht* (Deventer: Kluwer 2008), págs. 11–12: “of the total of approximately 257,000 court cases disposed of in 2007, about 40% were disposed of by the Public Prosecution Service, for example through settlement penalties and conditional dismissals”, citado en KOOIJMANS, Tijs, “The extrajudicial disposal of criminal cases”, en *The reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective* (Nijhoff Publishers: Leiden, 2012).

¹⁷² JEHLE, Jörg Martin; WADE, Martine, *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe*, ob. cit

¹⁷³ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2245 (2018), 12 de octubre 2018.

¹⁷⁴ El legislador español hizo referencia explícitamente a esta Recomendación en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/1988: “Se introduce la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves, bajo condiciones que garantizan no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su Abogado defensor, sino también el derecho de recurrir en anulación contra la sentencia dictada. Se pretende así evitar dilaciones inútiles (...) siguiendo una tendencia que se observa en el Derecho

que en los estados miembros se codificaran mecanismos destinados a impulsar la negociación entre las partes, como los acuerdos extrajudiciales y otras figuras de consenso.¹⁷⁵

La ineficiencia del sistema judicial ha generado, pues, la necesidad de buscar modos alternativos de resolución de los litigios criminales, de los cuales interesa destacar la expansión de procedimientos de terminación anticipada, con la finalidad de evitar la apertura de juicios orales.¹⁷⁶ En países como Holanda¹⁷⁷, Francia¹⁷⁸ o Alemania¹⁷⁹, los órganos de persecución de los delitos gozan de cierta discrecionalidad, algunos actuando bajo el principio de oportunidad; de modo que consideraciones relacionadas con el interés público, la edad, circunstancias del supuesto delincuente o la gravedad del delito pueden fundamentar la decisión de no persecución en determinados casos¹⁸⁰. Por otro lado, existen en la mayoría de países procedimientos simplificados para la resolución de delitos leves que se caracterizan por una investigación sumarial, principalmente policial con supervisión de los fiscales, y la terminación del proceso mediante la imposición de determinadas sanciones, que en general no suponen privación de libertad de larga duración.

Estos mecanismos se diferencian de la simple decisión de no acusar que pueden tomar los órganos acusadores por entender que no existen indicios suficientes para ello. Tanto en la terminación anticipada mediante una pena impuesta sin juicio oral como en la decisión de no investigar o no ejercer la acción penal por criterios de oportunidad, el

comparado y las orientaciones de la Resolución número 75(11) y de la Recomendación número R(87)18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa”.

¹⁷⁵ DELLA TORRE, Jacopo, “Negotiated Criminal Justice and EU Directives on Procedural Rights”, *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, nº 27 (2019) pág. 164.

¹⁷⁶ TAK, Peter .J.P, “Methods of Diversion Used by the Prosecution Services in the Netherlands and Other Western European Countries”, *Resource Material Series*, nº 74 (2008), pp. 55 y ss.

¹⁷⁷ VAN DE BUNT, Henk, VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, *Crime and Justice*, vol. 41, no. 1 (2012), pp. 117–140.

¹⁷⁸ HODGSON, J., *French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France* (2005), págs. 73 y ss.

¹⁷⁹ ALBRECHT, Hans-Jörg, ‘Criminal prosecution: developments, trends and open questions in the Federal Republic of Germany’ *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, (2000)

¹⁸⁰ Véase TAK, Peter. *The legal scope of non-prosecution in Europe*. (Helsinki: Institute for Crime Prevention and Control).

grado de convencimiento del órgano encargado de la acusación en cuanto a la virtualidad delictiva de los hechos sería suficiente para plantear la acusación y abrir el juicio oral. Por tanto, estas figuras se distinguen del simple y lógico archivo o sobreseimiento, que está alineado con la tradicional concepción de la fase de investigación, y se produce ante la imposibilidad de presentar una acusación razonable. Veamos pues, brevemente, la introducción y expansión de estos mecanismos en los actuales modelos procesales occidentales.

2.1.1 *El paradigma del bargaining norteamericano*

El paradigma de este fenómeno lo encontramos por excelencia en el modelo norteamericano, en el cual la teoría adversativa y la preminencia del juicio oral contrastan bruscamente con la realidad de la práctica judicial. En un primer momento, el procedimiento penal norteamericano representaba un mayor desarrollo del procedimiento de partes tomado de la época germánica y originario de Inglaterra, en el cual la víctima o su familia acusaba al autor ante los tribunales del rey¹⁸¹. En el desarrollo de este modelo, se fue profesionalizando la figura del fiscal como órgano de la acusación, que estaba, a su vez, enfrentado al acusado y su defensor en una contienda que se desarrollaba bajo el principio de igualdad y ante un tribunal imparcial. El tribunal que tiene la competencia de la decisión sobre la condena está formado por el Jurado, que resuelve después de observar el debate como un mero espectador.

Con todo ello, la evidente imposibilidad de resolver la totalidad de los casos penales mediante un sistema en el que un Gran Jurado debe decidir sobre la viabilidad de todas las acusaciones, ha ido conduciendo hacia una mayor privatización en la resolución del conflicto. La amplia aceptación de este fenómeno ha sido posible, a su vez, por la visión adversarial propia del sistema, que tiene anudada la convicción de que tanto la Fiscalía como el acusado son partes autónomas, libres e iguales entre ellas, y pueden, por tanto, renunciar por propia voluntad a los derechos y garantías que les ofrece el sistema estatal de resolución de los conflictos. Se han implantado, de este modo, herramientas de negociación, y el mecanismo del *bargaining* se ha convertido en la auténtica y habitual

¹⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 175.

forma de resolver los casos criminales. Como destaca ARMENTA DEU, el modelo de juicio oral adversarial se aplica a menos de un dos por ciento de la criminalidad en este país, lo que significa que “la mirada hacia el paradigma adversativo se centra en poco más que una ilusión en su propio país de origen”¹⁸². Como es lógico, en la resolución de los conflictos mediante estos mecanismos no hay más base indiciaria que la obtenida durante la previa fase de investigación, que se configura, a su vez, como una etapa de indagación teñida de intereses subjetivos. La Fiscalía está orientada a fundamentar la acusación y cuenta, fuera de los casos en que los acusados poseen extraordinarios recursos económicos, con muchos más medios de investigación que la defensa.

2.1.2 La progresiva implantación en los ordenamientos europeos

Hacia este sistema norteamericano de resolución de conflictos han levantado la mirada los ordenamientos europeos, sumidos también en las mismas crisis de ineficiencia y ralentización de la justicia. De este modo, la *ratio* de fondo de la práctica judicial del *plea bargaining* norteamericano ha tenido acogida, no sin grandes críticas, en los ordenamientos europeos mediante diferentes instituciones procesales, que se han implantado como la solución a las fallas de eficacia del sistema¹⁸³. Era lógico que la mentalidad europea, mucho más anclada en los arrastres del sistema inquisitivo y la aplicación de la legalidad en la persecución penal, hubiera presentado grandes objeciones a esta influencia del modelo norteamericano. Sin embargo, la aceptación de estos mecanismos ha tenido entrada justamente a través de la configuración de los órganos de la investigación como órganos aparentemente neutrales e independientes, idea que permite apaciguar la inquietud colectiva por la erradicación de la práctica de un juicio bajo garantías de imparcialidad¹⁸⁴

¹⁸² ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., pág. 29.

¹⁸³ SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 181. El autor se opone a esta tendencia de un modo taxativo, afirmando que “esta impresión es engañosa (...): el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso.”

¹⁸⁴ BRANTS-LANGERAAR, Chrisje, “Consensual Criminal Procedures...”, ob. cit., pág. 2: “This notion of the prosecutor as impartial and non-partisan is crucial to the understanding of Dutch proceedings and

En el modelo procesal Holandés, por ejemplo, se ha reforzado, sobre todo a partir del año 2000¹⁸⁵, la figura del Fiscal en la etapa previa de investigación, así como su discrecionalidad para la resolución de casos en evitación del juicio oral¹⁸⁶. Una vez ha finalizado la investigación, el fiscal puede decidir sobre el sobreseimiento o sobre la resolución del caso mediante mecanismos de transacción –*transaction*– y la figura del *punishment* (o *penal*) *order*¹⁸⁷. La primera figura, permitía que el Fiscal propusiera una pena de tipo económico al acusado para evitar la persecución penal y el juicio¹⁸⁸. La posibilidad, sin embargo, estaba limitada a delitos con penas de multa o delitos con pena de prisión inferior a 6 años.¹⁸⁹ En el caso de que los acusados no aceptaran el acuerdo, debían enfrentarse a la acusación y a la celebración del juicio¹⁹⁰.

A partir del año 2008, se aprobó la institución de la orden penal –*penal order*–, que sustituyó a las antiguas transacciones, y que confiere a los Fiscales, directamente, la posibilidad de imponer una pena¹⁹¹ no negociada, dentro del ámbito objetivo ya citado. En el caso de que los acusados no estén de acuerdo con la sanción impuesta, tienen la posibilidad de apelarla e ir a juicio ante un tribunal imparcial.¹⁹² Por tanto, la imposición de la pena no se condiciona al acuerdo del sujeto pasivo, sino que se impone con independencia de su voluntad. Esta figura no ha estado exenta de críticas entre la doctrina

cannot be overstated. It not only underlies the very powerful position of the prosecution, it also reflects and reinforces the fundamental confidence in the state as a guardian of justice and due process that is such a salient feature of criminal process in the Netherlands.”

¹⁸⁵ GROENHUIJSEN, Marc, “Some main findings of ‘Strafvordering 2001’ and the subsequent reform of Dutch criminal procedure”, en *The reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, ob. cit., pág. 45. Este aumento de poder se debe, en gran parte, al *Special Powers of Investigation Act* (2000).

¹⁸⁶ VAN DE BUNT, Henk, VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, ob. cit., pág. 138.

¹⁸⁷ TAK, J. Peter, *The Dutch Criminal Justice System* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008).

¹⁸⁸ VAN DE BUNT, Henk, VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, ob. cit., págs. 120-121.

¹⁸⁹ TAK, J. Peter, *The Dutch Criminal Justice System*, ob. cit.

¹⁹⁰ VAN DE BUNT, Henk; VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, ob. cit., pág. 131.

¹⁹¹ Estas penas pueden incluir trabajos para la comunidad, una multa económica o la entrada en programas concretos de reeducación.

¹⁹² VAN DE BUNT, Henk; VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, ob. cit., pág. 137.

holandesa¹⁹³ pues, como apunta VAN DE BUNT¹⁹⁴, se trata de figuras que difieren del principio básico de que únicamente los tribunales criminales puede imponer penas¹⁹⁵. A su vez, los fiscales que imponen la sanción son los mismos que han llevado a cabo la investigación¹⁹⁶, y que trabajan en estrecha colaboración con las fuerzas policiales¹⁹⁷. Para compensar este incremento de poder, tanto en la imposición de penas como en la aplicación del principio de oportunidad, se ha llevado a cabo un proceso de estandarización de las decisiones de los fiscales, que cada vez están sometidos de un modo más estricto al principio de legalidad.¹⁹⁸

En otros países del entorno, como Alemania y Portugal, se han adoptado figuras similares, aunque es importante destacar que, a diferencia del modelo holandés, en estos casos la pena es propuesta por el Fiscal, pero dictada por el Juez, como garantía de una mayor imparcialidad y del respeto al principio de jurisdiccionalidad en la aplicación de la pena¹⁹⁹. En el ordenamiento alemán, esta figura recibe el nombre de *proceso por mandato* –*Strafbefehlsverfahren*–, pues el caso se resuelve mediante un mandato penal propuesto

¹⁹³ DE DOELDER, Hans, “The Public Prosecution Service in the Netherlands”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2000), pág. 215: “Although the administrative fine imposed by a prosecutor is still a theoretical option, I believe it should not become more than a theory. I strongly believe that the public prosecution service should not have the competence to impose fines; the only possibility in this sense for a prosecutor should be settling with a transaction. The Dutch Constitution (Article 113) leaves the imposition of punishments to the judicial power, in which the public prosecution service is not included.”

¹⁹⁴ VAN DE BUNT, Henk; VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, *ob. cit.*, pág. 134.

¹⁹⁵ También en este sentido, se formula una dura crítica en KEULEN, Berend, “De door opsporingsambtenaren en bestuursorganen uitgevaardigde strafbeschikking en de strafbeschikking in fiscale en douanestrafzaken” (Deventer, Kluwer: 2008), págs. 109-119 y 133-143.

¹⁹⁶ La *Special Powers of Investigation Act* (2000) impuso la implicación directa de los fiscales en la investigación de casos criminales complejos, y redujo considerablemente la implicación del juez de la investigación *-the examining judge-*.

¹⁹⁷ VAN DE BUNT, Henk; VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, *ob. cit.*, pág. 133: “It is still considered to be part of the independent judiciary, even though the prosecutors/magistrates of previous times are now largely operating outside the confines of the judiciary.”

¹⁹⁸ *Ibid.*, pág. 127: “I think this is an effect of the growing power that prosecutors have in the criminal process. They are empowered by tasks that directly affects suspects and the resolution of cases, so it is reasonable that their functions are more and more standardized to avoid discretion, which can provoke that some similar cases are treated in different way.”

¹⁹⁹ HERRMAN, Joachim, “The German Prosecutor”, en *Discretionary Justice in Europe and America* (Champaign: University of Illinois Press, 1976), págs. 131 y ss.

por la Fiscalía –*Strafbefehl*²⁰⁰–. Sin embargo, en este proceso existe siempre una revisión judicial, a diferencia de la versión holandesa, en que la única opción es que el imputado no la acepte e interponga recurso para ir a juicio. De este modo, el juez debe realizar una valoración acerca de la suficiencia en la fundamentación de la acusación, y decidirá no aceptar el mandato en el caso de que el imputado no aparezca, a la vista de los materiales de la investigación, suficientemente sospechoso de haber cometido el delito. Por tanto, la decisión podría equipararse a la que toma el juez cuando decide dictar el sobreseimiento²⁰¹ y, por otro lado, la misma valoración de suficiencia que le llevaría a la apertura del juicio oral se identifica, en este caso, con la suficiencia necesaria para la imposición de la pena.

La figura análoga a este proceso en el ordenamiento portugués es el llamado *proceso sumarísimo*, regulado en los artículos 392 a 398 del Código Procesal penal del país²⁰², e introducido en el año 2013, mediante la Ley 20/2013²⁰³. Este proceso es equiparable, a su vez, al *Procedimento per decreto* italiano, que se regula en los arts. 459 a 464 del CPP it., y que también tiene lugar a instancia del Fiscal. Se trata de un proceso que solamente puede aplicarse en el caso de condenas pecuniarias (art. 459.1 CPP it.) y que incorpora un mecanismo persuasorio, pues el fiscal podrá solicitar la aplicación de una pena reducida hasta en la mitad del mínimo legal (459.2 CPP it.). Valorada su razonabilidad por el juez de la investigación –*Giudice per le indagini preliminari*– éste emitirá un decreto de condena en el que se identificará al imputado y a la persona obligada por la pena pecuniaria, enunciando el hecho punible y exponiendo de forma concisa los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión²⁰⁴. También en este caso la conducta que dota de ejecutoriedad a la resolución es la ausencia de oposición por

²⁰⁰ Arts. 407 a 412 StPO.

²⁰¹ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., pág. 150.

²⁰² Se trata de un proceso que se aplica a los delitos con pena de multa o que no excedan de tres años de pena de prisión. Como en el caso alemán, se lleva a cabo a instancia del Fiscal, pero es el Juez el que dicta la resolución en aplicación de la pena, que tendrá el valor de una sentencia y será recurrible.

²⁰³ LÓPEZ SIMÓ, Francisco, *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*, (Ed. Reus: Madrid, 2017), pág. 44.

²⁰⁴ Art. 460. 1 CPP it.

la persona a la que se atribuye el delito o su abogado, al igual que sucede en Alemania y en Portugal.²⁰⁵

En el ámbito procesal penal italiano encontramos una figura que se ha identificado como el máximo exponente, en este ordenamiento, del *plea bargaining* norteamericano. Se trata de la figura del *patteggiamento* o *applicazione de la pena su richiesta delle parti*, regulada en los artículos 444²⁰⁶ y siguientes del CPP it. Este mecanismo es fruto de la reforma de 1988, que a su vez tiene su origen en la ley de delegación de 1987, que pretendía que se simplificaran al máximo los procedimientos. Este mecanismo se articula como un procedimiento especial que comienza con una solicitud, formulada por el imputado y por el Ministerio fiscal, o por uno de ellos con el consentimiento del otro; de aplicación de una pena que, teniendo en cuenta la reducción de un tercio de la misma, no supere los cinco años de privación de libertad (art. 444.1 CPP it.). Esta petición puede formularse en cualquier momento antes del inicio del juicio (art. 446.1 CPP it.) y tiene carácter oral. Nuevamente será el Juez quien valore si la petición tiene fundamento²⁰⁷ y si el consentimiento es válido, mediante una audiencia con las partes, tras la cual, si considera que se cumplen los presupuestos, dictará sentencia acogiendo a lo propuesto por ellas.

La figura del *patteggiamento* italiano presenta similitudes con la conformidad española, que se magnifican si cogemos como referencia la conformidad premiada²⁰⁸ recogida en el art. 801 LECrim, que opera principalmente en el procedimiento abreviado mediante el acto del reconocimiento de hechos, y en el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Para hacer uso de la conformidad en el procedimiento ordinario la ley requiere que la pena solicitada sea inferior a 6 años de privación de libertad y consiste en que el acusado,

²⁰⁵ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., pág. 152.

²⁰⁶ Art. 444.1: “L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.”

²⁰⁷ Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 26 de junio-2 de julio de 1990, n° 313, citada en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, ob. cit.

²⁰⁸ Introducida en el ordenamiento español a raíz de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado y que, según la Circular núm. 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, se hizo “eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo (...)”.

con su abogado, acepta la pena solicitada por la acusación. A su vez, la conformidad puede manifestarse en dos momentos procesales distintos: en el escrito de calificación provisional de la defensa (art. 655 LECrim) y al comienzo del juicio oral (arts. 688 a 700 LECrim). En el procedimiento abreviado ésta puede manifestarse también en el momento de presentación del escrito de la defensa (art. 784.3 de la LECrim) y con anterioridad a que se lleve a cabo la fase probatoria (art. 787.1 LECrim). En este último procedimiento es destacable que la conformidad puede basarse en la elaboración y firma de un escrito de calificación conjunto, previa negociación entre las partes, por lo que es más identificable la introducción del consenso en el proceso penal.

La conformidad española tampoco fue una institución acogida de forma unánime por la doctrina²⁰⁹, por la posible vulneración del principio de legalidad y del derecho de defensa, pero su funcionalidad como procedimiento de agilización y su adecuación a las tendencias europeas han camuflado todas las críticas iniciales, y se trata de una práctica ampliamente aceptada. En este caso, como en todos los casos que hemos visto hasta el momento, la fase de investigación y el material recogido en ella es clave para la terminación del proceso. Respecto a lo que nos interesa de esta panorámica, es destacable que el nivel de fundamentación de la sospecha que aporten los resultados de la investigación y cómo se presenten éstos, serán elementos decisivos tanto para la proposición por parte de los Fiscales de los diversos mecanismos de resolución anticipada, como para la aceptación por la defensa y la posterior convalidación del juez. La consideración de todo lo anterior es clave en nuestro estudio, porque esta tendencia está acentuándose en el entorno europeo²¹⁰ y la acogida de estos mecanismos, especialmente los mecanismos de resolución consensuada del proceso penal previos al juicio oral, tienen claras implicaciones en la configuración de la etapa de investigación y, tarde o temprano, pueden

²⁰⁹ VIVES ANTON, Tomás Salvador, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*. Nº extra 2 (1988); AGUILERA MORALES, Marien, *El principio del consenso. La conformidad en el proceso penal español* (Barcelona: Ed. Cedecs, 1998); OLAIZOLA NOGALES, Inés, “El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho penal?” *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 10, nº 82 (2014); RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, ob. cit.

²¹⁰ DELLA TORRE, Jacopo, “Negotiated Criminal Justice and EU Directives...”, ob. cit., pág. 162: “regardless of the various causes that led to the development of negotiated settlements in Europe, it is now possible to talk about “European negotiated justice”, and – bearing in mind the heterogeneity of the forms of agreements in force in the various countries – even to postulate the existence of a group of European bargaining “styles” or “models”.

suponer una desfiguración de las finalidades y facultades propias de la fase previa del proceso penal²¹¹.

2.2 La evitación del juicio oral: la instrucción como filtro procesal.

Durante el último siglo, en las sociedades europeas se han criminalizado un gran número de conductas, muchas de ellas habituales, a la vez que se han ampliado y facilitado los canales para el acceso a la justicia por parte de los particulares, de modo que la litigiosidad penal es actualmente muy elevada. Ante este escenario, la alternativa que se plantea es, por un lado, la expansión de las políticas de oportunidad en la persecución penal y, por el otro lado, el ahorro del juicio oral. Como hemos visto, esta elusión puede darse cuando, de los resultados de la investigación, la perpetración del delito y la responsabilidad penal del autor se presentan como clarividentes. Si bien, en sentido paralelo también existe la posibilidad de que el juicio no llegue a celebrarse como consecuencia de una ponderación desfavorable sobre las probabilidades de éxito de la acusación.

El descarte de la necesidad del juicio tras la primera etapa de investigación es una consecuencia natural del devenir del proceso, puesto que el inicial esclarecimiento de los hechos puede dejar de manifiesto la total falta de fundamentación fáctica de la *notitia criminis*²¹². Sin embargo, este resultado no se concibe actualmente como una mera consecuencia de la investigación, sino que ha adquirido la entidad de objetivo propio de la fase previa al juicio, puesto que se ha extendido la idea de que una instrucción correctamente desarrollada podría permitir, o bien el descarte del juicio, o bien una condena en los casos admitidos por la ley.

²¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 189: "La introducción del *plea bargaining* norteamericano en el proceso penal continental europeo sólo ha permitido superar su crisis de una manera hipócrita; aún más, la ha profundizado transformando la búsqueda de la verdad material en un *catch as catch can* ("toma lo que puedas")."

²¹² LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., pág. 54.

Esta es la primera de las razones por las cuales la fase de instrucción está asumiendo una función de filtro procesal en los ordenamientos contemporáneos. Esta concepción se ha analizado positivamente desde el punto de vista de la eficiencia, pero se le ha prestado menor atención en relación con la neutralidad de la propia tarea de investigación y con la calidad de la tarea cognoscitiva que lleva aparejada. Desde este punto de vista, predicar esta función de la fase de instrucción puede acarrear la asociación de la tarea de investigación a la tarea de fundamentación, y la identificación del juicio de acusación con el juicio de culpabilidad. En el momento en que la etapa previa al juicio oral integra la finalidad de evitar el mismo, la concepción de éste como fase preparatoria queda, sin más, diluida. Surge de todo ello una pregunta inevitable: ¿Puede comportar este fenómeno un retroceso epistemológico y de garantías en el actual proceso penal? De momento podemos adelantar que aquello que supone, sin duda alguna, es un aumento de exigencias para la fase previa y, con ello, también un incremento en el estándar de suficiencia investigadora asociado a esta etapa procesal.

La estructuración de la fase previa como un proceso en el que la imputación debe ser confirmada y validada por un órgano neutral –normalmente judicial– antes de llegar a la fase de juicio oral, ha conducido a la misma a configurarse como una instancia que sobrepasa la mera preparación del juicio. Con el objetivo de superar estos filtros, los órganos encargados de la investigación la suelen dirigir hacia una tarea de constatación de hipótesis que excede su inicial ideación. A pesar de que en los ordenamientos europeos la acusación se haya oficializado y otorgado a órganos presuntamente neutrales, esto no ha supuesto, como se ha visto en el estudio que antecede a estas líneas, la renuncia de estos ordenamientos a la necesidad de revisión judicial de la acusación. El arrastre de esta institución se constata con claridad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 2020, que en su Exposición de Motivos encomienda el juicio de acusación a un Juez distinto al Juez de Garantías y al Juez de enjuiciamiento, siguiendo el modelo francés. La exposición de motivos establece con claridad diáfana que “la misión del juez en la audiencia preliminar del nuevo modelo de proceso es la de proceder al juicio de acusación y determinar, por tanto, si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada.”

Esta convalidación de la fundamentación acusatoria tendría sentido, en el plano de las garantías, en ordenamientos de corte puramente adversarial en los que la investigación y

la acusación estuvieran en manos de órganos de los que no se puede predicar la objetividad²¹³. Es por ello, que la figura alcanzó su momento de esplendor y máxima utilidad en Inglaterra, mediante la instauración del jurado a partir del siglo XII, con el objetivo de superar las deficiencias de la prueba de *cojuradores* y evitar litigios fundamentados en falsas denuncias²¹⁴. De esta forma, el juez inglés debía oír a los hombres honestos de la vecindad, que eran los que indagaban y juzgaban los indicios de criminalidad de los hechos, en lugar de tener que sopesar el refrendo de testigos de las declaraciones de la parte a la que apoyaban. Sin embargo, en los ordenamientos procesales continentales, el mantenimiento de esta figura debería carecer de sentido, aunque nos permite enfocar la mirada hacia dos cuestiones esenciales. La primera de ellas es la auténtica repercusión de estas resoluciones en el proceso, pues la superposición de éstas a la propia acusación fiscal puede llegar a transformarlas en imputaciones judiciales que desfiguren la presunción de inocencia. En segundo lugar, el apego a estas figuras puede ser la manifestación de una subyacente desconfianza hacia los órganos de investigación y acusación y hacia la neutralidad de la investigación²¹⁵. Si esto es así, tal vez la solución no pasa por añadir mecanismos de revisión de las actuaciones de éstos, sino por tomar conciencia de la naturaleza de la investigación y por encomendar a estos órganos las tareas que les pertenecen, en un contexto procesal que favorezca, verdaderamente, la confianza en su neutralidad.

²¹³ LAFAVE, W.R., *et al.*, *Criminal procedure*, párrafo 14.2(a) (2ª ed.), citado en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Los procesos civil y penal en Estados Unidos. Convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista”, en ARMENTA DEU, Teresa, *La convergencia entre proceso civil y penal ¿una dirección adecuada?*, ob. cit., pág. 49: “El brusco rechazo por parte de la Corte Suprema de un posible requisito constitucional de filtro judicial para la presentación de cargos que no han sido filtrados previamente por ningún órgano neutral, resulta un tanto sorprendente a la luz del incremento de los derechos integrantes del proceso debido”.

²¹⁴ IGLESIAS RÁBADE, Luis, “Estudio comparado del proceso penal en los derechos castellano e inglés en la Edad Media”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 43 (2021), pág. 318.

²¹⁵ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., pág. 194: “No cabe *ab initio* dejar en manos de la parte procesal activa, pública o privada, la decisión de acusar. Previamente han de haberse superado los filtros o controles jurisdiccionales a fin de justificar la procedencia de tal petición, cuestión ésta de tal calado que explica la existencia del pilar a buen seguro más característico sobre el que se asienta la instrucción penal: la categoría de la imputación. Y todo ello, además, con independencia de quién ostente la dirección de la investigación.”

2.3 Tendencias actuales en la etapa de investigación

2.3.1 El incremento de la contradicción en la fase previa

La constatación de la importancia que la fase de investigación ha adquirido en los últimos tiempos ha conducido a incorporar diversos mecanismos de participación de las partes interesadas en esta etapa previa. La mayoría de las directivas encaminadas a reforzar las garantías procesales de los sospechosos y acusados en Europa tienen como tenor de fondo la preocupación por garantizar que todas las facultades y derechos que hasta ahora se han reconocido a los acusados en el juicio oral, se apliquen también a la fase de investigación en tanto ésta lo permita, esto es, en la medida en que no se comprometa de forma grave el éxito de la investigación²¹⁶. Así pues, el principio contradictorio se desarrolla de forma plena en la fase de juicio oral, donde las partes poseen el derecho de alegación y prueba en igualdad de condiciones²¹⁷, pero dispone de grandes concesiones en fases anteriores del proceso.

Esta tendencia ha venido motivada, en primer lugar, por la sola fundamentación de los procesos de terminación anticipada en las actividades de investigación²¹⁸. Si el proceso finaliza con la imposición de una pena más o menos consensuada y sin un juicio oral, el derecho del acusado de desplegar su defensa y contradecir los indicios que le incriminan quedaría totalmente mermado en caso de que no se le ofreciera la oportunidad de participar en la etapa de investigación. Como explicó el TEDH en el caso *Natsvlashvili y Togonidze contra Georgia*²¹⁹, la decisión del reo de renunciar al derecho a un juicio fue

²¹⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., págs. 169-170: “En esta dirección, el TEDH ha señalado un camino de armonización de los procesos europeos, superando la dicotomía acusatorio-inquisitivo, exigiendo la plena vigencia de la contradicción, no sólo en el juicio sino también en la instrucción y recordando, asimismo, la necesidad de garantizar la igualdad de armas.”

²¹⁷ En Alemania, el § 265.1 StPO postula que el acusado no podrá ser condenado con base a preceptos legales distintos a la alegados en la acusación sin que se advierta previamente de la modificación al acusado y se le dé oportunidad para defenderse. También en relación con el principio de correlación entre la imputación y la sentencia, el art. 521 del *Codice di procedura penale* establece que el juez en la sentencia puede dar al hecho una calificación jurídica distinta de la enunciada en la calificación de la acusación, aunque para ello debe respetarse el principio de contradicción.

²¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 190.

²¹⁹ STEDH n° 11364/03, 9 de julio de 2009.

conforme al artículo 6 del CEDH justamente porque el sospechoso y su abogado pudieron tener acceso al expediente con antelación y extensión suficiente previamente a la decisión de renunciar al citado derecho. La ausencia de una contradicción en esta fase se expondría a serias críticas cuando entrasen en juego mecanismos de negociación; de modo que la introducción de ésta permite afirmar que a primera vista la decisión se ha llevado a cabo en un contexto que garantizaba el balance de poderes entre las partes y, por tanto, la igualdad de armas.

En segundo lugar, se ha constatado el gran peso que el expediente de investigación y las actividades previas tienen en la elaboración del relato acusatorio. La decisión sobre la formulación de la acusación, así como el contenido de ésta y la apertura del juicio oral encuentran su fundamentación en todo lo actuado con anterioridad. Como consecuencia de ello, la intervención de la defensa en las diferentes diligencias de investigación permite compensar las posibles desviaciones de los órganos investigadores, marcadas por la costumbre de prestar mayor atención a los elementos de cargo que a los de descargo o de interpretar livianamente los resultados de las actuaciones en un sentido incriminatorio.

En tercer lugar, una tendencia que se observa en el entorno, y también progresivamente en nuestro propio país, consiste en dar cada vez mayor valor a las diligencias de investigación, pese a su teórica inutilidad en el juicio. Éstas son cada vez más cuantiosas y la necesidad de repetirlas en la fase de juicio oral provoca duplicidades que se conciben como una burla a la economía procesal. Es por ello, que los diferentes ordenamientos han encontrado vías, desarrolladas sobre todo a nivel jurisprudencial²²⁰, para permitir que las diligencias de investigación, principalmente las declaraciones testificales, puedan ser valoradas en la fase plenaria. La actual incertidumbre acerca de si las diligencias que se llevan a cabo podrán ser consideradas por el tribunal enjuiciador o, de modo más amplio, si éste tendrá acceso a ellas, ha supuesto una mayor exigencia de contradicción en esta

²²⁰ Es el caso de Holanda, donde una Sentencia de la Corte Suprema (De auditu-judgement of the Supreme Court, 20 December 1926) permitió que las declaraciones del acusado en sede de investigación pudieran ser valoradas como prueba de cargo suficiente para condenar. Vid. GROENHUIJSEN, Marc, "Some main findings of 'Strafvordering 2001' and the subsequent reform of Dutch criminal procedure", en *The reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective*, ob. cit., págs. 48-49; HIRSCH BALLIN, Marianne, *Anticipative criminal investigation. Theory and Counterterrorism Practice in The Netherlands and The United States* (The Hague: T.M.C Asser Press, 2012), pág. 41. En el caso español, se analizarán en el capítulo III.

etapa. A su vez, el aumento de la participación de la defensa en las actuaciones de investigación, que en ocasiones se desarrollan en las mismas condiciones que en el juicio, ha justificado progresivamente una mayor aceptación de su integración como parte del acervo probatorio del proceso.

En definitiva, las diferentes reformas operadas en los ordenamientos continentales y las exigencias provenientes del TEDH²²¹ se dirigen a reforzar el derecho de defensa mediante el fortalecimiento del principio contradictorio, que contiene una serie de mecanismos para posibilitar que las partes cuestionen preventivamente todo lo que pueda influir al órgano judicial en su decisión final. El principio de contradicción se integra plenamente en las tendencias actuales que consideran anticuado el debate inquisitivo/acusatorio y buscan una mayor aplicación del proceso debido, basado fundamentalmente en la efectividad de la equidad procesal. Este modo de proceder garantizaría, por tanto, la igualdad de la acusación y la defensa en la fase previa del proceso penal, algo que se entiende que sólo puede ser eficaz si las partes tienen las mismas posibilidades de alegación.²²²

2.3.2 *El derecho de información del investigado*

El derecho a la información en los procedimientos penales, según lo previsto en la directiva 2012/13/EU, tiene tres manifestaciones concretas: el derecho a ser informado de los propios derechos, el derecho a ser informado sobre los cargos de la acusación y el derecho de acceso a los materiales del expediente²²³. Este último derecho, recogido en el artículo 7 de la Directiva, también se basa en el derecho a un proceso equitativo y a la igualdad de armas²²⁴. Tal como ha sido entendido por el TEDH²²⁵, el derecho de

²²¹ STEDH n° 23541/94, de 13 de febrero de 2001, caso *García Alva contra Alemania*. El TEDH declaró que los procedimientos deben ser contradictorios y deben asegurar la “igualdad de armas” entre las partes, el fiscal y la persona detenida.

²²² BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, "La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio", ob. cit., pág. 128.

²²³ Art. 302.1 LECrim: “Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.”

²²⁴ Arts. 6.1, 6.3(b) y 5.4 del CEDH.

²²⁵ Consejo de Europa, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, (2019), pág. 28, párrafo 134: “Equality of arms is an inherent feature of a fair trial. It

información se puede formular como el “derecho de los acusados y de sus abogados de acceder a los documentos que las autoridades tienen contra ellos y de las pruebas que se puedan presentar en su contra ante el tribunal, con la finalidad de preparar su defensa”²²⁶. Como confirma sólida jurisprudencia²²⁷, su aplicación se ha extendido también a las fases procesales previas al juicio, de modo que las partes deben estar informadas sobre las actuaciones cuanto antes y en la máxima extensión posible.

De la propia naturaleza investigadora de la fase previa al juicio se hace evidente que el derecho de acceso a la información en esta etapa no es un derecho absoluto, sino que es necesario limitarlo cuando la restricción sea imprescindible para los intereses de la investigación. La concreta codificación de este derecho difiere entre los diferentes ordenamientos, así como el momento procesal en que se hace partícipe al investigado de los cargos que existen contra él y las actuaciones que se están llevando a cabo en la investigación. Dicho esto, sí que existe una tendencia uniforme marcada por la exigencia de informar al reo cuanto antes, esto es, en cuanto adquiera la condición de persona investigada como sospechosa de ciertos hechos delictivos. La ambigüedad en la localización de este momento, sin embargo, aumenta por el hecho de que en la mayoría de ordenamientos se permiten previas investigaciones autónomas policiales, con mayor o menor seguimiento o control por parte de la Fiscalía, y que quedan fuera del ámbito de la fase procesal de investigación. Además, en aquellos casos en que la Fiscalía es el órgano encargado de dirigir la fase previa y de controlar a la Policía, el momento de incoar formalmente la investigación y de informar al sospechoso también se diluye en el ámbito discrecional del Ministerio Público.

En segundo lugar, son muy frecuentes las diligencias de investigación que requieren la declaración del secreto de las actuaciones, una vez incoado el proceso, pues su conocimiento por parte de los sospechosos podría poner en peligro el resultado de la indagación. En un gran número de países, se ha articulado una garantía jurisdiccional para la autorización de estas medidas, pero la práctica deja entrever que es muy frecuente el

requires that each party be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.”

²²⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, ob. cit., pág. 22.

²²⁷ STEDH n° 13972/88, 24 de noviembre 1993, caso *Imbrioscia v. Switzerland*, párrafo 36; STEDH n° 10444/83, 30 de marzo de 1989, caso *Lamy v. Belgium*, párrafo 29.

automatismo de los jueces en el momento de dictar estas diligencias a instancia de la Fiscalía o los órganos policiales, así como la falta de control judicial activo en cuanto a su duración y la necesidad de mantenerlas. La aparente garantía jurisdiccional de estas medidas genera, por tanto, una excesiva permisibilidad de éstas, y esto provoca que las investigaciones se alarguen en estado de secreto en momentos en que las medidas decretadas ya no son justificables en cuanto a su idoneidad para la investigación.

El derecho de información de los investigados es un derecho que debe hacerse efectivo cuanto antes para garantizar el derecho de defensa. Sin embargo, es observable que la concepción de la fase de instrucción penal como un momento procesal en que la acusación y la defensa, ya definidas, despliegan sus primeras oportunidades para esclarecer el caso y vencer a la otra parte, implica en algunos casos la necesidad de desplegar el trabajo de investigación en una fase anterior de carácter policial, deficientemente regulada o incluso sin expresa regulación legal, en la que los órganos de investigación poseen un mayor margen para desarrollar su actividad indagatoria secreta.

2.3.3 La Iniciativa investigadora de las partes

Finalmente, la mayor extensión de la etapa de investigación y la introducción del principio contradictorio en el proceso en todas sus fases, ha inducido a un incremento en la posibilidad de que las partes puedan proponer y realizar diligencias de investigación. Mediante este mecanismo se permite un mayor acceso a la información de descargo de la que dispone la defensa, en orden al esclarecimiento de los hechos, a la vez que se favorece la neutralidad de la investigación. Por otro lado, los legisladores de los países que están fomentando esta práctica ven también en ello la oportunidad de agilizar el proceso mediante la evitación del juicio oral y la posibilidad de reproducir las diligencias instructoras en el plenario.

El principal exponente de esta tendencia lo encontramos en sistemas adversariales como el norteamericano, en el cual, siendo el proceso una verdadera contienda de partes, cada una de ellas debe averiguar y aportar los elementos que le permitan fundamentar su

hipótesis²²⁸. Desde concepciones menos privatistas, se ha criticado duramente esta manera de funcionar, puesto que se entiende que los intereses públicos subyacentes al proceso penal impiden que la investigación dependa de los medios de las partes. De hecho, lo cierto es que la posibilidad de investigar por cuenta propia y aportar los resultados al proceso no es sinónimo de que la defensa pueda, realmente, llevar a cabo esta tarea, pues únicamente los sospechosos que disponen de medios económicos para la investigación pueden permitirse esta preparación previa²²⁹. Además, con independencia de la carga económica que esto supone, se ha destacado que los abogados defensores no suelen tener una participación elevada en esta fase, y fuera de casos de interés, la tónica general es la pasividad de la defensa hasta el final de la investigación.²³⁰ Como consecuencia de ello, la falta de implicación de los fiscales en la realización de diligencias de investigación orientadas al descargo, así como la ausencia de una figura neutral que garantice una indagación equitativa, conlleva la actual desigualdad de las partes una vez finalizada la fase de investigación.

En los países europeos con un proceso penal acusatorio mixto, por el contrario, el órgano de la investigación trata de ser un órgano objetivo y neutral, pese a la deformación que puede darse en la práctica, de modo que -obviando esto último por el momento- el fomento de la iniciativa investigadora de las partes se entiende como una garantía para la defensa, y no como una carga procesal. De hecho, esta iniciativa se integra dentro del proceso de indagación oficial, de modo que la defensa puede proponer diligencias que serán ordenadas y ejecutadas por los propios órganos públicos de investigación. En Holanda, por ejemplo, desde el año 2000 se ha introducido la posibilidad de que el sospechoso o su abogado dirijan peticiones al juez investigador para que realice concretas diligencias de investigación (conocidas como *mini-investigation*). Se ha destacado que este mecanismo permite equilibrar parcialmente la drástica extensión, en las décadas

²²⁸ BRANTS, Chrisje; FIELD, Steward, "Truth-finding, procedural traditions and cultural trust in the Netherlands and England and Wales: When strengths become weaknesses", *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 20, n°4 (2016), pág. 272.

²²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 192.

²³⁰ DAHS, Hans, „Zur Verteidigung im Ermittlungsverfahren“, *Neue Juristische Wochenschrift*, n° 20 (1985), pág. 1114; MATT, Holger; IGNOR, Alexander, "Integration und Offenheit im Strafprozess", *Strafverteidiger*, n° 22 (2002), pág. 104, citado en SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 193.

recientes, de los poderes de la policía y del Ministerio Público en la fase previa al juicio oral.²³¹ El juez, sin embargo, posee una amplia discrecionalidad a la hora de aceptar, renunciar o disminuir las pesquisas solicitadas, de modo que el equilibrio puede no llegar a materializarse verdaderamente.²³²

Esta tendencia puede encontrarse de un modo acentuado en Italia, país en que la defensa puede llevar a cabo investigaciones paralelamente a la actuación oficial. Esta posibilidad de investigación *-Investigazioni difensive-* está regulada en los arts. 391 bis a 391 decies del CPP italiano, que se introdujeron mediante una reforma procesal también en el año 2000²³³. En esta facultad de investigación la defensa carece de poderes coercitivos²³⁴, pero los resultados obtenidos pueden tener entrada en el proceso mediante su incorporación al “*fascicolo del Pubblico Ministero*” (art. 391 decies ap. 3 CPP it.)²³⁵. También la Ley de Enjuiciamiento criminal española posibilita a las partes la propuesta de diligencias de investigación encaminadas a la formación del sumario²³⁶. En este caso, el Juez de instrucción es el encargado de decidir si estas diligencias son pertinentes, de modo que está en sus manos la posibilidad de denegar las peticiones de las partes, tanto de la defensa como, en su caso, del Ministerio Fiscal u otras partes acusadoras²³⁷.

No puede negarse que la posibilidad de dar entrada al investigado en la fase previa al juicio es beneficiosa desde el punto de vista de la defensa y de la mayor neutralidad en la averiguación de los hechos, siempre y cuando se le dé utilidad desde esta perspectiva.

²³¹ TAK, J. Peter, *The Dutch Criminal Justice System* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008), pág. 91.

²³² *Ibid.*, págs. 89 y ss.

²³³ Legge 7 dicembre 2000, n. 397.

²³⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., págs. 172-173.

²³⁵ Art. 391 bis 4 CPP it: “Il verbale degli accertamenti compiuti ai sensi del comma 3 e, quando il pubblico ministero ha esercitato la facoltà di assistervi, la documentazione degli atti compiuti ai sensi del comma 2 sono inseriti nel fascicolo del difensore e nel fascicolo del pubblico ministero.”

²³⁶ Art. 311 LECrim: “El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales”.

²³⁷ Art. 27.1 LOTJ: “Si el Juez de Instrucción acordase la continuación del procedimiento, resolverá sobre la pertinencia de las diligencias solicitadas por las partes, ordenando practicar o practicando por sí solamente las que considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral...”.

Esta tendencia, sin embargo, presenta ciertos riesgos que es importante tener en cuenta para que su aplicación sea verdaderamente favorecedora para el conjunto del proceso y no provoque una desfiguración del mismo. En esta línea, es interesante tomar conciencia de que una excesiva contradicción en la fase previa puede suponer la configuración de esta etapa desde una lógica de contraposición de partes más propia de la etapa de juicio oral que de tareas meramente preparatorias. Por otro lado, debe prestarse atención a que el órgano director de la investigación acoja las propuestas de la defensa desde una posición favorable y neutral que garantice la entrada al proceso de todos los elementos de descargo posibles. Sería perjudicial para la neutralidad de la tarea oficial de investigación que la mayor intervención de la defensa en esta etapa conllevara, como contrapartida, una mayor pasividad de los poderes públicos por velar por los intereses del investigado, dejando éstos en manos de los abogados y, por tanto, acentuando la citada contraposición de partes en la fase previa al juicio oral.

3. RECAPITULACIÓN: LA INSTRUCCIÓN COMO CAJÓN DE SASTRE DEL PROCESO PENAL

3.1 La actual indefinición de la etapa previa al juicio oral

La tónica general en los ordenamientos europeos y en el propio ordenamiento español es la de admitir que la fase previa al juicio oral es una fase de carácter preparatorio, que incluye principalmente actuaciones de indagación encaminadas a esclarecer los hechos. A partir de aquí, cabe decir que la observación de la configuración actual de esta fase, las extraordinarias funciones que ha adquirido en los últimos tiempos y el mayor peso de esta etapa en la resolución de los conflictos penales pone de manifiesto que, en realidad, existe poca claridad, y con ello poca firmeza, sobre la naturaleza y el contenido propio de la fase de investigación. De todas las tareas que actualmente se asignan a la instrucción, podemos deducir que se trata de una etapa previa sin una verdadera delimitación, donde caben una amplia gama de actuaciones, y cuyos límites se dejan a la discrecionalidad de los órganos de investigación y a intereses políticos de diversa índole. De hecho, los límites de la instrucción se han ampliado hasta casi topar con la emisión de la sentencia penal, de modo

que puede llegar a superponerse a la etapa de juicio oral en cuanto a su tradicional ámbito cognoscitivo.

Esta pérdida de sentido de la fase de instrucción, ha conllevado la materialización de una serie de riesgos como la relativización de la actividad probatoria del juicio, la desfiguración del principio de presunción de inocencia en estadios prematuros del proceso, y las dilaciones indebidas, cuyo motivo no se encuentra en la práctica de juicios innecesarios sino en la extensión desmesurada de la fase previa a dichos juicios. Todo ello se añade a una visión cada vez más privatista del proceso penal pero que no consigue alcanzar, en la práctica, la efectiva igualdad de armas de las partes; pues la transformación del proceso penal en una contienda de partes incidiría en valores profundamente arraigados en nuestra tradición continental, fundamentados en la esencial distinción de intereses que subyace al proceso penal y al proceso civil²³⁸. En este contexto, el aumento de la contradicción y de la iniciativa investigadora de las partes en la fase previa se propone como un avance de garantías para la defensa, a la vez que responde a un aumento de poderes de los órganos de investigación y de la atención que el proceso presta a sus actuaciones. Por todo ello, con carácter previo a la extensión desmesurada de la etapa previa y su configuración equivalente a una primera instancia, sería oportuno valorar si este incremento de poderes es, por un lado, proporcionado y, por otro lado, favorece la objetividad y la búsqueda neutral de la verdad²³⁹.

La pregunta acerca de la finalidad de la instrucción y el papel que ésta tiene en el conjunto y desarrollo del proceso no es una cuestión de menor importancia, sino que se trata de un tema crucial para delimitar el contenido y funciones de ésta y su articulación procesal. En efecto, en función de quiénes sean los que harán uso del material derivado de las actuaciones de la investigación y del objetivo para el que se servirán de ellas, la

²³⁸ TARUFFO, Michele, “Il processi civil e penali in Europa e negli Stati Uniti. Cenni generali”, págs. 41-42: “Non si vede per quale ragione, infatti, si dovrebbero sacrificare le peculiarità dei due tipi di processo, emere con caratteri diversi in momento storici diversi e su basi culturali diverse, in nome di una uniformità di cui non si sente il bisogno e che difficilmente servirebbe a realizzare una migliore amministrazione della giustizia. E’ utile ribadire che il processo civile serve a scopi diversi da quelli a cui è orientato il processo penale, si svolge tra soggetti diversi con interessi e modalità che non possono che essere differenti da quelle che caratterizzano il processo penale.”

²³⁹ PIZZI, William T., *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it* (New York University Press: New York and London, 1999), págs. 123 y ss.

instrucción adquirirá un contenido y amplitud diferentes. Lo mismo sucede con el contenido del citado juicio de acusación, pues la naturaleza que se le atribuya y el grado de fundamentación incriminatoria que se le exija determinarán también el contenido de la investigación. Sobre este último aspecto, del que nos encargaremos más adelante, existe diversidad de opiniones²⁴⁰, pero lo cierto es que el paradigma no es el mismo si se entiende que la instrucción se dirige a la fundamentación de la acusación; si se concibe como presupuesto para realizar un juicio objetivo sobre la necesidad de la apertura del juicio oral o, mucho más neutralmente, si se entiende como una mera fase de gestión técnico-jurídica de vestigios del delito²⁴¹.

3.2 La optimización de la imparcialidad judicial como criterio orientador

En un primer momento histórico, la separación entre el órgano encargado de la acusación y el órgano enjuiciador estaba vinculada a la identificación del derecho civil y el derecho penal, en una sociedad en la cual el Estado todavía no se hacía responsable de la persecución de los delitos, y las acciones derivadas de estos pertenecían a la esfera privada de los ciudadanos. Sin embargo, el cambio procesal derivado de la transición del sistema inquisitivo al acusatorio moderno tuvo como justificación la necesidad de recuperar y fortalecer la imparcialidad judicial en un momento en que el proceso penal y el civil ya

²⁴⁰ En UVILLER, Richard, “The neutral prosecutor: the obligation of dispassion...”, ob. cit., págs. 1695–1703, el autor sostiene que el acusador público ha de asegurarse hasta un alto grado de honesta probabilidad que la persona a la que va a acusar puede ser culpable pero que, ir más allá, es función del jurado. En la misma línea, FISHER, Stanley Z., “In search of the virtuous prosecutor: a conceptual framework”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 15, n° 3 (1988), pág. 197, afirma que “la visión prevalente en la práctica, admite que el fiscal pueda acusar, aunque no tenga el personal convencimiento de la culpabilidad del acusado”.

En la posición contraria, KAPLAN, John, “The prosecutorial discretion”, *U.L. Review*, n° 15 (1965), pág. 174–178, afirma que la gran mayoría de los fiscales, sino todos, piensan que es moralmente incorrecto acusar salvo que uno mismo se halle convencido de la culpabilidad del acusado. También en FREEDMAN Monroe, *Professionalism in the American Adversary System* (Spring: Boston, 1992), pág. 88, el autor sostiene que “el fiscal debería ser sancionado disciplinariamente por acusar, si un ciudadano medio, con los datos conocidos por el fiscal, no pudiera razonablemente afirmar que el sujeto es culpable más allá de una duda razonable”.

²⁴¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 179.

se habían distanciado. Esta imparcialidad judicial se ha identificado, a su vez, como un requisito imprescindible desde el punto de vista de la búsqueda de la verdad.

De un modo paradójico, el sistema inquisitivo y sus notas características se vinculan precisamente a este objetivo de la búsqueda de la verdad. Es muy frecuente encontrar estudios académicos que describen como todavía inquisitivos aquellos modelos procesales en los que la averiguación de los hechos se acoge como finalidad del proceso. Ciertamente, en el momento de auge del sistema inquisitivo dominaba la convicción de que la necesidad de evitar la impunidad de los delitos, debido a la notable finalidad de prevención general de la pena, se superponía a los derechos individuales de los ciudadanos²⁴². La pena no tenía entonces una connotación resocializadora, sino que arrastraba, como todavía arrastra, un matiz punitivo por el cual quien había cometido un delito debía pagar por ello; además de que el efectivo cumplimiento de aquella condena se valoraba positivamente como un escarmiento educativo para la colectividad. De este modo, pese a que la imposición de condenas estaba a cargo del Estado, el mecanismo por el cual se traspasaron los poderes persecutorios de los ciudadanos privados al poder público no consiguió, por ese entonces, eliminar la idea de venganza asociada a la aplicación del derecho penal estatal²⁴³.

Con el tiempo, sin embargo, ha quedado patente que dicho modo de configurar el proceso penal conducía a la identificación de sospechosos y a la imposición efectiva de penas, pero ello no era sinónimo de haber alcanzado la verdad de los hechos o de haber condenado al verdadero culpable del delito. La asunción por un mismo sujeto de la investigación, la acusación y el enjuiciamiento condicionaba enormemente las valoraciones y decisiones del juez, de modo que el proceso era totalmente permeable a sesgos y desviaciones cognitivas enemigas de la verdad. Es el momento, por tanto, de cuestionar esta identificación entre la búsqueda de la verdad y el sistema inquisitivo, pues aun habiendo sido la motivación principal en ese momento, ha quedado demostrado que nunca se alcanzó esa identificación. Desechar esta idea del imaginario común puede

²⁴² BRANTS, Chrisje; FIELD, Steward, “Truth-finding, procedural traditions and cultural trust...”, ob. cit., pág. 269.

²⁴³ JULIÀ PIJOAN, Miquel, *Proceso penal y neurociencia: una interacción desorientada*, (Marcial Pons, 2020), pág. 306.

contribuir a eliminar los prejuicios acerca de la configuración del proceso en atención al esclarecimiento neutral de los hechos. En efecto, este es uno de los motivos por los que los defensores de los sistemas adversariales rechazan los sistemas acusatorios mixtos europeos, pues consideran que la oficialidad que les caracteriza superpone el interés público en alcanzar la verdad a la libertad y autonomía de los ciudadanos, convirtiéndolos en sistemas con un notable arrastre inquisitivo²⁴⁴. Ya ha quedado claro en partes anteriores del trabajo que el término “inquisitivo” o “inquisitorio” está lleno de implicaciones retóricas de carácter negativo y su uso provoca únicamente el rechazo y la valoración escéptica de todo fenómeno al que se atribuye el calificativo, sin permitir una mayor profundización.²⁴⁵

La optimización de la búsqueda de la verdad en un proceso penal es, por el contrario, garantía para la defensa de los ciudadanos, pues de ningún modo se realiza la justicia si el condenado en un proceso penal no es el autor de los hechos²⁴⁶. Cuestión diferente será que, en ese mismo proceso, se impongan como inviolables una serie de derechos individuales cuya aplicación impida, en determinados casos, el alcance de esa verdad²⁴⁷. Cuando esto suceda, si el proceso está bien configurado desde un punto de vista epistemológico, la falta de realización del derecho penal quedará integrada dentro del sistema de distribución de errores como un mal aceptable²⁴⁸ desde el punto de vista de la proporcionalidad y de los valores democráticos.

²⁴⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis “hacia una nueva Ley...” ob. cit., Pág. 83: “para la jurisprudencia y doctrina norteamericanas averiguar la verdad material tiene un amargo sabor inquisitivo pues rezuma claramente investigación, de ahí que coherentes con su sistema se fijen más en garantizar las garantías del proceso penal y en lograr un juicio justo como fines del proceso penal.”

²⁴⁵ TARUFFO, Michele “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, LX 29 (2016), pág. 250.

²⁴⁶ TARUFFO, Michele, *La Prueba de Los Hechos* (Madrid: Editorial Trotta S.A, 2002), pág. 225; del mismo autor, *Simplemente la verdad*, 1ª ed. (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010). TARUFFO asume la noción de verdad como correspondencia propuesta por TARSKI: un enunciado descriptivo es verdadero si, y sólo si, se corresponde con un hecho. Un enunciado verdadero describe un hecho que ocurre o, si se trata de un enunciado sobre el pasado, un hecho que ocurrió.

²⁴⁷ Para una mayor profundización, vid. LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

²⁴⁸ *Ibid.*, pág. 29: “...the standard of proof, the presumption of innocence, the benefit of the doubt, and the prosecutorial burden of proof. As we will see, none of these traditional principles is designed to reduce the likelihood of error in a trial. Their intended result is to distribute errors in a certain way –that is, to ensure that such errors as do occur will be predominantly false acquittals rather than false convictions.”

Por todo lo anterior, la búsqueda de la imparcialidad judicial, que permite que un órgano sin prejuicios ni intereses y que no está condicionado por actividades previas valore el material presentado ante él, se presenta como un objetivo de mejora en el proceso. Tal como ha sido puesto de relieve por amplia literatura, esta imparcialidad exige la diferenciación orgánica entre la figura de la investigación y la del enjuiciamiento, pero no queda simplemente recluida a este ámbito. Es necesario que esta distanciamiento no sea solamente funcional sino también psicológica. Por este motivo, debido a la contaminación que supone la tarea investigadora²⁴⁹, es necesario garantizar que las tareas de investigación y acusación estén suficientemente diferenciadas²⁵⁰ y que los canales de transición entre la fase previa al juicio oral y la fase de enjuiciamiento estén regulados de una forma que el tribunal enjuiciador no tenga un acceso a los materiales de la instrucción que produzca un efecto contaminante perjudicial para la imparcialidad. Es en este ámbito en el que empiezan a ser más perceptibles las fallas de los diferentes sistemas, puesto que la neutralidad del proceso y la imparcialidad de los órganos judiciales que intervienen en él no depende solo de la tradicional diferenciación acusador/juez, sino que se incrusta inexorablemente en la configuración de la propia fase de investigación, en la naturaleza de las actuaciones que tienen lugar en él y en el modo en que éstas se ejecutan²⁵¹.

²⁴⁹ Vid. capítulo III de este trabajo.

²⁵⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, ob. cit., pág. 284: “La nota acusatoria esencial es que exista una acusación que no esté en manos de quien juzga, pero que tampoco arroje dudas sobre la delimitación de funciones investigadora y de acusación.”

²⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", ob. cit., pág. 190: Actualmente, la fase de instrucción en ninguna ley procesal está concebida en este sentido, porque son la reproducción de la estructura inquisitiva, que es un instrumento contundente para efectuar una inculpación, pero no para la averiguación definitiva de la verdad, ya que la etapa de instrucción actual es la copia fiel del proceso inquisitivo que dominó hasta el 1800 en el continente europeo y luego fue suprimido por sus graves defectos. En ella, una única instancia, ya sea la policía, la fiscalía o el juez de instrucción, en un proceso en gran parte secreto, intenta reunir la prueba contra los sospechosos del hecho, lo que debe quedar siempre en una hipótesis unilateral, en tanto que no haya pasado por el control del imputado y su defensor.”

CAPÍTULO II. EPISTEMOLOGÍA E INSTRUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA

1. EL OBJETO DE LA TAREA INVESTIGADORA

1.1 El necesario enfoque epistemológico de la instrucción penal

Siguiendo el planteamiento expuesto hasta el momento, nos interesa ahora ahondar en el núcleo de la función investigadora de la etapa previa al juicio oral que, como hemos sugerido, denominaremos fase de investigación. No queremos reabrir por inercia los debates planteados en relación con la naturaleza jurídica de la instrucción, su articulación o el órgano director de la misma. Pretendemos, por el contrario, realizar un estudio más minucioso acerca de las tareas que actualmente se encomiendan a esta primera etapa y su tratamiento procesal, con el objetivo de analizar críticamente su idoneidad e influencia en el conjunto del proceso.

Como la misma expresión indica, la fase de investigación del proceso penal tiene un cometido que consiste en el esclarecimiento de datos e información relacionados con el supuesto delito. Numerosos autores han puesto de manifiesto que, tras la comisión de éste, el paisaje del crimen se difumina como consecuencia, en primer lugar, del paso del tiempo, que no permite congelar la realidad, y que únicamente abandona tras de sí simples vestigios del hecho acontecido. Por otro lado, tal como ya indicaba ALONSO MARTÍNEZ en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882²⁵², el delincuente que conscientemente quiere evadir la justicia habrá tomado las precauciones necesarias para minimizar la posibilidad de persecución del delito y también tras la comisión de éste realizará todo tipo de acciones para el encubrimiento de su conducta²⁵³. Ante esta realidad, la sospecha de la comisión de un delito necesariamente

²⁵² “Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerlo, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa y desprevenida.”

²⁵³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) pág. 132;

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario”, en *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona: 1969; SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de la estructura y

pone en marcha el mecanismo de la investigación, con el objetivo de sacar a la luz estos vestigios, de arrojar claridad sobre el rastro que el eventual hecho ilícito ha dejado a su paso²⁵⁴.

En la delimitación del ámbito de esta tarea investigadora se plantean una serie de interrogantes vinculados directamente con la ciencia de la epistemología. Algunos de ellos están relacionados con el propio alcance de la investigación: ¿Qué aspectos debe esclarecer la investigación? ¿En qué momento podemos dar por concluido este estadio procesal? Otros interrogantes surgen en relación con el modo concreto de llevar a cabo la tarea investigadora y los resultados a los que debe conducirnos: ¿Es compatible la posición de neutralidad con las tareas de investigación? ¿Cuál es el mejor modo de favorecer la recopilación de indicios tanto incriminatorios como exculporios? ¿Debe el resultado de la investigación plantear meras hipótesis o presentar relatos concluyentes?

Surgen también otras cuestiones mucho más específicas relacionadas con la interpretación y la voluntad de la ley: ¿Qué significan exactamente los indicios racionales de criminalidad²⁵⁵? ¿Qué grados de certeza deben alcanzar los actores que intervienen en la fase de investigación en el momento de dictar o instar que se dicten las diversas resoluciones que actualmente son necesarias para hacer avanzar esta fase del proceso? ¿Cuál es la finalidad que debe haber cumplido la instrucción para que el juez pueda darla por concluida *ex art.* 324.4 LECrim?

Una vez hemos sacado a relucir algunas de estas cuestiones, no queda más que reconocer su contenido epistemológico y, como consecuencia, la necesidad de abordar la fase previa al juicio oral desde esta perspectiva. Está claro que cada una de las actuaciones que se llevan a cabo en este primer estadio del proceso penal y, sobre todo, el tratamiento y el valor que se les otorga, contribuyen decisivamente en la construcción del material del expediente y el avance del proceso. Sin embargo, tienen menos presente la doctrina y la legislación la enorme influencia que éstas pueden llegar a tener en el plano psicológico,

reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho penal y Criminología*, vol. 25, nº 76 (2004), pág. 192.

²⁵⁴ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, nº 32, (2005), pág. 59.

²⁵⁵ Art. 637, en sede de procedimiento ordinario, y art. 783 LECrim, en sede de procedimiento abreviado.

en la formación del relato interno que van adquiriendo los sujetos que intervienen en el proceso y, más importante todavía, en el propio relato judicial. Todo ello nos interesa especialmente en este trabajo y por este motivo pretendemos desgranar esta fase de investigación del modo en que lo haremos.

Como explica ANTÓN Y ABAJO²⁵⁶, la heurística proporciona una nueva perspectiva de análisis de los problemas relacionados con los sesgos y el desarrollo psicológico del proceso penal. Destaca el autor que hasta muy recientemente la doctrina ha sido –a diferencia de las literaturas anglosajona y norteamericana– ajena a disciplinas no jurídicas como la economía o la psicología, que tienen mucho que aportar en este campo. Así vienen demostrándolo desde hace algún tiempo autores como TARUFFO²⁵⁷, MUÑOZ SABATÉ²⁵⁸, NIEVA FENOLL²⁵⁹, FERRER BELTRÁN²⁶⁰, GASCÓN ABELLÁN²⁶¹, y algunos otros. A pesar de que nos apartaremos humildemente de sus conclusiones a lo largo de este trabajo, VILLEGAS FERNÁNDEZ²⁶² destaca acertadamente que “mucho más productivo sería abrir un debate acerca del valor epistémico de nuestro proceso penal. Deberíamos preguntarnos si la arquitectura de nuestras normas favorece condenas injustas; esto es, que construyan un relato fáctico que se aparte de la verdad.”

²⁵⁶ ANTÓN Y ABAJO, Antonio, ‘Instrucción y sesgos cognitivos (Una nueva aproximación al modelo de instrucción)’, en *Diario La Ley*, nº 9208 (2018), págs. 3-4: “Una nueva perspectiva de análisis de los problemas señalados lo proporciona la heurística. Fuera de la literatura jurídica anglosajona y, en particular, norteamericana, se trata de una perspectiva escasamente considerada en nuestra doctrina y mucho menos en lo que se refiere al proceso penal, cuestión que parece responder al sistema de formación jurídica en nuestra universidades de carácter lógico-abstracto y analítico, ajeno, por una parte, a enfoques instrumentalistas o del Derecho como argumentación jurídica y, por otra, al contacto con otras disciplinas no jurídicas como es la economía o la psicología.”

²⁵⁷ TARUFFO, Michele, *La Prueba de Los Hechos* (Madrid: Editorial Trotta S.A, 2002); del mismo autor, *Simplemente La Verdad*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010).

²⁵⁸ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Tratado de probática judicial*, Tomos I a V, Barcelona 1992 a 1996.

²⁵⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie* (Atelier: Barcelona, 2007); *La duda en el proceso penal* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2013); *La valoración de la prueba*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010).

²⁶⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007); *Prueba y verdad en el derecho*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005).

²⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2009).

²⁶² VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal* (Madrid: Marcial Pons, 2012).

Pese a las implicaciones que pueda tener en ese ámbito, los resultados de este capítulo no se orientan hacia la ciencia de la criminalística, sino que quedan recluidos al ámbito procesal. Cuando entendamos en profundidad las consecuencias que la actual articulación de la instrucción tiene en el nivel epistémico y en la salud del conjunto del proceso, estaremos en condiciones de decidir si nos convence la definición y orientación que está tomando en los últimos tiempos, expuesta más arriba, de deconstruirla con fundamento y de construirla de nuevo, algo a lo que todavía no nos hemos atrevido porque parece que nadie tiene claro el sistema que debemos acoger.²⁶³

1.2 El artículo 299 LECrim

1.2.1 Heterogeneidad de las actuaciones

El artículo 299 LECrim constituye el precepto de referencia para la comprensión del objeto actual de la fase de investigación en el ordenamiento español. Se trata de un precepto que conserva el mismo redactado que tenía en 1882, en el momento en que se promulgó la Ley, y es aquél al que se acoge la doctrina en primer término para formular una definición acerca de la fase de instrucción²⁶⁴.

²⁶³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Barcelona: Atelier, 2014), pág. 179: *Con todo, el problema fundamental en esta materia es que seguimos sin tener claro el modelo de instrucción que queremos para el enjuiciamiento criminal. En la actual regulación positiva conviven varios sistemas, con los inconvenientes de todo tipo que ello comporta.*

²⁶⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Barcelona: Atelier, 2014), pág. 34: "... está acertadamente definida en el art. 299 LECrim."; GARCÍA-PANASCO MORALES, Guillermo, "La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador", pág. 86: "Sea como fuere, la mayoría de los autores coincide en utilizar, a efectos de formular una definición del concepto de instrucción penal, los términos recogidos en el art. 299 LECrim..."; ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense*, Tomo II, pág. 334: "El sumario es la base del juicio criminal, y consiste en las diligencias y actuaciones judiciales dirigidas a descubrir y acreditar legalmente la ejecución del delito, o el intento manifiesto de cometerlo, sus circunstancias, y quienes han sido sus autores, cómplices y encubridores, asegurando sus personas y sus responsabilidades pecuniarias."; DICCIONARIO DE ALCUBILLA (ed. 1880): "El conjunto de actuaciones judiciales practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y quiénes son los delincuentes, asegurando sus personas y su responsabilidad pecuniaria."; FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, ob. cit., Tomo II: "El fin del sumario aparece claramente establecido en nuestro Ordenamiento positivo al considerarlo como la preparación del juicio oral, según se desprende de dicho precepto y de la exposición de motivos de la Ley."

Las actuaciones que engloba el citado artículo son heterogéneas y de distinta naturaleza y están reguladas extensamente en los cinco títulos siguientes (V-X) del Libro segundo, que regulan tanto las diligencias propiamente de investigación como las medidas cautelares. Además, pese a estar ubicadas en sede de procedimiento ordinario, en todo aquello que no esté regulado en otra sede, serán de aplicación subsidiaria –para la práctica de la prueba en el juicio oral²⁶⁵ y para el resto de procedimientos–, tal como dan a entender las frecuentes remisiones de la ley. Como decíamos, estas actuaciones tienen, por un lado, carácter heterogéneo²⁶⁶ y, por otro lado, carácter disponible, en el sentido de que prácticamente nunca será necesario hacer uso de todas ellas, decisión que quedará en manos de los órganos de la investigación.

La heterogeneidad de todas estas actuaciones se debe a que, en el primer estadio procesal tras la *notitia criminis*, surgen necesidades muy variadas que deben ser atendidas y que a su vez dependen del tipo de delito, del grado de exposición inicial de éste, de las circunstancias en las que se han desarrollado los hechos o de las circunstancias personales del sospechoso si está identificado. En relación con la averiguación del delito, es cierto que se pueden estudiar patrones criminales y desarrollar protocolos de investigación aplicables a delitos similares, pero la verdad es que ningún hecho delictivo ocurre de manera idéntica a otro hecho ni en idéntico contexto. Tampoco, una vez sucedido el hecho e incoado el procedimiento, las consecuencias del supuesto delito son iguales, ni la actuación procesal o extraprocesal de las partes puede preverse completamente. Todo ello supone que las actuaciones que deben realizarse bajo la cobertura del art. 299 o 777 LECrim varían de un proceso a otro, tanto en su cantidad como en su tipología, así como en el propio orden en que éstas se producen.²⁶⁷ Así lo explica ARAGONESES MARTÍNEZ, puntualizando que “el desenvolvimiento del sumario, conformado por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión

²⁶⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. I (2019), pág. 10.

²⁶⁶ AGUILERA MORALES, Marien, “Generalidades sobre la instrucción”, en BUJOSA VADELL, Lorenzo; NIEVA FENOLL, Jordi (dir.), *Nociones Preliminares de Derecho Procesal penal*, Barcelona, 2016, pág. 75.

²⁶⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) págs. 174-175.

de actos no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce.”²⁶⁸

1.2.2 La definición incompleta del sumario

La diversidad de actuaciones que pueden llevarse a cabo en este estadio preliminar ha conducido a algunos autores a considerar que la definición contenida en el art. 299 LECrim es incompleta, principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque no todos los sumarios tienen como única finalidad la preparación del juicio oral sino también otra función fundamental, la de ser un filtro de evitación del juicio²⁶⁹. Si no fuera así, atendiendo a la interpretación estricta de la fase preliminar como preparación del enjuiciamiento, dicen que ésta vería frustrada su función cada vez que a la fase de investigación no le sucediera la apertura del juicio oral, situación que, como se encarga de destacar PASTOR LÓPEZ²⁷⁰, sucede en numerosas ocasiones. En segundo lugar, advierten que en el sumario se realizan otras actuaciones que no son propiamente preparación del juicio oral, como actos de imputación²⁷¹, actos de iniciación del proceso y actos que suponen el ejercicio de la acción penal²⁷².

²⁶⁸ ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (I) en *Derecho procesal penal*, VVAA, 1994, pág. 332.

²⁶⁹ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* pág. 54: “El mencionado artículo 299 relega a un segundo plano, por no decir que ignora de plano, la posibilidad de que el sumario o instrucción sirva a modo de filtro para evitar juicios orales innecesarios.”; PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El Proceso de Persecución. Análisis Del Concepto, Naturaleza y Específicas Funciones de La Instrucción Criminal* (Valencia: Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones, 1979), pág. 22: “(...) ni todo el cometido procesal que desempeña el procedimiento sumarial español aparece aludido en la definición legal del art. 299 LECrim, ni todos los sumarios que pueden darse al amparo de la normatividad vigente se ajustan al tipo a que hace referencia el mencionado precepto.”; MORENO CATENA, Víctor, “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”, *Revista Teoría & Derecho I/2007*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2007), págs. 79-82: “(...) por encima de eso [preparar el juicio], permite evitar el juicio oral, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso con la apertura del juicio.”; ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., págs. 53-56.

²⁷⁰ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...* ob. cit., pág. 21.

²⁷¹ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* pág. 55: “A lo largo del sumario el Juez competente deberá emitir “juicios” diversos, a menudo vinculados a las modalidades de actividad específica ya citadas; otras veces, más conectados con la propia imputación judicial de la persona contra la que se dirige la maquinaria estatal...”

²⁷² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) pág. 132-133: “(...) se deduce también que el contenido del procedimiento preliminar es muy variado: a) Actos que implican el ejercicio de la acción penal (querrela), y de iniciación del proceso (denuncia); b)

Nos parece importante simplificar el planteamiento anterior, y dejar sentado que, aunque es cierto que existen en el sumario actuaciones de diversa índole, todas ellas pueden sin problema reconducirse a la expresión “preparación del juicio oral” si la entendemos en sentido amplio. Los actos de iniciación del proceso, tanto los que suponen ejercicio de la acción penal –como la querrela– y los que no tienen esa implicación, son procedimentalmente necesarios para la existencia y el desarrollo del primer estadio del proceso, pero nada dicen sobre la esencia de éste. Lo mismo sucede con los actos de imputación, que más adelante pondremos en cuestión. De este modo lo sintetiza GÓMEZ COLOMER cuando afirma lo siguiente:

“Investigar e instruir es formalmente lo mismo. Cuando el fiscal o el juez ordenan la declaración de un testigo de los hechos, está al mismo tiempo investigando qué ha pasado y construyendo un expediente que le servirá para determinar si sigue adelante (acusación) o si termina antes de tiempo (sobreseimiento). Lo mismo pasa si ordena un informe pericial, una entrada y registro domiciliario o una interceptación de e-mails. Que existan en la fase preparatoria del proceso penal (sumario, diligencias previas o urgentes), actos que no son de investigación, como las citaciones, no empece a que todo lo actuado dé forma a una investigación, que en su consideración global es una investigación instruida, construida u ordenada en suma.”²⁷³

Aquello esencial de esta primera fase es, como decíamos líneas más atrás, recoger todas las huellas del hecho delictivo de las que la realidad ha quedado impregnada, para poder desarrollar posteriormente el acto de enjuiciamiento. Para que este proceso de recogida de vestigios²⁷⁴ sea posible, evidentemente será necesaria la intervención ocasional de jueces que garanticen la protección de los derechos de los reos, así como una serie de actuaciones de tramitación que no tienen otra finalidad que facilitar el avance de la maquinaria procesal. Por otro lado, es evidente que cuando no existan prácticamente indicios de la comisión del delito, la preparación del juicio no habrá alcanzado un estándar

Actos de investigación, y, en su caso, de prueba anticipada; c) Actos de imputación (auto de procesamiento, básicamente); y e) Otras diligencias”.

²⁷³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, pág. 169.

²⁷⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, vol. I (2019), pág. 5.

de suficiencia razonable y éste no podrá abrirse²⁷⁵. En este caso, la evitación del juicio será una consecuencia lógica, la respuesta procesal coherente con la imposibilidad de abrir un juicio que a todas vistas no tiene un mínimo de elementos que lo presenten como viable.

El sobreseimiento del caso es, por tanto, un resultado posible y totalmente aceptable en una investigación llevada a cabo correctamente. Sin embargo, en coherencia con la propuesta de instrucción que iremos desarrollando, nos parece poco oportuno hablar del filtro de evitación de juicios como una de las funciones principales de la fase preliminar. Poner el foco en la evitación del juicio oral puede transmitir una idea del juicio como un mal que es necesario evitar a toda costa, y proyecta sobre él una sombra de oscuridad que borra de la mentalidad de los actores cualquier idea del juicio como un derecho, como una garantía para la búsqueda de la verdad: el proceso penal es, para quien lo sufre, una desgracia²⁷⁶. Andando por ese camino es fácil, y sucede frecuentemente, que se promueva la evitación de juicios que, en realidad, eran necesarios. Por otro lado, cuando este filtro de juicios no es únicamente un resultado obvio de la investigación sino algo buscado, empieza a surgir la necesidad de valorar cada indicio y de sacar conclusiones acerca de los resultados de la investigación; conclusiones que consideramos que en este estadio procesal no contribuyen a la imparcialidad del conjunto del proceso.

Finalmente, también vale la pena destacar que algunos autores desglosan el artículo 299 LECrim identificando en él dos bloques de actuaciones diferentes: por un lado, la

²⁷⁵ Así parece que lo entienden GIMENO SENDRA: “*Todas estas funciones específicas están orientadas a cumplir con la genérica de <preparar el juicio>, evitando (cuando no haya existido el hecho, no sea típico, no sea susceptible de ser probado o carezca de responsabilidad penal su autor) la realización de juicios innecesarios*”, en GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, págs. 327 y 328; FÁBREGA Y CORTÉS: “*Por esta definición descriptiva ya se comprende que ha de ser mucha su extensión y múltiples sus objetos, aunque todos ellos coinciden en la idea de preparación del juicio*”, en FÁBREGA Y CORTÉS, M., *Lecciones de procedimientos judiciales*, pág. 584; y también VILLEGAS FERNÁNDEZ: “*El precepto antes transcrito apenas alcanza a mostrar la polivalencia funcional de la instrucción judicial. Por un lado, está dedicada a la consabida investigación criminal. Pero, por otro, alberga las medidas cautelares. (...) Sea como fuere, y con arreglo a la legislación vigente, el sentido final del sumario se condensa en la expresión con la que principia el art. 299: preparar el juicio*”, en VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal* (Madrid: Marcial Pons, 2012), pág. 136-137.

²⁷⁶ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* pág. 115.

preparación del juicio oral, que se identificaría con la primera parte del precepto, y, por otro lado, la finalidad cautelar²⁷⁷, según lo establecido en el art. 299 LECrim *in fine*. Consideran necesaria la diferenciación porque estas actuaciones se orientan a finalidades distintas: el objeto de las medidas cautelares no es la preparación del juicio sino garantizar la efectividad de la pena, así como asegurar las responsabilidades civiles del hecho en caso de una condena.²⁷⁸ No tenemos nada que objetar a esta diferenciación, pero nos resistimos a incluir las medidas cautelares en el núcleo esencial de la fase de investigación. Las medidas cautelares se dictan en fase preliminar siempre y cuando sean necesarias, pero podrían no dictarse si no lo fueran²⁷⁹. Además, no se activan únicamente en este estadio procesal, sino que pueden solicitarse y dictarse en cualquier momento a lo largo de todo el proceso cuando se cumplan los requisitos establecidos para ello.

1.2.3 El contenido epistémico del art. 299 LECrim

Dejando atrás las discusiones acerca de la naturaleza de las actuaciones y la del propio sumario, que ya abordamos suficientemente en la primera parte de esta obra, nos interesa especialmente entender cuáles son los extremos a los que debe llegar la investigación según el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Se trata de una cuestión central, cuyo esclarecimiento significa uno de los primeros pasos para articular correctamente la fase de investigación y, sobre todo, para simplificar y guiar la tarea de los que se encargan de ella. Con mucha claridad expone esta necesidad el AAP de Barcelona (Sección 6ª) núm. 495/2017, de 26 de junio, que, tras criticar la eternización de la fase de instrucción y la improvisación de las medidas de investigación, concluye que el problema se encuentra en “la falta de diseño racional e inteligente de la investigación. O no se tiene claro qué se quiere investigar, o no se sabe cómo investigarlo. O más grave aún, ambas cosas”²⁸⁰.

²⁷⁷ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Págs. 413-422.

²⁷⁸ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 147.

²⁷⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 176.

²⁸⁰ Citado en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., pág. 71.

El artículo 299 LECrim fija con claridad los dos ámbitos que deben estar cubiertos por la tarea de investigación, al señalar que se encamina a “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”. Estos dos ámbitos son, por un lado, el ámbito objetivo y, por otro lado, el ámbito subjetivo del delito que, a su vez, se han identificado como “el binomio que constituye la esencia del proceso penal”²⁸¹, los elementos sobre los que pivota la investigación a lo largo de todo el proceso²⁸² y cuya ausencia en cierto punto impedirá la continuación del mismo. Identificaríamos el elemento objetivo con el supuesto hecho delictivo, mientras que el elemento subjetivo nos hablaría de los sujetos a los que puede atribuirse esta conducta²⁸³.

Tanto el elemento objetivo como el subjetivo parece que contienen, a su vez, dos sub ámbitos. Al ámbito objetivo pertenecen la averiguación de la perpetración de los delitos, por un lado, y las circunstancias que influyen en su calificación, por otro. Al ámbito subjetivo pertenece la averiguación de la culpabilidad de los delincuentes y, aunque no lo diga explícitamente la ley, es evidente que también la previa identificación del

²⁸¹ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* pág. 116: “Resulta innegable que estos enjuiciamientos que según el autor referido acaecen en sede de instrucción versan sobre el siguiente binomio, que constituye la esencia del proceso penal y sobre el que, consecuentemente, se construye, asimismo, el concepto de cosa juzgada (en concreto las identidades que han de concurrir) en esta esfera: la existencia de unos hechos con apariencia delictiva y la atribución de los mismos a una persona determinada. Si falta alguno de estos dos elementos, el proceso penal no podrá continuar su iter y se sobreseerá.”

²⁸² Artículo 287 LECrim: “Los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias (...) para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes (...).”

Artículo 273 LECrim: “(...) el particular que intentare querellarse del delito podrá acudir desde luego al Juez de instrucción o municipal que estuviere más próximo o a cualquier funcionario de policía, a fin de que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente.”

Artículo 282 LECrim. La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

²⁸³ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 136: “En la fase instructora o preliminar (sumario o diligencias previas) fijar tal hecho y sus circunstancias constituye – junto a determinar si cabe razonablemente imputarlo a una persona– su finalidad esencial, a la que se encaminan todas las diligencias del Título V, Libro I de la LECrim (arts. 299 y ss. y 777 y especialmente 779.4ª y 781).”

sospechoso. Es fácil darse cuenta de que esta subdivisión, que desmenuza la realidad en diferentes secciones, puede responder a la tradicional división entre hechos naturales y hechos jurídicos²⁸⁴. Se trata de la división entre hechos y derecho que, aunque nos pueda ayudar a identificar ciertos elementos en el plano teórico, es de muy difícil mantenimiento en el estudio práctico del derecho procesal. Sin embargo, nos permitimos resaltar esta diferenciación porque nos ayuda a remarcar que no son únicamente los hechos naturales despojados de contexto o la persona del sospechoso aquello que mantiene funcionando la maquinaria procesal, sino su trascendencia penal²⁸⁵. Los elementos que atribuyen punibilidad al acto y la posible atribución de la culpabilidad a una persona son las circunstancias que hacen de ese hecho y de ese sujeto objetos relevantes a nivel penal²⁸⁶.

Dicho lo anterior, es necesario tener en cuenta el carácter altamente teórico de esta división²⁸⁷, ya que la averiguación y fijación de estos ámbitos en la práctica no pertenece a cajones separados, sino que se produce con un alto grado de simultaneidad²⁸⁸. Determinados actos de investigación tienden a la comprobación de más de un extremo, tal como explica ARAGONESES MARTÍNEZ cuando destaca que “no siempre es posible deslindar la existencia de actos que tiendan de modo unilateral a comprobar uno o a averiguar otro. Antes al contrario, la investigación de ambos extremos suele ser

²⁸⁴ Una buena explicación sobre esta polémica se encuentra en TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Madrid: Editorial Trotta S.A, 2002), págs. 89 y ss.

²⁸⁵ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Barcelona: Atelier, 2014), pág. 39: “Más que un hecho natural, es objeto del juicio penal la posible trascendencia penal de una conducta.”

²⁸⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) pág. 119: “se pretende poner de manifiesto, en primer lugar, la toma en consideración por el Derecho Penal de ese hecho, es decir, si se trata de un hecho punible o no; y, por último, desde el punto de vista subjetivo, si ese hecho puede ser imputado razonablemente a una persona (v. el fundamento legal, incompleto, que proporciona el art. 299 LECRIM)”.

²⁸⁷ TATA, Cyrus, “Conceptions and Representations of the Sentencing Decision Process”, in *Journal of Law and Society*, vol. 24, n° 3 (1997), pág. 406.

²⁸⁸ TATA, Cyrus, “Conceptions and Representations of the Sentencing Decision Process”, in *Journal of Law and Society*, vol. 24, n° 3 (1997), pág. 407: “Such an attempt to model the sentencing decision is to misrepresent decision-making as a deductive, linear, analytical, and mechanical activity. Rather, routine decision-making which is strongly characterized by formal discretion can be better understood as a process of gradual affirmation or denial of a provisional solution to a problem by informally employing typical or typical whole case stories built up through comparative experience.”

coetánea.”²⁸⁹ Así, por ejemplo, el visionado de la cámara de vigilancia de un parquin en la que se ve a un sujeto golpeando a otro podrá, por un lado, aportar indicios sobre la perpetración del hecho, así como de las circunstancias que permiten calificarlo como lesión y, si la calidad de la imagen es buena, puede arrojar luz también sobre la identidad del sospechoso.

Otra problemática añadida a la exégesis de este artículo es la expresión “hacer constar”, que se utiliza junto al verbo averiguar para delimitar la finalidad de las actuaciones sumariales. El concepto averiguación tiene un significado más cercano a la tarea de investigación y se adecúa mejor a la idea de sacar a la luz alguna cosa que pueda estar oculta. Sin embargo, el término “hacer constar” va un paso más allá y posee una connotación probatoria que puede conducir a confusión si se utiliza para la descripción de las tareas de la instrucción. Algunos autores han entendido que el uso de esta expresión puede hacer referencia a aquellas actuaciones con valor probatorio que se realizan en sede de instrucción, ante la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral. Así lo entiende LIBANO BERISTAIN, que considera que “la redacción del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la expresión verbal “hacer constar”, da pie a considerar como segundo gran apartado aquellas actuaciones vinculadas con la actividad probatoria. En concreto, los supuestos de prueba (anticipada y preconstituida) practicados en sede de instrucción tendrían justificada cabida en este apartado.”²⁹⁰ Acaba la autora manifestando la inadecuación y ambigüedad de esta expresión, a cuya opinión nos adherimos.

Nos parece que la actividad probatoria admitida en sede de instrucción mediante las figuras de la prueba anticipada y la prueba preconstituida no refleja la esencia de aquella. Al contrario, se trata de una excepción a la falta de valor probatorio de las diligencias de investigación y, como tal, no debería constar en la definición nuclear de esta fase procesal. Pensamos, además, que el legislador no pensaba en las figuras citadas en el momento en que decidió usar la expresión “hacer constar”, sino que simplemente la dejó por motivos

²⁸⁹ ARAGONESES MARTINEZ, S. “El sumario (I) en Derecho procesal penal, VVAA, 1994, pág. 332.

²⁹⁰ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., págs. 52-53.

históricos²⁹¹ y sobrevoló su significado de forma superficial. Descartamos, pues, una interpretación de este verbo que pueda llevar a pensar en un contenido probatorio de la fase preliminar. Nos parece mucho más oportuna la explicación empleada por AGUILERA DE PAZ, el cual, haciendo referencia al sumario como preparación del juicio explica que “es una preparación necesaria del juicio (...) a fin de facilitar a la misma la aportación al proceso de los elementos de comprobación convenientes, tanto de la existencia del delito y de sus circunstancias como de la respectiva delincuencia de los responsables del mismo.”²⁹² Se trata, pues, de aportar los elementos de comprobación, pero en ningún caso de comprobarlos en la misma instrucción llevando a cabo actividad probatoria, puesto que esto será tarea principal del juicio oral.

1.3 El ámbito objetivo de la investigación

1.3.1 La perpetración de los delitos

Un primer extremo al que tienden las actuaciones que se llevan a cabo en la fase de investigación es el esclarecimiento de lo que será el sustrato fáctico del proceso penal, es decir, los delitos supuestamente acontecidos. Así lo prescribe el artículo 299 LECrim, con la expresión “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos”. Podríamos terminar la explicación con esta transcripción, que a primera vista parece simple y sencilla, y a la que se han conformado sin más cuestionamientos la mayoría de autores que, tras usar esta definición como explicación de la fase de instrucción, saltan directamente a la enumeración de las diligencias de investigación encaminadas a ello. Nada tiene de extraño este salto, si se tiene en cuenta que la legislación no dice prácticamente nada más en su articulado sobre el nivel de concreción en la calificación del crimen, o el grado de certeza requerido en relación con la perpetración del delito. De hecho, una lectura simple del precepto nos lleva a sacar una conclusión simple también:

²⁹¹ NIEVA FENOLL, Jordi, “El “último” proceso inquisitivo español (El proceso penal de la Novísima Recopilación)”, *Revista Justicia*, nº 3-4 (2006), págs. 132-133.

²⁹² AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo III, págs. 213, 214, citado en PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 16.

en la fase de instrucción se investiga hasta la confirmación del delito cometido. Tal vez esta afirmación no esté tan alejada de la realidad.

Con la finalidad de profundizar en el contenido epistemológico de esta fase del proceso, vemos necesario hacer algunas puntualizaciones. En primer lugar, es importante tener en cuenta que el hecho delictivo, que es presupuesto de la puesta en marcha del proceso penal, es algo irrecuperable en sí mismo. Un hecho es un acontecimiento que tiene lugar en unas coordenadas espacio temporales que son irreproducibles una vez ya ha sucedido. Esto no significa que no podamos conocer los hechos ni probar su existencia, simplemente que este conocimiento será siempre un algo indirecto, que no por ello menos cierto. Los hechos delictivos no llaman a la puerta de los juzgados, sino que lo hacen aquellos que los han presenciado, sufrido o tenido conocimiento de ellos. Y lo que estas personas traen al proceso no son los hechos delictivos, sino aquellos vestigios o huellas que han dejado, la “estampación” de éstos en una realidad que sigue presente y que sí podemos valorar. Incluso aquellos medios de conocimiento del delito que nos parecen más directos, como una grabación audiovisual o la declaración testifical de alguien que presenció todos los hechos en las mejores condiciones, son solamente vestigios del delito.

A este conocimiento indirecto de los hechos históricos mediante la búsqueda de su estampación en la realidad se refería TROUSSOV afirmando que “La verdad acerca de cualquier fenómeno sobrevenido no puede establecerse más que con la ayuda de los trazos y las huellas que todo lo que acontece deja sobre las cosas, los objetos, así como en la memoria de aquellos que los han presenciado. Este conocimiento indirecto es posible gracias a la aptitud de las cosas y de los fenómenos del mundo material a reaccionar frente a la acción exterior producida por ellos, es decir, su capacidad reflexiva.”²⁹³

En efecto, cuando hablamos de aquello que permite la incoación del proceso penal, nos referimos a una *notitia criminis*, es decir, al mero advertimiento de la comisión de un hecho ilícito; un advertimiento que será comprobado posteriormente, a diferentes niveles, en su veracidad y en su contenido. En esta línea, los artículos 262 y 264 de la LECrim, referidos a la denuncia y a la querrela respectivamente; así como el artículo 308 LECrim,

²⁹³ TROUSSOV, *Introduction a la théorie de la preuve judiciaire* (Moscou, 1965), pág. 29, citado en MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, pág. 9.

que abre la posibilidad de la incoación de oficio de la instrucción, usan la expresión “tener conocimiento” de un hecho delictivo. Asimismo, el art. 292 LECrim explica que los funcionarios de la policía especificarán en el atestado “los hechos por ellos averiguados (...) anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.”

En segundo lugar, estos hechos delictivos que se investigan y, en su caso, se comprueban y se juzgan en un proceso penal, muy rara vez aparecen jurídicamente delimitados desde el primer momento. Los funcionarios encargados de recibir la *notitia criminis*, tienen un primer conocimiento de un hecho anormal, pero que puede estar delimitado en su tipología delictiva en grados muy diversos que, además, irán variando con el tiempo y el transcurrir de la investigación²⁹⁴. Así lo explica con claridad NIEVA FENOLL²⁹⁵, a propósito de la concreción del objeto del proceso penal, en un fragmento que reproducimos:

“Lo curioso de la expresión “hecho delictivo” es su indeterminación a lo largo y ancho del proceso penal. (...) el hecho puede cambiar varias veces, incluso en cuanto a su acción o resultado, porque las investigaciones comienzan a veces por un camino y concluyen por derroteros absolutamente diferentes, siendo el proceso exactamente el mismo. (...) Se empieza a investigar –y a veces a juzgar– a ciegas no porque se practique una inquisición general, sino porque simplemente se investiga una “anomalía” a la realidad, algo que no encaja en nuestro orden social establecido. Y de esa anomalía a veces no surge nada y otras veces emerge algo totalmente distinto y, por supuesto, delictivo. Pues bien, una vez identificada esa anomalía, el tipo delictivo puede cambiar constantemente hasta desaparecer por completo”.

Las diligencias de investigación que permiten esta progresiva concreción de los hechos a lo largo de la instrucción no se dictan de modo arbitrario. En un primer momento, toman una concreta dirección a través de la descripción de hechos que contiene la denuncia (art.

²⁹⁴ FALCONE SALAS, Diego, “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, *Revista de derecho*, Universidad católica del Norte, año 21, n° 2 (2015), pág. 220: “Durante la investigación el objeto del proceso se construye paulatinamente, cosa que es explicable por las propias características de esta etapa preliminar, mediante la cual el órgano encargado de la persecución intenta forjar su propio convencimiento acerca de si ha existido un hecho punible, cuáles son sus características y quién lo realizó.”

²⁹⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 52.

259 y ss. LECrim), la querrela (art. 277 LECrim) o el atestado policial (art. 292 LECrim). Estos actos son presupuestos para la incoación del proceso penal y constituyen una primera aportación de los hechos al proceso. A partir de entonces, los órganos encargados de la investigación, en nuestro caso la policía dirigida por el juez instructor y bajo la supervisión del Ministerio Fiscal (art. 306 LECrim), realizarán una serie de actuaciones con la finalidad de comprobar y esclarecer los hechos referidos. Estas diligencias de investigación deberán ser coherentes con la búsqueda de los vestigios que un delito como el descrito podría haber dejado a su paso. En función de los resultados de esta tarea de investigación, los hechos atribuidos al sujeto podrán ir experimentando modificaciones. Por tanto, existe un doble juego de coherencia. Por un lado, las diligencias de investigación deben dirigirse a la búsqueda de los vestigios que un hecho como el referido habría producido de haberse cometido y, a la vez, la construcción del relato fáctico debe ir adaptándose de modo lógico a la realidad que reflejan los vestigios encontrados.

Esta “flexibilidad fáctica” de la fase de investigación no obsta que en cada momento del proceso sean unos hechos concretos los que se atribuyen al sujeto pasivo. El artículo 622 LECrim prescribe que el Fiscal instará la finalización de la instrucción cuando considere que se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos. Esta calificación, que fija los términos de la acusación y vinculará en gran medida la decisión del tribunal en el juicio oral, no es, sin embargo, la primera. Como hemos visto, desde la incoación de éste se viene realizando una atribución de hechos delictivos a un sujeto, pero susceptible de adaptaciones o incluso de su eliminación total. Estas atribuciones de hechos aparentemente delictivos tienen lugar en diferentes resoluciones –además de las que comienzan el proceso penal– como el procesamiento del procedimiento ordinario (art. 384 LECrim), el auto de transformación de las Diligencias Previas en procedimiento abreviado (art. 779.4 LECrim) –comúnmente conocido como auto de PA-, la autorización de ciertas medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales (art. 588 bis c 3. a)) o el auto de prisión provisional (art. 503.1.1º LECrim), entre otros. En todas estas resoluciones existe atribución explícita de hechos con apariencia de delito por parte de la autoridad judicial, con evidentes consecuencias para la imparcialidad.

1.3.2 Circunstancias determinantes de la calificación del delito

El artículo 299 LECrim expresa que deberán dirigirse las actuaciones del sumario a la averiguación de “todas las circunstancias que puedan influir en su calificación [del delito]”. Con ello, se pretenden recabar todos aquellos elementos que permitirán, más adelante, delinear la trascendencia jurídico-penal de los hechos acontecidos y calificarlos correctamente. La necesidad de recoger en la fase preliminar las circunstancias que vayan a influir en la calificación del delito es coherente con las exigencias de calificación previa al juicio oral que señala nuestro ordenamiento. Así, el artículo 622 LECrim²⁹⁶ es claro cuando prescribe que el Ministerio Fiscal instará al Juez de instrucción la conclusión del sumario en el momento en que considere que “se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos.” Lo mismo es aplicable para el procedimiento abreviado, que en los arts. 780 y 781 LECrim impone al Ministerio Fiscal la tarea de calificar los delitos en caso de que presente la acusación, y le da la oportunidad de solicitar la práctica de nuevas diligencias si las realizadas hasta el momento no fueran suficientes para formularla oportunamente (art. 780.2 LECrim).

En efecto, las diligencias de investigación contenidas en los Títulos del V al VIII de la ley, no pretenden únicamente sacar a la luz la comisión de un hecho abstracto, sino también aquellas circunstancias que nos permitan llamar a ese hecho con el nombre de un delito concreto, tal como expresan los artículos 365 o 797 LECrim, entre otros²⁹⁷.

²⁹⁶ Art. 622 LECrim: “Practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez instructor, si éste considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito.

Cuando no haya acusador privado y el Ministerio fiscal considere que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en los trámites del juicio oral, lo hará presente al Juez de instrucción para que, sin más dilaciones, se remita lo actuado al Tribunal competente.”

²⁹⁷ Art. 365 LECrim: “Cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias fuere necesario estimar el valor de la cosa que hubiere sido su objeto o el importe del perjuicio causado o que hubiera podido causarse, el Juez oír sobre ello al dueño o perjudicado, y acordará después el reconocimiento pericial en la forma determinada en el capítulo VII de este mismo título.

El Secretario judicial facilitará a los peritos nombrados las cosas y elementos directos de apreciación sobre que hubiere de recaer el informe. Si tales efectos no estuvieren a disposición del órgano judicial, el Secretario judicial les suministrará los datos oportunos que se pudieren reunir, a fin de que, en tal caso, hagan la tasación y regulación de perjuicios de un modo prudente, con arreglo a los datos suministrados.”

Art. 797.1.2ª LECrim: “(...) Si fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados:

Estos elementos, como el grado de violencia o la existencia de la misma, la gravedad de los daños físicos afligidos, la cuantía o valor del objeto sustraído o dañado, la edad de la víctima, los medios empleados para delinquir, etc., no son una categoría distinta a los propios hechos acontecidos y, de hecho, ni siquiera pueden deslindarse de éstos últimos.

Cuando una persona sustrae a otra un móvil con violencia o a mano armada, los medios que ha usado para esta sustracción no son una capa jurídica que añadimos artificialmente al hecho de la sustracción, sino que forman parte del hecho en sí mismo. Así también, cuando alguien mantiene relaciones sexuales con un menor, la minoría de edad de éste es parte también del hecho, porque es parte de la realidad. Y esto sucede, ciertamente, con cualquier otro elemento o circunstancia que pudiera rodear el hecho punible. El delito se irá individualizando y delineando cada vez de un modo más concreto en la medida en que las diferentes diligencias de investigación y los vestigios recogidos puedan aportar elementos para una reconstrucción más completa del hecho acontecido. No es, por tanto, la averiguación de “las circunstancias que puedan influir en la calificación de los delitos” nada más que la búsqueda de elementos que nos hablen del propio hecho en sí mismo.

En otro orden de cosas, cabe decir que la calificación del delito se atribuye, de modo explícito y a primera vista, al Ministerio fiscal y a las partes acusadoras en sede de juicio oral para el procedimiento ordinario (arts. 649 y ss. LECrim); y todavía en sede de instrucción para el procedimiento abreviado (art. 780 LECrim), antes de la apertura del juicio oral. En este trámite de la formulación de la acusación, las partes acusadoras deben valorar el material recogido y las diligencias practicadas hasta el momento y atribuir a los hechos investigados una tipología delictiva que active el juicio oral.

Sin embargo, como hemos apuntado en el apartado anterior cuando hablábamos del esclarecimiento de los hechos, esta calificación delictiva no es la primera del proceso penal. En el recorrido hasta este momento, han existido ya diferentes calificaciones del

a) Recabará, de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.

b) Ordenará, cuando resulte pertinente y proporcionado, que el médico forense, si no lo hubiese hecho con anterioridad, examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial.

c) Ordenará la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial, si no se hubiese hecho con anterioridad.”

delito realizadas por la propia autoridad judicial. Nos referimos, principalmente, al auto de conclusión del sumario del procedimiento ordinario (art. 622 LECrim) y al auto de transformación en Diligencias Previas del procedimiento abreviado (art. 779.1.4 LECrim). Tanto en un caso como en el otro, la autoridad judicial que ha dirigido la fase de instrucción, previamente a la calificación del hecho por las partes acusadoras, se posiciona con respecto a la probabilidad de la existencia del hecho punible, valorando la suficiencia del relato inculpativo construido hasta el momento.

La toma de postura del juez de instrucción ante la calificación del delito se hace más evidente en el artículo 779.1.4 LECrim, que postula que cuando el juez considere que el hecho es constitutivo de un delito incluido en el artículo 757 LECrim (pena privativa de libertad de menos de 9 años o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza) ordenará proceder de acuerdo a los trámites del procedimiento abreviado y prescribe, a continuación, que la resolución deberá contener “la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan.” Como hemos visto, esta determinación de los hechos punibles es prácticamente imposible de realizar al margen de la calificación jurídica de éstos y, aunque se pudiera, lo cierto es que la práctica forense demuestra que estos autos de conclusión del sumario acaban siendo como escritos de acusación²⁹⁸, más cuando en los últimos tiempos se entiende la instrucción como un filtro judicial²⁹⁹ y como la fase preparatoria del juicio de acusación³⁰⁰. Profundizaremos en ello más adelante.

²⁹⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 242: “el procesamiento del procedimiento ordinario, que en puridad es idéntico a la resolución del art. 775 LECrim en el procedimiento abreviado, se ha equiparado indebidamente en la práctica con el auto del art. 779 LECrim, que propicia la realización de una auténtica acusación de oficio, o al menos así la formulan varios jueces de instrucción.”; LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (I). La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal”: “Cuando llega la fase intermedia los cargos ya han recibido un respaldo judicial expreso.”; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Barcelona: Atelier, 2014), pág. 19: “El problema es que un órgano en principio neutral (juez instrucción) plantea una acusación implícita que tiene más influencia de la que creemos.”

²⁹⁹ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...*, ob. cit., pág. 187.

³⁰⁰ ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., págs. 53-56; RIAÑO BRUN, Iñaki, *La instrucción criminal en el proceso penal*, ob. cit., págs. 17-18.

1.4 El ámbito subjetivo de la investigación

1.4.1 La identificación del sujeto pasivo

Con independencia del tipo de procedimiento penal incoado, éste no tiene ninguna viabilidad si no se dirige tarde o temprano contra persona o personas determinadas, físicas o jurídicas. Puesto que la identificación del sujeto pasivo es requisito para la formulación de la acusación³⁰¹, y la acusación es requisito para la apertura del juicio oral; es imposible que pueda llevarse a cabo un juicio sin la atribución de hechos delictivos a una persona concreta. Este requisito de individualización del sujeto pasivo no es una mera formalidad para la apertura del juicio, sino que tiene su fundamento en los más esenciales principios de un proceso acusatorio en un estado democrático, porque un sujeto no tendría la posibilidad de defenderse con todas las garantías si no hubiera constancia clara de la sospecha de su participación en un hecho delictivo. Para la preparación del juicio es de gran importancia, por tanto, que en la fase de instrucción se proceda a la identificación del supuesto delincuente. A ello se dirigen un gran número de actuaciones recogidas en sede de sumario en la LECrim.

Antes de proseguir, es importante remarcar una cuestión que puede iluminar parte de nuestra exposición posterior. En torno a la figura del sujeto pasivo del proceso existen dos interrogantes principales a los que el proceso penal debe dar respuesta. El primero de ellos es la identificación de la persona a la que se atribuyen, a lo largo de todo el proceso, unos hechos que revisten carácter de delito: la individualización del sujeto perseguido penalmente. El segundo de ellos es la efectiva culpabilidad del sujeto, es decir, la comprobación de su responsabilidad penal en el caso concreto.

Es necesario, sin lugar a dudas, dilucidar la primera cuestión en fase de instrucción. Una vez identificado el sujeto sospechoso, se llevarán a cabo una serie de actos de investigación que irán confirmando o descartando su vinculación con los hechos. Esta atribución de los hechos a un sujeto será provisional a lo largo de toda la instrucción. Esto es así porque en cualquier momento se podrá imputar a otras personas si así lo requieren

³⁰¹ Arts. 650 y 781 LECrim.

los resultados de la investigación³⁰² y podrá finalizar la investigación o dejarse sin efecto el procesamiento contra el anterior por medio del sobreseimiento de la causa en relación a su persona³⁰³. Sin embargo, concluida la fase de instrucción, el escrito de acusación realiza una atribución definitiva de los hechos a un sujeto, aunque aquello definitivo es simplemente que la atribución de los hechos se hace a un sujeto y no a otro, sin tener esa atribución nada de definitivo en relación con la verdad de los hechos ni con la responsabilidad penal del sujeto. Nos referimos, por tanto, a una atribución definitiva a nivel procesal, pues a partir de entonces el proceso se dirigirá contra aquel o aquellos sujetos acusados y contra ningún otro.

En relación con la segunda cuestión, esto es, la culpabilidad del sujeto, no es algo que deba decidirse definitivamente en la fase de instrucción. Este sería a primera vista el principio general y, de hecho, no existen autores que afirmen que la finalidad principal de la instrucción sea dejar fijada, con carácter definitivo, la culpabilidad del sujeto en relación con los hechos delictivos. Sin embargo, existe un sector importante de la doctrina que admite la tarea de resolución sobre el fondo en la fase previa al juicio, al menos en cuanto al resultado negativo de ésta³⁰⁴. No es un planteamiento descabellado, teniendo en cuenta que es cierto que en todos aquellos casos de sobreseimiento libre el juez de instrucción decide, con efectos de cosa juzgada, que el sujeto no es culpable de los hechos que se le imputan –o bien no existe el hecho delictivo-³⁰⁵. Sin adelantar conclusiones, dejamos apuntado que la acogida precipitada de esta tarea de resolver sobre el fondo en

³⁰² Art. 3784 LECrim: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley.”

³⁰³ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito, *Manuales de formación continuada*, nº32, (2005), pág. 63.

³⁰⁴ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* págs. 116-117; ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., págs. 53-56; RIAÑO BRUN, Iñaki, “*La instrucción criminal en el proceso penal*”, ob. cit., págs. 17-18; PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., págs. 20 y ss.

³⁰⁵ Art. 637 LECrim: “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.”

sede de instrucción nos puede conducir a un mal entendimiento de lo que significa esta fase y es un motivo más de la actual extralimitación de este estadio procesal. Nos parece más acertado establecer que la tarea principal de la instrucción, en relación con la averiguación de la culpabilidad del sujeto pasivo, consiste en una recogida de todos los elementos y circunstancias que permitirán, en la fase de enjuiciamiento, dilucidar y extraer conclusiones sobre ellas; entonces sí, definitivas.

Volviendo, pues, a la identificación del sujeto pasivo, con frecuencia éste permanece indeterminado en un primer estadio del proceso. Sucede en aquellos casos en que las autoridades, cualquier ciudadano o el propio perjudicado por los hechos advierten las consecuencias o rastros del delito, pero entre ellos no se encuentra el autor de los hechos, que permanece en el anonimato. También puede suceder que el delincuente se haya dejado ver, pero siendo alguien desconocido para los que han presenciado el delito, no puedan proporcionarse sus datos en un primer momento. Es consciente de ello el ordenamiento, que admite que tanto la denuncia como el atestado puedan presentarse sin que conste en ellas la determinación del posible autor de los hechos: basta simplemente con la puesta en conocimiento de un hecho que revista carácter de delito. Aunque la exigencia de la identificación del sujeto pasivo adquiera un mayor grado en la querella, lo cierto es que en la regulación del contenido de ésta se especifica que, en el caso de que el querellante no conozca el nombre, apellidos y vecindad del querellado podrá, simplemente, “hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer” (art. 277.3º LECrim).

El criterio general es, por tanto, que la indeterminación inicial del sospechoso no obsta la incoación del proceso penal. No podría ser de otra manera, por cuanto la fase de investigación, como hemos visto, tiene el cometido de sacar a luz elementos que permanecen ocultos. De todos modos, existe una excepción a este régimen general introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Esta modificación legislativa, que no ha estado exenta de críticas³⁰⁶,

³⁰⁶ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...*, ob. cit., pág. 225; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La policía, con el deber legal de no hacer nada y el poder de impedir la acción de la justicia” [en línea] accesible en: <http://andresdelaoliva.blogspot.com/2015/03/la->

añadió el numeral segundo al artículo 284 LECrim y ordena que la policía retenga los atestados en sus dependencias, sin remitirlos a la autoridad judicial y, por tanto, impidiendo la incoación del proceso, siempre y cuando no exista autor conocido y, practicadas diligencias para su averiguación, éstas no hayan dado ningún resultado en el plazo de setenta y dos horas.

Se establecen, sin embargo, algunas excepciones. En primer lugar, no se aplicará lo establecido en este precepto cuando se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción; o cuando el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión (art. 284. 2. a, b y c). Finalmente, en caso de que no se haga llegar la denuncia a la autoridad judicial, el denunciante conserva su derecho a reiterar la denuncia o querrela ante la Fiscalía o el Juzgado de instrucción. Todo lo anterior significa que, fuera de esta excepción, podrá incoarse la fase de instrucción sin autor conocido y, si esto sucede, parte de las actuaciones de investigación deberán dirigirse a esclarecer este extremo fundamental.

Únicamente en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el sujeto pasivo estará, por motivos obvios, identificado siempre desde un primer momento. Esto es así debido a los requisitos que el propio artículo 795 LECrim exige para la incoación de este procedimiento, que incluyen que la persona haya sido detenida, puesta a disposición del Juzgado de Guardia o haya sido citada para comparecer ante éste. Esta inicial identificación del sujeto pasivo, no es incompatible con la necesidad de llevar a cabo diligencias de investigación relacionadas con la identidad del sospechoso o su efectiva vinculación con el hecho delictivo. Significa simplemente que ya está individualizada en el proceso, desde su inicio, la persona contra la que se dirige el

policia-con-el-deber-legal-de-no.html; ASECIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 92. Se han achacado principalmente tres críticas esta reforma:

1. La policía decide sin legitimación para ello la no incoación del proceso penal en caso de hechos con apariencia delictiva, pero con autor desconocido. Los autores que inciden en este punto entienden que ésta debería ser una decisión jurisdiccional.
2. Puede dar lugar a investigaciones ilimitadas.
3. Los delitos en los que este régimen se excepciona son arbitrarios y el criterio usado no tiene una explicación suficientemente racional.

procedimiento, con todos los beneficios que esto pueda suponer para su derecho de defensa. Cabe destacar que, en la práctica, la instrucción es generalmente mínima en esta tipología procedimental.

1.4.2 Circunstancias relacionadas con la culpabilidad

En último término, y antes de exponer la función cautelar de la fase de instrucción, el artículo 299 LECrim, establece que las actuaciones de investigación del sumario se dirigirán a hacer constar las circunstancias que puedan influir en la culpabilidad de los delincuentes. La tarea de investigación se orientará en gran medida a la recogida de elementos que puedan ser útiles para la comprobación de la participación del delincuente en el delito y su responsabilidad penal. Estos elementos podrán tanto confirmar como desmentir esta participación en el hecho, así como sacar a la luz la posibilidad de que hayan intervenido en él otros sujetos que todavía no estaban en el círculo de la investigación.

Además del artículo 299 LECrim, este ámbito de la investigación también está presente en todos aquellos preceptos que atribuyen tareas de averiguación a las diferentes autoridades. Así, el artículo 282 LECrim, que introduce el papel de la Policía Judicial, expresa que ésta deberá “practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos [los delitos] y descubrir a los delincuentes”; el artículo 287 LECrim lo expresa del mismo modo cuando atribuye tanto al Ministerio Fiscal como al Juez de Instrucción la tarea de ordenar diligencias de investigación a la Policía Judicial “para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes(...)”, y el artículo 773.2 LECrim, por citar uno más, faculta al Ministerio Fiscal, en sede de procedimiento abreviado, para practicar él mismo u ordenar a la Policía Judicial “que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo.”

No es necesario hacer una clasificación detallada de cuáles son todas estas diligencias, que se encuentran relacionadas en la ley y en todos los manuales de derecho procesal, pero interesa destacar que las diligencias de investigación que tienen por objeto el sujeto pasivo del proceso penal están dispersas a lo largo de los títulos V “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente” y VIII “De las medidas de investigación

limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución” del libro II de la LECrim.

Esta dispersión responde, por un lado, a que la Ley ha querido regular en apartados diferentes las actuaciones o diligencias de investigación que no suponen vulneración de derechos fundamentales, y aquellas que sí implican esta afectación. Por otro lado, se debe también a que muchas de las diligencias de investigación son actuaciones de las que se pueden desprender indicios relacionados con la culpabilidad de los sujetos, pero también con el modo de perpetración del delito, la existencia del mismo u otras circunstancias de éste. La realidad es compleja y la mayoría de las veces el análisis de ésta aporta datos que pueden tener aplicación en una pluralidad de ámbitos interconectados entre ellos como son, en este caso, el elementos objetivo y subjetivo del delito. Pretender clasificar las diligencias de investigación estrictamente en función del ámbito al que se dirige la información que nos proporcionan sería reduccionista y prácticamente imposible.

1.4.2.1 La averiguación de la identidad del sujeto y de sus circunstancias personales.

Algunas de las diligencias de investigación tienen el objetivo primordial de identificar correctamente el sujeto contra el que se dirige la investigación. Incluso cuando el sujeto ya esté individualizado en la denuncia o en la querrela, por ejemplo, es necesario comprobar que la persona contra la que se dirige ésta es la misma que las autoridades están efectivamente persiguiendo. A ello se encamina, por ejemplo, el artículo 373 LECrim, que ordena acreditar la identidad del sujeto por cuantos medios sean necesarios si existen dudas al respecto; o el 368 LECrim, que impone el reconocimiento judicial de las personas contra las que se dirijan cargos por parte de quienes los dirigen, en caso de que el Juez, los acusadores o el mismo inculpado lo soliciten razonadamente.

Del mismo modo, el artículo 493 LECrim insta a la autoridad o Policía a recabar los datos necesarios para “la averiguación e identificación de la persona del procesado o del delincuente”, en caso de que no le haya detenido por no cumplirse alguno de los presupuestos para la detención. En el procedimiento abreviado, se prescribe también que una de las funciones de la Policía Judicial tras acudir al lugar de los hechos será la de “tomar datos personales y dirección de las personas que se encuentren en el lugar en que

se cometió el hecho, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación y localización (...)”³⁰⁷.

Algunas de las diligencias de investigación encaminadas a esta identificación del sospechoso³⁰⁸ son el reconocimiento en rueda, regulado en los arts. 369 y ss. LECrim, así como reconocimientos de voces y fotográficos, el reconocimiento dactiloscópico, el reconocimiento antropométrico y el reconocimiento por ADN. Se trata de diligencias de reconocimiento que se llevan a cabo mediante la comparación de algunos elementos del sujeto con otros datos ya conocidos, con el objetivo de identificar al sospechoso del delito. Además, pueden aportar también elementos de comprobación sobre otros extremos. Así, por ejemplo, la recogida de huellas dactilares en unas instalaciones de acceso restringido podría permitir, por un lado, la identificación de la persona cuyas huellas dactilares se hubieran encontrado en el lugar, pero también la confirmación de que alguien ajeno a las instalaciones tuvo acceso a ellas, en el caso de que éstas no coincidan con las de las personas habilitadas para ello.

Además de la simple comprobación de la identidad del sujeto pasivo, también se entienden como circunstancias que pueden influir en la culpabilidad del delincuente determinados datos acerca de su persona, como por ejemplo su edad o algunos aspectos de su estado mental. Para ello se prevén también una serie de diligencias, siendo posible la intervención de los Médicos Forenses³⁰⁹. La comprobación de la edad del sujeto pasivo será importante cuando se alberguen dudas sobre su minoría de edad, porque este hecho significaría la aplicación de un régimen penal diferente (arts. 375 y ss. LECRIM)³¹⁰. La capacidad mental del sujeto también tiene trascendencia penal, puesto que el artículo 20. 1º, 2.º y 3º CP incluye la enajenación y el trastorno mental transitorio como eximentes de la responsabilidad penal. Por tanto, cuando el juez instructor albergue dudas acerca de estos extremos podrá acordar la práctica de un examen pericial según lo dispuesto en los arts. 456 y ss. LECrim.

³⁰⁷ Art. 770.5ª LECrim.

³⁰⁸ La enumeración que sigue se ha extraído de RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, (Bosch: Barcelona, 2017), págs. 101 y ss.

³⁰⁹ Arts. 375, 380, 381 LECrim.

³¹⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 177.

1.4.2.2 La vinculación del sujeto pasivo con el hecho delictivo

Una vez que el sujeto pasivo está plenamente identificado, otro extremo a dilucidar es el referente a la efectiva implicación de éste en los hechos delictivos. Como hemos dicho anteriormente, no se trata de ámbitos totalmente diferenciados, pues los resultados de la práctica de ciertas diligencias encaminadas a aquel objeto podrán arrojar luz también sobre este otro. Sin embargo, para una mayor claridad hemos seguido esta distinción entre diligencias dirigidas a la identificación y reconocimiento del sujeto y el resto de diligencias que, teniendo también al sujeto pasivo como objeto principal, pueden revelar datos de cualquier otro tipo. Así lo distingue la Ley de enjuiciamiento criminal y un buen número de manuales de derecho procesal³¹¹.

Como dijimos, la necesidad de averiguar las circunstancias determinantes de la culpabilidad no implica que esta deba confirmarse ya en la fase de instrucción, sino simplemente que es necesario recoger los elementos que permitan, en su caso, afirmarla hipotéticamente en los escritos de acusación que dan entrada al juicio oral, para una posterior comprobación por parte del juez³¹². La definitiva culpabilidad de los sujetos y su responsabilidad penal la fijará el juez del plenario en la sentencia que ponga fin al proceso, y lo hará mediante un juicio de valor en el que tendrá en cuenta la actividad probatoria practicada.

La tarea de investigación, en este ámbito, no hará nada más de lo que ya hemos señalado para todo lo anterior. Tratará de recoger todos aquellos elementos de la realidad de los que pueda desprenderse un resultado encaminado a afirmar o negar la culpabilidad del sujeto y ello es posible puesto que, aunque la *culpa* no sea un hecho fáctico en sí misma, es un concepto jurídico que se desprende de una serie de hechos. Por tanto, aun no existiendo prueba sobre la culpa como tal, sí existe sobre los hechos determinantes de la

³¹¹ Se han tomado como ejemplo ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 165 y ss.; NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., págs. 196 y ss.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, ob. cit., págs. 93 y ss.; ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., págs. 120 y ss.

³¹² La distinción entre afirmación y comprobación la extraemos de MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, ob. cit., pág. 1.

misma³¹³. En ello deberán focalizarse las tareas de investigación: en la recogida de aquellos elementos que, de haber sido culpable el sujeto, podrían confirmar los hechos que determinan su culpabilidad. MUÑOZ SABATÉ clarifica esta argumentación de un modo muy sencillo en un fragmento que reproducimos: “La realidad es siempre material y cualquier hecho al que denominamos psíquico tiene un trasfondo tan material como la abolladura causada por una piedra arrojada sobre la chapa de un vehículo. Por consiguiente, la primera labor de la prueba, en sentido amplio, es la búsqueda y hallazgo de la materia física impregnada por el hecho histórico o esa materia física convertida ella misma en hecho de tal naturaleza.”³¹⁴

Al esclarecimiento de todo este campo se dirigen diligencias de investigación de características muy variadas. Algunas de ellas no suponen una vulneración de derechos fundamentales y, por lo tanto, podrán practicarse sin expresa autorización judicial, mientras que otras deberán estar avaladas por esta autorización, debido a que suponen una injerencia importante en la esfera privada del sujeto. Entre las primeras se encuentran, por ejemplo, la toma de declaración de investigados (arts. 385 y 775 LECrim) o de testigos (arts. 410 a 450 LECrim), el careo (arts. 451 a 455 LECrim), los informes periciales (arts. 456 a 485 LECrim), el cacheo (art. 20 LOPSC), la circulación y entrega vigiladas (art. 263 bis LECrim) o los agentes encubiertos (art. 282 bis LECrim).

En coherencia con el carácter oculto de un gran número de delitos, o simplemente por la tipología de los hechos delictivos, algunos de los vestigios de éstos permanecen en la esfera privada del sujeto que, si ha actuado con conciencia del delito, querrá mantenerlos fuera del alcance de la investigación. Si el respeto a la esfera privada y más íntima del delincuente fuera una barrera insalvable, la consecuencia de ello sería la impunidad para un gran número de delitos. Con el fin de acceder a estos elementos, se permite a las

³¹³ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, ob. cit., pág. 137: “Debe precisarse, sin embargo, un punto en referencia específicamente a las normas que realizan una identificación valorativa del hecho. Siempre y en cualquier caso esas normas presuponen, para ser aplicadas, la existencia de hechos materiales que, por tanto, deben ser individualizados y probados como condición para la aplicación de la norma. Que ésta suponga una valoración no significa que excluya la determinación de la existencia de un hecho.”

³¹⁴ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, ob. cit., pág. 6. El autor lo ejemplifica del siguiente modo: “La conversación, oral y a solas, entre dos empresarios pactando un determinado negocio jurídico es grabada y permanece en los reservorios neurales de las células del cerebro después de haberse movilizado complejas redes electroquímicas.”

autoridades la injerencia en este ámbito, con la consecuente vulneración justificada de derechos, siempre y cuando exista una previa autorización judicial. Estas diligencias de investigación están reguladas en un título propio, el Título VIII de la LECrim “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”.

1.4.2.3 Especial mención a la declaración del procesado

De entre todas las citadas anteriormente, destacamos la declaración del procesado porque, a diferencia de las demás, se trata de una diligencia inexcusable que deberá haber sido practicada antes de la formalización de la acusación. Aunque la ley le denomina procesado, de la lectura integrada de todos los preceptos que regulan el sumario, se puede afirmar que se trata de la declaración que presta el sujeto que está siendo investigado, desde el mismo momento en que se le atribuya la comisión de hechos delictivos³¹⁵. Esto significa que el sujeto pasivo declarará bajo esta condición desde el inicio, cuando de los resultados de la investigación se desprenda algún indicio razonable que lo convierta en sospechoso, o bien desde su citación o desde el momento en que se haya admitido una denuncia o una querrela contra él; situación a la que se atribuye el nombre de *imputación genérica*³¹⁶. No es necesario, por tanto, que se haya declarado formalmente su procesamiento en los términos del art. 384 LECrim, o del art. 779.4 LECrim para el procedimiento abreviado.³¹⁷

De hecho, incluso aquellos que entienden que la declaración de imputación del procedimiento abreviado se produce con el auto de transformación de las diligencias previas del art. 779.4 LECrim, equiparándolo al auto de procesamiento, defienden que es requisito indispensable para ello la previa toma de declaración del sospechoso, según lo establecido en el art. 775 LECrim³¹⁸. Se trata, por tanto, de la declaración de aquel contra

³¹⁵ Así se entiende por la mayoría de la doctrina, sin dar mayor importancia a la terminología usada por la ley.

³¹⁶ PÉREZ MARÍN, M^a Ángeles, “La imputación”, en BUJOSA VADELL, Lorenzo; NIEVA FENOLL, Jordi (dir.), *Nociones Preliminares de Derecho Procesal penal* (Barcelona, 2016), pág. 66.

³¹⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24^a edición, (2016) pág. 163.

³¹⁸ NAVARRO MASSIP, Jorge, “El auto de incoación de procedimiento abreviado: la determinación de

el que se dirige la investigación, después de que cualquier actuación de una autoridad pública lo ponga en el centro de la investigación por la comisión de un delito, sea el que sea el grado de convicción acerca de su culpabilidad o la cantidad de indicios que lo señalen.

Como explica ARMENTA DEU³¹⁹, para diferenciar estas declaraciones del sujeto investigado en los primeros momentos de la investigación con aquella que presta el procesado una vez se ha procedido a la declaración formal del procesamiento, la práctica ha denominado a esta última con el nombre de “indagatoria”, concepto que, en realidad, no tiene parangón en la ley. El contenido de estas declaraciones se regula en los artículos 388 y 389 LECrim, especificando el primero de ellos aquellas preguntas que se harán al procesado en la primera declaración. Nos parece que esta diferenciación entre las declaraciones del sospechoso en función del momento procesal de la instrucción en el que nos encontremos no tiene una verdadera utilidad práctica. Los derechos de los que goza el sujeto en el desarrollo de estas declaraciones deben ser los mismos haya sido o no procesado formalmente y deben dirigirse al mismo fin, el esclarecimiento de los hechos acaecidos y la vinculación del sujeto con los mismos³²⁰.

El motivo de esta problemática terminológica se encuentra en el hecho de que, en la práctica actual, el acto de procesamiento se ha desvirtuado en su finalidad de aquello que se pretendía cuando se introdujo en la LECrim de 1882 y, en lugar de realizarse en el estadio inicial de la instrucción, suele practicarse al final. De este modo, deja de ser un acto mediante el cual se informa al sujeto de que se ha iniciado una investigación contra él, con la finalidad de que despliegue su defensa y aporte información para la investigación, y pasa a ser un pronunciamiento en el que se exterioriza el elevado nivel de convicción que el juez instructor, transcurrida la mayor parte de la investigación, ha alcanzado acerca de la culpabilidad del investigado.

los hechos punibles, una exigencia sin garantías... A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 251/2012 de 4 abril (PROV\\2012\132088)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5 (2012), págs. 2 y ss.

³¹⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 174.

³²⁰ Art. 389 LECrim: “Las preguntas que se le hagan en todas las declaraciones que hubiere de prestar se dirigirán a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o en cubrirlos.”

Todas aquellas declaraciones que se tomen a personas contra las que recaiga una mera sospecha de la policía que no haya sido trasladada al proceso por medio de ningún acto explícito –como la formalización de un atestado, la admisión de denuncia o querrela, etc.- no podrán entenderse como “declaración del procesado” y el sujeto no gozará de los derechos que se le atribuyen por serlo. Esto es así porque se tratará de una mera indagación policial, pero no se habrá imputado al sujeto todavía ningún hecho delictivo, entendiendo el concepto imputación como simple atribución de hechos delictivos en cualquier estadio del proceso. Evidentemente podrá resultar que, de estas declaraciones ante la policía en las investigaciones preliminares o ante el propio juez cuando el declarante lo haga en calidad de testigo, surjan indicios de criminalidad contra el sujeto, y será en este momento cuando la declaración cambiará de naturaleza y el sujeto deberá ser informado de la sospecha que recae sobre él y de los hechos por los que se le investiga³²¹.

Las declaraciones del procesado en cualquier momento de la instrucción, no tienen valor probatorio³²² y, pese a lo que la práctica pueda mostrar, o a lo que la jurisprudencia pueda llegar a admitir, en principio no deben valorarse como prueba en el juicio oral. Por la naturaleza de la fase del proceso en que se llevan a cabo, no son más que medidas de investigación, dirigidas a obtener indicios y elementos de comprobación necesarios para el desarrollo de la investigación. Es necesario dar una buena formación en este sentido a todos los actores que intervienen en la práctica de estas declaraciones, para que sean conscientes de que, como diligencia de investigación, puede también arrojar resultados que propicien una hipótesis exculpatoria sobre la que investigar. Si ésta se presenta como razonable, su falsedad no puede deducirse directamente del hecho de que sea el propio sospechoso el que la haya formulado. Esta convicción podría ayudar a rechazar las prácticas tendentes a “hacer caer en la trampa” al declarante, y que centran la atención de

³²¹ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido un papel importante remarcando la necesidad de que los sospechosos sean informados de su condición con el fin de poder desplegar sus armas de defensa, especialmente, la asistencia letrada. Ver como ejemplos STEDH (Grand Chamber), de 27 de noviembre de 2008, caso *Salduz contra Turquía*.; STEDH (Grand Chamber), de 10 de febrero de 2009, caso *A. y otros contra Reino Unido*; STEDH (sección 2ª), de 13 de enero de 2010, caso *Dayanan contra Turquía*.

³²² Ahondaremos en ello más adelante.

quien investiga en los indicios que confirman la teoría inculpatória, por muy mínimos o rebuscados que sean.

En estas actuaciones y razonamientos desacertados de los investigadores tienen un papel importante los llamados sesgos cognitivos³²³, que son desviaciones del razonamiento humano que fácilmente provocan errores en la percepción de la realidad y que son muy comunes en el actuar cotidiano. Se trata de mecanismos de nuestro pensamiento que se ponen en funcionamiento cuando debemos tomar decisiones en situaciones de incertidumbre y que nos llevan, principalmente, a simplificar la información de la que disponemos para facilitar la toma de la decisión³²⁴. Sin embargo, este proceso mental de simplificación de la realidad en ocasiones se basa en generalizaciones que nos llevan a tomar una decisión de forma intuitiva, no justificada y, por tanto, errada. Esto sucede porque en estos juicios y pronósticos tendemos a dejar de lado los cálculos para el azar o la teoría estadística para la predicción. En vez de esto, nos apoyamos en una cantidad limitada de representaciones que algunas veces producen juicios razonables y otras conducen a errores sistemáticos³²⁵.

En el caso de las tareas de investigación, se ha percibido una alta presencia del sesgo de confirmación, que provoca que un observador filtre los elementos que va descubriendo, sobrevalorando los elementos que confirman sus sospechas previas³²⁶. También se ha detectado la influencia del sesgo de anclaje y ajuste, que consiste en la adaptación de

³²³ El concepto de sesgo cognitivo pertenece al ámbito científico de psicología y fue introducido por los psicólogos israelíes Kahneman y Tversky en 1971. Ver TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, “Belief in the law of small numbers”, *Psychological Bulletin*, vol. 76, nº 2 (1971), págs. 105-110. Fueron desarrollando este análisis en posteriores trabajos como KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, “The psychology of prediction”, *Psychological Review*, vol. 80, nº 4 (1973) págs. 237-251; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, “Extensional versus Intuitive reasoning. The Conjunction Fallacy in probability judgment”, *Psychological Review*, vol. 90, nº 4 (1983), págs. 293-315; entre otros.

³²⁴ CORTADA DE KOHAN, Nuria, “Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones”, *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, nº 1 (2008), págs. 68-73. Disponible en:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=299023503010>

³²⁵ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, “The psychology of prediction”, ob. cit., citado en CORTADA DE KOHAN, Nuria, “Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones”, ob. cit., pág. 70.

³²⁶ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *InDret*, nº 2 (2011), pág. 8; FARIÑA, Francisca; Arce, Ramón; NOVO, Mercedes, “Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales”, *Piscothema*, vol. 14 (2002), pág. 40.

decisiones a un caso concreto a medida que se va conociendo más sobre él, pero sin acabar de modificar, en realidad, la decisión inicial³²⁷. Todos estos sesgos del pensamiento³²⁸ desfocalizan inconscientemente al observador de muchos elementos que se presentan ante él, simplemente porque los datos que aportan no son interesantes a efectos de confirmar la sospecha.

Por tanto, y como conclusión, si de estas declaraciones no se extrae ninguna información útil –por ejemplo en el caso de que el sujeto permanezca en silencio- o se extraen conclusiones que le exculpan de los hechos; la diligencia de investigación habrá cumplido igualmente sus funciones principales: recabar elementos para esclarecer los hechos y asegurar la defensa de un ciudadano que tiene derecho a que no se dirija una investigación secreta contra él si no existen motivos fundamentados para ello.

1.5 La esencial tarea heurística de la fase de instrucción

El proceso penal comienza con la puesta en conocimiento de unos hechos anormales, y la apertura del juicio oral exige la afirmación de estos hechos por parte de la acusación, la atribución de ellos a un sujeto individualizado y la propuesta de elementos de prueba idóneos para probarlo. Entre estos dos estadios tiene lugar la fase de instrucción, que aporta al proceso todos aquellos elementos sin los cuales no sería posible la formulación de la acusación. Es por esto último por lo que ha podido entenderse que la fase de instrucción está encaminada a la formulación de la acusación cuando, en realidad, la acusación es solamente la consecuencia a la que conduce el proceso penal si la instrucción finaliza en uno de sus posibles escenarios: la suficiencia incriminatoria de la investigación. Si la instrucción, al contrario, conduce a una insuficiencia de indicios

³²⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 76. El autor realiza una aproximación de la psicología a las decisiones jurisdiccionales. Para ello, traslada al ámbito judicial los principios generales de la toma de decisiones.

³²⁸ Para una mayor profundización, ver GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento* (Madrid, 2005); GARNHAM Alan; OAKHILL, Jane, *Thinking and reasoning* (Basil Blackwell, 1994); KAHNEMAN, Daniel; SOLVIC, Paul; TVERSKY, Amos, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1982; todos ellos citados en NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., págs. 73 y ss.

incriminatorios, la acusación no puede formularse y debe sobreseerse el caso. En cualquiera de estos dos escenarios, la instrucción ha cumplido plenamente su finalidad investigadora, que consiste en el análisis de la realidad, a la luz de la *notitia criminis*, para descubrir en ella los elementos en los que haya podido quedar impregnado el rastro de los hechos.

Esta tarea de indagación se distingue de la actividad probatoria³²⁹ y tiene notas propias. Siguiendo a MUÑOZ SABATÉ³³⁰, se caracteriza principalmente por los caracteres siguientes:

1. *Informalidad*: no sigue un esquema predeterminado, sino que las diligencias de investigación se irán realizando en función de lo que los órganos directores de la instrucción, la acusación o la defensa crean oportuno y del modo que mejor convenga a la averiguación de los hechos.
2. *Progresión*: la mera sospecha puede dar lugar al inicio de la investigación. Esta se asienta sobre una hipótesis que puede ir evolucionando a lo largo de toda la fase de instrucción.
3. *Imprevisibilidad*: el rumbo de la investigación y los resultados de ésta no se pueden prever desde un inicio. El motivo de ello es que cuando se inicia una investigación es porque existen dudas sobre lo realmente acontecido. Si esto no fuera así, las diligencias de investigación serían inútiles y no aportarían al proceso más que dilaciones evitables.
4. *Autocorrección*: tiene relación con las dos anteriores y comporta que los nuevos datos a menudo implican la necesidad de corregir el rumbo de la investigación. Esta corrección debe recaer siempre en la hipótesis que se plantea para que se adapte a los elementos fácticos hallados, y no al revés. La adaptación del relato de los hechos a las hipótesis preconcebidas supondría una desfiguración de la realidad.

³²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pág. 99 y ss.

³³⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, pág. 5.

Tras esta primera aproximación a las tareas encomendadas a la fase de instrucción podemos afirmar que éstas corresponden esencialmente al ámbito de la investigación, también conocido en el campo de la psicología como heurística. Con independencia de la duración de la instrucción, de la tipología procedimental o de la complejidad del delito, la función que permanece inalterable en la instrucción es la función investigadora. Sin nada que investigar, la fase de instrucción carece de todo sentido³³¹.

2. EL ÍTER RACIONAL DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

2.1 Las decisiones que debe tomar el órgano instructor

Tradicionalmente conocemos la fase de investigación como fase *preparatoria* del proceso y la fase de enjuiciamiento como fase *decisoria*. Esta terminología es totalmente acertada teniendo en cuenta el que debe ser el ámbito de la decisión acerca de la culpabilidad o inocencia del sujeto pasivo del proceso. Sin embargo, la naturaleza preparatoria de la fase de instrucción no libera al órgano director de la instrucción, en nuestro caso al Juez instructor, de la toma de una serie de decisiones, previstas en la LECrim y en su mayoría necesarias para que el proceso pueda desarrollarse y avanzar. En los epígrafes que abrimos a continuación nos centraremos en investigar cuáles son los actos que tienen lugar en la fase previa al juicio oral y que implican una toma de decisión de algún tipo por parte del Juez de instrucción.

La razón de ser de este estudio, de carácter más teórico, es de gran importancia, pues nos ayudará a entender el proceso mental que realizan los jueces en la toma de cada decisión, así como los elementos de los que disponen para ello, y nos permitirá extraer conclusiones sobre dos materias fundamentales. La primera es el nivel de convencimiento acerca de la culpabilidad o inocencia del investigado que se requiere o que llega a alcanzarse para

³³¹ Se intuye esta línea de pensamiento en ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 148. Hablando de las actuaciones preprocesales en el procedimiento abreviado, explica: “En consecuencia, si en esta fase preprocesal se acopian suficientes datos como para establecer aquellos extremos, habiéndose alcanzado la finalidad que es propia de la instrucción, ésta devendría innecesaria y podría iniciarse el periodo intermedio.”

dictar cada uno de los pronunciamientos que analizamos. La segunda de ellas es la naturaleza de estas decisiones y su nivel de conexión con la tarea jurisdiccional. Con estos datos sobre la mesa, podremos justificar de un modo mucho más fundamentado la oportunidad de que sea el Juez instructor u otro órgano el que tome cada una de estas decisiones, la idoneidad de que las conclusiones que se van alcanzando tengan o no una plasmación explícita en el expediente del caso y, finalmente, la propia necesidad de tomar estas decisiones, es decir, de que subsistan ciertos actos o pronunciamientos en la fase de instrucción. Todo ello irá dibujando un recorrido en el que saldrán a la luz aspectos sobre la finalidad y naturaleza de la instrucción, que se sintetizarán al final del capítulo.

2.1.1 La decisión sobre la incoación del proceso penal

La primera de las decisiones que debe tomar el órgano instructor de una causa, por el momento el juez instructor en el ordenamiento español, es la relacionada con la incoación de la misma, es decir, con el inicio de la fase de instrucción. Previamente a esta judicialización de la investigación, pueden haberse realizado una serie de diligencias de comprobación y aseguramiento, normalmente dirigidas por la Policía Judicial³³², ya que suele ser el cuerpo de funcionarios al que llega en primer lugar la *notitia criminis*, aunque también tiene esta posibilidad el Ministerio Fiscal³³³ cuando tenga noticia de la comisión de algún delito. A estas diligencias se las conoce como *diligencias preliminares*³³⁴ y se trata de actuaciones preprocesales, sin encaje todavía en el proceso penal y, por tanto, de indiscutida naturaleza administrativa. Se caracterizan por su urgencia y brevedad, puesto que la Ley generalmente les impone un límite temporal, transcurrido el cual el órgano

³³² Reguladas en los arts. 282 y ss. LECrim para el procedimiento ordinario; art. 771 LECrim para el procedimiento abreviado y art. 796 LECrim para el procedimiento para el para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

³³³ Art. 773.2 LECrim.

³³⁴ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 103: “Antes de dictarse el auto de incoación del sumario existen actividades de investigación y comprobación del supuesto delito por parte de la Policía judicial, en la mayoría de los casos, siendo también frecuente la previa adopción de algunas medidas de aseguramiento, como son la detención del sospechoso y la retención de instrumentos o efectos del delito, sin intervención de órgano jurisdiccional alguno.”

judicial debe ser informado de su existencia³³⁵ y los funcionarios que las estuvieren dirigiendo deben cesar en la práctica de las mismas³³⁶.

La fase de instrucción es, en nuestro ordenamiento, una fase de investigación judicializada. Esto explica que la doctrina pueda decir que, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, no existe prácticamente instrucción, puesto que al Juzgado de Guardia llega el atestado policial y una serie de diligencias de investigación ya practicadas que, fuera del supuesto en que el Juez las considere insuficientes –en cuyo caso ordenará abrir diligencias previas del procedimiento abreviado (art. 798.2.2º LECrim)– da paso casi de modo automático a la fase intermedia. En este estadio del proceso, el Juez de Guardia, tras la audiencia de las partes, será el órgano que decida acerca de la suficiencia de las diligencias practicadas y su carácter incriminatorio³³⁷, ordenando el sobreseimiento, la apertura del juicio oral, o dictando él mismo, en su caso, la sentencia de conformidad según el procedimiento establecido³³⁸.

Cabe hacer dos puntualizaciones respecto a este procedimiento. En primer lugar, es necesario dejar sentado que, aunque haya sido mínima por las circunstancias del hecho, habrá existido fase de investigación, puesto que la redacción del atestado no habrá podido realizarse sin ésta y, además, habrán debido presentarse al Juez de Guardia los vestigios del delito. Sin embargo, el grueso de la investigación habrá estado desvinculado de la dirección de un órgano judicial. En segundo lugar, la incoación del procedimiento es fruto de una decisión jurisdiccional, contenida en el auto de incoación de diligencias urgentes (art. 797 LECrim), que es el auto a partir del cual se judicializará la causa una vez

³³⁵ Art. 284.1 LECrim: “Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.; Art. 796.1 LECrim: “Sin perjuicio de cuanto se establece en el Título III del Libro II y de las previsiones del capítulo II del Título II de este Libro, la Policía Judicial deberá practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, las siguientes diligencias...”. Se le da, por tanto, en este caso, un plazo máximo de 72 horas.

³³⁶ Art. 773.2 *in fine*: “Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.”

³³⁷ Art. 798 LECrim.

³³⁸ Art. 801 LECrim.

presentado el atestado³³⁹ y las diligencias que se practiquen tendrán ya cobertura judicial. En este punto, asalta la duda acerca de si la judicialización de la causa debe tomarse como punto de inicio del proceso penal o, por el contrario, es una fase nueva dentro de un todo más amplio. Todavía no es momento de dar solución a este interrogante y, puesto que así lo entiende hoy en día la mayoría de la doctrina, cuando hablemos en adelante del inicio del proceso, nos referiremos al momento en que la investigación pasa a tener carácter judicial.

Dejando de lado el procedimiento para el enjuiciamiento de determinados delitos, centraremos la explicación de la decisión de incoación del proceso penal en el procedimiento ordinario por delitos graves y el procedimiento abreviado, puesto que comparten sus pasos iniciales. Obviamos también por el momento aquel procedimiento porque su inicio tiene como único punto de partida la presentación del atestado, y a ello se puede aplicar lo que diremos en sede de estos dos procedimientos. Valga tener en cuenta que el repaso legislativo que realizaremos no está orientado a desglosar al detalle el modo de iniciar cada uno de los procedimientos penales, sino a tener un conocimiento suficiente que nos permita profundizar en la decisión del órgano jurisdiccional en relación con la incoación de un procedimiento penal, es decir, en su proceso mental.

En las líneas que siguen nos preguntaremos: ¿Con base en qué material toma el juez instructor la decisión de comenzar una investigación judicial y, por tanto, incoar la instrucción? ¿Qué peso tiene el nivel de fuerza incriminatoria de los indicios ya recabados en este momento? ¿Se trata de una decisión centrada en la convicción del juez o simplemente en la provocación de una mínima duda sobre los hechos? En la práctica, ¿existe en la toma de esta decisión un esfuerzo mental por parte del Juez o se trata, en general, de un automatismo? Se trata de interrogantes cuyas respuestas nos pueden llevar a cuestionar el estado actual de la legislación y la atribución de esta competencia. Analizada esta cuestión desde esta perspectiva, las conclusiones que extraigamos podrán aplicarse a cualquier tipo de procedimiento.

³³⁹ Art. 797.1 LECrim: “El juzgado de guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes.”

2.1.1.1 La pluralidad de vías de iniciación

La fase de instrucción no presenta un inicio unificado³⁴⁰, sino que la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge una diversidad de vías mediante las cuales la noticia del hecho delictivo puede llegar hasta el órgano jurisdiccional. Además, en función del medio del que se trate –denuncia o querella– pueden ser varios los órganos facultados para recibir la información sobre el delito e iniciar los trámites pertinentes para impulsar el proceso penal.

Del redactado de la ley y de la lectura de la gran mayoría de manuales de derecho procesal se desprende que son cuatro, y bien sabidos, los modos distintos de iniciar el procedimiento penal: la denuncia, la querella, el atestado policial y la incoación de oficio.³⁴¹ Posteriormente, la doctrina suele puntualizar, sin embargo, que estos actos son únicamente el modo de hacer llegar la *notitia criminis* a las autoridades, porque en realidad aquello que da inicio a la instrucción es el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.³⁴² Así lo expresa PASTOR LÓPEZ, diciendo que “ni la simple denuncia, ni el ejercicio de acción procesal mediante la querella, dan lugar a la iniciación automática del proceso penal; en todo caso, si son acogidas por el Juez de instrucción, habrán funcionado como presupuesto de su resolución de incoar; pero ello no excluye que se acuerde lo contrario, con lo que no se iniciará el proceso.”³⁴³

a) La denuncia

³⁴⁰ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 101: ““En sus pasos iniciales, el procedimiento instructorio presenta poca precisión y compleja problemática. Ello resulta evidente si se establece término de comparación con lo que sucede en el proceso civil, el cual comienza directamente por la etapa cognitoria, como regla general.”

³⁴¹ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 154 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, pág. 138 y ss.; NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 184.

³⁴² ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 154; ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (I)” en *Derecho procesal penal*, VVAA (1994), pág. 312: “Ni la denuncia ni la querella provocan automáticamente la iniciación del procedimiento; ambas son sometidas a un enjuiciamiento –provisionalísimo-, si se quiere –por parte del instructor (*vid.* arts. 269 para la denuncia y 313 para la querella) quien decidirá, si los hechos revistieran realmente naturaleza delictiva, el comienzo de las actuaciones.”

³⁴³ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 113.

La denuncia está regulada en los artículos 259 y ss. LECrim y se trata de la puesta en conocimiento, por parte de un ciudadano, de la comisión de un hecho que puede revestir caracteres de delito. Puede presentarse ante la Policía Judicial (Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía Local: arts. 262, I y 264 LECrim, art. 445.1, a) LOPJ); ante el Ministerio Fiscal (arts. 259, 262, I y 264 LECrim) y ante el Juez de Instrucción, frecuentemente el Juez de Guardia (arts. 259, 262, I y 264 LECRIM).³⁴⁴

Por devoción a la simplicidad, suelen tratarse de modo unificado los efectos de la denuncia independientemente del órgano ante el que ésta se haya interpuesto. Sin embargo, lo cierto es que la realidad no es tan simple y quien quiera trazar un estudio minucioso acerca de los trámites que sigue la denuncia, se dará cuenta de que la pluralidad de opciones que ofrece la ley respecto a esta vía de inicio del procedimiento penal implica que, en función del órgano que la haya recibido, la decisión judicial de admisión de ésta y de incoación del procedimiento correspondiente, irá precedida por mayor o menor cantidad de diligencias preliminares, así como de duplicidades en la comprobación previa de la ilicitud y veracidad de los hechos. Esto es así a causa del artículo 269 LECrim, que usaremos como referencia en este epígrafe, y que establece lo siguiente:

“Artículo 269. Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente.”

El artículo citado abre la puerta a que tanto la Policía como el Ministerio Fiscal no sean meros transmisores de la denuncia recibida, sino que puedan efectuar una serie de diligencias de investigación para la comprobación del hecho. Así, por ejemplo, el artículo 773.2 LECrim establece que “cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado (...) practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los

³⁴⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) pág. 141; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, Bosch, Barcelona (2017), págs. 39-40.

partícipes en el mismo.” Como aclara la Consulta 2/1995 FGE de 19 de abril, se trata de diligencias que no sustituyen la instrucción judicial, sino que constituyen una posibilidad previa a ésta, que puede simplificarla o allanarla.³⁴⁵

Asimismo, en relación con la policía judicial se entiende también que las denuncias planteadas ante ésta posibilitarán cierta investigación previa de los hechos antes de la remisión al Juez de instrucción para la incoación del procedimiento. Sin embargo, en estos casos la ley es más explícita al solicitar a la Policía Judicial que ponga cuanto antes en conocimiento de la autoridad judicial las diligencias que estuviere llevando a cabo³⁴⁶. En este caso, se encarga la ley de limitar la autonomía de la Policía Judicial para que el apercebimiento de la noticia de un hecho delictivo no suponga una investigación indefinida sin control de la autoridad judicial. El artículo 295 LECrim, en esta misma línea, establece que fuera de los supuestos de fuerza mayor y el que ya vimos del artículo 284.2 LECrim³⁴⁷ (denuncias sin autor conocido), “en ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado”.

Sin embargo, no es tan clara la ley de Enjuiciamiento criminal en relación con las diligencias practicadas por la Fiscalía, y guarda silencio acerca del tiempo en que están autorizados sus miembros para llevar a cabo estas medidas, sin más indicación que la de cesar en las diligencias tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de una investigación judicial por los mismos hechos (art. 773.2 LECrim). Tampoco especifica la Ley qué concreción acerca de la comprobación del hecho y de las responsabilidades de los partícipes es necesario alcanzar en esta particular investigación y, por tanto, cuál debe ser la exhaustividad de las diligencias que puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal antes de remitir las actuaciones al Juzgado de instrucción.

³⁴⁵ Consulta 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad, pág. 8.

³⁴⁶ Artículo 284.1 LECrim: “Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.”

³⁴⁷ Ver epígrafe 1.1.4.1 de este capítulo.

En relación con las diligencias de investigación llevadas a cabo por la Policía Judicial, entendemos que deben ser las mínimas diligencias necesarias para la seguridad ciudadana tras el suceso del hecho y el aseguramiento de los vestigios del delito y, por tanto, aquellas diligencias cuya práctica pueda considerarse como urgente. Esta interpretación de la mínima intervención autónoma de los funcionarios de policía viene avalada por la denominación que la Ley da a estas diligencias, a las que llama diligencias de prevención en los arts. 282, 284 y 286 LECrim. El art. 282 LECrim especifica, acertadamente, que se trata de diligencias encaminadas a “recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.” Será el juez, valorando los extremos de la denuncia y las diligencias relacionadas en el atestado que se le presente, quien decida sobre la incoación del proceso.

La actuación de la Fiscalía tras la recepción de la denuncia presenta algunos interrogantes adicionales. Para la resolución de la mayoría de ellos se ha cogido como referencia la Consulta 2/1995 FGE de 19 de abril³⁴⁸, que clarifica algunas de estas cuestiones, así como la Circular 4/2013 FGE *sobre las diligencias de investigación*³⁴⁹ y la Instrucción 1/2008 *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial*³⁵⁰. En primer lugar, en relación con el recorrido de la denuncia, cabe decir que el Fiscal no es un simple canal de transmisión de ésta al Juez de instrucción, sino que la denuncia supone la puesta en conocimiento del Fiscal de determinados hechos que podrían constituir delito y, como tal, la LECrim le permite realizar las diligencias de comprobación que considere necesarias.

Hemos dicho que la cuestión acerca del límite y la cantidad de éstas no está resuelta por la ley, que parece dar vía libre al Fiscal para la práctica de las que considere oportunas. Esta flexibilidad tiene sentido por el hecho de que el Fiscal, una vez recibida la noticia de

³⁴⁸ Consulta 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del Fiscal: Su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad.

³⁴⁹ Concreta el significado y alcance de las diligencias de investigación que se atribuyen a la Fiscalía, en la fase preprocesal de proceso penal, principalmente por el art. 5 EOMF, en su redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, y el art. 773.2 LECrim, en la numeración dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre.

³⁵⁰ Doctrina de la Fiscalía General del Estado: Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial. Referencia: FIS-I-2008-00001.

un delito público o semipúblico con previa denuncia del ofendido, si solicita la incoación del proceso deberá constituirse como parte. Además, en muchos de estos casos -aunque no necesariamente³⁵¹-, lo hará mediante la interposición de una querrela. Esto último implica que debe haber reunido un mínimo de certezas acerca de la comisión del hecho delictivo y la responsabilidad de los autores, que será posible únicamente si se le permite realizar esta investigación preliminar.

Dentro del alcance de las diligencias que se permite realizar a la Fiscalía, podemos descartar aquellas diligencias que, por ser vulneradoras de derechos fundamentales requieren la autorización del Juez instructor. De este modo, es obvio que no podrá acordar entradas y registros en domicilios, así como autorizar u ordenar, por su propia cuenta, la intervención de comunicaciones o intervenciones corporales que supongan una vulneración del derecho a la intimidad, como tampoco la adopción de medidas cautelares, con excepción de la detención y la aprensión de los efectos del delito³⁵². La Consulta 2/1995 ofrece, dentro de estos límites, una amplia facultad al Ministerio Fiscal para decidir acerca de si llevar a cabo o no las diligencias de comprobación, de la cantidad de éstas y del tiempo que se requiere hasta la finalización de la investigación preliminar. Siguiendo las indicaciones de este documento, una vez recibida la *notitia criminis* por medio de la denuncia, el Fiscal podrá remitir la documentación directamente al Juez instructor o abrir diligencias de comprobación y averiguación y, en esta fase previa, podrá realizar las que crea adecuadas o necesarias para la interposición de querrela si lo viese oportuno.

En relación con el plazo para llevar a cabo estas diligencias, especifica la Consulta citada que “el Fiscal goza de la misma autonomía para decidir cuándo resulta conveniente clausurar sus diligencias de investigación para proseguir judicialmente la instrucción. Abiertas unas diligencias de investigación del Fiscal, no existe la obligación legal de agotar en Fiscalía la investigación.” Visto esto, dejamos sentado que la información de la

³⁵¹ Consulta 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad, pág. 5: “...resultará que la judicialización de las diligencias del Fiscal puede producirse bien mediante la formulación de la correspondiente querrela; bien dando traslado de las diligencias al Juzgado correspondiente.”

³⁵² RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, Bosch, Barcelona (2017), pág. 46.”

denuncia, cuando se haya presentado ante la Fiscalía, llegará al Juez o bien a través de una simple remisión de documentación realizada por el Fiscal, que contendrá los extremos de la denuncia y también las diligencias por éste realizadas; o bien también acompañada de una querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal³⁵³.

Queda abierta la cuestión acerca de qué autoridad realiza la comprobación de las causas de inadmisión de la denuncia, recogidas en el artículo 269 LECrim. El precepto citado es claro en el sentido de que ordena abstenerse de toda comprobación de la denuncia a las autoridades que reciban la denuncia cuando los hechos descritos en ella no sean constitutivos de delito o bien cuando sea manifiestamente falsa. No podemos otra cosa que afirmar que esta comprobación la podrá realizar la Policía en el caso de la denuncia presentada ante ella y la Fiscalía en el caso análogo³⁵⁴. Afirmamos esto por dos motivos. El primero de ellos es que es frecuente que tanto una autoridad como la otra lleven a cabo diligencias de algún tipo antes de remitir la *notitia criminis* a la autoridad judicial. Si se ha realizado cierta comprobación del delito, tiene sentido que se haya hecho, previamente,

³⁵³ La posibilidad de la Fiscalía de remitir la información al Juzgado bien mediante la simple remisión de las actuaciones o bien mediante la interposición de la querrela, está avalada por la Consulta 2/1995, págs. 5-6: “El Fiscal debe fundar sus pedimentos sólidamente y no puede aventurarse a formular una querrela cuando no se ha podido hacer el acopio de datos suficientes para poder llevar a cabo la querrela. Además, el ordenamiento prevé expresamente supuestos en que se refiere a la denuncia —que no querrela— del Fiscal (art. 602 del CP y, en general, delitos semipúblicos). La querrela procederá cuando existan fundamentos suficientes para su formulación. En otro caso, lo procedente será la remisión de las diligencias al órgano judicial correspondiente acompañadas de oficio instando la apertura del procedimiento y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias que se consideren necesarias.”

Lo entendía de este modo ya AGUILERA DE PAZ, en AGUILERA DE PAZ, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pág. 116, trazando el siguiente desenlace para la denuncia presentada ante la Fiscalía: “Si se acompañan comprobantes, y de ellos aparece el delito e indicaciones suficientes de culpabilidad con respecto a determinada persona (...) habrá de formularse querrela con los requisitos que enumera el 277; y si, por el contrario, no se le ofrece justificación; pero los hechos que se le denuncian pueden constituir delito público y originar responsabilidades criminales, deberá solicitar verbalmente o por escrito, pero no en forma de querrela, que se practiquen diligencias sumariales para su comprobación y para la depuración de las personas responsables de los mismos; y, por último, si el hecho denunciado no revistiere carácter de delito o fuere manifiestamente falsa la denuncia podrá, con arreglo a la excepción establecida en el art. 269, rechazarla y abstenerse de promover la formación de causa...”

³⁵⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) pág. 142:

“Tiene la obligación [el órgano jurisdiccional] de investigar el hecho denunciado, y también el órgano administrativo que la hubiera recibido (v.gr., la Policía Judicial), incluso antes de dar parte al Juez (art. 269 LECrim), además de comunicar la misma al MF y a los sujetos denunciados en su caso, lo que les convierte en investigados (art. 118, II LECrim).”

la valoración expuesta. En segundo lugar, porque la propia letra de la ley lo permite, no reservando esta decisión a la autoridad judicial, sino especificando que “en cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento”. Esta previa inadmisión que podrían efectuar estas autoridades administrativas, no supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por el hecho de que en ambos casos la denuncia puede reiterarse ante el propio Juzgado de instrucción.³⁵⁵

Todo lo anterior no obsta a que la decisión de incoación del proceso penal recaiga en nuestro ordenamiento, sin duda alguna, en el juez instructor, que tendrá la plena libertad para decidir si admite o no la denuncia remitida por la Policía Judicial, así como la que le remita el Fiscal, del mismo modo que es libre también para inadmitir la querella presentada por éste, en su caso. La previa comprobación de las causas de inadmisión del art. 269 LECrim no impide, pues, que el Juez instructor repita esta valoración en el momento de ordenar la incoación del proceso penal. Así se desprende de la Consulta reiteradas veces citada, cuando indica que “no sería coherente un sistema que permitiese al Instructor rechazar *a limine* la querella del Fiscal por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 de la LECr.) y que, sin embargo, obligase a incoar el procedimiento en caso de que el Fiscal se hubiese abstenido de formular querella y se limitase a dar traslado de las diligencias al órgano judicial. Obviamente para este caso debe gozar también el Juez de la misma facultad asentada en este caso en el artículo 269 de la ley. Valorar la denuncia en un primer momento es una facultad y una obligación del Instructor de la que no puede ser desapoderado.”³⁵⁶

Toda la exposición anterior, en relación con la iniciación del proceso mediante la denuncia, nos parecía necesaria antes de ahondar en la decisión del juez en relación con la admisión de ésta y la incoación del proceso penal. Hemos podido comprobar que la pluralidad de autoridades ante las que puede presentarse la denuncia y la diversidad de

³⁵⁵ Consulta 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad, pág. 7: “La posibilidad de desestimar una denuncia es facultad no exclusiva del órgano jurisdiccional: también cualquier otro funcionario y, por supuesto, el Ministerio Fiscal pueden rechazar por esos motivos las denuncias que reciban. En esos casos, quedará siempre salvada la posibilidad del denunciante de reiterar la denuncia ante el correspondiente Juzgado.”

³⁵⁶ Consulta 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad, pág. 7.

regímenes acerca de las diligencias preliminares que pueden llevarse a cabo con motivo de ésta implican que no existe una uniformidad en la cantidad y calidad de la información con la que cuenta el Juez instructor para tomar aquella decisión. Además, en el caso de que las denuncias hayan sido presentadas ante la Policía o la Fiscalía, se produce una duplicidad en el examen de los requisitos de inadmisión del artículo 269 LECrim. Esto, unido al factor de la confianza mutua, podría explicar el casi automatismo con el que los Jueces de instrucción admiten las querellas³⁵⁷, especialmente cuando son interpuestas por la Fiscalía.

Además, puede despertar la duda sobre si, siendo la formación jurídica del Fiscal del mismo calibre que la del Juez, es realmente necesario este segundo examen, más cuando éste debe ajustarse estrictamente a las causas del art. 269 LECrim, que no versan sobre el fondo del asunto y que en la mayoría de los casos habrán quedado fuera de duda si la remisión de las actuaciones por parte del Fiscal viene avalada, además, por una serie de diligencias de comprobación previamente realizadas.

b) La querella

La querella es el instrumento regulado en los arts. 270 a 281 LECrim, por medio del cual se pone en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de unos hechos con apariencia delictiva y, además, se expresa la voluntad del querellante de constituirse como parte en el proceso, mediante el ejercicio de la acción penal o civil. A diferencia del simple denunciante, las partes personadas en el proceso podrán tomar conocimiento de las actuaciones, así como intervenir en todas las diligencias del procedimiento (art. 302 LECrim), salvo aquellos casos en los que se dicte el secreto de sumario que, en todo caso, no afectará al Ministerio Fiscal.

El contenido de la querella está regulado de forma más extensa que el de la denuncia y se especifica en el art. 277 LECrim, debiendo constar el Juez o Tribunal ante quien se presente, la identificación del querellante, la identificación del querellado con la mayor precisión que sea posible, la relación circunstanciada del hecho, así como las diligencias que se deberán realizar para la comprobación del hecho y la petición de que se admita la

³⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 143.

querella, se practiquen las diligencias indicadas y se acuerden las medidas cautelares, tanto personales como reales que se soliciten. En este sentido, es evidente que la interposición de la querella suele ir precedida de mayor reflexión y de ciertas comprobaciones por parte tanto del Fiscal, cuando sea el caso, como de los particulares querellantes, con la finalidad de interponer una querella lo más completa y convincente posible.

La querella se interpone ante el Juez de instrucción competente (art. 272 LECrim), que es el que debe decidir acerca de su admisión o inadmisión, tal como indica el artículo 312 LECrim, que otorga esta facultad únicamente al Juez instructor, el cual ordenará, en caso de admisión, la práctica de las diligencias que en ella se propongan³⁵⁸. La inadmisión de la querella se producirá en los casos establecidos en el primer párrafo del artículo 313 LECrim, cuyo redactado es el siguiente:

Artículo 313. Desestimaré en la misma forma la querella cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma.

Se usa, en el primero de los casos, un criterio común al de la inadmisión de la denuncia, que es el de que los hechos no sean constitutivos de delito, pero esta vez se omite la referencia a la manifiesta falsedad de los hechos expuestos. Nos parece, sin embargo, que nada tiene de perjudicial esta omisión, puesto que cualquier convicción del Juez acerca de la manifiesta falsedad de los hechos debería llevarle a rechazar la querella por el primero de los motivos, ya que unos hechos a todas luces falsos y, por tanto, inexistentes, jamás podrían ser constitutivos de delito. Añade la ley, en cambio, un motivo alternativo y puramente formal, como es la falta de competencia del juez instructor. La inadmisión de la querella por falta de competencia supone la abstención del Juez instructor sin inhibición de éste ante otro Juez al que considerase competente en caso de delitos privados, puesto que la naturaleza privada de la persecución penal en este caso deja el ejercicio de la acción únicamente en manos de la parte ofendida. Deberá ser el querellante

³⁵⁸ Art. 312 LECrim. Cuando se presentare querella, el Juez de instrucción, después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, las cuales denegará en resolución motivada.

el que repita la querrella ante el Juzgado competente. En cambio, si se tratara de delito público, la querrella, aun con defectos formales, habría podido ser suficiente para transmitir al órgano judicial la *notitia criminis* y, en este caso, el Juez podría ponerlo en conocimiento del Fiscal para que éste presentase querrella ante el Tribunal que fuera competente.³⁵⁹ Fuera de estos dos motivos recogidos expresamente en el art. 313 LECrim, hay que tener en cuenta que la sujeción de la querrella a ciertos requisitos formales implica que el incumplimiento de éstos también pueda dar lugar a la inadmisión. Sin embargo, no se trata de una inadmisión definitiva, sino que el órgano judicial requerirá a la parte querellante para que subsane los defectos formales y, eso sí, en el caso de que no lo haga, la querrella no seguirá su curso.

En este último caso, tiene validez lo dicho para la inadmisión de la querrella por falta de competencia judicial: en caso de que la parte no subsane los defectos formales, el juez instructor que haya tenido conocimiento de los hechos por medio de la querrella irregular podría facilitar el inicio de un proceso poniendo los hechos en conocimiento de la Fiscalía³⁶⁰. Nos parece que esta abstención y la posterior comunicación al Fiscal debería ser la única alternativa para que pudiera iniciarse el proceso, debiendo evitar el juez cualquier incoación de oficio derivada de lo anterior. La posibilidad de que el Juez que ha recibido la *notitia criminis* por medio de una querrella con error en la competencia judicial, así como por medio de otra vía, inicie por su cuenta la instrucción, supone la autoatribución de un proceso que manifiesta un exceso de celo judicial en relación con el caso, inadecuado en este estadio procesal. Además, y como justificación tal vez más importante, mediante este mecanismo se vulnera derecho al juez predeterminado por la Ley, puesto que esta autoatribucion anularía la aplicación de las normas legales de reparto de la competencia.³⁶¹

c) El atestado policial

³⁵⁹ AGULERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal*, Vol. III, pág. 326.

³⁶⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 24ª edición, (2016) pág. 147.

³⁶¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *La incoación de oficio de la instrucción penal* (Barcelona, 2001).

El atestado policial es el documento que extienden los funcionarios de la Policía ante el Juez de instrucción competente³⁶² y en el que constan las diligencias que han practicado, así como los hechos averiguados por ellos, junto con las declaraciones e informes que hayan recibido; y en el que deberán estar anotadas todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito (art. 292 LECrim). El atestado policial es, por tanto, el informe resultante de la investigación policial a la que nos hemos referido líneas más atrás y que puede nacer tanto por la excitación externa, por ejemplo, mediante una denuncia particular o una simple llamada de auxilio de un ciudadano; o bien de oficio, por su propia autoridad.

Los requisitos y formalidades del atestado policial están regulados en los arts. 292 a 297 LECrim, en el capítulo que regula las facultades y actuaciones de la Policía Judicial. El art. 293 LECrim indica que será firmado por aquel funcionario que lo hubiese extendido y que también se invitará a todas las personas que hubieren intervenido en las diligencias relacionadas, como testigos o peritos, a firmarlo, aunque no tienen obligación de hacerlo, en cuyo caso deberán expresar la razón de esta abstención. Esto último nos parece destacable a efectos de analizar la decisión de incoación del proceso por parte del Juez, puesto que la disconformidad de los testigos o peritos con la redacción de los hechos que constan en el atestado podría servir al Juez instructor para fundamentar la inadmisión por apreciar la falsedad de aquello que se expresa en el informe. Como veremos más adelante, pese a las indicaciones de la Ley y de la jurisprudencia, las afirmaciones realizadas por la Policía suelen tener una presunción de veracidad que es necesario que descartemos definitivamente, de modo que cualquier elemento que pueda contrastarlas o contradecirlas en las primeras fases del procedimiento debe ser puesto en valor, porque permitirá un análisis del atestado de la manera más neutra posible por parte de los jueces y del Ministerio Fiscal.

La Policía deberá poner en conocimiento del Juez o de la Fiscalía, como máximo en el plazo de 24 horas, las diligencias que haya practicado³⁶³, tras lo cual podrán ser requeridos para la práctica de nuevas diligencias. Por tanto, debido a esta comunicación, el atestado

³⁶² Art. 772.2 LECrim.

³⁶³ Art. 295 LECrim. Exceptuando el caso de fuerza mayor y los supuestos del art. 284.2 LECrim (autor desconocido).

contendrá, además de las diligencias de prevención que hayan podido realizar estos funcionarios, el resultado de las diligencias practicadas por orden de la autoridad judicial o del Fiscal.³⁶⁴ En relación con el contenido del atestado, nos parece interesante destacar, por su claridad, la propuesta de NIEVA FENOLL³⁶⁵, que indica que los atestados policiales deberían exponer, principalmente, el relato completo de los hechos, así como el registro de las diligencias practicadas.

En cuanto al relato de los hechos contenido en el atestado policial, el autor señala que sería conveniente que se trate únicamente de los hechos constatados, es decir, los hechos cuyo aviso ha dado lugar a las diligencias de investigación o de prevención realizadas, de modo que la policía no pueda, fruto de los sesgos que haya provocado su cercanía con la investigación de los hechos, exponer simples intuiciones o juicios subjetivos basados en hipótesis sin demostrar. Este relato de hechos debe mostrar, simplemente, el motivo por el cual se suscitaron las actuaciones policiales. También la exposición de los resultados de las diligencias de investigación debe llevarse a cabo de un modo que no pueda comprometer la neutralidad de los órganos que reciben el atestado policial. Por este motivo, los resultados deben exponerse de modo objetivo, sin acompañarse de hipótesis o conclusiones acerca de los hechos considerados probados por dichos resultados. Estas diligencias deberán estar acompañadas, a su vez, de la justificación acerca de la sospecha a la que respondía su práctica, así como de la urgencia que llevó a los cuerpos policiales a actuar prescindiendo de la autorización del juez o Fiscal o del consentimiento del sospechoso. Esta motivación también deberá tenerla en cuenta el juez cuando lea el atestado con el fin de incoar el procedimiento penal, puesto que un relato de hechos que no esté apoyado en vestigios obtenidos lícitamente debería ser considerado como un relato falso de los hechos³⁶⁶.

Por último, dejamos apuntado que el atestado se equipara a la denuncia en cuanto a sus efectos legales.³⁶⁷ Esto tiene consecuencias tanto para la decisión de incoación de la

³⁶⁴ RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, Bosch, Barcelona (2017), pág. 56.

³⁶⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., págs. 194-195.

³⁶⁶ *Ibid.*, pág. 196.

³⁶⁷ Art. 297 LECrim; STC 49/1986, de 23 abril.

instrucción como para su posible valorar probatorio. En relación con la primera cuestión, el Juez de instrucción que reciba el atestado deberá tener en cuenta aquello prescrito en el art. 269 LECrim para la admisión de la denuncia y será libre de inadmitirlo e impedir la incoación del proceso cuando los hechos redactados en el atestado no sean constitutivos de delito o cuando se desprenda su manifiesta falsedad. Además, como vimos en el caso de la denuncia remitida por el Fiscal o la Policía, cuando llegue el atestado a las manos del Juez que debe decidir si incoar la instrucción, éste contará con más elementos para la decisión, así como con una investigación previa más amplia que la que podría contener una denuncia o una querrela de un particular presentada ante él directamente.

En segundo lugar, en relación con su valor probatorio, el atestado policial no es un medio de prueba, no goza de ninguna presunción de veracidad y las declaraciones en éste contenidas, tanto de los mismos agentes de policía como de testigos o peritos, no deben valorarse de forma cualificada, siendo totalmente equiparables a cualquier otra declaración testifical, que además, para ser valorada como prueba deberá reproducirse y ratificarse en el juicio oral³⁶⁸. Sin embargo, esto no obsta a que ciertas pericias técnicas de naturaleza irreproducible, como por ejemplo la prueba de alcoholemia, puedan introducirse al proceso con la consideración de prueba preconstituida³⁶⁹. Entraremos en ello más adelante, cuando analicemos las implicaciones probatorias de los atestados y la valoración del material de la instrucción.

d) La incoación de oficio

La incoación de oficio del proceso penal es, sin duda, la figura que más polémica presenta a la hora de plantear las posibilidades de iniciar el proceso penal. Se trata de una institución conflictiva, en primer lugar, por la ambigüedad con la que se intuye su existencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como por el desacuerdo que ha generado entre la doctrina fundamentalmente en relación con dos aspectos: su efectiva existencia en nuestro ordenamiento procesal y su consonancia con los principios que lo inspiran.

³⁶⁸ SSTC 100, 101, 145 y 173/1985; 49/1986; 145/1987; 303/1993; 157/1995 por citar algunas.

³⁶⁹ SSTC 100 y 45/1085 y 5/1989.

La incoación de oficio del proceso penal es una figura que no ha existido siempre en el derecho de la península³⁷⁰, pero adquirió en la Baja Edad Media un importante protagonismo que todavía no había desaparecido cuando se redactó la LECrim de 1882³⁷¹. Para definir esta figura, nos acogemos la definición que de esta institución hace NIEVA FENOLL, que la define como “el acto jurisdiccional de inicio de la instrucción en el cual el Juez, al propio tiempo manifiesta su conocimiento personal sobre unos hechos presuntamente delictivos y expresa su voluntad de investigarlos.”³⁷² Se diferencia pues, del modo de inicio de la instrucción mediante denuncia, querrela o atestado policial por el hecho de que, teniendo también en estos casos el Juez conocimiento de unos hechos aparentemente delictivos que le impulsan a incoar el procedimiento, en este caso el conocimiento de los hechos parte únicamente de fuentes privadas o de su propia experiencia.³⁷³ Con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 la incoación de oficio dejó de estar prevista explícitamente como un modo de inicio del proceso y simplemente puede adivinarse su persistencia de la lectura de algún precepto de la Ley. Principalmente, se trata del primer párrafo del artículo 303 LECrim, cuyo redactado es el siguiente:

“Artículo 303. La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la

³⁷⁰ Para un desarrollo minucioso de la historia de esta institución, vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *La incoación de oficio de la instrucción penal* (Barcelona, 2001).

³⁷¹ Su introducción tiene origen en la Decretal del Papa Inocencio III, tras la celebración del Concilio Lateranense de 1215, que establecía que los tres modos de dar inicio al proceso penal eran “*per accusationem, denunciationem et inquisitionem*.” Había existido durante la época de vigencia del derecho visigodo alguna concesión a la incoación de oficio, aunque la introducción de esta figura se hacía de modo excepcional y no genérico, y se limitaba a los delitos por homicidio. La decretal de Inocencio III sirvió de inspiración para Las Partidas, vigentes a partir del siglo XIII, durante el reinado de Alfonso X, que incluyeron también la incoación de oficio entre los tres modos de inicio del proceso penal, tal como se lee en el Título I de la Partida VII. Según señala NIEVA FENOLL, aun siendo el sistema acusatorio la regla general de Las Partidas, a lo largo de la Baja Edad Media se fueron desvirtuando las limitaciones a la incoación de oficio y ésta fue adquiriendo cada vez un mayor protagonismo que perduró y se consolidó también durante la época en que estuvo vigente la Novísima Recopilación y en todos los intentos de codificación anteriores a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Nuestra actual LECrim se redactó, pues, tras una larga vigencia de esta figura en el ordenamiento procesal de la península y en la práctica de los tribunales.

³⁷² NIEVA FENOLL, Jordi, *La incoación de oficio...*, ob. cit., págs. 48-49.

³⁷³ *Ibid.*, pág. 42.

misma ciudad o población, cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales.”

El hecho de que se use la expresión “de oficio” parece indicar, a primera vista, que se está haciendo referencia a la figura de la incoación de oficio por el Juez instructor, aunque lo cierto es que podría interpretarse también que el Legislador quiso, simplemente, apuntar la diferencia entre los delitos públicos y los privados, incluyendo en la expresión “a instancia de parte” la instrucción que hubiera empezado por la querrela de un particular; y en la expresión “de oficio” la que se hubiera iniciado por denuncia de un delito público o a instancia del Ministerio Fiscal³⁷⁴. Lo cierto es que, aunque quisiera forzarse la interpretación de la Ley para descartar definitivamente la presencia de esta institución en nuestro ordenamiento procesal³⁷⁵, la incoación de oficio es una figura todavía existente, que la LECrim no prohíbe, pese a no contemplar explícitamente, y que se ha usado en la práctica, aunque haya quedado, a diferencia de lo que sucedía en la Baja Edad Media, como una práctica muy residual. A esto ha contribuido la crítica cada vez mayor de la doctrina a esta institución, que apenas ocupa unas pocas líneas en los manuales de derecho procesal, y la mayor concienciación de los jueces en el respeto a los principios que inspiran nuestro sistema procesal. Dejamos sentado, por tanto, que la incoación de oficio es una figura todavía contemplada como forma de iniciación de la fase de instrucción³⁷⁶, aunque no tendría ningún efecto perjudicial prescindir de ella definitivamente y sería, de hecho, lo más aconsejable.

En relación con su idoneidad y encaje con los principios del proceso, se la ha criticado, principalmente, por ser contraria a los postulados del sistema acusatorio. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, a diferencia de la histórica incoación de oficio, que implicaba

³⁷⁴ *Ibid.*, pág. 35.

³⁷⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, ob. cit., págs. 138-139: “El procedimiento preliminar sólo se puede iniciar o por denuncia o por querrela. Es equivocado afirmar que se pueda iniciar de oficio, como a veces se ha sostenido, pues en realidad cuando el juez tiene conocimiento de un hecho punible cometido ante él, debe dar parte al Ministerio Fiscal para que éste inicie el proceso, sin que pueda iniciarlo él de oficio. El principio acusatorio no permite otra solución. Nos centramos, por tanto, en estos dos actos procesales de iniciación, regulados con detalle en nuestra LECrim.”

³⁷⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, ob. cit.; ASENSIO MELLADO, José María (dir.), FUENTES SORIANO, Olga (coord.), *Derecho procesal penal*, VVAA, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019); RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, ob. cit.; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, ob. cit.

también el ejercicio de la acusación por parte del Juez instructor³⁷⁷, la incoación de oficio actual se limita únicamente a la decisión de iniciar diligencias de instrucción para esclarecer unos hechos que al Juez le han parecido constitutivos de delito y, por tanto, perseguibles. No implica, evidentemente, el ejercicio de la acción penal por parte del Juez, y el proceso solamente tendrá viabilidad si, finalizada la instrucción, existe acusación por parte del Ministerio Fiscal o de alguna parte personada en el proceso que tenga voluntad de acusar.³⁷⁸ Por tanto, la mera iniciación de oficio de la fase preliminar por conocimiento y voluntad del Juez instructor no necesariamente supone el carácter inquisitivo de la instrucción. Sin embargo, NIEVA FENOLL destaca que sí choca más frontalmente este modo de iniciar la instrucción con el derecho al juez predeterminado por la ley, puesto que el Juez instructor se estaría invistiendo a si mismo de jurisdicción³⁷⁹. No se trata simplemente de la quiebra de un precepto formal, sino de un auténtico derecho fundamental (at. 24.2 CE.) y de una garantía del derecho a la imparcialidad judicial.³⁸⁰

El carácter extraño de la incoación de oficio en nuestro ordenamiento deriva del modo en que el Juez toma la decisión sobre la incoación de la instrucción en este caso, que es el tema que realmente nos interesaba cuando comenzamos a escribir este epígrafe. Podemos afirmar que en los casos de denuncia y querrela la regla general es la incoación de la instrucción, fuera de los casos en que se percibe *prima facie* la falta de ilicitud de los hechos o su manifiesta falsedad. Esto es así porque está en juego el derecho a la tutela

³⁷⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La incoación de oficio...*, ob. cit., pág. 42.: “Todos los antecedentes históricos de la incoación de oficio que hemos descrito en las páginas anteriores, difieren de la actual en un extremo que deliberadamente hemos silenciado y reservado para este momento: La incoación de oficio de las normas procesales penales vigentes ante de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 conllevaba acusación. No se trataba por tanto simplemente de una incoación de oficio de la investigación, sino de una auténtica e inquisitiva acusación de oficio. Y creemos que ésta es la única institución que suprimió el legislador de 1882: La acusación de oficio. Cita el autor, en apoyo de esto, el párrafo 26 de la Exposición de Motivos de la LECrim 1882.

³⁷⁸ ARMENTA DEU, Teresa, “Principio acusatorio, realidad y utilización. Lo que es y lo que no es”, *Revista de la Asociación Ius et veritas*, (1998), pág. 220: “Incluso la iniciación *ex officio*, frecuentemente tildada de residuo inquisitivo, ni por supuesto implica poder de disposición alguno, ni merece dicha valorización. En el primer caso, por la sumisión a la ley del órgano jurisdiccional. En el segundo, porque la incoación del sumario no implica ejercicio de la acción alguno y, porque en el supuesto en que el MF desistiera, a falta de prohibición en tal sentido como existe en otros ordenamientos, sólo habría que velar porque no fuera el juez enjuiciador.”

³⁷⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 193.

³⁸⁰ RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, ob. cit., pág. 39.

judicial efectiva del denunciante o querellante, que no sería adecuado que se viera frustrado a causa de un filtro de admisión desproporcionado³⁸¹. Sin embargo, en el caso de la incoación de oficio, este derecho a la tutela judicial efectiva es inexistente por razones obvias, de modo que el auto que decida la incoación de la instrucción debería estar especialmente justificado, motivando el Juez, con todos los medios oportunos, la razón de su decisión de iniciar el proceso penal³⁸². Cuando el Juez resuelve que es necesario incoar un procedimiento de oficio lo hace porque alberga una clara sospecha del carácter delictivo de los hechos que pretende esclarecer y, por tanto, es evidente que el proceso se incoará por algo más que el conocimiento de unos hechos de los que no se puede negar a primera vista la ilicitud o la credibilidad.

El contenido de la decisión y las motivaciones que llevan a un Juez instructor a incoar un procedimiento de oficio tienen tendencia incriminatoria, y este matiz puede repercutir negativamente en su función como instructor, que consiste en dirigir de modo neutral la recogida de vestigios del hecho delictivo. El Juez podría tender a construir una estrategia de investigación encaminada a fundamentar la acusación. Por otro lado, aunque quisiera recabar datos tanto incriminatorios como exculpativos, su decisión inicial de incoación de la instrucción le podría llevar a dar prevalencia, aunque fuera de forma inconsciente, a aquellos datos de la investigación que le confirmen en su decisión de investigar los hechos y, por consiguiente, a sobrevalorar la información que justificara la incriminación³⁸³. Asimismo, si existiera esta inclinación hacia la acusación, esto podría influir también en la toma de decisiones en otros ámbitos, como por ejemplo en la autorización de medidas cautelares. Así, un Juez que hubiera decidido incoar de oficio un proceso penal, podría tener, en principio, más motivos en su fuero interno para decretar la prisión provisional del imputado que aquél que hubiese sido instado a ello por parte de un tercero, por una suerte de “efecto compromiso” con la investigación.

Después de este repaso de la pluralidad de vías que instan la decisión de incoación, apuntamos finalmente que, a diferencia del proceso civil, en el cual la decisión del actor

³⁸¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit.

³⁸² NIEVA FENOLL, Jordi, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, ob. cit., pág. 49.

³⁸³ ANTÓN Y ABAJO, Antonio, “Instrucción y sesgos cognitivos (Una nueva aproximación al modelo de instrucción)”, *Diario La Ley*, nº 9208 (2018), pág. 8

es la condición necesaria y a la vez suficiente para que comience el proceso de declaración, en el procedimiento penal la sola advertencia del suceso delictivo por parte de un particular, así como de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, no dan lugar a la apertura automática del proceso penal, sino que se requiere de alguna resolución judicial que evite la incoación de una instrucción a todas luces injustificada.³⁸⁴ Esta resolución, el auto de incoación del sumario, en el procedimiento ordinario; o de las diligencias previas, en el procedimiento abreviado, es de carácter jurisdiccional, aunque no tendría por qué serlo necesariamente, como demuestra la experiencia en otros estados de nuestro entorno, como Alemania³⁸⁵, Holanda³⁸⁶, Portugal³⁸⁷ o Italia³⁸⁸, en los que la Fiscalía dirige desde un inicio la instrucción³⁸⁹.

La nota característica de esta resolución es, en primer lugar, que se dicta con datos mínimos –aunque hemos visto que en unos casos más que en otros- sobre los hechos y la

³⁸⁴ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 102.

³⁸⁵ Arts. 160 y ss StPO. Art. 160.1 StPO: „Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.“/ “Tan pronto como el Ministerio Público tenga conocimiento de la sospecha de un delito a través de una denuncia o por otros medios, deberá investigar los hechos a fin de conocer si procede la acusación pública.”

³⁸⁶ Section 149 CPP: “When the public prosecutor has been informed of a criminal offence which he is responsible for prosecuting, he shall institute the necessary criminal investigation”; Section 10.1 CCP: “The public prosecutor, who is authorised to conduct any investigation, may also conduct, or have others conduct, a specific investigative act within the area of jurisdiction of a District Court other than the one to which he is attached”; Section 30.1 CCP: “During the preliminary investigation the Public Prosecution Service shall permit the suspect, at his request, to inspect the case documents.”

³⁸⁷ Art. 263 CCP Po: “1. The inquiry is directed by the Public Prosecutor, assisted by criminal police bodies. 2. For the purposes of paragraph 1 above, criminal police bodies act under the direct supervision of the Public Prosecutor and under his functional direction.”

³⁸⁸ Art. 326.1 CPP It: “Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale.”

³⁸⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 138: “La decisión de iniciar actuaciones investigadoras tiene que ser incontrovertiblemente jurisdiccional, por los efectos que posee específicamente dentro del ordenamiento jurídico español, y que veremos seguidamente. Quiero decir con ello que, en otro ordenamiento extranjero, esta decisión de inicio de estas actuaciones podría no ser jurisdiccional por no estar siquiera encomendada a un órgano de esta naturaleza. Es el caso de los países en los que el Ministerio Fiscal ha asumido el protagonismo en la investigación, también en su inicio, teniendo los actos de los ciudadanos mera relevancia de *notitiae criminis* para la Fiscalía, sin más trascendencia. En estos ordenamientos, que pasan por ser los más avanzados del entorno europeo, una discusión semejante carece de sentido.”

culpabilidad de los delincuentes y, en segundo lugar, que debe dictarse con rapidez.³⁹⁰ Los elementos que el Juez de instrucción debe tener en cuenta para tomar la decisión de inadmisión de la querrela o la denuncia -incluyendo el atestado policial- son tres: la ilicitud de los hechos, aplicable tanto a la denuncia como a la querrela; su manifiesta falsedad, en la denuncia; y la falta de competencia, en la querrela. Puesto que la falta de competencia no suscita dudas a nivel epistemológico, nos limitaremos a analizar las dos primeras con un poco más de detalle.

2.1.1.2 El apriorístico análisis de la ilicitud de los hechos

Como ya nos hemos encargado de explicar, tanto el art. 269 LECrim relativo a la admisión de la denuncia, como el art. 313 LECrim que hace lo mismo para la querrela, acogen como motivo de inadmisión que los hechos expuestos en las mismas no sean constitutivos de delito. No se trata de un análisis sobre el fondo en relación con el carácter delictivo de los hechos o la efectiva culpabilidad de los delincuentes sino, simplemente, de un enjuiciamiento *prima facie*³⁹¹ acerca de si los hechos que se exponen –de ser ciertos, y sin entrar en esta comprobación- podrían tener carácter delictivo³⁹². Para enfatizar la idea de que se trata de un análisis sin ninguna pretensión de profundidad, la ley formula este mandato al juez desde la vertiente negativa de la admisión. Únicamente si considera que los hechos son lícitos, deberá inadmitir la denuncia o querrela. No es necesario que tenga certeza sobre su ilicitud, ni tampoco que haya identificado el tipo penal en el que los hechos podrían subsumirse. Como hemos visto, estos dos extremos –la ilicitud de los hechos y la calificación- son objeto de las diligencias de investigación de la fase de instrucción y se irán averiguando tras la recogida de los vestigios del delito, por lo cual sería absurdo requerir al Juez cierta convicción acerca de ellos para la incoación de la instrucción. Únicamente si se tiene la convicción de lo contrario, de la licitud de los hechos, el Juez debe inadmitir la denuncia o la querrela. El resto puede quedar ampliamente en duda.

³⁹⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 52.

³⁹¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., págs. 138 y ss.

³⁹² *Ibíd.*, págs. 142-143.

El supuesto tan reducido sobre el que el Juez puede fundamentar la inadmisión, que no entra en el fondo del asunto planteado³⁹³, podría insinuar la inutilidad práctica de este trámite, puesto que parece abocar al automatismo en la admisión. Sin embargo, como explica NIEVA FENOLL, muchos jueces ni tan siquiera llevan a cabo este limitado enjuiciamiento, de modo que la causa de la ligereza en la admisión no surge del reducido ámbito de la valoración y su rapidez, sino de la ausencia del mismo.³⁹⁴ El examen previo sobre la ilicitud de los hechos para la incoación de la instrucción tiene lógica en nuestro ordenamiento, que permite -y exige- que los particulares, sin formación jurídica muchos de ellos, promuevan el inicio de un proceso mediante la interposición de la denuncia. No es difícil que algunos de ellos utilicen este medio para denunciar comportamientos molestos o reprobables que, sin embargo, no pueden insertarse dentro del ámbito objetivo del derecho penal, por su carácter de *ultima ratio* en la solución de los conflictos.

Tampoco puede descartarse este supuesto en el caso de la querrela, ni tan siquiera por el hecho de que en ella intervienen abogado y procurador, puesto que la vinculación con el cliente, aunque sea puramente económica, puede llevarles a pasar por alto sus conocimientos jurídicos, o incluso a usarlos justamente para dar a unos hechos apariencia delictiva sin tenerla realmente. Así pues, las denuncias y querellas que describen hechos lícitos no son tan infrecuentes en la práctica, ni tampoco aquellas que se interponen únicamente con fines estratégicos³⁹⁵ y poco rectos. Todas ellas quedarían fuera de la

³⁹³ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, págs. 41-42: “Lo mismo sucede cuando el hecho no reviste caracteres de delito, pues entonces para el acuerdo del juzgado o tribunal, denegando la admisión de la denuncia y absteniéndose del deber de comprobación por dicho motivo, no hay que entrar en el fondo de lo que hubiera de constituir la cuestión litigiosa de la causa, es decir, que no hay que prejuzgar la criminalidad o licitud de los actos objeto de la denuncia, sino que única y exclusivamente hay que atender a si revisten o no caracteres de delito, según los términos en que hayan sido expuestos...”.

³⁹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., págs. 144.

³⁹⁵ STS 3708/2015, de 7 de julio, FJ 2º, p.3 : “Aceptada a los meros efectos dialécticos, la identidad sustancial de los hechos denunciados tanto en la denuncia presentada contra el Cte. Ambrosio como la presentada contra el Teniente Eladio , se está en el caso de aceptar la inhibición planteada por el Juzgado Togado Militar Territorial nº 51 de Sta. Cruz de Tenerife y al mismo tiempo proceder a su archivo simultáneo, dado que se considera que estamos ante un caso de "abusivo ejercicio del derecho a la denuncia" y de "instrumentalización de la jurisdicción penal" , cuando la sanción penal, como es sabido se considera la "última ratio".

El relato fáctico de la denuncia presentada contra el Cte. Ambrosio es, en realidad, un escrito impugnatorio de diferentes resoluciones administrativas con las que el interesado no está de acuerdo (algunas de ellas, recurridas en vía administrativa), de la información reservada que al parecer se le instruyó en el año 2008

jurisdicción penal si se llevara a cabo, de modo efectivo, el análisis sobre este presupuesto.

El juez que realiza este enjuiciamiento debe atenerse a los hechos que quedan expuestos en la denuncia o querrela, o en la remisión de actuaciones de la Policía o la Fiscalía, sin interpretar los hechos más allá de lo que se describe. Ciertamente, existen determinados comportamientos o acciones que, en función del contexto y las circunstancias que los rodean, pueden constituir o no ilícito penal. Los que interponen la denuncia o la querrela, deben especificar todas las circunstancias conocidas, para que el Juez pueda apreciar verdaderamente su naturaleza delictiva³⁹⁶. Si el modo en que los hechos están expuestos permite al Juez apreciar razonablemente su licitud, deberá inadmitir y resolver contra la incoación de la instrucción, sin imaginar situaciones o circunstancias no descritas que pudieran convertir los hechos en ilícitos. En cambio, si fijándose en los hechos descritos alberga dudas sobre su adecuación con el ordenamiento, deberá incoar el procedimiento, puesto que lo contrario sería perjudicial para la tutela judicial efectiva y, además, justamente a ello se dirigen las diligencias de investigación, al esclarecimiento de los hechos dudosos. La alternativa a esta admisión de plano en caso de que el Juez tuviera dudas, la propone NIEVA FENOLL³⁹⁷ sugiriendo la audiencia al sospechoso, previa a la admisión, siempre y cuando se hubiera descartado el riesgo de fuga o de destrucción de pruebas. Nos parece acertado este trámite puesto que podría evitar la incoación de la instrucción en el caso de que las dudas del juez acerca de la licitud pudieran despejarse fácilmente sin más diligencia que la referida audiencia.

y una exposición de los perjuicios que, a juicio del denunciante, le han sido irrogados por la adopción de la medida cautelar de suspenso en funciones en el seno de un expediente disciplinario.

³⁹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 191: “la argumentación jurídica de las querellas suele no ser muy profunda, además de formularse de forma alternativa en no pocas ocasiones. De todos modos, la redacción no puede ser tan genérica como para favorecer una inadmisión, por ejemplo, por no ser los hechos constitutivos de delito.”

³⁹⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág.146: “Por consiguiente, en estos casos ayudaría mucho al Juez que antes de admitir la denuncia, diera traslado de la misma al denunciado, lo que significaría una rápida inadmisión, una instrucción pendiente menos, y también una ayuda para la investigación en caso de producirse la admisión, puesto que la contestación del imputado abriría sin dudas vías de investigación. Con ello también se respetaría debidamente el derecho a la presunción de inocencia, también en esta fase, puesto que no se puede proceder igual en los casos en que hay un supuesto autor conocido, que en aquellos en que no lo hay.”

2.1.1.3 La manifiesta falsedad

El segundo de los motivos por los cuales el Juez puede inadmitir la denuncia es la apreciación de su manifiesta falsedad (art. 269 LECrim). Se contempla únicamente como motivo a valorar en la regulación de la denuncia, habiéndolo omitido el legislador en el art. 313 LECrim relativo a la inadmisión de la querrela. Sin embargo, del análisis del procedimiento ante el Tribunal de Jurado se desprende que se trata de un motivo válido también para la inadmisión de la querrela. El artículo 309 bis LECrim no especifica nada acerca de la incoación de este procedimiento más que el hecho de que se incoará cuando “de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, así como cuando de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado”. Sin embargo, el art. 24 de la LOTJ, acogiendo el mismo redactado hasta ese punto, añade el inciso “previa valoración de su verosimilitud”, de modo que parece claro que este análisis sobre la aparente verdad de los hechos se ordena independientemente de si el proceso se ha promovido por medio de denuncia o de querrela.

Es de idéntica aplicación para este motivo de inadmisión lo que dijimos en el caso de la valoración de la ilicitud de los hechos. Se trata de una apreciación *prima facie* y, por tanto, no supone que el Juez deba entrar a valorar la veracidad de las afirmaciones que contienen la denuncia o la querrela, sino que únicamente se le indica que, si de la lectura de los hechos descritos no puede hacer otra cosa que concluir su falsedad, deberá inadmitirla. Por tanto, este supuesto se aplica a “situaciones en las que el Juez, simplemente leyendo la denuncia, ya puede estimar que los hechos descritos son falsos de manera evidente, puesto que si alberga dudas ya no se daría esa manifiesta falsedad que reclama el ordenamiento, y entonces debería abrir la investigación.”³⁹⁸ También AGUILERA DE PAZ remarca esta apreciación directa de la falsedad, sin necesidad de comprobaciones previas, cuando afirma que “la presente ley penal ha venido a poner término a toda cuestión sobre este punto al exigir que para dejar de proceder por ese motivo el juez de instrucción a la comprobación de los hechos que se le denuncien, la denuncia sea

³⁹⁸ TORRES ROSELL, Nuria, *La denuncia en el proceso penal* (Madrid, 1991), pág. 335, citado en NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 140.

notoriamente falsa, cuyo requisito justifica dicha potestad porque la *notoriedad* exigida hace innecesaria toda comprobación.”³⁹⁹

Puede perfectamente suceder que una denuncia describa hechos aparentemente delictivos, pero totalmente falsos, sin que el Juez pueda advertir a primera vista su falsedad. En este caso, deberá incoar el procedimiento, sin perjuicio de que resuelva finalizarlo en cualquier momento cuando advierta la falsedad de los hechos durante la fase de investigación. Además, el art. 456 CP recoge el delito de denuncia o acusación falsa, contra “los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación”. Por tanto, nada obsta a que, tras la presentación de una denuncia o querrela falsa que ha sido admitida, descubierta la falsedad de ésta, se pueda proceder contra el denunciante o querellante por causa de este delito.

Cabe hacer dos puntualizaciones a lo anterior. En primer lugar, la finalización del proceso descartando la responsabilidad penal del sujeto pasivo en cualquier estadio de aquel, no permite deducir la falsedad de las afirmaciones contenidas en la denuncia o la querrela. Existen muchos motivos por los cuales el proceso que se incoó puede no prosperar y ello no implica que los hechos descritos no trataran de ajustarse a la realidad. Esta consideración facilita el deber que el art. 259 LECrim impone a los ciudadanos de denunciar todos aquellos hechos de los que tengan conocimiento y que puedan ser constitutivos de delito, pues es necesario, para cumplir con ello, que no tengan miedo de las consecuencias personales que podría acarrearles una denuncia sin viabilidad interpuesta como consecuencia de su falta de conocimientos jurídicos o, simplemente, por una percepción errónea de la realidad⁴⁰⁰. Así lo establece la STS 3708/2015, de 7 de julio, en su fundamento Jurídico segundo, que reproduce un fragmento de la STS 5049/2002, de 8 de julio, del modo que sigue:

³⁹⁹ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., pág. 41.

⁴⁰⁰ STS 5049/2002, de 8 de julio, FJ 2º; STS 1514/2009, de 12 de febrero, FJ 2º: “Los denunciante participan al órgano jurisdiccional unos hechos de los que tienen conocimiento y que consideran constitutivos de delito o falta, pero no adquieren por ello carga procesal alguna, ni siquiera la de probar los hechos aducidos porque no son parte como tales denunciante, asumiendo solamente las responsabilidades que se deriven de la falsedad de su denuncia (arts. 269 LECrim. y 456 Código Penal).”

"Quien acude a la jurisdicción promoviendo el proceso no atrae, como antes dijimos, otras responsabilidades que las que se deriven de su antijurídica actuación, y entre ellas las de responder por delito de acusación o denuncia falsa, pero esto solo por la mendacidad inherente a su actuación ilícita y en ningún caso porque la causa no concluya con la condena del denunciado o el proceso se clausure anticipadamente, mediante Auto de Sobreseimiento libre, porque el Juzgado considere los hechos no punibles."⁴⁰¹

En segundo lugar, si efectivamente el Juez declarara la falsedad de los hechos, bien en el auto de inadmisión que estamos analizando, o bien en un estadio más avanzado del proceso, esto no implicaría necesariamente la responsabilidad penal del querellante o denunciante por la falsedad de éstos. El elemento subjetivo del tipo penal de acusación o denuncia falsas del art. 456 CP requiere, además, que el autor de éste actúe dolosamente, conociendo la falsedad de la imputación que realiza.⁴⁰²

2.1.1.4 La inmediatez y la neutralidad de la decisión de admisión

Tras la exposición de todo lo anterior, reiteramos que esta primera tarea del órgano jurisdiccional en la fase de instrucción es una decisión que se caracteriza por su rapidez, principalmente porque el Juez debe leer la denuncia, querrela o las actuaciones que se le hayan remitido y, de la simple lectura de los hechos expuestos, atribuirles mérito suficiente para ser investigados, del que únicamente carecerán, en esta fase inicial, cuando el Juez los perciba, a simple vista, lícitos o manifiestamente falsos⁴⁰³. Se trata de una decisión simple porque el ordenamiento no exige una certeza de ningún tipo sobre el fondo, por lo que el Juez aplica únicamente sus conocimientos jurídicos –para la

⁴⁰¹ En este sentido, vid. STC 311/2000, de 18 de diciembre; STC 77/2002, de 8 de abril y STC 124/2002, de 20 de mayo.

⁴⁰² STS 484/2017, de 29 de julio, FJ 2º: Debe destacarse, sin embargo, que el tipo penal en el que se asienta la condena de la recurrente, exige un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de la falsedad de la imputación. No basta con la falsedad de los hechos que se imputan, sino que es preciso que quien hace la imputación tenga la conciencia de que los hechos no se corresponden con la realidad (STS 1193/2010, de 24 de febrero), exigencia que ha de ser abarcada por la prueba ofrecida por la acusación.

⁴⁰³ STS 1305/2020, de 26 de mayo, FJ 4º: “la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular. (...) Con carácter previo, se hace indispensable una resolución de admisión a trámite de la querrela que, por más que se mueva en el terreno del razonamiento meramente hipotético, supone un primer filtro frente a imputaciones manifiestamente infundadas”.

apreciación de la licitud de los hechos- y el sentido común –para la notoria falsedad-. La rapidez con la que debe llevarse a cabo esta decisión es también un requisito para el efectivo éxito de la investigación y del proceso penal en general, pues de ello dependerá gran parte de la eficacia y validez de la recogida de vestigios⁴⁰⁴. Además, es una garantía para el derecho de defensa de los sospechosos, que con la admisión de la denuncia o la querrela adquirirán todos los derechos que la ley les otorga a través del art. 118 LECrim.

Es importante, por último, destacar el necesario carácter neutral de esta decisión, en el sentido de que una resolución de admisión únicamente basada en estos extremos no debería comprometer psicológicamente al Juez instructor con la búsqueda de un resultado concreto en la investigación. Como hemos visto, esto podría suceder en el supuesto de la incoación de oficio, que por ello consideramos inadecuado como medio de iniciación del proceso. En el resto de casos se trata, simplemente, de dar cauce en la jurisdicción penal para la comprobación de un hecho que, de ser cierto, sería delictivo.

Dijimos en epígrafes anteriores que el sujeto adquiere la condición de imputado tras la admisión de la denuncia o la querrela. Esta imputación es únicamente la atribución genérica de unos hechos delictivos a un sujeto por parte de un tercero, atribución que un Juez ha considerado meritoria de comprobación pero que, en ningún caso, ha debido ser avalada jurisdiccionalmente en cuanto al fondo. No debería haber en la admisión de denuncia o querrela ningún rastro de imputación jurisdiccional de los hechos delictivos, pues se trata de abrir, justamente, una fase de recogida de vestigios que permitirá, más adelante, afirmar o negar la responsabilidad penal. Esta ausencia de imputación jurisdiccional en la incoación del proceso penal destapa el interrogante acerca de la

⁴⁰⁴ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “Incoación e investigación en el procedimiento ante el tribunal de jurado”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 2 (1998), pág. 515. Hablando sobre la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, mantiene que es necesario el equilibrio entre la rapidez y la ponderación y que esta rapidez no implica precipitación: “En definitiva los términos comprobar o confirmar parecen que implican una previa actividad de investigación a tales efectos, más compleja, que la emisión de un simple juicio de valor, aunque al mismo haya de atribuírsele el calificativo de racional. La Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado parecía exigir la seguridad y cautela para la incoación del procedimiento, lo que podría frustrar la finalidad de la Ley, demorando su apertura. Posteriormente en la nº 4/95 indicaba que "la cuestión ha de resolverse atendiendo al caso concreto, procurando mantener un equilibrio entre lo que sería precipitada incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado y la indebida postergación de esa incoación a un momento posterior".

necesidad de que sea un juez quien toma esta decisión, interrogante que simplemente dejamos apuntado, como hicimos algunas líneas más atrás.

Resumiendo todo lo anterior, no se trata de que la convicción del Juez sobre la ilicitud de los hechos pueda ser *mínima* para incoar el procedimiento, convicción que deberá aumentar en los siguientes estadios del proceso para que éste pueda seguir avanzando. En este trámite, el Juez no realiza cálculos de probabilidad sobre la culpabilidad, sino que debe estar seguro de la decisión que toma, y esta certeza se refiere, como la Ley indica, a la licitud de los hechos tal como se describen o a su manifiesta falsedad. Todo lo demás es, por tanto, duda, y la existencia de esta duda es el fenómeno que da paso al proceso. La concepción que define el proceso como una escala ascendente de juicios de valor relacionados con la culpabilidad, podría implicar consecuencias negativas tanto para la presunción de inocencia como para el entendimiento de lo que es el proceso penal en general. Los jueces deben estar seguros en cada momento de las decisiones que toman, y solamente la resolución que se emite en forma de sentencia en el juicio oral tiene como objeto la culpabilidad de los delincuentes. Aplicar este mismo objeto al resto de decisiones simplemente jugando con las probabilidades, desnaturaliza su contenido real y significa que no estamos siendo capaces de plantearnos la pregunta correcta para cada una de ellas. Tal vez recorrer este camino sea la clave para que pueda ir desapareciendo la percepción de una ascendente criminalización del sujeto pasivo a medida que el proceso avanza hacia la fase de juicio oral.

2.1.2 La autorización de las medidas de investigación

Dejando de lado las limitadas facultades que la LECrim otorga a la Fiscalía y a la Policía Judicial para la práctica autónoma de ciertas medidas de prevención y comprobación, de carácter preprocesal⁴⁰⁵, y de las que nos ocuparemos más adelante, nuestro ordenamiento actual confiere el monopolio sobre la decisión de las medidas de investigación en fase propiamente de instrucción al Juez instructor. Esto significa que, una vez incoada la instrucción y sea cual sea el procedimiento que se siga, será el Juez instructor el que

⁴⁰⁵ Art. 773.2 LECrim y art. 5 EOMF, para las diligencias de investigación de la Fiscalía; así como los arts. 282, 284, 292, 295, 769 a 772, 796 y 962 LECrim en relación con las actuaciones de la Policía Judicial.

incoará las diligencias de investigación en consonancia con el papel de director de la instrucción que le atribuye el art. 306 LECrim⁴⁰⁶.

A lo largo de toda la regulación del sumario y de las medidas de investigación, el libro II de la LECrim se encarga de recordar que es el Juez instructor el que las practica, el que ordena que se practiquen o ante quien se practican. El art. 287 LECrim, por ejemplo, indica que “Los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de instrucción y municipales.” Por tanto, si bien somete a la Policía bajo las directrices del Ministerio Fiscal en un primer momento, puntualiza que una vez esté en curso la causa, deberán actuar bajo la dirección del órgano judicial. Esta misma preeminencia del juez instructor frente al Fiscal cuando la causa esté judicializada se desprende del art. 263 bis LECrim, que regula la circulación o entrega vigiladas. Según este artículo, pueden autorizar esta diligencia tanto el Juez de Instrucción competente como el Ministerio Fiscal y los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial. En el caso de que lo hagan éstos últimos, deberán dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal, excepto si hubiere un procedimiento judicial abierto, en cuyo caso deberán informar al Juez de instrucción competente. También para las diligencias con agente encubierto (art. 282 bis LECrim), se requiere la autorización del Juez de instrucción o del Ministerio Fiscal “dando cuenta inmediata al Juez”.

Siguiendo con más ejemplos, la LECrim indica que será el Juez instructor quien ordene que se recojan y conserven los vestigios y pruebas materiales de la perpetración del delito, procediendo a la inspección ocular⁴⁰⁷; y también será él quien ordene, mediante auto,

⁴⁰⁶ Art. 306 LECrim. Conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior, los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente.

La inspección será ejercida, bien constituyéndose el Fiscal por sí o por medio de sus auxiliares al lado del Juez instructor, bien por medio de testimonios en relación, suficientemente expresivos, que le remitirá el Juez instructor periódicamente y cuantas veces se los reclame, pudiendo en este caso el Fiscal hacer presente sus observaciones en atenta comunicación y formular sus pretensiones por requerimientos igualmente atentos. También podrá delegar sus funciones en los Fiscales municipales.

⁴⁰⁷ Art. 236 LECrim.

recoger en los primeros momentos “las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida”⁴⁰⁸. La diligencia de reconocimiento se realizará en presencia judicial⁴⁰⁹ y éste ordenará la declaración del procesado cuantas veces sea necesaria⁴¹⁰, así como la de los testigos⁴¹¹, y convocará la celebración del careo entre testigos y procesados cuando lo considere necesario para resolver contradicciones. En relación con las diligencias periciales, el Juez instructor acordará estos informes⁴¹² o resolverá sobre la admisión de los propuestos por las partes⁴¹³. No es necesario aportar más ejemplos, en cada uno de ellos, así como en el resto de diligencias, queda clara la dirección del Juez instructor y la necesidad de que los órganos policiales u otros organismos que intervienen directamente en la ejecución de estas diligencias actúen bajo su dirección. El mismo patrón siguen las diligencias previas del procedimiento abreviado (arts. 774 y 777 LECrim), así como la instrucción en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (art. 27 LOTJ).

A pesar de esta dirección de la investigación por parte del Juez instructor, las diligencias de investigación no se acuerdan únicamente de oficio, sino que pueden ser propuestas a instancia de parte, tanto por cualquiera de las partes acusadoras, como por la defensa y el Ministerio Fiscal (art. 776.3 LECrim). Un tema distinto será que esta asunción de la investigación por parte del Juez suponga la pasividad del Ministerio Fiscal a la hora de proponer medidas de averiguación de los hechos, tal como expone MORENO CATENA cuando afirma que “la iniciativa judicial en la investigación provoca con frecuencia la inhibición del Ministerio Fiscal durante las diferentes actuaciones de la instrucción, desentendiéndose del desarrollo de la misma y respondiendo de modo formulario a los traslados que se confieren desde el Juzgado, sin asumir responsabilidad alguna por el

⁴⁰⁸ Art. 334 LECrim.

⁴⁰⁹ Art. 368 LECrim.

⁴¹⁰ Art. 385 LECrim.

⁴¹¹ Art. 410 LECrim.

⁴¹² Art. 456 LECrim.

⁴¹³ Art. 473 LECrim.

éxito o el fracaso de esta fase del procedimiento, que se coloca en el ámbito del instructor.”⁴¹⁴

Dejando aparte por ahora esta cuestión, lo normal será que tanto las partes acusadoras en la querrela (art. 311, 312 LECrim) como la defensa del imputado (art. 384.II LECrim) propongan al Juez de instrucción las medidas que consideren convenientes para averiguar y probar aquello que sostienen o tienen intención de sostener más adelante, sirviéndose de la instrucción como medio para recoger el material necesario para defender sus intereses. En la ley del Tribunal del Jurado, parece hacerse una concesión a las partes en relación con la petición de diligencias de investigación, puesto que el art. 27 de esta ley concede un lugar prioritario en su redactado a las diligencias propuestas por las partes, debiendo el Juez resolver sobre la procedencia de ellas. Solamente después, en su apartado tercero, indica que “podrá el Juez ordenar, como complemento de las solicitadas por las partes, las diligencias que estime necesarias, limitadas a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras.”

En este ámbito de las diligencias de investigación, nos centramos ahora en la pregunta clave para nuestro estudio: el proceso decisorio del Juez de instrucción en este trámite. Pues bien, ¿qué debe tener en cuenta el Juez para autorizar las diligencias de investigación?

Como la ley indica, las diligencias de investigación que se practiquen en la fase de instrucción deberán ser útiles y necesarias para la investigación⁴¹⁵, mandato que trata de prevenir contra la actitud consistente en ordenar medidas de investigación cualesquiera que no responden a una línea de investigación prefijada, que se acuerdan por pura rutina o que se proponen por las partes solamente con la intención de ganar tiempo y provocar dilaciones estratégicas. Cualquiera de estas actitudes significa un grave perjuicio para la marcha de la investigación, así como para los derechos del imputado, que se ve sometido

⁴¹⁴ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, nº 32, (2005), pág. 71.

⁴¹⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 146: “El Juez de instrucción debe ordenar la práctica de todas las diligencias pedidas en la querrela, salvo que las considere contrarias a las leyes, innecesarias o perjudiciales (arts. 311, I y 312 LECrim).

a un proceso más tiempo del necesario, con los daños que esto comporta.⁴¹⁶ Así pues, el art. 311 LECrim establece que el Juez de instrucción no practicará las diligencias que propongan el Ministerio Fiscal o las partes si las considera “inútiles o perjudiciales”, en un redactado casi idéntico al del art. 312 LECrim que, en relación con las diligencias que se propongan en la querrela, permite al Juez denegar las que “considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela”, ordenando que esta denegación se haga por medio de resolución motivada, concretamente un auto⁴¹⁷.

2.1.2.1 La utilidad de las diligencias de investigación

La necesidad y utilidad de las diligencias de investigación en relación con el caso concreto es el núcleo de la decisión que debe adoptar el Juez. Determinar la utilidad de estas diligencias no es una tarea sencilla, porque la práctica de cada una de las que se adopten irá definiendo una línea de investigación concreta que provocará el rechazo de otras hipótesis y acotará los resultados de la instrucción. Por todo ello es muy necesario, en primer lugar, que el Juez no actúe con precipitación, accediendo a todas las medidas que se propongan, sin tener claros los extremos del suceso que deben esclarecerse, es decir, el objeto de la investigación. La práctica precipitada de diligencias dirigidas a la comprobación de extremos erróneos o poco útiles puede provocar, en un momento tan crucial como el inicio de la investigación, la pérdida de los vestigios que sí era necesario recoger. En palabras de AGUILERA DE PAZ, serán diligencias inútiles, en este sentido, “aquellas que no tengan finalidad alguna para la investigación sumarial o que únicamente tengan por objeto depurar y hacer constar un hecho sin relación alguna con el delito ni con sus circunstancias, o que conste ya suficientemente depurado o determinado en el sumario.”⁴¹⁸

⁴¹⁶ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, ob. cit., pág. 64.

⁴¹⁷ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., pág. 319: “La denegación de la práctica de las diligencias que se hallaren en dichas circunstancias, deberá ser acordada por medio de auto, y así se deduce, no sólo del precepto contenido en el párrafo tercero, del art. 141, que determina las resoluciones judiciales que deben dictarse o adoptarse den dicha forma, sino también de los propios términos con que comienza su redacción el párrafo segundo del citado art. 311.”

⁴¹⁸ *Ibid.*, pág. 319.

En segundo lugar, es necesario que el órgano que dirige la instrucción entienda sobre la naturaleza y los elementos de cada delito, formación que damos por supuesta en el caso de un juez; pero también debe conocer sobre investigación criminal y heurística, conocimientos, esta vez sí, ajenos al plan de estudios de la carrera judicial. Nos parece acertada, en este sentido, la reflexión de MORENO CATENA acerca de la construcción de la estrategia de investigación, que reproducimos:

“Sin duda alguna, la investigación ha de avanzar por sus correspondientes pasos, pero éstos siempre han de guardar una razón y orden lógico que los justifique, de modo que no resulten erráticos o arbitrarios y, además, han de avanzar al ritmo que las concretas circunstancias lo demanden. Eso exige también una sucesión lógica de las diligencias que han de practicarse, siguiendo un razonable hilo conductor en el quehacer del instructor, que responda al designio de las finalidades propias de esta fase del procedimiento.”⁴¹⁹

Justamente por la falta de formación o experiencia en este campo, los jueces suelen fiarse de las hipótesis planteadas por la Policía, aunque aparezcan poco fundamentadas o confusamente expuestas en los atestados; así como de las diligencias que éstos proponen practicar, autorizando y acordando, a veces sin suficiente espíritu crítico, las diligencias que les solicitan. Lo cierto es que las funciones jurisdiccionales expuestas en el art. 117.3 y 4 CE –juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como la garantía de cualquier derecho– están lejos de esta función de investigación criminal que les atribuye nuestra ley de enjuiciamiento criminal.⁴²⁰

En tercer lugar, el juez no debería estar comprometido con un resultado concreto de la investigación, sino con la recogida más eficiente y fiable posible de los vestigios del delito, sea cual sea la hipótesis de los hechos a la que ésta conduzca y estando, por tanto, abierto a cambios en la estrategia de investigación y en las hipótesis que se plantean. Esta apertura y desvinculación inicial de cualquier teoría incriminatoria son esenciales para la objetividad y neutralidad que se exige al órgano que dirige la instrucción. Tener claro el objeto de la instrucción y los extremos que deben investigarse no significa limitarse a perseguir una única línea de investigación. Es por ello que, lejos de comprobar una sola

⁴¹⁹ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, ob. cit., pág. 63.

⁴²⁰ *Ibid.* pág. 69.

hipótesis, es recomendable que el Juez se represente con amplitud los vestigios que un hecho como el que se investiga podría haber dejado en la realidad y, a la vez, los elementos que, de no haber existido el hecho o de ser inocente el imputado, podrían probar dicha hipótesis exculpatoria. Esta tarea, sin duda, no pueden realizarla los jueces al margen de los funcionarios de la policía Judicial, que son los que aportan información y datos útiles por su experiencia y su cercanía con la investigación. De lo que se trata es de que el órgano que lleva la investigación no tenga una actitud pasiva que recorte las posibilidades de la investigación, y que no la dirija desde un efecto compromiso con el relato policial, sino que tenga la capacidad de poner en cuestión las diligencias que la policía propone y las conclusiones que extrae de la práctica de éstas. Volveremos a este punto más adelante.

2.1.2.2 La necesidad de las diligencias de investigación

El análisis de la necesidad de las diligencias debe llevar al Juez a no adoptar más medidas de investigación que aquellas que se circunscriban a la recogida de vestigios y fuentes de prueba pertinentes, que es el objeto del sumario. La adopción de diligencias que escapen de este ámbito es perjudicial porque dilata innecesariamente la instrucción, que está llamada a ser breve, y porque aportará de modo prematuro datos e información cuyo escenario de debate y valoración debería ser el juicio oral. Como apunta AGUILERA DE PAZ, “por diligencias perjudiciales, han de estimarse, no sólo las que contraríen el éxito de la instrucción, sino también todas las que no fueren conducentes a conseguir el objeto o los fines del sumario, puesto que sin conseguir dicho resultado, dilatan innecesariamente la terminación del proceso y contravienen los principios por los que se rige la ley, en cuanto a la investigación, infiriéndose con ello notorio perjuicio a la rápida acción de la justicia.”⁴²¹

No se trata de valorar la necesidad de las diligencias únicamente a efectos del esclarecimiento de los hechos, sino también en relación con la fase procesal en la que nos encontramos, cuyo cometido todavía no es la fijación definitiva de los hechos y de la responsabilidad de los delincuentes. Que el juez realice un filtro de las diligencias de

⁴²¹ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., pág. 319.

investigación con base en este criterio puede permitir que ciertas diligencias encaminadas a esclarecer un aspecto concreto del hecho no se repitan varias veces en un mismo proceso, simplemente por el afán de las partes de conocer y asegurar el resultado de las mismas y así evitar sorpresas en el juicio oral.⁴²² Ejemplificando esta argumentación, sería tarea de la instrucción la búsqueda de testigos y la citación de éstos para su identificación, de modo que se pueda corroborar su condición de testigos del suceso. Sin embargo, la práctica de la declaración testifical sobrepasa muchas veces el principio de necesidad en esta fase del proceso. En este sentido, parece acertado el matiz que hace la ley en el art. 27 LOTJ, cuando advierte que el Juez de instrucción ordenará practicar o practicará por sí solamente las diligencias solicitadas por las partes “que considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudiesen practicarse directamente en la audiencia preliminar prevista en la presente Ley.”

Queda por apuntar que existen determinadas medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales contempladas en el art. 18 CE, para las que la ley exige expresa autorización judicial⁴²³ y un examen más profundo acerca de su necesidad. En la adopción de estas medidas, el Juez de instrucción debe actuar como Juez garante de derechos fundamentales, tratando de asegurar que las diligencias adoptadas no supongan una intrusión desproporcionada en los derechos fundamentales del sujeto investigado, mediante la comprobación de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas (art. 588 bis a.1). Solo podrán practicarse, por tanto, cuando sean verdaderamente necesarias para la comprobación de un hecho cuyo esclarecimiento es esencial para la investigación y cuando esta averiguación no pueda hacerse de cualquier otro modo menos invasivo⁴²⁴. Tratándose de una resolución

⁴²² FUENTES SORIANO, Olga, “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, ob. cit., pág. 201. La autora destaca que la ineficacia de la instrucción “reside, básicamente, en la duplicidad de la práctica de diligencias de investigación”.

⁴²³ Art. 588 bis a. 1 LECrim: “Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.”

Art. 588 bis b. 1 LECrim: “El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.”

⁴²⁴ SSTC 236/1999, 171/1999, 49/1999, 85/1994; STS 15827/1994, de 23 febrero.

restrictiva de un derecho fundamental, deberá estar motivada, justificando la necesidad de la medida⁴²⁵ y adquirirá la forma de auto⁴²⁶.

El requisito de la autorización judicial, presente en todos los ordenamientos de nuestro entorno europeo, se justifica por la necesidad de proteger a los ciudadanos de intromisiones a sus derechos por parte de los poderes del Estado, ni tan siquiera justificadas en el contexto de una investigación criminal. Además, el análisis de la figura de los Jueces de Garantías existentes en algunos países en los que la fase de instrucción se encomienda al Ministerio Público, arroja luz sobre el verdadero motivo de la exigencia de esta autorización judicial. Más allá del requisito formal de que sea un órgano jurisdiccional el que autorice la medida, es conveniente que el órgano que la dicte lo haga desde una posición de imparcialidad objetiva, es decir, que no esté condicionado por la investigación⁴²⁷.

Profundizaremos más adelante sobre la fusión del órgano director de la instrucción y del juez garante de derechos fundamentales existente en nuestro ordenamiento y las implicaciones que puede tener en el conjunto de la instrucción, pero se adelanta que no ha estado exenta de duras críticas relacionadas justamente con la falta de imparcialidad⁴²⁸. Estas objeciones se deben, principalmente, a que resulta difícil concebir que el sujeto que dirige la investigación, con la ideas y prejuicios que ha adquirido como consecuencia de

⁴²⁵ STEDH 30 julio 1998, caso *Valenzuela contra España*, STEDH 24 de abril de 1990, caso *Kruslin y Huvig*; SSTC 299/2000; 171, 166, 49/1999; 49/1996; 85/1994; entre muchas otras.

⁴²⁶ STC 181/1995, de 11 diciembre.

⁴²⁷ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, ob. cit., pág. 74.

⁴²⁸ CRESPO BARQUERO, Pedro, “Las garantías en la instrucción por el fiscal (Un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)”, en VVAA, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº 6 (1998), págs. 202-203; GÓNZÁLEZ CANO, María Isabel, “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo procesal penal”, *Revista de estudio jurídicos*, nº15 (2011), pág. 53 y ss.; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, (1997), pág. 355. LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECP y en la propuesta de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, Nº 8077, 7 de mayo de 2013; MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, ob. cit., pág. 71; DAMIÁN MORENO, Juan, “¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, nº 7032, 13 de octubre de 2008.

esta labor, tenga la suficiente objetividad y neutralidad para valorar la proporcionalidad y necesidad de la medida limitativa de derechos fundamentales. Se ha alegado que el Juez instructor, por estar implicado en la investigación, será más favorable a autorizar la práctica de diligencias que le permitan culminar la investigación con éxito.

Ante esta constatación, hace años que la figura del Juez de Garantías, se ha extendido en el entorno europeo, y está presente actualmente en ordenamientos como el alemán⁴²⁹, el italiano⁴³⁰, el portugués⁴³¹, o el holandés⁴³². Las funciones concretas que se atribuyen a los Jueces de Garantías en los diferentes ordenamientos difieren de unos a otros, de modo que esta común conceptualización es una simplificación de la realidad. Sin embargo, pueden estudiarse en conjunto porque responden a una tendencia común que atribuye el protagonismo de la investigación al Ministerio Público⁴³³, poseen la común tarea de autorizar medidas restrictivas de derechos y de supervisar la prisión provisional, y, finalmente, también han experimentado una común pérdida de protagonismo en la fase de investigación, que les relega a una posición en la que es mínimo el conocimiento que poseen acerca de la investigación que se está llevando a cabo. Esto último supone que la

⁴²⁹ En Alemania, la *Strafprozessordnung* de 1877, reformada en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a cargo del Fiscal en sus §§ 100 a 103- Dispone textualmente en concreto el § 160, ap. (1) que "Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliessung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen". Ver GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, (1997), pág. 340 y ss.

⁴³⁰ Conocido como Juez de las Investigaciones Preliminares - *Giudice per le indagini preliminari*-. Ver arts. 279, 294, 307 CPP, entre otros.

⁴³¹ Conocido como *Juiz de instrução*. Los arts. 268 y 269 CPP regulan las actuaciones que deben ser practicadas y las que deben ser autorizadas por este Juez de Garantías.

⁴³² Recogido en el Código de Proceso Criminal bajo el nombre de *Examining Magistrate* – Sv § 180-183-, y conocido también como *investigating Judge* o *Investigating Magistrate* en escritos doctrinales. Se encarga de dirigir la investigación en situaciones complejas y autorizar y supervisar todas aquellas medidas que suponen una restricción importante de derechos de los investigados, principalmente cuando se trata de investigados que se encuentran en prisión provisional.

Para conocer más sobre esta figura ver TAK, Peter J.P, "The Dutch Prosecutor: a prosecuting and sentencing Officer", en LUNA, Erik, and WADE, Marianne, *The Prosecutor in transnational Perspective* (Oxford University Press, 2012), págs. 136-155.

⁴³³ El modelo del Juez de Garantías como órgano garante de los derechos fundamentales del investigado es el que ha acogido el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en España.

figura del Juez de Garantías -lo llamamos así para unificar términos-, presenta también algunos inconvenientes funcionales.

Estas dificultades surgen del hecho de que, en estos sistemas procesales, como ya hemos dicho, la investigación y recogida de las pruebas en la fase de instrucción no recae en el ámbito funcional de la autoridad judicial. Sin embargo, la supervisión de la legalidad –y con ello también de la necesidad- de las medidas de investigación que las partes, tanto el Ministerio Público como la defensa, solicitan a esta autoridad judicial, supone un reto de difícil consecución, justamente porque este Juez de Garantías está al margen de la estrategia de investigación del Ministerio Público, así como de los concretos resultados que las medidas de investigación están aportando al proceso. Sin un conocimiento claro de la estrategia de investigación y las hipótesis que los indicios hasta el momento recabados permiten construir, es complicado que el Juez pueda llevar a cabo un análisis idóneo.⁴³⁴ Como consecuencia de todo ello, la ceguera de los jueces de Garantías en relación con el caso concreto, más que solventar el problema de la imparcialidad del Juez que investiga y protege la legalidad simultáneamente, ha derivado en un mayor automatismo en la concesión de medidas de investigación que las partes acusadoras solicitan a la autoridad judicial, derivado del desconocimiento del contexto y la consiguiente confianza entre autoridades.

2.1.3 La autorización de medidas cautelares

En el lapso de tiempo que media entre la incoación del proceso penal y su finalización pueden producirse determinadas situaciones, así como actuaciones por parte del sujeto pasivo del proceso, que pongan en riesgo y lleguen a frustrar la efectividad de la sentencia penal que vaya a dictarse. Esta ineficacia de la futura sentencia supondría también la ineficacia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues quien tuviera derecho a la reparación civil derivada del delito podría quedarse sin ella. El potencial peligro de frustración de los fines del proceso derivado de este transcurso temporal es uno de los argumentos más utilizados por la doctrina para la justificación de la adopción de medidas

⁴³⁴ RUGGERI, Stefano, “Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice”, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 4, nº 2 (2018), pág. 578.

cautelares⁴³⁵, pues asegura la sujeción de una persona al juicio penal, lo que permitirá, en su caso, la imposición de la pena; así como la conservación de los bienes orientada a garantizar la eventual ejecución dineraria.⁴³⁶

La función cautelar no es una función propiamente específica de la fase de instrucción, por cuanto las medidas cautelares pueden adoptarse y modificarse en cualquier fase del procedimiento, también en la fase intermedia y en el juicio oral, sin olvidar los casos en los que éste transcurre sin que se haya dictado ninguna. Sin embargo, por la naturaleza y contenido del riesgo que se pretende evitar, estas medidas suelen presentar un carácter urgente que se aprecia de modo más evidente en la primera fase del procedimiento, momento en que el delincuente, advertido de la existencia de un proceso contra él, puede tratar de frustrarlo en el menor tiempo posible. De hecho, algunos de estos peligros son difícilmente defendibles una vez abierto el juicio oral, como la imposibilidad de apertura del mismo por la fuga del imputado o la ocultación o destrucción de pruebas, que deberán haberse recabado en la fase de instrucción. Por otro lado, y desgraciadamente, la fase de instrucción suele presentar una excesiva duración, de modo que gran parte del lapso temporal del que hablábamos se sucederá en este momento procesal. Además, con la incoación del procedimiento contra una persona determinada, que da lugar a la fase de instrucción, ya se produce la determinación del sujeto pasivo y la atribución inicial de los hechos sobre aquél, presupuesto necesario para que el Juez pueda valorar la expectativa de éxito de la imputación (*fumus boni iuris*), que será indispensable para adoptar cualquier medida cautelar. Por todo ello, la mayoría de las actuaciones de naturaleza cautelar suelen tener lugar en la fase de instrucción, motivo por el cual la doctrina incluye esta función

⁴³⁵ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 217: “El tiempo, mayor o menor, pero en todo caso ineludible que se necesita para alcanzar el citado efecto, pone en riesgo la efectividad de la sentencia, a la par que puede ser utilizado para convertir aquella en inejecutable u ocultar elementos necesarios para fundar la acción penal. Además, en el proceso penal la ausencia del acusado, con alguna excepción, impide celebrar el juicio. Para conjurar dichos riesgos, se articulan las medidas cautelares.”. También sobre la base de este argumento BARONA VILAR, Silvia, “Las medidas cautelares”, en *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, AAVV, 2016, pág. 272; RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*, 2014, pág. 283.

⁴³⁶ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 283. El autor defiende que la necesidad de garantizar la sujeción de una persona al juicio penal es lo único que autoriza la adopción de medidas cautelares de tipo personal: “En la medida en que esa disponibilidad sea obvia, la medida cautelar carece de razón de ser, ya que toda medida cautelar anticipa en cierta medida los efectos de la ejecución, y hay que proceder con suma cautela a su aplicación”.

como una de las funciones propias de esta fase procesal⁴³⁷, del mismo modo que lo hacen la propia ley⁴³⁸ y la jurisprudencia⁴³⁹.

Por la nota de jurisdiccionalidad que caracteriza la adopción de las medidas cautelares y en la que está de acuerdo la doctrina de forma prácticamente unánime⁴⁴⁰, la decisión sobre su adopción está encomendada a un órgano jurisdiccional. Este órgano será distinto en función de la fase del proceso en la que nos encontremos, por depender mayoritariamente la competencia funcional de la competencia objetiva⁴⁴¹. Así, la competencia para adoptar medidas cautelares en fase de instrucción recaerá en el Juez que instruya la causa, mientras que, en fase de juicio oral, será competente el órgano enjuiciador (arts. 9 y 763 LECrim). En la llamada fase intermedia, en cambio, existe disparidad en función del procedimiento que se adopte, aunque la resolución en la que el órgano judicial puede pronunciarse sobre el contenido cautelar es la misma: el auto de apertura del juicio oral (art. 783.2 LECrim), que es competencia del Juez instructor en el procedimiento abreviado y del Juez sentenciador en el procedimiento ordinario.

En la fase de instrucción, que es la que nos interesa, la regulación del órgano competente para la adopción de las medidas cautelares está dispersa a lo largo de la LECrim.

⁴³⁷ MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio, “*La instrucción penal*”, ob. cit., pág. 68; LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...*, ob. cit., pág. 121; PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 137.

⁴³⁸ Art. 299 LECrim: “...asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.”

⁴³⁹ La STS 1 octubre de 1986, explica que la instrucción penal tiene “...naturaleza preparatoria y asegurativa o cautelar”.

⁴⁴⁰ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 137: “Son actos de naturaleza auténticamente jurisdiccional, que encontramos en todos los sistemas procesales.”; BARONA VILAR, Silvia, “Las medidas cautelares”, ob. cit., pág. 272: “La decisión cautelar es sólo posible por el órgano jurisdiccional, quien la motivará, como consecuencia de su naturaleza de acto limitativo de derechos”; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 220: “La medida debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción, ya que es una manifestación más de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).”; MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, nº 32 (2005), pág. 84: “Resulta indispensable residenciar en la autoridad judicial la competencia para ordenar las medidas cautelares que hayan de ejecutarse a lo largo del proceso penal, esencialmente porque en ningún caso se le puede encomendar esta tarea al órgano implicado en la investigación, aunque se trate del Ministerio Fiscal, porque es una parte procesal y carece por ello de imparcialidad.”

⁴⁴¹ Art. 9 LECrim: “Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias...”.

Encontramos preceptos genéricos de los que se puede deducir esta competencia y otros que contienen indicaciones más específicas en función de la medida cautelar que se pretende adoptar. De un modo muy concreto, por ejemplo, el art. 502.I LECrim, deja claro que podrán adoptar la prisión provisional “el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa”, es decir, el Juez que tenga encomendada la causa en cada fase procesal, confirmando la compatibilidad de la tarea cautelar con la de investigación en la fase de instrucción; y con la de enjuiciamiento, en la fase de juicio oral. La misma competencia podemos afirmar para el resto de medidas cautelares, como la libertad provisional o las de carácter real como las fianzas o los embargos (art. 589 LECrim).

Dejando sentado que, en nuestro sistema procesal, la adopción de medidas cautelares es una función añadida a la de dirección de la investigación por parte del Juez de instrucción, queda por decir que estas medidas las puede adoptar el juez tanto de oficio⁴⁴² como a instancia de parte. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la modificación de la LECrim introducida por la Disposición final 2º de la LO 5/1995 de 22 de mayo, el Juez instructor no está habilitado para dictar de oficio las medidas cautelares que impliquen privación o restricción de la libertad (prisión provisional o libertad con fianza), sino que éstas podrán decretarse únicamente cuando lo soliciten las partes acusadoras o el Ministerio Fiscal y tras un trámite de audiencia con ellas y con el investigado o encausado asistido de letrado, que deberá tener lugar en el plazo de 72 horas⁴⁴³. Se trata de una previsión que conduce a la reflexión acerca de las enormes facultades que concentra en nuestro sistema procesal el Juez de instrucción y que, hasta ese momento, llegaban al punto de poder decretar, el Juez de propio oficio, la privación de libertad del sujeto al que estaba investigando. No debemos olvidar que el ordenamiento impone, sobre este mismo Juez, la dirección neutral e imparcial de la investigación.

Concluido este breve repaso, necesario para contextualizar el ámbito en el que nos encontramos, interesa mucho más a este estudio indicar las variables que el Juez debe valorar para adoptar esta decisión. Como en todas las decisiones que toma a lo largo del

⁴⁴² No se exige petición a instancia de parte, por ejemplo, para decretar la libertad provisional con comparecencia periódica o la retención del pasaporte (art. 530 LECrim).

⁴⁴³ Art. 505 y 539 LECrim.

proceso, el órgano judicial no puede actuar de forma arbitraria a la hora de dictar las medidas cautelares, puesto que muchas de ellas suponen una afectación directa de los derechos fundamentales del sujeto pasivo, principalmente el derecho a la libertad ambulatoria (art. 17 CE), a la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE) y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE). Es por ello, que las medidas cautelares están sujetas a una serie de principios como la instrumentalidad, la provisionalidad⁴⁴⁴ y la proporcionalidad⁴⁴⁵, que tienen como objetivo garantizar que esta afectación de derechos se produce cuando es estrictamente necesaria para los fines establecidos, puesto que cualquier exceso en esta restricción supondría un adelantamiento injusto de la pena.⁴⁴⁶ Así lo destacó la STC 108/1984, de 26 de noviembre en su FJ 2º:

“La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuando al exceso.”

Con carácter previo a la ponderación de estos principios para la imposición y control de la medida cautelar, el Juez debe juzgar acerca de la presencia de dos presupuestos, cuya ausencia imposibilita la adopción de este tipo de medidas: el *fumus boni iuris* –o apariencia de buen derecho- y el *periculum in mora* –peligro en la tardanza-. Para que la medida cautelar adoptada esté justificada, es necesario que esos dos presupuestos se verifiquen por el Juez en cada caso particular. El primero de ellos se configura como una

⁴⁴⁴ Arts. 496 y 520.1 LECrim y SSTC 31/1996 de 27 de febrero y 23/2004 de 23 de febrero, sobre la provisionalidad de la medida de detención. Los arts. 504 y ss. configuran límites tanto relativos como absolutos para la prisión provisional. Además, el art. 539 establece que “Los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa”.

⁴⁴⁵ ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (III)...” ob. cit., pág. 382: “En cualquier caso, como tales limitaciones pueden ser de mayor o menos intensidad, el órgano jurisdiccional deberá ponderar la adecuación de la medida con el fin que pretende, para evitar que se conviertan en penas anticipadas que no se compadecerían con la presunción de inocencia.”; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 283: “Son constitucionalmente prioritarias las fórmulas que implican una menor restricción de la libertad. No debe hacerse una aplicación indiscriminada de cualquiera de las medidas restrictivas de la libertad por el simple dato de que cumplan los presupuestos legales exigidos. Existiendo medidas restrictivas de un derecho fundamental, debe meditarse adecuadamente la menos gravosa, de ser suficiente.”

*conditio sine qua non*⁴⁴⁷, y exige que se acredite una sospecha fundamentada de que los hechos que se imputan han ocurrido y son ilícitos, y de que el sujeto al que se atribuyen, además de ser el autor material o partícipe, sería responsable penal o civilmente.⁴⁴⁸ El segundo de ellos actúa también como un presupuesto material, pero está más orientado a la finalidad de aseguramiento que persigue la medida cautelar y su apreciación se vincula a la efectiva existencia del riesgo futuro que pretende evitarse con aquella. Es por ello, que se habla de él como del fundamento de la medida cautelar, puesto que sin situación de peligro, deviene inútil cualquier medida de aseguramiento.⁴⁴⁹

2.1.3.1 La apreciación del *Fumus boni iuris*

Sin afán de sobrepasar la pretensión de este capítulo, que se limita a la exposición de aquellas decisiones que el Juez instructor debe tomar en fase de instrucción para estudiar, posteriormente, su compatibilidad con la tarea de investigación, es necesario que nos adentremos con un poco más de detalle en la valoración de los dos presupuestos que fundamentan la adopción de las medidas cautelares. Con ello se pondrá de manifiesto que, a pesar de la rapidez con la que se exige al Juez la toma de estas decisiones, se trata de decisiones con carácter complejo en las que deben tenerse en cuenta factores de distinta naturaleza y que, además, están genéricamente formulados en la legislación, circunstancia que contribuye a la escasa sistematización que posee este juicio en el fuero interno de los jueces.

El primero de ellos es la verificación del *fumus boni iuris*. Anteriormente, nos hemos referido a este presupuesto con la expresión de *conditio sine qua non* de las medidas cautelares, porque se trata de un presupuesto que es necesario –aunque no suficiente– acreditar para proseguir con el resto de cavilaciones que realizará el Juez para la adopción de una medida cautelar.⁴⁵⁰ Refiriéndose al proceso civil, afirmó CALAMANDREI que

⁴⁴⁷ BARONA VILAR, Silvia, “Las medidas cautelares” ..., ob. cit., pág. 276; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Medidas cautelares personales y reales aplicables a personas físicas y jurídicas”, en RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, Gabriel; DIEZ RIAZA, Sara, *Litigación penal*, ob. cit., pág. 173.

⁴⁴⁸ BARONA VILAR, Silvia, “Las medidas cautelares” ..., ob. cit., pág. 276.

⁴⁴⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 218.

⁴⁵⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La prisión provisional* (Cizur Menor, 2004), pág. 125.

“el requisito de la urgencia y del *periculum in mora* se valora tomando por base la hipótesis de que la providencia definitiva deba dictarse en sentido favorable a quien solicita la medida”⁴⁵¹.

Se trata de un concepto que es entendido por la doctrina de un modo muy similar, y que se construye en el imaginario de todos sobre la base del derecho a la presunción de inocencia, que impide la modificación del *status* de un ciudadano, así como la restricción de sus derechos, únicamente con motivo de la incoación de un proceso contra él. Como hemos visto, el proceso penal se inicia con una actividad de verificación *prima facie* de la credibilidad e ilicitud de los hechos, sin suponer, por ello, la comprobación de la imputación que recae sobre el sujeto pasivo, en caso de que esté determinado, y sin ningún tipo de verificación sobre el fondo. Es insuficiente, por tanto, la simple incoación del proceso como justificación de la imposición de medidas cautelares, sino que se ha requerido, además, una apreciación en sentido positivo de la posibilidad de un resultado condenatorio.

También existe acuerdo en relación con los elementos sobre los que debe recaer esta apreciación. Son objeto de esta valoración tanto la existencia e ilicitud de los hechos como la participación del sujeto y su responsabilidad civil o penal, es decir, los extremos esenciales de la eventual sentencia. Si bien es cierto que para la incoación del proceso penal no era necesaria la determinación inicial del sujeto pasivo, en la adopción de medidas cautelares esta se hace indispensable, en atención a la finalidad de las mismas: garantizar el cumplimiento del contenido de la sentencia. No existirá sentencia condenatoria sin atribución de hechos delictivos a un culpable y obviamente no puede apreciarse la apariencia de esta responsabilidad criminal del imputado sin estar previamente individualizado. Además, las medidas cautelares penales pueden imponerse únicamente sobre la persona del imputado, puesto que la situación cautelable en la que se fundamentan vincula el riesgo de frustración de la misma con las actuaciones de este sujeto. Se requiere, pues, valorar la expectativa de éxito de la imputación tanto en relación con el elemento objetivo del proceso (los hechos ilícitos), como con el elemento subjetivo (la responsabilidad del sujeto a quien se atribuyen).

⁴⁵¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Santiago Sentís Melendo (Ed. Bibliográfica Argentina: Buenos Aires, 1945), pág. 74.

Sentado lo anterior, lo cierto es que la definición concreta de lo que es el *fumus boni iuris* así como el modo de apreciación del mismo, no se exponen de modo unánime en la doctrina. La terminología ha diferido a lo largo de los años de unos autores a otros⁴⁵², de modo que se habla, por destacar las expresiones más utilizadas, de *sospecha con fundamento*⁴⁵³, *probabilidad*⁴⁵⁴, *verosimilitud*⁴⁵⁵ y *apariencia del derecho*⁴⁵⁶. Tampoco existe acuerdo en el modo en que los jueces deben realizar esta apreciación de la *apariencia, probabilidad* o *verosimilitud* del derecho tutelable. De hecho, como indica NIEVA FENOLL, más que inexistencia de acuerdo, no existen prácticamente estudios acerca del modo de materializar este enjuiciamiento, que se da prácticamente por sabido.⁴⁵⁷ Por ello, en muchos casos la doctrina se ha limitado a acoger las expresiones de la ley, y se equipara el *fumus boni iuris* a los “indicios racionales de criminalidad” exigidos para dictar el auto de procesamiento (art. 384 LECrim); a los “indicios de criminalidad” que exige el art. 589 LECrim para la imposición de fianza, a la mera imputación judicial⁴⁵⁸ o a los “motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado”, necesarios para la adopción de la medida de prisión provisional (art. 503.1. 2º LECrim) y que parecen exigir un reforzamiento del *fumus boni iuris*.

⁴⁵² Una exposición de las diferencias conceptuales asociadas a esta diferente terminología, concretamente entre *apariencia* y *probabilidad*, se encuentra en NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., págs. 198 y ss.

⁴⁵³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Medidas cautelares personales y reales...”, ob. cit., pág. 157.

⁴⁵⁴ ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal*, ob. cit., pág. 219; CARRERAS LLANSANA, Jorge, “Las medidas cautelares del artículo 1428 de la LEC”, *Revista Jurídica de Catalunya* (1958), págs. 572 y 585; MONTERO AROCA, Juan, *Trabajos de derecho procesal* (Barcelona, 1988), pág. 431.

CALAMANDREI, tomando la terminología de la probabilidad, afirmó que “la instrumentalidad de las medidas cautelares implica que su emanación (...) presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal”, en CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pág. 74.

⁴⁵⁵ BARONA VILAR, Silvia, “Las medidas cautelares”, ob. cit., pág. 276.

⁴⁵⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 1974, págs. 36-37; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, II (Barcelona, 1997), pág. 778; ambos citados en NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 199.

⁴⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 198.

⁴⁵⁸ PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2008); GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, *La prisión provisional*, ob. cit., pág. 126.

Creemos que los juicios de probabilidad, verosimilitud o apariencia, se llamen del modo en que se llamen, no presentan diferencias sustanciales en cuanto al proceso mental que realizan los jueces para afirmar el *fumus boni iuris*, que acaba consistiendo en la decisión de decantarse o no por la responsabilidad penal del imputado a la vista del material presente⁴⁵⁹, sin importar, en la práctica, las divergencias más científicas que pudieran presentar los conceptos a los que nos hemos referido. ¿No manifiesta, lo dicho hasta ahora, nada menos que la necesidad de que el Juez extraiga una conclusión anticipada acerca de la culpabilidad del investigado?

Por no desviarnos del fin de este análisis, abandonamos en este momento cualquier atención a la naturaleza de las medidas cautelares y dejamos apuntadas, únicamente, dos cuestiones: la toma de postura provisional del Juez instructor en relación con los resultados de la investigación y el carácter *prima facie* de esta decisión.

a) La toma de postura provisional del juez instructor

Cuando se habla del *fumus boni iuris*, suele destacarse su proyección a futuro, otorgando a la decisión del juez un carácter de predicción de la sentencia que se dictará cuando finalice el proceso. Sin embargo, parece pretencioso y fuera del alcance del Juez la realización de un pronóstico sobre la futura sentencia y no creemos que este sea el objeto de la decisión que toma en el momento de verificar el *fumus boni iuris*. En primer lugar, sería imprudente que el juez se manifestara sobre la sentencia definitiva cuando, por razón de la fase del proceso en la que se encuentra –nos situamos en la instrucción- el juez no ha dispuesto todavía de los datos ni de los mecanismos que procesalmente se le ofrecen para dictar sentencia. En segundo lugar, esta predicción no sería más que una conjetura, puesto que podrían acontecer nuevas situaciones o aparecer datos que cambiaran totalmente el sentido de la sentencia. En tercer lugar, la realidad es que, cuando el Juez analiza este presupuesto, lo hace con base en los datos e indicios de los que dispone en el momento concreto, y el objeto de su decisión no es la sentencia futura, sino los hechos supuestamente acontecidos y la responsabilidad del imputado. Por tanto, lo que hace el Juez en este momento es tomar una decisión acerca de algo pasado, basándose en indicios de los que dispone en el presente y que son vestigios de lo que ya ha sucedido. Esto no

⁴⁵⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., págs. 198 y ss.

obsta, evidentemente, a que su toma de postura acerca de la culpabilidad del imputado pueda entenderse como un aumento de las probabilidades de que la sentencia definitiva sea condenatoria, pero en ningún caso es éste el objeto de la decisión que el Juez toma en este momento. Por todo ello, la pregunta que se plantea el Juez en su fuero interno no es ¿será condenatoria la sentencia? Sino ¿sería posible que yo dictara ahora sentencia condenatoria?⁴⁶⁰

El órgano judicial encargado de adoptar las medidas cautelares, debe atender a los indicios y vestigios hasta el momento presentes en la causa, y en función de la carga incriminatoria que presenten en relación con la imputación, decidir si podría, en ese instante, decantarse por la responsabilidad penal del imputado. Se trata, por tanto, de un juicio de apariencia, apariencia que podrá ser totalmente coincidente con la realidad si todos los indicios que se han valorado presentaban un fuerte y directo carácter incriminatorio, eran numerosos o incluso completos (en los casos en que ya está concluida la investigación) y, además, las inferencias que realizó el Juez fueron lógicas y acertadas. En este caso, sucedería la pretendida equiparación del *fumus boni iuris* con la sentencia definitiva. Pero esa decisión también podrá ser discordante con la realidad si, a pesar de la apariencia de delito que reflejaban los indicios presentes en el momento concreto, surgen posteriormente otros que destruyen la hipótesis incriminatoria.

No se trata, así pues, de realizar un estudio estadístico para deducir el grado de probabilidad que existe de que la futura sentencia sea condenatoria, sino de realizar un juicio presente y cierto, acerca de si los indicios hasta el momento disponibles permiten inclinar la balanza hacia la culpabilidad del imputado. Si el Juez, a la vista de los indicios presentes, se decantaría por la inocencia del imputado, debe denegarse la medida cautelar. Al contrario, si el Juez, en este momento, pudiera decantarse por la culpabilidad del investigado, al apreciar esta apariencia de responsabilidad delictiva, podría, ahora sí, otorgar la medida cautelar. Reiteramos, para que quede claro, que el punto central acerca de esta cuestión es que el proceso mental de adopción de medidas cautelares no es un juicio de probabilidad, sino un juicio de apariencia. Y en la apariencia, no hay grados, En la mente del juez, una vez analizado sumariamente el caso, debe responderse a una simple

⁴⁶⁰ En este sentido, NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 204.

pregunta. ¿Es el acusado aparentemente culpable? La respuesta no implica grados, sino que caben únicamente dos posibilidades: el sí o el no.

Entendido de este modo el *fumus boni iuris*, se simplifica también la discusión acerca de los diferentes “grados de certeza” que debe albergar el juez en función de las diferentes medidas cautelares. Este debate surge, probablemente, del temor de imponer ciertas medidas que suponen un alto grado de restricción de derechos fundamentales, como la prisión provisional y que, por ello, son claramente para el imputado un adelanto de la condena, tanto por su gravedad como por su homogeneidad con ésta; como definió CARRERAS LLANSANA, son una especie de “ejecución sin título”⁴⁶¹. Ante esta realidad, ha surgido la idea de que el mayor o menor grado de convicción acerca de la culpabilidad debe jugar algún papel en esta decisión. Aceptando lo anterior parece, sin embargo, que la exigencia del *fumus boni iuris* como la hemos definido puede ser la misma para todo tipo de medidas cautelares. En primer lugar, porque no se trata de encajar el *fumus boni iuris* en una escala de probabilidades y, en segundo lugar, porque la defensa de los derechos del imputado se articulará posteriormente en atención a la realidad objetiva y subjetiva del *periculum in mora* y a los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen las medidas cautelares, no decretándose la prisión provisional si no es estrictamente necesario.

Dicho lo anterior, por mucho que el Juez esté únicamente decidiendo sobre la apariencia delictiva y a la luz, únicamente, de los indicios presentes hasta el momento, no puede negarse que está tomando una postura concreta acerca de la responsabilidad penal del sujeto pasivo. Evidentemente, el Juez que toma esta decisión puede ser plenamente consciente de que la apreciación del *fumus boni iuris* no implica que el imputado sea culpable, y esté, por ende, totalmente abierto a la posibilidad de dejar sin efectos la medida cautelar cuando esta apariencia delictiva deje de tener justificación⁴⁶². Sin embargo, es cierto que este posicionamiento no tiene en cuenta la regla de la presunción de inocencia, puesto que el Juez se decanta por la culpabilidad en un momento inicial del

⁴⁶¹ CARRERAS LLANSANA, Jorge; FENECH, Miguel, *Estudios de Derecho Procesal* (Bosch: Barcelona, 1962), págs. 563 y ss.

⁴⁶² En atención al principio de provisionalidad de las medidas cautelares (art. 539 LECrim).

proceso, sin práctica de prueba y basándose en una simple apariencia que de ningún modo sería suficiente para hacer esta declaración en sede de sentencia.

Una problemática, por tanto, surge del hecho que sea el Juez instructor de la causa el que deba dictar la medida cautelar⁴⁶³, pues la asunción de esta tarea dificulta que pueda centrar la decisión únicamente en los vestigios presentes. A medida que avanza la causa, el Juez va conformándose una idea acerca de la culpabilidad del imputado y, además, la estrategia de investigación que ha proyectado y sus posibles resultados serán elementos que difícilmente podrá alejar de su mente para tomar esta decisión. Además, habiendo apreciado el *fumus boni iuris* en un momento concreto, corre el peligro de planificar, posteriormente, una actividad de investigación orientada a la confirmación de esta decisión o de interpretar sus resultados en este sentido.⁴⁶⁴

b) El carácter prima facie de la decisión

Lo dicho hasta ahora podría generar la impresión de que la adopción de medidas cautelares y, por consiguiente, la apreciación de los presupuestos requeridos para ello, suponen un proceso cognitivo largo para el juez. Sin embargo, el carácter urgente que caracteriza las medidas cautelares indica lo contrario. Es un juicio de valor que debe realizar el Juez sin hacer comprobaciones que impliquen posterior actividad probatoria,

⁴⁶³ MORENO CATENA, V., “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, nº 32, (2005), pág.71: “el mismo juez comprometido con el éxito de su papel de investigador, logrando el total esclarecimiento de los hechos, debe desempeñar al propio tiempo un papel que sólo puede hacer un órgano no sólo independiente sino también imparcial: garantizar que las injerencias en la esfera de los derechos de los imputados sólo se hacen cuando resulten necesarias y se respeten todas las exigencias constitucionales y legales. Aquí es donde el sistema de nuestra LECRIM falla estrepitosamente y esta doble responsabilidad del juez que tiene como objetivo el triunfo de la investigación y que debe proteger los derechos de quien puede intentar que esa labor de descubrimiento de los hechos no culmine con éxito, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y la protección constitucional de derechos fundamentales, de forma casi tan perniciosa como la asunción por un mismo juez de las funciones de investigación y enjuiciamiento.”

⁴⁶⁴ MORENO CATENA, V.M., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, Cuadernos de derecho judicial, Nº. 4, (2002), pág. 25: “Esta pérdida de imparcialidad, que convierte al juez en personal o subjetivamente interesado en el resultado del proceso, se refuerza cuando debió ordenar durante la instrucción medidas cautelares, sobre todo de naturaleza personal que, al privar al imputado de su libertad o limitarla, resultan ser materialmente idénticas a las penas; tales medidas, y la inevitable inclinación a sostener el anterior convencimiento, inhabilitan al instructor para decidir en definitiva sobre la pretensión penal.”

justamente por la necesidad de que la decisión no experimente dilaciones perjudiciales. En este enjuiciamiento, por un lado, deberá aplicar sus conocimientos jurídicos, en la línea de lo que ya habrá hecho para la admisión de la denuncia o querrela, con la finalidad de apreciar el carácter ilícito de los hechos. Por otro lado, y este es el aspecto más nuclear de la decisión, deberá valorar si los vestigios incriminatorios hasta el momento recogidos confirman la imputación de un modo que, teniendo en cuenta aquellos indicios que exculparían al imputado puede, igualmente, decantarse por la culpabilidad. Se trata, en este caso, de un enjuiciamiento en el que deberá aplicar conocimientos extrajurídicos, mecanismos de carácter lógico o heurístico.

Podría objetarse que la apreciación de esta apariencia delictiva necesaria para verificar el *fumus boni iuris* requiere que la investigación tenga ya cierto recorrido. Sin embargo, no tiene porqué ser así, pues en muchas ocasiones es necesaria la adopción de medidas cautelares prácticamente desde la incoación del proceso, sobre todo cuando el sujeto pasivo advierte, desde el inicio, la existencia de una investigación contra él. Además, aunque no fuera así, no es extraño que, tras la comisión de un delito grave un delincuente pueda darse a la fuga, o intente destruir las pruebas, independientemente de su conocimiento acerca de la existencia de dicho proceso. La apreciación del *fumus boni iuris* no depende de la cantidad de vestigios recogidos y las comprobaciones y diligencias de investigación que se hayan realizado, sino de su solidez para confirmar en apariencia la imputación. Un solo indicio puede ser suficiente para apreciar el *fumus boni iuris*, si la validez de la inferencia que puede realizar el Juez a partir de ese indicio es convincente. Así, por ejemplo, la detención inmediata de un delincuente en un delito flagrante podrá ser indicio suficiente para apreciar esta apariencia delictiva. Del mismo modo, la coherencia y calidad de los resultados de ciertas diligencias de investigación policial adjuntas en el atestado, permitirá también que el Juez realice una apreciación positiva. En cambio, podría ser que tras una larga investigación en la que se hayan aportado numerosos vestigios, la solidez de éstos para confirmar la imputación no sea suficiente para el Juez en orden a apreciar esta apariencia de culpabilidad.

Por todo ello, no hay duda de que puede configurarse esta valoración del *fumus boni iuris* como un enjuiciamiento de primeras impresiones⁴⁶⁵, atendiendo únicamente a la solidez

⁴⁶⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 197.

con la que los indicios disponibles confirman la imputación, y resolviendo el Juez del modo más rápido posible -que no irreflexivo- sin pretender la realización de actividad probatoria para dictar la medida cautelar. Sin embargo, no podemos silenciar que, en este momento procesal, sobre todo si se trata del inicio de la instrucción, no ha existido prácticamente debate contradictorio y, por tanto, la mayoría del material que posee el Juez provendrá de la investigación policial o Fiscal que haya provocado la incoación del proceso o de las partes acusadoras. Esto podría suponer un sesgo incriminatorio en el órgano judicial por falta de datos o diligencias de investigación orientadas a la exculpación. Este hecho, que no es de menor importancia, podría solucionarse de dos modos: por un lado, requiriendo en cualquier caso la celebración de una audiencia con el imputado para la adopción de la medida cautelar, del mismo modo que se prevé la audiencia para la adopción de prisión provisional o libertad provisional con fianza (art. 505 LECrim), en la que la defensa jurídica del imputado pudiera pronunciarse sobre la pertinencia de la medida cautelar. Por otro lado, debería instruirse a los jueces para que no tomen en consideración las alegaciones de la denuncia, querrela o atestado policial, sino, únicamente, los vestigios materiales aportados y los resultados de las diligencias de investigación practicadas hasta el momento.

Aflora, con todo esto, una reflexión que encaja perfectamente con la cuestión esencial de este estudio, la suficiencia investigadora de la instrucción. Si, tras la denegación de ciertas medidas cautelares, por exclusión evidente del *fumus boni iuris*, la decisión más lógica debería llevar al juez también al sobreseimiento del caso, ¿podríamos valorar esta posibilidad también en sentido positivo? Es decir, en algunos casos, a la hora de tomar la decisión acerca de otorgar una medida cautelar, el Juez tiene en sus manos indicios y vestigios suficientes para afirmar que existe apariencia de la existencia de un delito y de la responsabilidad de un sujeto. Ciertamente, en muchos casos así será. ¿No era éste el punto al que debíamos llegar para afirmar que la fase de instrucción había cumplido su finalidad? Podría implicar una mejora en la agilización de la instrucción que la autorización de medidas cautelares, por la vulneración de derechos que provoca y por la apreciación de indicios que supone, llevara siempre al juez a plantear si es posible, tras esa autorización, poner fin a la instrucción y abrir la fase de juicio oral. Cuando aparentemente se han recogido todos los vestigios del caso, la apreciación positiva del *fumus boni iuris* confirma la duda razonable acerca de la culpabilidad del imputado necesaria para la apertura del juicio oral, según nuestro criterio. Por otro lado, esta

práctica llevaría a evitar, como ha pasado en no pocas ocasiones, la prolongación innecesaria de medidas como la prisión provisional, consecuencia de instrucciones enquistadas indefinidamente.

2.1.3.2 La apreciación del *periculum in mora*

El *periculum in mora* es el presupuesto que constituye el origen y fundamento de la adopción de medidas cautelares. La medida cautelar presupone la existencia de una situación susceptible de protección, y esta necesidad de protección requiere la acreditación de un peligro real y eficaz. Este peligro de frustración procesal se ha vinculado al tiempo que transcurre entre la incoación del procedimiento y la sentencia, aunque aquello que realmente puede frustrar el éxito del proceso no es el transcurso del tiempo en sí mismo, sino situaciones o actuaciones del imputado que pueden ocurrir durante ese lapso de tiempo⁴⁶⁶.

El Juez que aprecia este presupuesto debe, por tanto, identificar en primer lugar la fuente de protección, es decir, la situación, objeto, o sujeto que es necesario mantener inalterable, en estado de sujeción al proceso; porque de su mantenimiento a disposición del órgano judicial dependerá la efectividad de la sentencia. La determinación de este aspecto no supone ninguna problemática concreta, puesto que los extremos de "la sentencia que deben asegurarse serán, principalmente, la pena del condenado y las responsabilidades civiles y penales pecuniarias. De ello se desprende que las situaciones cautelables son, principalmente, la puesta a disposición del imputado al proceso, así como la de su patrimonio, y la inalterabilidad del material probatorio –aspecto más difícil de determinar puesto que es muy posible que no se conozca el paradero de este material ni, de hecho, su existencia-.

La siguiente comprobación que debe realizar el juez para apreciar el *periculum in mora* será la existencia de un peligro de frustración procesal vinculado a alguna de estas fuentes de protección. Es necesario advertir un peligro real en el supuesto concreto. Poniendo un ejemplo, es cierto que, en cualquier caso, el imputado no impedido físicamente –o

⁴⁶⁶ BARONA VILAR, Silvia, "Las medidas cautelares", ob. cit., pág. 276.

impedido, si cuenta con la ayuda de terceras personas—, puede darse a la fuga. También es posible, hipotéticamente hablando, que cualquier persona que posee patrimonio lo haga desaparecer o padezca una situación de insolvencia sobrevenida. No es, sin embargo, este peligro abstracto el que justifica la adopción de una medida cautelar, sino que es necesario que este riesgo esté vinculado a la actuación del sujeto pasivo del proceso y que, además, dicha actuación sea verosímil y sea eficaz.⁴⁶⁷

El presupuesto del *periculum* tiene fundamento en la legislación procesal, aunque ha sido desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente. El art. 503.1. 3º impone la existencia del *periculum*, aunque circunscribiéndolo a la prisión provisional, dejando claro que no es suficiente la existencia de un proceso por delito grave o los motivos bastantes de culpabilidad del sujeto para la adopción de esta medida cautelar, sino que se requiere que con ella se persiga un fin protector a) de la presencia del imputado, mediante la evitación del riesgo de fuga (art. 503.1.3º a.) b) del material probatorio, mediante la evitación de la ocultación o destrucción de pruebas (art. 503.1.3º b.) o c) de la integridad de la víctima y la sociedad, mediante la evitación de la reiteración delictiva⁴⁶⁸ (art. 503.1.3º c.). También

⁴⁶⁷ PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2008), pág. 287 y ss. La autora distingue entre el *riesgo de frustración procesal*, de carácter objetivo, que supondría la existencia de un peligro abstracto sobre los objetos de protección, y la *peligrosidad procesal*, de carácter subjetivo, que implica la capacidad del sujeto de llevar a cabo la actuación de frustración procesal, tanto en relación con los medios que tiene para materializarlo (*aptitud*) como con la efectiva intención de llevarlo a cabo (*actitud*).

⁴⁶⁸ La inclusión de esta tercera finalidad, la evitación de la reiteración delictiva, en sede de medidas cautelares ha provocado el rechazo de parte de la doctrina, puesto que, en puridad, no se trata de una función de protección del proceso, sino de evitación de la peligrosidad criminal del sujeto. En este sentido, MORENO CATENA, Víctor, “El papel del juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, nº 32, (2005), pág. 84: “De naturaleza y finalidad diferente, aunque puedan resultar en algún caso materialmente idénticas, son las medidas que pretenden prevenir o poner fin a una actividad delictiva. (...) No van dirigidas a facilitar el desarrollo del proceso ni el cumplimiento de la sentencia, sino que se adoptan para la defensa de la sociedad o de las víctimas...”; BARONA VILAR, Silvia, “Las medidas cautelares”, ob. cit., pág. 273: “Si bien el fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal es el de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, existen supuestos en los que se está justificando la adopción de medidas que, aun cuando se denominan cautelares, se dirigen a otros fines no cautelares, tales como la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para tranquilizar a la sociedad o amedrenar a los posibles delincuentes) o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculcado...”; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 287: “Se subvierte con frecuencia la significación de la prisión provisional mediante concesiones a la tutela del orden público. En mi opinión, tal utilización de la prisión provisional es inconstitucional porque deviene pena anticipada y remedio preventivo lo que, por definición, está prohibido por el rótulo constitucional de la presunción de inocencia.”; También en esta línea ARMENTA

el artículo 531 LECrim deja clara la finalidad de evitar la fuga del imputado mediante la imposición de la libertad con fianza, dando ejemplos sobre las circunstancias que pueden sugerir el “mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial.” Menor atención presta la ley de enjuiciamiento criminal a este presupuesto en el caso de las medidas cautelares que no implican restricción de la libertad, sino únicamente afectaciones patrimoniales de los imputados. En estos casos, como embargos y fianzas, parece que el legislador considera suficiente la apreciación del *fumus boni iuris* para que el Juez admita como necesaria la imposición de una medida cautelar. Así, el art. 589 LECrim, relativo a la fianza, dispone que:

“Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.”

Los indicios de criminalidad se identifican con el *fumus boni iuris* y, aunque es cierto que se sobreentiende que el *aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias* ya presupone la advertencia de un peligro, el precepto no hace referencia explícita a los peligros concretos que pueden frustrar la ejecución de estas responsabilidades pecuniarias durante la pendencia del proceso. Es decir, la ley se limita a admitir el *periculum* abstracto, intrínseco a cada proceso, del que hablábamos anteriormente.

Por todo ello, la labor más nuclear que debe realizar el Juez en este momento es la de valorar aquellos indicios o factores que podrían llevarle a concluir que el objeto de protección del proceso está efectivamente amenazado por un peligro verosímil y eficaz. Es decir, el Juez debe determinar que el sujeto pasivo podría frustrar los fines del proceso, porque tiene medios para ello y porque existen indicios de que tiene intención de hacerlo. Es una decisión que, esta vez sí, se proyecta hacia el futuro, porque se emite un juicio acerca de la posibilidad de que el imputado realice una conducta capaz de frustrar los fines del proceso⁴⁶⁹. Para el caso de apreciar el riesgo de fuga del sospechoso, la ley de

DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 218; PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, ob. cit., pág. 108.

⁴⁶⁹ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, pág. 7: La *predicción* o profecía de lo que puede ocurrir es algo que pese a ser calificado generalmente como prueba, no lo es, ya que en estos supuestos no

enjuiciamiento criminal sugiere, en el art. 503, la valoración de los antecedentes penales que consten en la causa, así como la existencia de un mínimo de dos requisitorias para el llamamiento y busca del sospechoso por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. Ofrece la ley, en este caso, un criterio que puede ayudar al juzgador a apreciar un riesgo de fuga en el sujeto pasivo. Fuera de este caso y de algún otro, lo cierto es que el Juez debe realizar un pronóstico complejo acerca del riesgo de frustración procesal sin contar con orientaciones al respecto, de modo que será altamente influenciado por aquello que aleguen las partes que soliciten la medida cautelar.

Pese a la falta de precisión de la ley, la doctrina ha tratado de objetivar la apreciación de este presupuesto, listando ciertos factores de los que puede deducirse una mayor inclinación del sujeto a frustrar el proceso. Se trata, sin duda, de una labor útil y necesaria, a la que, sin embargo, no puede atribuirse más que naturaleza orientativa, puesto que la realidad y, sobre todo, la realidad futura, no pueden encuadrarse en una lista cerrada de criterios. Reiteramos en este momento lo que ya dijimos para el caso del *fumus boni iuris*. No se trata de tomar una decisión acerca de lo que ocurrirá, porque eso es imposible para el Juez, sino que se trata de nuevo de valorar los datos objetivos existentes y, a la vista de ellos y de las circunstancias pasadas y presentes del imputado, decidir si aparece como cierta la posibilidad de que el sujeto posea la intención y la aptitud para llevar a cabo la frustración del proceso. Dado el marco de incertidumbre de esta decisión, así como su naturaleza como juicio de apariencia, no cabe duda de que debe poder revisarse tantas veces como sea necesario, estando el Juez instructor atento a cualquier cambio en la actitud o circunstancias del sujeto y de la causa que indiquen la inexistencia del peligro previamente apreciado y, por tanto, exijan el levantamiento de la medida cautelar.

Finalmente, queda por decir que la apreciación de este presupuesto la realiza el Juez simultáneamente con la verificación del *fumus boni iuris*, pues se trata de enjuiciamientos que se dan con rapidez, y unidos temporalmente en una misma resolución: la adopción de una medida cautelar. En este sentido, aunque la apreciación del *periculum in mora* esté desligada de la valoración sobre la culpabilidad del sujeto y quede más vinculada a factores que escapan a la comprobación sobre el fondo de la imputación, su identificación

se historiciza ningún hecho pasado. En la retórica aristotélica se trataría de un discurso *deliberativo*. Tal ocurre por ejemplo con la apreciación del *periculum in mora* en las medidas cautelares o del *lucrum cessans* en la determinación de los daños y perjuicios.

temporal y mental con la apreciación del *fumus boni iuris* apuntan a la pérdida de imparcialidad del órgano que toma esta decisión respecto al imputado y a la propia investigación. Queda claro, tras el análisis acerca del recorrido mental de los jueces en la adopción de estas decisiones, que evitar la pérdida de imparcialidad frente al caso que se instruye presenta una seria dificultad, que hace más que razonable cuestionar la idoneidad del órgano instructor para la asunción de esta tarea.

2.1.4 El procesamiento. ¿principio o fin de la investigación?

Si existe alguna institución que sea, en nuestro ordenamiento procesal, un claro exponente del caos legislativo, del ambiguo tratamiento jurisprudencial y de la falta de uniformidad en su aplicación práctica a pesar de todo lo que se ha escrito sobre ella, esta es, sin duda, la figura del procesamiento. En torno a esta figura, es difícil la simplificación, pues existen modos diferentes de comprender su finalidad y su alcance, y lo que nos encontramos en la práctica forense es una utilización dispar, tanto en su ubicación temporal como en su contenido, en función de razones de pura conveniencia o en función de lo que la práctica de cada tribunal ha ido asentando con el transcurso del tiempo.

Dada esta problemática, no es fácil extraer el contenido epistemológico de este acto procesal, y aquello que los jueces consideran que deben analizar y concluir para la toma de esta decisión. Para que podamos hacerlo del modo más claro posible, nos detendremos, en primer lugar, aunque no extensamente, en los antecedentes y recorrido histórico de esta figura. Lo haremos así porque entender el origen de nuestro actual procesamiento es una de las claves para que seamos capaces de comprender la utilidad que tuvo y de cuestionar su presencia actual en nuestro proceso penal. Tras este breve repaso, analizaremos su regulación en la Ley de Enjuiciamiento criminal y el posible significado que ésta pretende otorgar al acto de procesamiento y, finalmente, analizaremos qué es aquello que realmente se pide a los jueces de instrucción con el procesamiento y cuál ha sido la deriva de esta figura.

2.1.4.1 Antecedentes históricos del procesamiento

Nuestra ley de enjuiciamiento criminal, situada en el tiempo en 1882, prescribe, en su más que conocido artículo 384 que, en sede de procedimiento ordinario, “desde que

resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley”, añadiendo, en el párrafo siguiente, que desde ese momento podrá ser aconsejado de letrado y, en definitiva, realizar todas aquellas actuaciones que considere necesarias para su defensa, como solicitar la práctica de diligencias de investigación o instar la terminación del proceso.

Este artículo tiene su antecedente más cercano en el artículo 280 del Real Decreto de 22 de diciembre de 1872, que promulgó la primera ley provisional de Enjuiciamiento Criminal y que tiene un redactado, en su primer párrafo, idéntico al que hemos transcrito más arriba para el artículo 384 LECrim, con la única diferencia de que se obvia la palabra “racional” tras el presupuesto “desde que resultare del sumario algún indicio...”. Esta ley provisional de Enjuiciamiento Criminal abrió el camino de una evolución significativa con respecto a lo que hasta ese momento había sido el devenir del proceso penal y, especialmente la fase de investigación, que se desarrollaba totalmente a espaldas del acusado hasta que se le hacía partícipe de todos los cargos que se le imputaban, hecho que se producía una vez la investigación había finalizado, el juez estaba seguro de la culpabilidad del sujeto y éste, en la mayoría de los casos, confesaba los cargos. Así, en el artículo 9 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia, que data del año 1835, se establecía que:

“En la confesión, para hacer cargos al tratado como reo, se le deberán leer íntegramente las declaraciones y documentos en que se funden, con los nombres de los testigos, y si por ellos no los conociere, deben dársele cuantas señas quepan y basten para que pueda venir en conocimiento de quienes son.

No se podrán hacer otros cargos que los que efectivamente resulten del sumario, y tales cuales resulten; ni otras reconvenciones que las que racionalmente se deduzcan de lo que responda el confesante; debiendo siempre el juez abstenerse de agravar unas y otras con calificaciones arbitrarias.”

Este acto de la confesión con cargos es la figura que antecede a la institución del procesamiento,⁴⁷⁰ no porque puedan equipararse al nivel de lo que significa el procesamiento hoy en día, sino porque ése era el momento en el que el reo se convertía en conocedor de aquello que se le imputaba y de los indicios de criminalidad que existían contra él, y era el momento a partir del cual podía valerse de asistencia de letrado, con las limitaciones que podemos entender que existían en la época en relación a la asistencia letrada, primordialmente la de que, llegados a este punto, prácticamente nada podía hacerse para defender al acusado⁴⁷¹. Y esto es así porque el artículo 51. 3ª de este mismo Reglamento Provisional advertía que los jueces “no prolongarán el sumario luego que la verdad resulte bien comprobada; y nunca evacuarán las citas que se hagan en la confesión; las cuales deben quedar para que el tratado como reo pruebe después lo que le convenga”, dejando claro que la fase de investigación, al contrario de lo que entendemos –o deberíamos entender hoy en día- se dirigía a esa comprobación de la verdad hasta el nivel de dejar al reo prácticamente listo para la condena.

Esta doble función de afirmación del delito y de momento a partir del cual el reo podía servirse de asistencia letrada lo encontramos también, anteriormente, en la Ley de 17 de abril de 1821, promulgada por el decreto con misma fecha, en cuyo artículo 16 se establece que “en el sumario deberá resultar plenamente acreditada la perpetración del delito...”⁴⁷². En el artículo 19 recoge la confesión como el momento a partir del cual se

⁴⁷⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa primera instancia del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1 (2019), pp. 6-7; ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (IV). El procesamiento”, en *Derecho procesal penal*, VVAA (1994), pág. 409.

⁴⁷¹ Así se advierte por Alonso Martínez en la Exposición de Motivos de la LECrim: “...al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado.”

⁴⁷² Art. 16: “En el sumario deberá resultar plenamente acreditada la perpetración del delito; pero podrá darse por concluida, y elevarse la causa al estado de acusación aunque el procesado no esté plenamente convicto, siempre que las pruebas o indicios inclinen prudentemente el ánimo del Juez a creer que el tratado como reo no es culpable o inocente, y que la causa no presenta fundados motivos de poderse adelantar más en el sumario, o los ofrece de que podrá hacerse suficientemente en el plenario.”

abren las posibilidades para la formulación de la acusación⁴⁷³ contra el reo y se le da traslado de los cargos que existen contra él, y además, en el artículo siguiente se da la posibilidad al reo, a partir de ese momento, de que nombre procurador y abogado.⁴⁷⁴ Pero podemos ir más atrás, y encontramos que el artículo 301 de la Constitución de Cádiz de 1812 ubicaba también tras el acto de la confesión el momento a partir del cual se leían al reo todos los documentos y material acusatorio que se había recogido para incriminarle⁴⁷⁵ y, en el artículo 302 se garantizaba que, de allí en adelante, daba comienzo el proceso público según establecieran las leyes.⁴⁷⁶

Pese a que es en este artículo 280 de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 donde encontramos el momento en que formalmente se adjudica el nombre de procesado a la persona contra quien se está dirigiendo la instrucción, ese término existía desde tiempo atrás, puesto que ya en el Libro XII de las leyes de la Novísima Recopilación se hablaba del procesado para referirse genéricamente a aquella persona sometida a una pesquisa criminal. Todo ello nos lleva a concluir que, tanto en la Ley Provisional de 1872 como en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la figura del procesamiento surgió como una garantía para el reo, necesaria en un contexto en el que el proceso inquisitorio era el proceso dominante en el ámbito del enjuiciamiento criminal.⁴⁷⁷

Se pretendía, con este acto del procesamiento, hacer partícipe al reo con anterioridad de aquellos cargos que se le imputaban y por los que se le estaba investigando, para que a partir de entonces pudiera valerse de los medios que tenía para defenderse. En segundo lugar, la expresión “desde que resultare del sumario algún indicio de criminalidad...” nada

⁴⁷³ Art. 19: “recibida al reo la confesión, si hubiere méritos y lugar para la acusación, la formalizará el Promotor fiscal dentro de tres días a lo más. En el auto de traslado que se dé al reo por igual término improrrogable, se recibirá la causa a prueba.”

⁴⁷⁴ Art. 20: “El reo, dentro de las veinticuatro horas a lo más, nombrará Procurador y Abogado que residan en el partido o se hallen a la sazón en él; y no lo haciendo, se nombrarán de oficio en el acto.”

⁴⁷⁵ Art 301: “Al tomar la confesión al tratado como reo se le leerán íntegramente todos los documentos, y las declaraciones de los testigos con los nombres de estos, y si por ellos no los conociere, se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quienes son.

⁴⁷⁶ Art. 302: “El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes”.

⁴⁷⁷ En la Exposición de Motivos de la LECrim 1882 se señala, como defecto de las anteriores leyes procesales, que “mantuvieron el principio inquisitivo y de carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo.”

tiene que ver con las antiguas expresiones “plenamente acreditada la perpetración del delito” o “luego que la verdad resulte bien comprobada” de las anteriores leyes procesales, de modo que es lógico entender que el objetivo del artículo no era establecer un determinado nivel de certeza acerca de la culpabilidad del investigado para informarle de la imputación, sino, al contrario, hacerle partícipe de ésta tan pronto como fuera posible⁴⁷⁸. Es verdad que la Ley de 1882 añade el término “racional” tras la palabra indicio, pero lo cierto es que nada nuevo debería aportar ese vocablo, puesto que una exigencia básica es que todo lo que se desarrolla en el proceso sea, lo más racional posible. Además, esa exclusión de la irracionalidad de los indicios incriminatorios ¿no es justamente aquello que vimos que ya realizan actualmente los jueces de instrucción en el momento en que deciden admitir a trámite las denuncias o querellas e incoar la instrucción?

2.1.4.2 La dispersión legal e interpretativa acerca de la figura de la imputación

La figura del procesamiento se ubica en nuestro ordenamiento procesal en el procedimiento ordinario por delitos graves, en el ya citado artículo 384 LECrim. Como explica ARMENTA DEU, esta ley partía de “un concepto formal de la imputación, eminentemente garantista, que precisaba de ciertos presupuestos y que conllevaba determinadas consecuencias, como la intervención del letrado y el derecho a solicitar la práctica de diligencias. A esta concepción de la imputación responde el auto de procesamiento (...) y específicamente aplicable al procedimiento ordinario por delitos graves.”⁴⁷⁹

En cuanto al momento en que este auto debe dictarse, la LECrim guarda silencio y la doctrina se ha posicionado en relación a su ubicación temporal en función de cuál sea el alcance que atribuyen a este auto. Así, aquellos que consideran que no se trata de nada más que de una mera información al sujeto de que se está dirigiendo una investigación

⁴⁷⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 241: “A través de ese procesamiento, lo que se pretendió es que el sospechoso supiera que lo era desde el principio de la instrucción, es decir, como dice el art. 384 LECrim, desde que surgieran contra él “indicios racionales de criminalidad”, lo que era una expresión equivalente a una sospecha mínima, es decir, la que puede albergarse tras la práctica de unas pocas averiguaciones.”

⁴⁷⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 249.

contra él, defienden que debe producirse cuanto antes mejor, es decir, tan pronto como no exista ninguna razón que nos permita pensar que informar al reo acerca de la investigación puede suponer un perjuicio para los fines de la misma.⁴⁸⁰ En cambio, aquellos que entienden que el acto de procesamiento implica una mayor convicción del juez instructor acerca de la culpabilidad del sospechoso, son más ambiguos a la hora de ubicar temporalmente el acto de procesamiento, negando que existan límites temporales y dejando esta decisión al arbitrio del Juez de instrucción y a su valoración acerca de cuándo los indicios de criminalidad han adquirido una carga incriminatoria suficientemente convincente.⁴⁸¹

En este estudio nos parece más razonable la primera de las opciones, y ello encuentra su fundamento en la más que alabada, pero algo olvidada en la práctica, Exposición de Motivos de la Ley, redactada por Alonso Martínez. En ella, se indica la importancia de “la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el Juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública ni estorba el descubrimiento de la verdad” y vincula el despliegue de todos los derechos de defensa al momento de dictarse el auto de procesamiento. Podría objetarse que esta información al acusado y su participación en el proceso no son equiparables al acto de procesamiento, que es un paso más en la imputación del sospechoso, pero, como hemos dicho, no es esto lo que creemos que se desprende del análisis racional de los términos empleados por el art. 384 LECrim, a la vista de la evolución histórica.

⁴⁸⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 241 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 169; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 250: “Ha de quedar claro que el auto de procesamiento no tiene más finalidad que la de atribuir a un sujeto la condición formal de investigado o encausado, de sujeto frente al que se dirige la acusación y frente al que podrá abrirse el juicio oral; pero ni los indicios en que el procesamiento se funda suponen una afirmación de los hechos que pueda servir de base a una eventual sentencia ni, por ende, el procesamiento supone acusación que pueda vincular fáctica ni jurídicamente.”

⁴⁸¹ ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (IV). El procesamiento”, ob. cit., pág. 407: “Por todo ello, resulta evidente que el *procesamiento no está sometido a límites temporales*; el auto puede dictarse en cualquier momento del sumario, aunque sea práctica frecuente –y, a nuestro juicio, correcta- esperar a los momentos finales de la instrucción. Lo que resulta incontrovertido es que el auto de procesamiento supone un presupuesto de la fase decisoria, en el sentido de que sin él no podrá acordarse la apertura del juicio oral”.

Lo que ha sucedido en la práctica de los tribunales, contrariamente a lo que se ha expuesto hasta ahora, es que este auto de procesamiento se ha entendido como un acto jurisdiccional que confirma un grado incrementado de sospecha en relación con el investigado⁴⁸² y, por tanto, se ha ido retrasando hasta dictarse, en muchos casos, años después de que se haya incoado la instrucción, o como culminación de ésta⁴⁸³. A ello ha contribuido la descripción que la doctrina ha desarrollado de esta figura, que la ha definido como un juicio de atribución de un hecho punible a una persona, y que se distingue de otros actos que sirven para que el imputado tome conocimiento de ella⁴⁸⁴, o como una “declaración formal por la que el órgano jurisdiccional atribuye o imputa provisionalmente a una persona la comisión de unos hechos presumiblemente delictivos”⁴⁸⁵, por citar algunas de estas definiciones comunes.

También ha contribuido a ello la jurisprudencia, que ha ofrecido datos para pensar que el auto de procesamiento debe poseer un contenido conclusivo acerca del suficiente grado incriminatorio de los indicios de la instrucción y, por tanto, el juez instructor, antes de dictarlo, debe llevar a cabo algún proceso de análisis sobre la culpabilidad del sospechoso. De este modo, el procesamiento llega a ser una previa imputación formal por parte de la autoridad judicial. ⁴⁸⁶ Así, por ejemplo, la STS 78/2016, de 16 de febrero, dispone que:

⁴⁸² STC 123/2001, de 4 de junio, FJ. 5º: identifica el procesamiento con un “juicio judicial de inculpación, obviamente provisional, con base en la existencia de indicios racionales de criminalidad o fundadas sospechas o serios indicios de la participación, en cualquiera de sus formas, en un hecho penal, lo que puede requerir y hacer necesario, como aconteció en este supuesto, una previa investigación judicial”.

⁴⁸³ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa primera instancia del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1 (2019), pág. 6.

⁴⁸⁴ FALCONE SALAS, Diego, “Apuntes Sobre La formalización De La investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, *Revista de derecho*, Universidad católica del Norte, año 21, n° 2 (2015) pág. 220.

⁴⁸⁵ ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (IV). El procesamiento”, ob. cit., pág. 404.

⁴⁸⁶ STS 9959/1990, de 2 de abril de 1990, FJ. 3º: “el procesamiento viene a ser una especie de imputación formal de carácter «provisional», al no poder verificarse aquélla con toda la precisión y refrendo acreditativo deseable, lo que normalmente sólo será posible al término de las actuaciones. (...) Basta para su pronunciamiento, según el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la presencia de «algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona», lo que equivale a «fundada sospecha». También AAP de Barcelona (Sección 5ª), nº251/2005 de 4 de mayo: “La posibilidad inicial de que los hechos relatados en la denuncia o en la querrela puedan ser constitutivos de delito se refuerza en este instante del procedimiento, dando lugar a una atribución provisional de responsabilidad criminal individualizada.”, citado en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit.

“El auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quien haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces una moderación y una prudencia exquisitas, es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo de sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Solo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario”.

Se ha dicho, en este sentido, que el auto de procesamiento tiene que basarse en datos fácticos que, representando más que una mera posibilidad, y menos que una certeza, supongan, por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito (ATC 289/1984 de 16 de mayo), y que esta apreciación es discrecional, pero, en ningún caso, puede carecer de una explícita motivación –so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (ATC 324/1982, de 25 de octubre)⁴⁸⁷. La STC 123/2001, de 4 de junio, también remarca que los indicios racionales de criminalidad, que presuponen un juicio judicial de inculpación, son el fundamento del procesamiento⁴⁸⁸. De un modo muy tajante expone el carácter acusador del procesamiento la STS 831/2020, de 12 de marzo, en su FJ. 2º, en el que puede leerse que “el tradicional auto de procesamiento de nuestro sistema procesal clásico constituye el equivalente al juicio de acusación. Solo la decisión de un Juez estimando que existen indicios bastantes para sostener la acusación por unos hechos, permite entrar en el acto del juicio oral. (...) Pero es el Instructor al decretar el procesamiento quien sienta la suficiencia de la base indiciaria sobre la que se ha de apoyar la acusación, que sin aquel no puede plantearse.”

Lo cierto es que este entendimiento del auto de procesamiento como algo más que la existencia de un mínimo de indicios incriminatorios no es reciente. La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1889 ya dijo que “el procesamiento implica una

⁴⁸⁷ ARAGONESES MARTINEZ, Sara, “El sumario (IV). El procesamiento”, ob. cit., pág. 407.

⁴⁸⁸ El mismo razonamiento se expone en la STS de 29 de marzo de 1999: “el indicio o los indicios racionales de criminalidad que justifican el auto de procesamiento equivalen a un acto de inculpación formal adoptado por el Juez Instructor, exteriorizador de un juicio de probabilidad a la vista del resultado de la instrucción judicial, los cuales deben distinguirse de las meras conjeturas o suposiciones, sin el menor soporte objetivo”. También la STS de 21 de octubre de 2005 exige, para el acto de procesamiento, “indicios inequívocamente incriminatorios”.

sospecha fundada, producto de un *raciocinio lógico, serio y desapasionado*”, trasladando a los jueces instructores de la época, muy cercanos todavía al sistema inquisitivo, nuevamente la idea de que debían hacer un acto interno de enjuiciamiento en relación con los indicios que iban recogiendo en el curso de la investigación. No era fácil, con los antecedentes que hemos visto, que estos jueces se desvincularan de ese papel de inquisidores que habían tenido hasta el momento⁴⁸⁹.

Esta problemática que supone el auto de procesamiento, ha sido tomada en cuenta por la doctrina y diferentes tendencias de renovación legislativa, en primer lugar porque dictar el auto de procesamiento al final de la instrucción dejaba una gran parte de la investigación fuera del alcance de la defensa (instrucción *inaudita parte*)⁴⁹⁰ y, en segundo lugar, aunque no haya sido tan notable esta crítica, porque se ha reconocido que puede suponer un menoscabo para la imparcialidad del juez sentenciador el hecho de que un juez de profesión, mucho más cercano a la investigación que él, haya confirmado, de un modo a veces muy rotundo, la alta probabilidad de la responsabilidad criminal del acusado⁴⁹¹. Por todo ello, en la reforma operada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado y posteriormente en la Ley 38/2002 de 24 de octubre de modificación del procedimiento abreviado, se eliminó la figura del procesamiento como auto de imputación formal, sustituyéndolo por la obligación del Juez de informar al investigado, en la primera comparecencia, de aquellos hechos que se le imputan. Así pues, el art. 775.1 LECrim establece lo siguiente:

“En la primera comparecencia el Juez informará al investigado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Letrado de la Administración de Justicia le informará de sus derechos, en particular de los enumerados en el apartado 1 del artículo 118, y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las

⁴⁸⁹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Nuevas perspectivas sobre sistema acusatorio e instrucción penal: el papel del ministerio público en España”, *La Ley Penal*, nº 100 (enero-febrero 2013), pág. 3: “El sistema así dibujado en 1882, a lo largo del tiempo, no logró evitar la preeminencia de la fase preparatoria del juicio oral sobre este último, por lo que propiamente no llegó a implantarse nunca en su sentido original como tal sistema acusatorio.”

⁴⁹⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 250.

⁴⁹¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal* ob. cit., pág. 240 y ss.; VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, en *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal...* ob. cit., pág. 96.

reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786.”

No se hace, por tanto, nada más que garantizar que el investigado tiene información sobre los hechos que conforman la base de la sospecha y por los que se ha incoado la instrucción, así como de los cambios que se vayan produciendo a lo largo de la investigación (art. 775.2 LECrim). Este cambio en la regulación del procedimiento abreviado, podría haber supuesto un avance en relación con la neutralidad judicial de la fase de instrucción, pues la concepción de esta imputación parece estar en la línea de aquel procesamiento como mero acto garantista del que hablábamos. Sin embargo, el fondo de la problemática, que radica en la formulación de conclusiones por parte del juez instructor acerca de la culpabilidad del investigado, no quedó resuelto, debido al redactado del artículo 779.4º LECrim, que se introdujo en la reforma de 2002, y que supone una segunda imputación por parte del juez instructor.

Esta segunda imputación no cumple la función de garantizar el derecho de defensa, que ya ha sido garantizado, sino que exige al juez que tome postura acerca de la probabilidad de que los hechos que se están investigando constituyan un delito: se trata del auto conocido por todos como auto de transformación o auto de PA, y a partir del cual el proceso sigue su recorrido según las normas del procedimiento abreviado. En el redactado de este artículo, se establece que “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.” De este modo, nuevamente, se obliga al Juez instructor a posicionarse acerca de los resultados incriminatorios de la investigación.

La situación se agrava por el hecho de que tanto parte de la doctrina como la jurisprudencia han equiparado la figura del procesamiento del artículo 384 LECrim con este auto del artículo 779.4º LECrim⁴⁹². Las STC de 8 de mayo de 2003 y de 22 de octubre

⁴⁹² NIEVA FENOLL, Jordi., *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 242. También ARMENTA DEU entiende que el acto equiparable al procesamiento del procedimiento ordinario es la comparecencia del art. 775 LECrim en el procedimiento abreviado, en ARMENTA DEU, Teresa., *Lecciones de derecho*

de 2004 y la STS 13 de diciembre 2007, por ejemplo, consideran este auto de transformación del procedimiento abreviado como el acto procesal análogo al auto de procesamiento, y también lo hace así la reciente STS 831/2020, de 12 de marzo⁴⁹³. Esta equiparación es peligrosa y ha empeorado el entendimiento y la práctica del auto de procesamiento del procedimiento ordinario, pues es cierto que el auto de transformación del art. 779.4º, tal como indica la sentencia citada, concluye la fase de instrucción y contiene conclusiones claras sobre los resultados de la investigación. De este modo, se va construyendo la idea de que la fase de instrucción es una escala de juicios progresivos, en los que la evolución del objeto penal se asocia a la progresiva confirmación de los hechos delictivos. Así, la STC de 28 de febrero de 2012, afirma que:

“Los hechos que constituyen el objeto del proceso se van delimitando progresivamente desde la denuncia o querrela a través de la instrucción; en el auto de transformación a procedimiento abreviado que contiene los hechos justiciables; en los escritos de las partes acusadoras; en el auto de apertura del juicio oral y definitivamente en las conclusiones definitivas de las partes. En el procedimiento abreviado, una vez que el juez ha determinado los hechos justiciables, las partes tienen la oportunidad de incluir o excluir hechos mediante el uso de los recursos pertinentes.”

El juez instructor, por tanto, no se encarga simplemente de dirigir una investigación para recoger los indicios que permitan realizar el juicio oral, sino que “determina los hechos justiciables”, tarea que no puede realizar si no analiza el contenido de la investigación y extrae conclusiones acerca de sus resultados y su encaje en las categorías delictivas típicas, y que es exactamente lo mismo que hará, posteriormente, la acusación.

A diferencia de lo anterior, en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, la imputación como puesta en conocimiento del sospechoso de los hechos sobre

procesal penal, ob. cit., págs. 252-253. Puede verse esta equiparación en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit

⁴⁹³ En su FJ 2º establece que “los contornos que para avalar la constitucionalidad del procedimiento abreviado marcó la STC 186/1990 de 15 de noviembre, al reclamar una valoración judicial de los indicios previa a la apertura del juicio oral que el imputado pudiese combatir eficazmente mediante un recurso, quedaron concretados desde la reforma del año 2002 en la decisión del artículo 779.1. 4ª LECRIM (asimilable a la prevista en el anterior art. 790). A partir de ese momento quedó consolidado ese auto de transformación como equivalente para el procedimiento abreviado, al auto de procesamiento en el ordinario.”

los que se le investiga, se regula en el art. 797.1.3º LECrim, que exige la toma de declaración del investigado. A continuación, el art. 798 LECrim opta por quitar al juez la carga sobre el enjuiciamiento de los indicios y los resultados de la investigación, a nuestro entender acertadamente. Este artículo especifica simplemente que, “en el caso de que considere suficientes las diligencias practicadas” dictará auto por el que se pasará a la siguiente fase, en la que las partes se pronunciarán sobre la apertura del juicio oral. De este modo, no se exige al Juez una valoración sobre el fondo de las diligencias de investigación, sino, únicamente, que valore si en relación con los hechos que se investigan, las diligencias practicadas son las suficientes para aportar luz sobre el caso. No existe, al menos previsto legalmente, un acto de procesamiento ni una acusación formal por parte del juez, y no parece que esto haya causado perjuicios, en la práctica, a los sujetos pasivos cuyos procesos se han encauzado por medio de este procedimiento.

Finalmente, la Ley orgánica del Tribunal del Jurado da también un paso adelante en este sentido, identificando la imputación como la mera atribución de un delito a una persona determinada en un estadio inicial del proceso, imponiendo, de hecho, este presupuesto de la imputación como requisito para el inicio del procedimiento.⁴⁹⁴ Así, el artículo 24.1 LOTJ establece lo siguiente:

“1. Cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, previa valoración de su verosimilitud, procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado, cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de esta Ley, practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar.”

Esta previa valoración de la verosimilitud no es nada más que aquella valoración que exigíamos que realicen los jueces antes de la incoación del proceso, para descartar la irracionalidad o falsedad manifiesta de los hechos contenidos en la denuncia o querrela. Pero aquello importante en relación con el tema que estamos tratando es lo que establece, a continuación, el artículo 25 LOTJ, que exige que, incoado el procedimiento, se ponga *inmediatamente* en conocimiento de los imputados. Por tanto, la imputación es, en este

⁴⁹⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 250.

caso, la atribución de ciertos hechos delictivos a una persona, que constituye el presupuesto de iniciación del procedimiento y que se pone en conocimiento de ésta cuanto antes para que pueda desplegar todos los medios defensivos oportunos. No hay rastro, en esta ley, del acto de procesamiento. En este procedimiento puede verse de modo más claro el papel del juez instructor como director de la contienda en la fase de instrucción, y no tanto como un investigador que va formando una idea acerca de la culpabilidad del sospechoso, puesto que son los acusadores los que concretan la imputación (art. 25.3 LOPTJ) y son también las partes, y no el juez instructor, quienes instarán la apertura del juicio oral mediante la presentación de los escritos de calificación. No existe, al menos hasta el momento en que las partes presentan los escritos de calificación, una necesidad de que el Juez instructor exteriorice sus conclusiones sobre el éxito de la causa judicial o el nivel de certeza que alberga en relación con la responsabilidad criminal del imputado.

2.1.4.3 La valoración de los indicios racionales de criminalidad

Visto todo lo anterior, queda claro que supone un reto complejo para los jueces instructores tener conocimiento sobre aquello que exactamente se les exige en relación con el acto del procesamiento en el procedimiento ordinario y todas aquellas figuras más o menos análogas que hemos visto que existen en el resto de procedimientos, pues parece que la ley y la jurisprudencia transmiten la idea de que, en función del procedimiento penal en que nos encontremos, es más o menos importante para la continuación del proceso la convicción del juez acerca del grado incriminatorio de los indicios aportados en la fase de instrucción.

En realidad, el análisis de este proceso decisorio está claro que nos lleva a concluir que, en el momento de la imputación formal, los jueces instructores realizan una valoración sobre la probabilidad de que el investigado sea culpable a la vista de los indicios hasta el momento recabados. Además, como en el procedimiento ordinario el procesamiento es condición para la apertura del juicio oral, algunos entienden que el acto de procesamiento, en lugar de una garantía de defensa, es un escrito en el que deben justificar la necesidad de la continuación del proceso a la vista de la probabilidad de que el sospechoso sea culpable de los hechos que se le atribuyen, de modo que, antes de dictar este auto, procuran haber realizado un número extenso de diligencias de investigación para tener la mayor cantidad posible de elementos para el enjuiciamiento.

La idea fundamental que queremos destacar aquí, y que dejamos apuntada para retomar más adelante, es que la problemática ha venido provocada justamente por haber entendido que los indicios racionales de criminalidad existentes en la causa deben ser, además de acreditada su existencia, valorados por el juez en su carga inculpativa⁴⁹⁵. En relación con los elementos a tener en cuenta por los jueces, la STC 66/1989, de 17 de abril identificó tres condiciones contenidas en la fórmula “indicios racionales de criminalidad” del art. 384 LECrim: a) la presencia de unos hechos o datos básicos, b) Que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta, c) que dicha conducta resulte calificada como criminal o delictiva. La primera de ellas puede comprobarse por el juez a simple vista y la tercera de ellas habrá sido ya confirmada, en su vertiente negativa, en la incoación de la instrucción. Sin embargo, la concreta calificación delictiva de la conducta y su fundamentación en los indicios recogidos en la instrucción no serían, si queremos articular una instrucción neutral, tarea del juez instructor, sino de los órganos de acusación una vez finalizada la instrucción⁴⁹⁶. Esto es así porque el ser humano no puede, si se le exige la realización de cierto razonamiento, delimitar el resultado de su pensamiento de tal modo que pueda estar seguro de que no se extralimita en sus conclusiones. Si queremos, por tanto, que el director de la instrucción sea imparcial, tal vez lo mejor que podemos proponer es que se le exija extraer la menor cantidad de conclusiones posibles sobre los vestigios que está recolectando.

Tanto la deriva que ha experimentado el acto del procesamiento como la necesidad de que los jueces de instrucción se posicionen sobre la probabilidad de existencia del delito para poder avanzar en el proceso han provocado la desfiguración absoluta de la institución

⁴⁹⁵ ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., pág. 57, explica que el juicio de imputación formal permite concretar quién va a ostentar la condición de procesado y cuáles son los hechos punibles que judicialmente se le atribuyen, añadiendo un plus inculpativo a la situación del investigado.

⁴⁹⁶ De un modo muy claro expone esta idea VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., en *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal...* pág. 96 “La imputación judicial invade el terreno del acusador, ya sea público o particular. El resultado es que el órgano instructor sirve a intereses *contra reo*. De ahí el peso del sumario sobre el plenario. Nótese que la aspiración de la doctrina patria ha sido, incluso desde la Monarquía absoluta, la de reducir el peso de la instrucción en el juicio. Con tal propósito se han ido arbitrando una serie sucesiva de cautelas, todas las cuales han fracasado. Y lo seguirán haciendo mientras exista “Imputación judicial”, esa resolución judicial ya sea el auto de procesamiento o cualquier otra, mediante la que un órgano judicial establece quién sea el presunto culpable.”

de la imputación en el proceso penal. Como ya dijimos⁴⁹⁷, la imputación es la atribución de hechos delictivos⁴⁹⁸, más o menos concreta, a una determinada persona y, por tanto, existe desde el momento en que una autoridad judicial lleva a cabo algún acto procesal en el que el sospechoso toma conciencia de esta atribución⁴⁹⁹. Esto se puede producir en el mismo momento de la incoación del procedimiento penal tras la admisión de querrela o denuncia –que sería lo más adecuado- o inmediatamente después de que finalice el excepcional periodo del secreto de las actuaciones, imprescindible en ciertas investigaciones.

Es necesario que el sujeto pasivo sepa cuanto antes que se le está investigando y el porqué de la investigación, pero esto no es necesario realizarlo en un acto procesal concreto, sino que, si el abogado del sospechoso tiene acceso a todo lo que se está realizando en la fase de instrucción, tendrá las herramientas suficientes para aportar los elementos exculpatorios necesarios y solicitar las medidas de investigación que considere oportunas. Nada hace pensar que, no existiendo un acto de imputación judicial formal, el investigado vaya a experimentar un menoscabo en las posibilidades de defensa ni que no pueda conocer el estado en el que se encuentra su causa. Todo esto nos lleva a plantearnos seriamente la posibilidad de que este acto del procesamiento desaparezca de una vez por todas⁵⁰⁰, como ha sucedido en el resto de procedimientos, pues, como han reconocido muchos autores⁵⁰¹, todas las garantías de defensa que estaban anudadas a este acto quedan

⁴⁹⁷ Vid. § 1.1.4.2.3.

⁴⁹⁸ LÓPEZ YAGÜES, Verónica, “La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma”, en *La reforma del proceso penal*, Obra colectiva (Madrid, 2011), pág. 27.

⁴⁹⁹ Se trata de la tesis de la imputación en sentido amplio presentada por FENECH NAVARRO, M., Curso elemental de derecho procesal penal III, pág. 23: “...con un sentido más amplio, hay que considerar como imputado a una persona desde el momento en que es detenida como sospechosa de la comisión de un hecho punible, incluso en la etapa preliminar del proceso, o cuando sin llegar a ser detenida se le manda comparecer a la presencia judicial, mediante la citación (...) o se realice cualquier otro acto procesal que implique el que se considere sospechosa a una persona de haber realizado un hipotético delito”, citado en LIBANO BERISTAIN, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal*, pág. 170

⁵⁰⁰ Defiende esta idea LORCA NAVARRETE en LORCA NAVARRETE, Antonio María. “¿Jueces instructores o jueces inquisidores?”, *Revista Diario La Ley*, nº 7434, 29 de junio de 2010.

⁵⁰¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Barcelona: Atelier, 2014), pág. 169; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 249; PÉREZ MARÍN, M^a Ángeles, “La imputación”, en BUJOSA VADELL, Lorenzo; NIEVA FENOLL, Jordi (dir.), *Nociones Preliminares de Derecho Procesal penal*, Barcelona, 2016, págs.70-71: “A partir de la

más que garantizadas actualmente por el artículo 118 CE y 520 LECrim. No parece que exista ningún motivo en la actualidad para mantener la necesidad de una imputación de matiz judicial en la fase de instrucción.

Por todo ello, debe quedar claro que el acto de procesamiento es, actualmente, uno de los enjuiciamientos de la fase de instrucción con más carga incriminatoria, un acto en el que los jueces suelen valorar los elementos de los que disponen, muchas veces únicamente fundamentados en informes policiales, y deciden si, en el caso de que tuvieran que justificar la culpabilidad del sospechoso, tendrían elementos objetivos suficientes para decantarse por ella. De hecho, muchas veces este auto es la base para el escrito de calificación provisional que realizan los fiscales en el trámite de acusación, justamente porque es frecuente que no hayan tenido prácticamente intervención en la fase de instrucción y el auto les suele aportar los elementos suficientes para fundamentar un relato de acusación. Sin embargo, todo ello ha sido fruto de un arrastre, sostenido en el tiempo, del modo de hacer del sistema inquisitivo, tal como explica NIEVA FENOLL⁵⁰² en el párrafo que reproducimos como colofón de este epígrafe:

“Y así llegamos al momento actual, en el que el juez de instrucción en el procedimiento abreviado malinterpreta su función con el auto de traslado de la imputación (art. 779 LECrim), dictando una especie de resumen de las actuaciones que se convierte en una suerte de “presentencia.

Y en el procedimiento ordinario, dicho juez hace lo propio con el auto de procesamiento (art. 384 LECrim), trámite concebido para informar al principio de la instrucción al imputado de que lo es para que se pueda defender, pero que se desplazó al final de la instrucción para evitar la impugnación de su auto,

Constitución, que reconoce el derecho de defensa en su art. 24, carece de sentido pensar que con ocasión del procesamiento se produce un cambio en la posición y en los derechos que corresponden al procesado, puesto que éste, aún sin haber alcanzado dicha condición, se convierte en titular del derecho de defensa desde el momento en que resulta imputado y hasta que finalice el proceso penal, incluida la ejecución de la sentencia. (...) Valga aquí [procedimiento abreviado] aplicar lo dicho con respecto al fortalecimiento de la posición del procesado, en tanto que en el Procedimiento Abreviado pasar de investigado a encausado no implica cambio alguno para el sujeto pasivo, que goza plenamente del derecho de defensa desde el momento que contra él se dirigió el proceso penal.”; ARAGONESES MARTINEZ, S., “El sumario (IV). El procesamiento”, en *Derecho procesal penal*, VVAA, 1994, pág. 409: ““Que el procesamiento suponga la atribución de la legitimación pasiva al sujeto sometido a un proceso es, tras la reforma del artículo 118, cuanto menos, equívoco.”

⁵⁰² NIEVA FENOLL, Jordi, “La decadencia del sistema penal acusatorio”, *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*, nº4 (2021), pág. 498.

convirtiéndose, de nuevo, en la “presentencia” que condiciona, y de qué manera, a los jueces del juicio oral. Y que además es un monumento al sistema inquisitivo, puesto que ni siquiera se trata de una sentencia, sino que es una auténtica acusación de oficio formulada por el juez, que dibuja el marco de las actuaciones posteriores y que de hecho usurpa una función que debería tener atribuida con exclusividad el ministerio fiscal: la acusación.”

2.1.5 La terminación de la instrucción y la apertura del juicio oral

Llegamos, por fin, al que podría ser el núcleo de este estudio, pues si la pregunta que nos inquieta es la suficiencia de la investigación en la fase de instrucción, aquello natural es pensar que la valoración de esta suficiencia se lleva a cabo, fundamentalmente, en el momento en el que el órgano que dirige la instrucción debe decidir sobre la conclusión de la fase de investigación. Este es el momento en el que el juez llega a la conclusión de que la instrucción ha cumplido su tarea y, por tanto, no queda nada más que darla por finalizada. Analizando, pues, qué es aquello que se pide al juez que acredite en el momento de concluir esta fase, podríamos llegar a entender qué buscamos actualmente con la fase de instrucción. El modo de articular la conclusión de la fase de instrucción nos habla, por tanto, de la naturaleza y finalidad de ésta, pero de un modo más importante, quedará patente que nuestro entendimiento acerca de la naturaleza y finalidad de la fase de instrucción es la clave para articular tanto la fase previa al juicio como su finalización. Veamos, pues, qué es aquello que actualmente se exige a los jueces de instrucción para la conclusión del sumario y si este modo de proceder se adecúa a aquello que decimos que es la fase de instrucción o si, por el contrario, la teoría y la práctica presentan incoherencias que es necesario solucionar.

2.1.5.1 La inseguridad acerca de un modelo óptimo

Un primer indicio de que todo lo anterior no está nada claro en nuestro ordenamiento procesal es el hecho de que la regulación presenta diferentes modelos de terminación de la instrucción y apertura del juicio en función del procedimiento del que estemos hablando⁵⁰³. Esto es consecuencia de que las sucesivas reformas que han ido

⁵⁰³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 261: “Toda investigación está destinada a terminarse o interrumpirse antes o después, y a este sino no escapa tampoco la instrucción penal: más tarde o más temprano llega un momento en que se pone fin a la

introduciendo nuevos procedimientos, especialmente a partir de la que introdujo el procedimiento abreviado, han propuesto modificaciones en cuanto al órgano que lleva a cabo este enjuiciamiento y la declaración de apertura del juicio oral, pero sin tener en cuenta el conjunto de la Ley, de modo que la diversidad ha ido aumentando, provocando la sensación de que, en realidad, hay poca seguridad acerca de cuál es el sistema que debe acogerse. Esta falta de seguridad sobre el sistema óptimo se confirma con el estudio de los anteproyectos de reforma que se han ido presentando en los últimos años (2011, 2013 y 2020), puesto que todos ellos proponen modelos distintos, aunque justificando sus propuestas en un motivo principal y común: la búsqueda de imparcialidad judicial.

En primer lugar, en el procedimiento ordinario la conclusión del sumario se lleva a cabo por parte del juez instructor, tal como establece el art. 622 LECrim, en el que se indica que “practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez instructor, si éste considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito.” Por tanto, no se da más indicación al Juez que el hecho de que acabe la instrucción cuando la considere finalizada, dando la sensación de que se trata de una decisión neutra⁵⁰⁴. Sin embargo, lo cierto es que la conclusión del sumario se lleva a cabo tras haberse dictado el auto de procesamiento que, como acabamos de ver, supone una toma de postura por parte del mismo juez acerca de la probabilidad de que el delito se haya cometido. Siendo así, a pesar de que la Ley no diga explícitamente que el Juez debe enjuiciar la fuerza incriminatoria de los indicios obtenidos, este enjuiciamiento se ha producido ya con anterioridad y el auto de conclusión del sumario no viene a ser, en este caso, nada más que su confirmación. El juez, mediante este auto determina que, según su parecer, no es necesario realizar más diligencias de investigación para delimitar los hechos punibles y

instrucción. (...) La instrucción no tiene vocación de pervivencia. Más allá de la constatación de este hecho, el panorama que ofrece el derecho positivo es absolutamente caótico e insostenible a nivel de unas mínimas exigencias constitucionales de claridad legislativa.”

⁵⁰⁴ *Ibid.*, pág. 264: “Los juicios de valor que se realizan en este momento son decisivos para el sesgo que ha de tomar el juicio penal a partir de ahora. En puridad del sistema, la decisión del instructor debería ser estrictamente neutra, esto es limitarse a cerrar la investigación cuando la considere concluida. En realidad, sólo ocurre así en el juicio ordinario. En los demás casos la decisión va más allá de la mera clausura de la fase de instrucción. La ley exige al instructor que, con intervención de las partes, se pronuncie sobre el destino del juicio penal.

la responsabilidad penal del acusado, dando por hecho que es posible y viable la formulación de la acusación.

En el procedimiento abreviado, en cambio, el tenor de la ley da a entender de un modo más claro que el juez, cuando concluye la fase de instrucción, debe tener una cierta convicción de que los indicios hasta el momento obtenidos indican la probabilidad de que el delito se haya cometido. Esto es porque la conclusión del sumario se lleva a cabo con el auto del art. 779.4º LECrim, que descarta el sobreseimiento y da paso a que las acusaciones presenten sus escritos de calificación. En este caso, por tanto, el acto de imputación formal y la conclusión del sumario parecen identificarse, siendo todavía más evidente que la finalización de la fase de instrucción es la culminación de un proceso de indagación que tiene por objetivo el alcance de cierto grado de probabilidad de la comisión del hecho delictivo, evidentemente inferior a aquello que se exigirá en la condena, pero suficiente para sospechar fundadamente que el sujeto pasivo pudo haber cometido el delito.

Este menor reparo del legislador por expresar la toma de postura del juez acerca del fondo de la cuestión puede derivar del hecho de que, con la introducción del procedimiento abreviado, se pretendía dotar de mayor imparcialidad al tribunal sentenciador, evitando que fuera éste quien revisara la viabilidad de la acción penal y, por tanto, realizara aquello que se ha llamado, y se sigue llamando por influencia del derecho anglosajón, el juicio de acusación⁵⁰⁵. Lo importante parecía ser que el tribunal sentenciador no tuviera que cargar con el peso de decidir si la causa tenía motivos suficientes para ser elevada a juicio, por la evidente falta de imparcialidad que eso supone⁵⁰⁶. Se pretendió, por tanto, establecer

⁵⁰⁵ Para un análisis mayor de este concepto ver ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El Juicio de acusación* ob. cit., y del mismo autor “Reflexiones sobre el “juicio de acusación” y la etapa intermedia del proceso penal”, *Revista Diario La Ley*, nº 6090, 21 de septiembre de 2004; ARMENTA DEU, Teresa, “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, *Ius et Praxis*, nº13 (2009).

⁵⁰⁶ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, ob. cit., págs. 54-57: “En el proceso común, al darse la competencia funcional al mismo órgano que debe decidir sobre la condena o absolución, se produce una unificación que puede perjudicar la imparcialidad del órgano judicial, porque no son las mismas circunstancias las que determinan la existencia del derecho de acusar que las que puedan determinar la condena. Ello puede dar lugar a la contaminación de los magistrados integrantes de la Sala, si es que son las mismas personas quienes han dictado el auto de apertura del juicio oral y las que van a dictar sentencia”.

una barrera entre la fase de instrucción y el juicio oral, eliminando la fase intermedia por ser el terreno en el que la instrucción se trasladaba al tribunal sentenciador y éste quedaba contaminado. En este sentido, la ley dio poca importancia al hecho de que la causa llegara al juicio oral refrendada por la opinión de un juez instructor que, en cierto modo, avalaba los motivos de la acusación siempre y cuando esta falta de imparcialidad, criticada por varios autores⁵⁰⁷, quedara encerrada en el compartimento opaco de la instrucción. Es cierto que parece que el órgano sentenciador gana en imparcialidad objetiva, pero es verdad también que pierde neutralidad el proceso en su conjunto. Hemos puesto mucho esfuerzo en desligar a los órganos del proceso de ciertas actuaciones que puedan menoscabar su imparcialidad, pero no hay que olvidar que la propia configuración del proceso influye en la construcción del material y del relato que llega al tribunal y que los órganos judiciales deberán enjuiciar posteriormente.

La diferencia, por tanto, con el procedimiento ordinario estriba en el hecho de que en el procedimiento abreviado el Juez de instrucción tiene también encomendada la misión de decidir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento del proceso (art. 783 LECrim), una vez las partes ya han formulado la acusación, y posteriormente a que él mismo haya dictado este auto del art. 779.4º LECrim al que nos hemos referido. Esto presenta evidentes problemas en relación con la imparcialidad con la que se lleva a cabo esta decisión de apertura del juicio oral⁵⁰⁸ pero, sobre todo, hace evidente su inutilidad, puesto

En el mismo sentido, la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 4º), explicaba que “la principal característica del nuevo proceso penal abreviado, desde la óptica de nuestra doctrina sobre el Juez imparcial, estriba en haber residenciado la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción y no en el de enjuiciamiento, con lo que la imparcialidad del órgano decisor queda plenamente garantizada”.

⁵⁰⁷ VARELA CASTRO, Luciano. “*El juicio sobre la acusación*”. Págs. 328 y 329: “lo primero que resulta cuestionable es la ausencia de diferenciación entre el órgano que asume la responsabilidad del éxito de la investigación y el que, en parte o en todo, según se trate del procedimiento ordinario o del abreviado, asume competencia para decidir sobre la pertinencia de sometimiento a juicio”; PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto J. “*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002*”; ASECIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*: “Una afirmación razonable si se comprende que la debida imparcialidad puede desaparecer en el momento en el que el órgano judicial desarrolle este tipo de funciones. Y que, en un sentido contrario, podría quedar garantizada si su tarea en la fase previa del proceso penal se limita al control de los derechos fundamentales”.

⁵⁰⁸ PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto, “*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002*”: “no tiene ningún sentido que el juez instructor, que ha acordado continuar la tramitación del proceso, siguiendo la opción de la regla 4.ª del art. 779.1, descartando el sobreseimiento libre y el provisional del art. 641.2, sin que se practiquen nuevas diligencias, y con la sola base de la presencia de los

que en realidad, dictado el auto del art. 779.4º como conclusión del sumario y formulada la acusación, ese segundo auto para la apertura del juicio oral es puramente reiterativo⁵⁰⁹. Según lo que se desprende del art. 783.1º *a contrario*, el juez dictará ese auto si estima que el hecho puede ser constitutivo de delito (art. 637. 2º LECrim) o que existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, que era exactamente aquello que se exigía para el procesamiento en el procedimiento ordinario y que ya ha manifestado previamente en el procedimiento abreviado en el citado auto de transformación.

En relación con esta falta de imparcialidad del juez instructor y la inutilidad de que éste mismo deba volver a pronunciarse, después de la presentación de los escritos de acusación, sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, el ATS 3807/1996, de 20 de diciembre (FJ 8º) destacó que “puede generar no pocas sorpresas para el justiciable que el mismo Juez que acordó, tras la conclusión de las diligencias previas, la continuación del procedimiento por los trámites de la preparación del juicio oral, por considerar que los hechos investigados pueden ser constitutivos de delito (...), disponga luego, al haber sido calificados como tales por la parte o partes acusadoras, el sobreseimiento de la causa por no ser los mismos constitutivos de delito, o por no existir indicios racionales de criminalidad”.⁵¹⁰

La tramitación de la apertura del juicio oral también es distinta en la fase intermedia regulada en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en la cual, siguiendo la tónica marcada por el procedimiento abreviado, será el mismo juez de instrucción el que decida sobre la apertura del juicio oral (arts. 32 y 33 LOTJ) tras una comparecencia que se denomina “audiencia preliminar” (art. 30.1 LOTJ) a la que, sin embargo, puede renunciar la defensa (art. 30.2 LOTJ). La diferencia fundamental con el

escritos de acusaciones (...) entienda ahora que los hechos no constituyen delito alguno o que no está debidamente justificada la perpetración del hecho que dio motivo a la formación de la causa”.

⁵⁰⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 242: “...algunos de dichos jueces aprovechan el auto de apertura del juicio oral (art. 783 LECrim) para remachar el clavo, confirmando esa “acusación oficial” ahora refrendada por la acusación de las partes acusadoras, como si el juez de instrucción fuera un asistente de dichas partes, y no un agente imparcial de la instrucción, como debiera ser. Como se ve, todo ello se salda con un perfecto y doloroso despropósito.”

⁵¹⁰ Lo mismo queda recogido en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, “sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre”, en la que de la misma manera se indicaba que “parece poco razonable que un Juez que estime que existen indicios para pasar a la fase de calificación, decida luego, pese a existir acusaciones, sobreseer la causa”.

procedimiento anterior es que no se encuentra, en este procedimiento, un acto análogo al auto del art. 779.4º del procedimiento abreviado, sino que parece dejarse a las partes la decisión sobre la conclusión del sumario, siendo la acusación la que debe solicitar la apertura del juicio oral (art. 29.1 LOTJ) mediante su escrito de calificación. De este modo, parece hacerse frente a las críticas que había recibido el procedimiento abreviado, dotando de una apariencia de mayor imparcialidad al juez instructor en la toma de la decisión de apertura del juicio oral o sobreseimiento, si fuera el caso. Según el art. 33 LOTJ, el auto que decreta la apertura del juicio oral debe determinar “a) el hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento, b) la persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente y c) La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio con indicación de las disposiciones legales aplicables.” Por tanto, otra vez sucede que se lleva a cabo una nueva imputación por un órgano jurisdiccional en el que se justifica la procedencia de la acción penal, así como los hechos y la persona presuntamente responsable.

Ciertamente, la neutralidad de esta decisión pasa a ser más aceptable, pero sigue sin estar clara su utilidad, puesto que, presentado el escrito de calificación por parte de la acusación, tanto los hechos imputados como el sujeto pasivo ya están claros para la defensa en este estadio del procedimiento. Además, anteriormente a la presentación del escrito de calificación, el juez de instrucción habrá podido valorar la opción del sobreseimiento si así lo ha pedido la defensa y se habrá pronunciado sobre la necesidad de continuar con el procedimiento. ¿No es, de nuevo, este juicio de acusación para la apertura del juicio oral un acto meramente reiterativo? Este acto procesal nada aporta al proceso fuera de un respaldo judicial para la acusación que, en realidad, más que una garantía para el acusado acaba siendo un acto muy poco coherente con el sistema acusatorio.

Por último, en el caso del enjuiciamiento rápido de determinados delitos, la decisión del juez instructor sobre la conclusión del sumario (798.2.1º LECrim), así como el auto por el que se dicta la apertura del juicio oral, se condensan en un solo acto, en el que se dará audiencia a las partes personadas, tanto para que se pronuncien acerca del primero como para que lo hagan en relación con el segundo. En este caso, para la conclusión de la instrucción –diligencias urgentes– se indica al juez instructor que valore si “considera

suficientes las diligencias practicadas”. En caso afirmativo, dará paso a la valoración acerca de si procede la apertura del juicio oral y, en caso negativo, el procedimiento continuará como diligencias previas del procedimiento abreviado (798.2.2° LECrim). Ningún criterio se aporta al Juez instructor para que haga esta valoración sobre la suficiencia, pero es necesario destacar que el enjuiciamiento rápido de delitos tiene lugar en unas circunstancias en las que la comisión del delito es próxima temporalmente, el imputado está en presencia judicial o se prevé que la instrucción será sencilla. En este sentido, el atestado policial y las declaraciones de los policías, así como la declaración del imputado serán, en la mayoría de los casos, suficientes para que la acusación pueda sostener una hipótesis incriminatoria razonable contra un sujeto concreto y delimitar las pruebas que serían necesarias para comprobarlo. Si esto es posible, es viable declarar como suficientes las diligencias practicadas y proceder, en caso de que exista acusación, a la apertura del juicio oral. Si esto no es posible porque no existe ninguna diligencia apta para señalar razonablemente al imputado como responsable del hecho o si es posible descartar el carácter delictivo de éste o su existencia, el Juez deberá sobreseer libremente la causa.

La máxima dificultad estriba en saber cuándo las diligencias practicadas no son suficientes para la apertura del juicio oral y es necesario transformar el procedimiento y seguir como diligencias previas del procedimiento abreviado. La cuestión fundamental a resolver radica en si es posible contar con algún criterio neutral, de carácter más técnico, para decidir cuándo son suficientes las diligencias o si, por el contrario, esta suficiencia es de tipo más subjetivo y se asienta en el grado de convicción del instructor acerca de la comisión del delito. Parece que, hasta el momento, no existiendo el primero, el segundo ha sido el criterio adoptado en la práctica de nuestros tribunales. Del análisis del uso forense, se desprende que una parte importante de jueces instructores finalizan la instrucción cuando la policía, tras ciertas indagaciones, deja de solicitar o plantear nuevas diligencias porque parece que tiene clara una teoría incriminatoria. La realidad, por tanto, es que siendo el Juez instructor el que debe valorar la suficiencia investigadora, lo cierto es que en numerosas ocasiones es la actividad o pasividad de los órganos policiales o de la defensa –si se trata de una defensa con papel activo en la solicitud de diligencias–, quienes orientan al juez sobre el momento en que la investigación puede finalizar.

2.1.5.2 La decisión acerca del sobreseimiento

Queda por destacar que el Juez instructor tiene también otorgada en algunos casos la facultad de decidir el sobreseimiento de la causa, es decir, de suspender –sobreseimiento provisional– o poner fin definitivamente al proceso penal –sobreseimiento libre–, cuando no existan los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral⁵¹¹⁵¹². Los artículos 637 y 641 LECrim establecen las causas por las que se pueden decretar el sobreseimiento libre y provisional, respectivamente. Así, el sobreseimiento libre podrá adoptarse cuando no existan indicios racionales de la existencia del hecho (637.1.1º LECrim), cuando aun existiendo éste sea obvio que no tiene carácter delictivo (637.1.2º LECrim) o cuando aquellas personas imputadas aparezcan como exentas de responsabilidad criminal (637.1.3º LECrim). Este último caso se daría si se hace evidente que el imputado no participó en la comisión del hecho, o que concurre alguna causa que exime su responsabilidad penal. La seguridad sobre la inexistencia de los presupuestos básicos para la formulación de una acusación razonable es el motivo por el cual el sobreseimiento libre supone la completa terminación del proceso, con efectos de cosa juzgada, de modo que ya no será posible que vuelva a incoarse un procedimiento contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, en atención al principio del *non bis in ídem*.

Esta figura del sobreseimiento se plantea en el procedimiento ordinario como la alternativa al auto de apertura del juicio oral (art. 642 a 645 LECrim) y, por tanto, se dicta en la fase intermedia, cuando la instrucción ha finalizado y se ha decretado el auto de conclusión. Por tanto, tomará esta decisión el tribunal sentenciador, que es el competente para conocer de esta fase. Sin embargo, en el procedimiento abreviado el sobreseimiento puede llevarse a cabo en el lugar del auto que concluye las diligencias previas y da paso a la preparación del juicio oral, siendo alternativo el auto de sobreseimiento (art. 779.1º) al auto de transformación (art. 779.4º), aunque también puede dictarse posteriormente, si así lo solicita la acusación antes de la apertura del juicio oral (art. 782.1 LECrim). En

⁵¹¹ STS 2 de junio de 1993 (RJ 1993\5085), F.J 1º: "El sobreseimiento es una resolución judicial que adopta la forma de auto, y que produce la terminación del proceso penal o la suspensión del mismo por falta de los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral, denominándose respectivamente libre o provisional".

⁵¹² TOMÉ GARCIA, en DE LA OLIVA SANTOS, A. et alii, *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Edit. Universitaria Ramón Areces S.A., Madrid, 2007, págs. 445-446: "El sobreseimiento es la resolución judicial en forma de auto que adopta el Tribunal competente en esta fase intermedia cuando no concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral. Dicha resolución judicial produce, bien la terminación del proceso (sobreseimiento libre), bien su paralización (sobreseimiento provisional)".

ambos casos lo decretará el Juez instructor. Lo mismo ocurre en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en el que la fase de preparación del juicio oral se lleva a cabo ante el mismo Juzgado de Instrucción de Guardia que conoció la fase de investigación. En este procedimiento, también el auto que concluye las diligencias urgentes por ser éstas suficientes (art. 798.2.1º LECrim) es alternativo al auto de sobreseimiento, que se dicta en caso de que el Juez estime, como en el procedimiento abreviado, “que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración.” Por tanto, podrá dictarse el sobreseimiento como alternativa al auto de conclusión de las diligencias urgentes o bien, concluidas éstas, como opción alternativa a la apertura del juicio oral tras haberse pronunciado las partes sobre ello.

Podemos concluir, de todo ello, que así como en el procedimiento ordinario el sobreseimiento presupone un análisis de la carga incriminatoria de la fase de instrucción, ya concluida formalmente por el juez instructor⁵¹³, en el resto de procedimientos el sobreseimiento es una declaración judicial de que los elementos que está aportando la investigación son insuficientes para justificar la existencia del delito o la responsabilidad del autor y, por tanto, la investigación finaliza con este mismo auto de sobreseimiento. Aunque se trate de un matiz, es interesante destacar que, en este segundo caso, parece que el auto de sobreseimiento viene a declarar la frustración de la investigación, como si ésta no hubiera cumplido su finalidad, que sería la de “justificar suficientemente la perpetración del delito”, puesto que, si los resultados de la investigación van por otra dirección, ésta concluye con el sobreseimiento.

⁵¹³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 264. A pesar de que no compartimos su opinión acerca de la neutralidad con la que concluye la fase de instrucción en el procedimiento ordinario, el autor destaca, a nuestro parecer acertadamente, que existe una problemática para la imparcialidad en el resto de procedimientos, en los que se encomienda al juez instructor la decisión acerca del sobreseimiento: “Los juicios de valor que se realizan en este momento son decisivos para el sesgo que ha de tomar el juicio penal a partir de ahora. En puridad del sistema, la decisión del instructor debería ser estrictamente neutra, esto es limitarse a cerrar la investigación cuando la considere concluida. En realidad, sólo ocurre así en el juicio ordinario. En los demás casos la decisión va más allá de la mera clausura de la fase de instrucción. La ley exige al instructor que, con intervención de las partes, se pronuncie sobre el destino del juicio penal. De esta forma, el órgano competente para entender el juicio oral guarda asepsia respecto del caso. Por eso mismo, este momento es de una especial significación en el devenir del juicio penal y exige sin duda una mayor atención legislativa.”

Esta identificación temporal y formal de la conclusión de la instrucción con el auto de sobreseimiento, es un indicativo de que, en la mente del legislador y también en la mente de los operadores jurídicos, la investigación puede calificarse como exitosa cuando ha aportado suficientes elementos incriminatorios, y, en cambio, sufre una frustración cuando no es capaz de justificar suficientemente la apertura del juicio oral. Esto, sin duda alguna, supone para la fase de instrucción una implícita pérdida de neutralidad y una tendencia incriminatoria, que contamina a aquellos que la dirigen y operan en ella. Es evidente que la investigación debe buscar al culpable del delito y los elementos que apuntan a su responsabilidad, pero ¿quiénes de todos los operadores jurídicos tienen esa tarea de buscar culpables y quiénes, por el contrario, asumen la responsabilidad de velar por la neutralidad de la fase de instrucción como parte de un proceso que, de principio a fin, debe garantizar la presunción de inocencia?

Sostenemos aquí que la conclusión del sumario es independiente del sobreseimiento del caso, puesto que el sobreseimiento no es más que la consecuencia natural de una instrucción realizada correctamente, que simplemente no ha sido capaz de recoger los vestigios suficientes para fundamentar una hipótesis acusatoria razonable. La instrucción, sin embargo, habrá existido, porque se habrán planteado y llevado a cabo las diligencias de investigación necesarias para recolectar las huellas del delito atribuido inicialmente y que, *prima facie*, gozaba de una mínima credibilidad para provocar la incoación del procedimiento. El hecho de que estas diligencias no hayan sido aptas para aportar datos objetivos suficientes para sostener una tesis incriminatoria o que los que han aportado sean de índole exculpatoria y lo lógico sea sobreseer el caso no significa la frustración de la instrucción, al contrario, ésta habrá servido perfectamente a los fines del proceso⁵¹⁴. Cuando no pueda aportar ningún otro vestigio en relación con la inicial hipótesis acusatoria, la instrucción deberá finalizar, independientemente de la carga incriminatoria que contenga, y de la capacidad de ésta de aportar todos los elementos necesarios para formular una acusación y abrir el juicio oral, presupuesto que deberá analizar,

⁵¹⁴ Aunque llega a conclusiones diferentes sobre aquellas que expondremos en este estudio, mantiene esta idea PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 22: "...no sólo el sumario que sirve de base a un posterior juicio oral, cumple una finalidad útil; también los que concluyen sobreseídos, provisional o libremente, desarrollan funciones y cumplen una finalidad, aunque sea distinta de la estricta "preparación" de la etapa decisoria."

posteriormente, quien tenga la facultad de sostener la acusación y que, por ello mismo, va a perder abierta y explícitamente la imparcialidad.

La principal problemática del sobreseimiento viene provocada por la seguridad que se exige al órgano judicial acerca de la inexistencia del delito para la declaración del sobreseimiento libre, que provoca que, fuera de esa certeza, los órganos judiciales que mantienen ciertas dudas sobre la perpetración del delito y que no cuentan con suficiente material incriminatorio, opten por el término medio y poco delineado del sobreseimiento provisional, a la vista de que aparezcan nuevas pruebas o circunstancias que les permitan formular una acusación con los presupuestos necesarios para llevar a cabo la fase de juicio oral. Es decir, lo cierto es que la duda acerca de la existencia o no del delito y de la responsabilidad del autor, en lugar de facilitar la apertura del juicio oral como consecuencia de la imposibilidad de sobreseer, conlleva el sobreseimiento provisional, es decir, la suspensión indefinida del caso que, en la mayoría de las veces, en realidad es el punto final del proceso para siempre. En resumidas cuentas, la observación de la práctica forense nos ha permitido constatar que la figura de sobreseimiento predominante sigue siendo el sobreseimiento provisional, mientras que el sobreseimiento libre, tan ansiado por la defensa, no suele ser habitual.

La exigencia de la claridad acerca de la falta de delito que se exige para el sobreseimiento libre, la vemos reflejada jurisprudencialmente, por ejemplo, en la STS 15 de junio de 2011, que resuelve acerca de cuándo debe revertirse el auto de transformación del procedimiento abreviado en vía de recurso. El fragmento que nos interesa, afirma lo siguiente:

“... se debe examinar si el supuesto es de tal claridad y diafanidad incontrovertida que el sobreseimiento es patente o debe seguirse la tramitación y celebrarse el juicio. Basta pues, con comprobar que el sobreseimiento debe excluirse, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, para dar respaldo y confirmación a la decisión transformadora. Por tanto, únicamente cuando el juicio de acusación, entendido en términos de mera probabilidad, pero no de certeza, verificado por el Juez en el auto transformador y en concreto cuando la versión judicial que el mismo contenga aparezca grave y patentemente errónea, ilógica o equivocada o cuando las imputaciones que el auto vierte contra el o los apelantes sean absolutamente infundadas, voluntaristas, arbitrarias, o carentes de toda base o fundamento, habrá lugar a disponer el sobreseimiento y en el resto de situaciones,

incluso en aquellos supuestos dudosos, en razón a que el criterio de sobreseer opera siempre de modo residual, habrá de disponer la continuación del procedimiento hasta la celebración del juicio.

De este modo, por tanto, la jurisprudencia avala la opinión de que, excepto en el supuesto de que el sobreseimiento del caso sea obvio por evidente falta de elementos incriminatorios, la duda, aunque sea mínima, debe llevar a la conclusión del sumario (en el procedimiento abreviado el auto de transformación) y dar paso a la fase de juicio oral. Así pues, la conclusión de la fase de investigación no debe detenerse en analizar la calidad o contenido incriminatorio de los elementos recabados, sino solamente la suficiencia de estos para excluir un sobreseimiento patente. De este modo lo dice la sentencia citada en el fragmento que sigue:

El juicio probable de acusación, por tanto, no precisa detenerse en la calidad y entidad de los indicios de criminalidad y por tanto en si las imputaciones que contempla el auto transformador alcanzan o no el canon de suficiencia constitucional requerido (nos referimos a la calidad de los indicios de criminalidad) para obtener, más allá de toda duda razonable, un pronunciamiento de condena y desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a toda persona imputada, pues dicha presunción solo puede enervarse o destruirse a partir de la actividad probatoria que se evacúe en el acto del plenario con las debidas garantías procesales y pleno respeto a los principios, y no puede, ni debe ser nunca éste – nos referimos al examen de la suficiencia de los indicios y menos aun cuando se trata de prueba indiciaria- el objeto de la decisión transformadora, que en modo alguno puede por ello en orden a la valoración fáctica y jurídica equipararse o asimilarse a una sentencia. Basta, y es suficiente para dictar el auto transformador y formalizar la imputación como paso previo al juicio con que los hechos justiciables que describe el Juez instructor hayan podido ocurrir y que los mismos puedan revestir los caracteres de uno o varios delitos cuyo enjuiciamiento ha de verificarse por los trámites del proceso abreviado.”

A pesar del esfuerzo de la sentencia por describir aquello que debe valorar el juez para dictar correctamente el auto de transformación, lo cierto es que, leído hasta el final, vuelve a ser poco claro el nivel de neutralidad con el que debe concluirse la fase de instrucción, puesto que la afirmación “basta (...) con que los hechos justiciables que describe el Juez instructor hayan podido ocurrir y que los mismos puedan revestir los caracteres de uno o varios delitos cuyo enjuiciamiento ha de verificarse por los trámites del proceso abreviado” no clarifica si el nivel de convicción acerca de esa probabilidad es tan mínimo

como aquel que se exigía para la incoación del proceso, o mayor, como aquel que se exige para la adopción de ciertas medidas cautelares.

Esta indefinición sigue sin solventarse, y seguirá sin resolverse hasta que encontremos el modo de concluir la investigación de un modo realmente neutro, es decir, exigiendo la mínima valoración posible acerca de la fundamentación de la acusación. Adelantamos, en este sentido, que la conclusión de la instrucción, más que una predicción o una decisión que se proyecta hacia adelante, debería ser simplemente una mirada hacia atrás, centrada no en la suficiencia de material para la acusación, sino en la suficiencia de la investigación hasta el momento llevada a cabo y teniendo como orientación no aquellos delitos por los que se quiere acusar, sino aquellos hechos por lo que se incoó el procedimiento.

3. REFLEXIÓN FINAL ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA INSTRUCCIÓN

3.1 La instrucción como una vía de juicios escalados

La complejidad y multiplicidad de decisiones que encontramos en la fase de instrucción ha resultado en una difícil definición de ésta y ha provocado una discusión que todavía no ha finalizado acerca de su naturaleza y de su finalidad. Pero en una vertiente más práctica, la asunción de la necesidad de todas estas decisiones y del matiz incriminatorio que se les atribuye, ha supuesto un entendimiento generalizado de la fase de investigación del proceso como una etapa de progresiva delimitación y confirmación del supuesto delictivo. En este sentido, es evidente la dificultad que nos genera desprendernos de una concepción jurisdiccional en cuanto a su naturaleza.

Hemos asumido que todas las decisiones de esta fase que suponen el avance hacia el juicio oral son escalones que se deben ir superando y que van validando la inicial imputación por la que se incoó el proceso. Ciertamente, tal como están ahora dispuestas las cosas en la legislación, en la jurisprudencia y en la práctica forense, es natural asumir esta concepción de nuestra etapa de instrucción. Esta configuración ante la que nos encontramos se ha justificado positivamente por la necesidad de no celebrar juicios

superfluos e innecesarios, siendo la instrucción un filtro del proceso penal, de modo que el final de la investigación esté vinculado con la asunción de un nivel de confirmación del delito suficiente para que sea razonable que alguien soporte la carga del paso por un juicio oral⁵¹⁵.

En esta línea, PASTOR LÓPEZ afirma que “en relación con el sistema de filtros sucesivos que se establecen a lo largo de nuestro proceso penal para evitar la celebración de juicios innecesarios, mediante verdaderos juicios parciales de carácter provisional, se llega a la consecuencia de que la resolución de incoación del sumario es uno de dichos juicios, precisamente el inicial, en el que se viene a calificar la simple posibilidad o verosimilitud de la noticia del delito.” Es por ello que el autor puede sostener, posteriormente, que es la imputación formal, un poco desdibujada en nuestro ordenamiento, la tarea principal de la fase de instrucción, siendo la investigación y comprobación iniciales de la *notitia criminis* tareas meramente accesorias, que en nuestro ordenamiento desempeñan órganos jurisdiccionales, pero que podrían desempeñar particulares, como en el caso de otros ordenamientos como el anglosajón.⁵¹⁶ Según la concepción de este autor, la fase de instrucción podría, en realidad, gozar de autonomía propia y, de hecho, el autor se refiere a ella como *proceso de persecución*.

En la misma línea encontramos la postura de LIBANO BERISTAIN, quien también propone la necesidad de aceptar la autonomía de la instrucción, como un proceso de juicios escalonados acerca de la probabilidad de comisión del delito y que actúan como garantía para evitar la apertura innecesaria del juicio oral. De este modo, cobra vital importancia el examen de la suficiencia incriminatoria del material recogido en esta fase previa, el llamado juicio de acusación que, en palabras de FENECH explica del siguiente modo: “en primer término se examina la actividad instructoria y sus resultados, atendiendo sobre todo al material del proceso, y tomando la norma material como elemento secundario del juicio; en segundo, se realiza un nuevo examen de los hechos y

⁵¹⁵ A diferencia del art. 299 de la LECrim, que se refiere al término amplio de “preparación del juicio oral”, que estamos tratando de delimitar, el art. 326 del Codice di Procedura Penale italiano vincula directamente las diligencias de investigación que realizan el Ministerio Público y la policía con la determinación del ejercicio de la acción penal: “1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.”

⁵¹⁶ PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 38.

las pruebas, en relación con las normas penales materiales, cobrando el elemento tipicidad toda su importancia.”⁵¹⁷

Parece ser, pues, que en la incoación del proceso penal se avala de algún modo la posibilidad de que el delito se haya cometido; el mantenimiento de la investigación y la práctica de diligencias autorizadas por el juez instructor siguen corroborando esta posibilidad; la adopción de medidas cautelares es una toma de postura del juez acerca de la probabilidad de que el delito se cometiera y el autor sea penalmente responsable y el auto de procesamiento o imputación formal avala de nuevo la razonabilidad de las hipótesis incriminatorias que los órganos de investigación sostienen. Además, encontramos en la regulación de la fase de instrucción términos valorativos acerca de la comisión del delito a los que la jurisprudencia exige mayor o menor intensidad en función de la decisión de la que se trate. Así pues, la STS 9 enero de 2006 afirma lo siguiente:

“...según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, la palabra indicios, que significa siempre la existencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con que se utilizan. Así, la máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios), en cuyos casos ha de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido; en otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito, y de que una determinada persona es responsable del mismo; en estos supuestos nuestra LECrim exige indicios para procesar (art. 384) o para acordar la prisión provisional (art. 503) o para adoptar medidas de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (art. 589).”⁵¹⁸

Si el sistema anterior a la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal padecía de importantes problemas en relación con el *status* en el que el investigado llegaba a la fase de juicio oral, que prácticamente se abría con la condena del acusado, parece que, en el fondo, el desarrollo doctrinal que a lo largo de los años ha experimentado esta fase del proceso no

⁵¹⁷ FENECH NAVARRO, Miguel, *El proceso penal*, 4ª ed., págs. 310-311, citado en LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., pág. 115.

⁵¹⁸ STS 9 enero de 2006, citada en Auto AN 23/10/2006.

ha solucionado esta cuestión. Aunque valoremos el aspecto positivo de decantarnos por la inocencia del investigado previamente a la apertura del juicio oral, y la contradicción como garantía de la defensa haya alcanzado un nivel altísimo en esta fase; lo cierto es que seguimos entendiendo la etapa de instrucción como una investigación en la que numerosos actos procesales van confirmando paralelamente la imputación y en la que el juez instructor, además de dirigir la recolección de indicios en orden a preparar el juicio oral, realiza diversos enjuiciamientos sobre el fondo a la vista del material con el que va teniendo contacto. Con todo ello olvidamos que cada uno de estos enjuiciamientos, si es positivo, supone una confirmación judicial ascendente de que el sospechoso es culpable, además de provocar una dilación de la instrucción que quita todo valor a la ventaja de la evitación del juicio oral, pues el proceso penal se lleva a cabo, más o menos explícitamente, en esta fase previa.

3.2 Las categorías probabilísticas en la fase de instrucción

Todas las decisiones que hasta ahora es necesario tomar en la fase previa al juicio oral, que hemos llamado fase de investigación para unificar términos entre los diversos procedimientos penales, deben ser, desde el punto de vista del proceso mental que las precede, lógicas y razonables. No es conveniente, y mucho menos necesario, que ninguna de ellas sea fruto de la simple intuición y la arbitrariedad. De este modo, tanto la incoación del proceso penal, como la adopción de ciertas medidas cautelares, la admisión o denegación de diligencias de investigación y todos aquellos actos que tienen por objetivo hacer partícipe al investigado y a las partes de la imputación para la continuación del proceso, así como la propia terminación anticipada de este, responden a procesos lógicos, que cuentan con elementos para la decisión y que pueden ser razonablemente sistematizados para que conduzcan a una decisión racional y susceptible de motivación.

En las últimas dos décadas se han hecho grandes esfuerzos por parte de la doctrina para entender, por un lado, las decisiones judiciales y, por otro lado, sistematizarlas lo máximo posible en el campo de la epistemología, es decir, aportar criterios que permitan tomar decisiones racionales en un sistema como el nuestro, que ha abrazado la libre apreciación de los jueces y la libertad en la toma de decisiones. Hacia este objetivo se dirigen estudios

cada vez más numerosos que tratan de aplicar los conocimientos de la epistemología al ámbito judicial.⁵¹⁹ Hasta ahora, este intento de ordenar las reglas de la lógica y el conocimiento humano ha tenido frutos muy positivos, y a la vez ha conducido a la confirmación de que, si bien esta sistematización es posible y necesaria, es complicado que los procesos cognoscitivos en el ámbito judicial conduzcan siempre a conclusiones necesarias, siendo los resultados de todos esos procesos de naturaleza eminentemente probabilística.

Lo cierto es que la mayoría de estos estudios se centran y tienen su aplicación en el campo de las decisiones judiciales que se toman en el juicio oral, es decir, en la valoración de la prueba y la posterior emisión de la sentencia. Esto es así porque la finalidad principal de estos trabajos es orientar a los jueces acerca de cuáles son aquellos procesos lógicos que pueden realizar para que, a la vista de los elementos aportados, sea posible estimar el grado de verdad de las hipótesis que deben acreditar⁵²⁰. En el ámbito del juicio oral, se presentan al juez unas afirmaciones sobre hechos, que éste debe aceptar como probadas o no a la vista de las pruebas presentadas, es decir, valorando los resultados de los diferentes procesos probatorios. Se trata de procesos complejos, en los que el juez debe tener en cuenta las premisas de las que parten los enunciados que se propone acreditar, la aptitud de los medios de prueba u otros elementos corroboradores para confirmar esas premisas y el grado de confirmación que los resultados de las pruebas arrojan en relación

⁵¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007); *Prueba y verdad en el derecho*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005); *Prueba sin convicción*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2021); GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, 3a edición (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2009); LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008); GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)”, en *Jueces para la democracia*, 47 (2003), págs. 35–50; “Prueba y argumentación (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba)”, (2018); MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997); NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, ob. cit; *La valoración de la prueba*, 1a edición (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010); TARUFFO, Michele, *La Prueba de Los Hechos* (Madrid: Editorial Trotta S.A, 2002); *Simplemente La Verdad*, 1a edición (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010);

⁵²⁰ TARUFFO, Michele, “Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII (II serie), 1967, pp. 439-465. Traducción de ARAMBURO A, Maximiliano, “El juez y el historiador: consideraciones metodológicas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (2021), 44, pp. 13-39.

con esos enunciados. De este modo, el juez va construyendo el relato de hechos probados de la sentencia y puede reconstruir los hechos objeto de enjuiciamiento. Puesto que la finalidad del juicio oral es la fijación definitiva de hechos y de la responsabilidad delictiva del acusado, el juez emitirá afirmaciones sobre el pasado y, aunque algunas de ellas serán fruto de inferencias con un resultado necesario, la mayoría de ellas se encuentran en el ámbito de la probabilidad⁵²¹. Para que el resultado de la sentencia sea condenatorio, el grado de corroboración de las afirmaciones incriminatorias debe ser muy alto, alcanzando la certeza, mientras que, no alcanzado ese nivel, la sentencia deberá ser absolutoria, porque no basta con que unos hechos probablemente hayan podido ocurrir para que alguien sea condenado por ellos.

Todas estas categorías probabilísticas acerca de la comisión de los hechos delictivos, ya sea en términos de posibilidad, probabilidad o certeza, las hemos ido encontrando también a lo largo de las diferentes decisiones que se atribuyen a los órganos de la instrucción. Sin embargo, es necesario cuestionar el hecho de que los actores que intervienen en esta fase realicen inferencias probabilísticas que siguen el mismo patrón del juicio oral, y además lo hagan prácticamente a partir de los mismos elementos probatorios con los que contarán los órganos de enjuiciamiento. Pues bien, si queremos formular una fase previa al juicio oral más neutra, y que cumpla una función estricta de preparación del juicio, debemos prestar atención a dos importantes reflexiones:

- 1) *No todas las decisiones de la fase de investigación encajan en el campo de la probabilidad.*

Uno de los errores generalizados ha sido el hecho de aceptar que en el proceso penal la mayoría de decisiones tienen alguna vinculación directa con la probabilidad de que los hechos por los que se pretende la incoación del proceso – o por los que éste ya se ha incoado–, se hayan producido. Pero lo cierto es que esto puede no ser así. En realidad, es mucho más idóneo en cualquier ámbito de

⁵²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3ª ed. (Marcial Pons: 2010), pág. 88 y ss.

toma de decisiones plantear preguntas que puedan responderse con certeza, en lugar de con una estimación probabilística. Como adelantamos cuando hablábamos de la decisión sobre la incoación del proceso, ésta debe llevarse a cabo tras haber descartado que los hechos que se relatan no puedan ser constitutivos de delito, o sean manifiestamente falsos. Es decir, la solución para evitar un juicio de probabilidad es simplemente orientar al órgano que debe decidir la incoación del proceso penal para que únicamente se pregunte acerca de si puede descartar con certeza el carácter delictivo del relato o si es claro que el relato no es creíble. La respuesta a esta pregunta no es una probabilidad, sino una respuesta cierta. Si la respuesta es negativa, el proceso deberá incoarse y, como se ve, ninguna conclusión se exterioriza acerca de la posibilidad de que los hechos se hayan cometido, porque todos entendemos que el relato podría superar este análisis *prima facie* de la incoación y ser perfectamente falso o equivocado.

Por otro lado, la decisión acerca de las diferentes medidas de investigación no es tampoco una decisión que se toma con la finalidad de afirmar la probabilidad de la comisión del delito, sino que aquello que debe valorarse es si, siendo ciertas las hipótesis acusatorias que plantean los órganos de investigación policiales o el relato de la denuncia o querrela, las medidas de investigación planteadas serían idóneas para corroborarlas. No estamos, por tanto, analizando los resultados arrojados por las diligencias de investigación, sino simplemente decidiendo acerca de qué diligencias podrían acercarnos a los elementos indicativos de la comisión del delito. La decisión sobre la aptitud abstracta de las medidas de investigación para aportar o no elementos corroboradores del relato, no se mide tampoco en términos probabilísticos, sino que puede afirmarse con certeza, según las reglas de la lógica. La aptitud concreta de esas medidas de investigación para aportar los elementos que corroboren el relato en el caso concreto, sí será una estimación de probabilidad, puesto que puede ser que la diligencia no arroje ningún resultado, ni inculpatario ni exculpatario, pero insistimos en que esta estimación versará sobre la aptitud *ex ante* de las diligencias de investigación en términos de estrategia investigadora, y no sobre la comisión del delito o la culpabilidad del investigado.

La pregunta que mueve a los órganos de investigación debe desviarse de la probabilidad de la comisión del delito y orientarse a la cuestión de si, hipotéticamente, las medidas de investigación son aptas para aportar elementos de corroboración del relato. Los órganos policiales y el órgano director de la investigación deben decidir qué elementos o pruebas podrían existir de haberse dado el hecho, es decir, de ser ciertas las diferentes hipótesis. A partir de entonces, se van aportando elementos para la creación de nuevas hipótesis y, tras ello, para la búsqueda de nuevos elementos probatorios. Aquello que debe tenerse en cuenta en este ámbito de la investigación es que los órganos policiales en cuyas manos recae la creación de escenarios y la propuesta de nuevas diligencias no puede ser neutral, porque ya ha asumido previamente como cierta la comisión del delito, al menos en términos hipotéticos. Sin esa asunción de la sospecha, no podría avanzar la investigación. Sin embargo, el órgano director de la investigación, que realiza el seguimiento de estas medidas, sí puede ser neutral si limita su función, como hemos dicho, a decidir acerca de la idoneidad de las diligencias de investigación y la razonabilidad de las hipótesis que los órganos policiales le plantean, así como a sugerir cualquier diligencia que pueda aportar también elementos de juicio en relación con la inocencia del investigado o la inexistencia del delito.

En relación con la conclusión de la instrucción, tampoco sería necesario realizar ninguna estimación en términos de probabilidad. Aquello que puede plantearse al órgano encargado de la instrucción es simplemente si, atendiendo a los criterios de necesidad investigadora, ya se ha atendido a las hipótesis razonables que podrían plantearse a partir de los relatos iniciales y de los elementos que se han ido recabando, si se han realizado las diligencias oportunas y urgentes y si los medios probatorios que pudieran desaparecer han sido asegurados. Es decir, la decisión acerca de la conclusión del sumario es una decisión sobre la suficiencia investigadora, que también puede responderse con carácter cierto, y que no es necesario que entre a valorar la probabilidad de comisión del delito que arrojan los resultados de la instrucción.

Existen, sin embargo, otras decisiones de la fase de instrucción que sí exigen la necesidad de que un órgano imparcial decida, en un momento concreto de la fase

previa al juicio, que existen suficientes elementos en ese momento para inclinarse hacia la probable comisión del delito y la responsabilidad del investigado. Son decisiones en las que la afectación de derechos que suponen para el investigado las medidas que deben adoptarse requieren que exista una cierta probabilidad de que la investigación está bien orientada y que el sujeto puede ser responsable penalmente. Se trata de la decisión sobre la adopción de medidas cautelares, en la que el presupuesto del *fumus boni iuris* expresa claramente la exigencia de un análisis del fondo a la vista de los indicios presentes hasta el momento. Sin embargo, como dijimos, son decisiones accesorias a la fase de instrucción, que pueden darse o no en un proceso y que, por tanto, pese a suponer una estimación de la probabilidad de la responsabilidad penal, no son suficientes para teñir la etapa previa al juicio con la imagen de una primera y provisional instancia del proceso.

Es necesario que estas decisiones sobre medidas cautelares se tomen por un órgano imparcial, es decir, que no tenga un interés concreto en el proceso o en la versión inculpativa de éste. La neutralidad de esta decisión es posible si se encomienda un órgano ajeno a la investigación directa del delito. Por otro lado, una vez tomada esta decisión, también debe este órgano alejarse de ella, puesto que siendo razonable y neutro el proceso por el cual haya tomado la decisión, lo cierto es que en ese mismo momento habrá prejuzgado el caso con el consiguiente condicionamiento que esto supone.

2) *La fase de investigación no tiene como cometido asentar la verdad de los hechos.*

Se trata de una afirmación que se desprende de la consideración anterior. En la fase de investigación muchas de las cuestiones que se resuelven pueden razonarse aplicando la lógica y son susceptibles de una respuesta cierta y neutral por parte del órgano encargado de la investigación. Esto es posible si la pregunta a la que debe responder el órgano que toma la decisión no está centrada en la probabilidad de comisión del delito cuando esto no sea necesario, sino únicamente en la corroboración de los presupuestos necesarios para tomar la decisión concreta que permita avanzar o terminar con el proceso y que, como hemos visto, no es necesario vincular a la completa reconstrucción de la verdad de los hechos. Una

investigación neutral debe plantear todos los escenarios posibles y recoger o preservar los elementos que los corroborarían, pero es necesario alejar al máximo a los órganos que participan en ella de la tarea de manifestar conclusiones definitivas acerca de si los hechos relatados sucedieron, el modo en el que sucedieron y la responsabilidad del sujeto. Los órganos de la fase de investigación pueden tener un cometido más neutro, que requiere, como veremos en el siguiente capítulo, que sea también más limitado.

La eliminación de esta implicación inculpativa oficial de las decisiones de la instrucción y del avance de la misma hace también posible y oportuno que no sean órganos jurisdiccionales quienes tomen estas decisiones. En primer lugar, no se emiten veredictos sobre la culpabilidad, y únicamente se requiere que sea un órgano neutral con conocimientos jurídicos el que haga avanzar el proceso. Todas las decisiones de las que hemos hablado (incoación del proceso, autorización de la mayoría de diligencias de investigación, conclusión de la investigación, necesidad de la apertura del juicio oral) puede tomarlas perfectamente un miembro del Ministerio Fiscal, que tiene hoy en día la misma preparación jurídica que un juez. En segundo lugar, que no sea un órgano jurisdiccional quien lleva a cabo la investigación, ni el que la da por concluida y valora los méritos de la acusación, supone un alejamiento institucional de las hipótesis acusatorias. De este modo, los relatos inculpativos llegan a la fase de juicio oral sin ninguna validación judicial, permitiendo una mayor imparcialidad del órgano de enjuiciamiento, pero también del proceso penal en general. Que se haya abierto el juicio oral no significará nada más que el hecho de que existe una acusación, y de que se ha finalizado una investigación sin haber podido descartar las dudas acerca de la responsabilidad penal de un sujeto por unos hechos que todavía es necesario probar en sede judicial.

3.3 El traslado inapropiado de los estándares epistemológicos propios del juicio oral

Concluimos este capítulo dejando sentado que, pese a estar definida como una fase de preparación del juicio oral, la fase de instrucción del proceso penal es todavía la etapa

que determina en gran manera aquello que ocurrirá en el juicio oral. La preparación del juicio ha adquirido el matiz de “justificación” del juicio, de modo que se invierten mucho tiempo y medios en dejar atados todos los cabos acerca de la comprobación del delito y de todas las circunstancias que lo rodean, tal como veíamos que afirma el art. 299 LECrim. En esta fase, a nuestro entender inadecuadamente, se dan a la vez la recolección de indicios y medios probatorios, la construcción de posibles escenarios del delito y el análisis de los resultados de la investigación, con el objetivo de probar la verdad de esas hipótesis con la mayor exhaustividad posible.

La práctica de diligencias de investigación y la contradicción que actualmente existe en esta fase no se encaminan únicamente a reunir los elementos necesarios para el juicio, sino también a fundamentar suficientemente la responsabilidad criminal. Si esta no queda mínimamente fundamentada por indicios objetivos, en función de la convicción interna que posean el juez investigador y el fiscal, el proceso finalizará con un sobreseimiento, en la mayoría de los casos provisional. Si queda suficientemente fundamentada, entonces se pondrán en marcha los mecanismos para la apertura del juicio oral. Así pues, la fase de instrucción es, en realidad, una fase previa que sigue un esquema epistemológico similar al del juicio oral, con la salvedad de que se exige una menor convicción acerca de la responsabilidad delictiva para que pueda abrirse el juicio oral, pero en la que ya se han enjuiciado los hechos a la vista de los elementos que la investigación ha puesto sobre la mesa.

Sin embargo, el estudio que hemos realizado sobre la fase de instrucción deja entrever que sería posible articular esta fase de modo que este enjuiciamiento previo no se diera o, en el caso de tener que darse, el órgano que prejuzgara lo hiciera para fines específicos y quedara al margen del proceso. En realidad, podría configurarse una etapa procesal previa al juicio en la que la tarea principal fuera simplemente la investigación y que fuera confirmada en su suficiencia incriminatoria únicamente por el órgano encargado de la acusación, que sería el único que, planteando efectivamente la acusación, valoraría si la investigación ha concluido con indicios suficientes para sostener una hipótesis de culpabilidad razonable. No siendo posible, el proceso terminaría por inexistencia de acusación. En este nuevo esquema, es clave tener muy claro que, como se ha puesto de manifiesto, en el ámbito del juicio oral los razonamientos del juez son eminentemente deductivos, a diferencia de lo que ocurre en la fase de investigación, en cuyo seno la

mayoría de los razonamientos que se realizan son de carácter abductivo y, por tanto, no se mueven en el campo de la probabilidad, sino de la posibilidad⁵²². No puede pasarse por alto esta diferenciación si lo que se quiere es delimitar específicamente las funciones de cada una de estas etapas.

A la vista de todo esto, queda por destacar que la problemática actual de la fase de instrucción y su encaje en un sistema acusatorio e imparcial va mucho más allá de la discusión acerca de quién es el órgano director de la instrucción. La cuestión que debe resolverse tiene un matiz funcional, puesto que la mera sustitución del juez instructor por un fiscal no supondría un cambio real del paradigma de la instrucción. A ello debe atender el legislador español en la redacción de nuevos anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que este cambio orgánico en la fase de investigación que se ha propuesto recurrentemente sería una buena oportunidad para llevar a cabo este necesario giro conceptual de la fase de investigación.

3.4 La naturaleza administrativa de la instrucción penal

Seguidas todas las reflexiones realizadas hasta el momento resulta coherente afirmar que podemos predicar la naturaleza administrativa de la instrucción penal, y esta categorización no conllevaría inconvenientes en el nivel de las garantías. La naturaleza administrativa a la que nos referimos puede predicarse tanto en relación con las actuaciones esenciales de esta fase como en relación con el órgano que puede dirigir y supervisar este estadio procesal.

Como hemos visto, y a modo de síntesis, algunas actuaciones hoy en día encomendadas al juez de instrucción podrían ser asumidas por un órgano con formación jurídica pero no

⁵²² VARGAS VÉLEZ, Orion, “Abducción, deducción e inducción: tres herramientas básicas para el razonamiento probatorio”, en AGUDELO MEJÍA, Dimaro Alexis; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris (coords.), *La prueba: teoría y práctica* (Colombia, 2019), pág. 66.

necesariamente jurisdiccional⁵²³, eliminando así una de las notas que otorgan apariencia jurisdiccional a esta etapa. Nos referimos a las siguientes:

- a) La incoación del proceso penal, previa admisión de los actos procesales que dan lugar a ello: en este acto, no es necesario emitir ningún juicio de naturaleza jurisdiccional, sino comprobar objetivamente las causas de admisibilidad y puede ser asumido, por tanto, por un órgano como el Ministerio Fiscal, tal como observamos en otros ordenamientos jurídicos.
- b) Proposición y dirección de medidas de investigación que no supongan una restricción grave de los derechos fundamentales: se trata, principalmente de una función de supervisión de la legalidad de los órganos policiales en su actuación investigadora. De hecho, esta tarea, asumida por miembros de la Fiscalía, estaría en total consonancia con su misión constitucional de velar por la legalidad de las actuaciones del proceso.
- c) Conclusión de la fase de investigación: la finalización de la instrucción, entendida como acto de valoración de la suficiencia de la investigación, también puede ser asumida por un órgano administrativo y, de hecho, tiene sentido que este órgano sea el mismo que ha supervisado la investigación y tiene conocimiento acerca de las actuaciones realizadas y sus resultados provisionales.
- d) Delimitación y planteamiento de la acusación: en un sistema como el nuestro, que pretende alcanzar un suficiente nivel acusatorio, la valoración de los resultados de la investigación y la viabilidad de éstos para construir una hipótesis incriminatoria con expectativas de ser confirmada a nivel probatorio, debe recaer en manos de aquellos órganos que sostendrán la acusación en el proceso. Siendo así, parece mucho más coherente que en esta tarea no exista implicación de órganos jurisdiccionales y sea asumida, en su plenitud, por miembros del Ministerio Fiscal, sin interés personal en la condena y con formación suficiente para guiar sus actuaciones según el principio de legalidad.

⁵²³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Soluciones alternativas al proceso penal: Reforma ante el fracaso de la Justicia”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, nº 1 (2002) pág. 132.

Al margen de todas estas actuaciones, quedaría la autorización de ciertas diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales, que deberían en todo caso ser autorizadas por un órgano judicial. A este órgano judicial también debería poder acudir, por la vía del recurso, cuando ciertas medidas de investigación acordadas por el Ministerio Fiscal presentaran una extralimitación en este sentido, así como cuando se detectara la vulneración injustificada de derechos fundamentales. Más adelante veremos cuál sería el momento procesal adecuado para ello, de modo que este mecanismo no entorpeciera o ralentizara inadecuadamente la investigación. También quedaría en manos de la autoridad judicial la adopción de ciertas medidas cautelares de especial gravedad y que supongan la limitación de los derechos fundamentales de las personas investigadas. Estos dos tipos de decisiones, como hemos argumentado ampliamente, se dan con frecuencia en la fase de investigación, pero no forman parte del contenido esencial de ella, e incluso podrían verse reducidas, sobre todo las medidas cautelares, al reducirse también el lapso de tiempo que actualmente ocupa la fase previa al juicio oral.

En resumen, la tarea que define en esencia la fase previa al juicio oral es la tarea de la investigación, que encuentra su principal definición en la recogida de los presupuestos que permiten clarificar una sospecha inicial y plantear eventualmente una acusación. Esto es aquello que podemos identificar en todo momento previo al juicio oral, y en ello deben centrarse los órganos que tienen encomendada esta misión y que son, como veremos a continuación, los órganos policiales. Pues bien, observando este panorama, ¿Cuál es el concreto contenido de esta tarea de investigación? ¿Cuáles son los riesgos que esta función plantea y qué encaje debe tener en el proceso para que pueda optimizarse la búsqueda de la verdad en el proceso penal?

CAPÍTULO III. LA FUNCIÓN INVESTIGADORA EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL: RIESGOS Y LÍMITES

1. LA EXTRALIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Hemos visto hasta el momento que la investigación es la tarea esencial de la instrucción, por ser aquella función que ineludiblemente caracteriza cualquier etapa que precede la apertura del juicio oral⁵²⁴. Con independencia del modelo procesal, del tipo de delito, del cauce procedimental oportuno y de la existencia de otras funciones accesorias que tienen lugar en este momento, la investigación se constituye como la necesidad básica para la preparación del juicio. Esta averiguación de los hechos que, en su caso, serán objeto de enjuiciamiento, así como de la participación de los sujetos que hayan intervenido en ellos, se enmarca en contextos diferentes en función del ordenamiento procesal que escojamos como referente. De este modo, presenta en algunos casos un carácter externo predominantemente administrativo y policial -como en Reino Unido o EEUU- y, en otros, una apariencia más jurisdiccional, propiciada por el marco judicial que la envuelve o por los órganos a quienes se atribuye la dirección o el control de dicha averiguación. Este último es el caso de nuestro ordenamiento u otros del entorno como Italia, Portugal y en cierta medida Alemania.

El alcance de esta investigación preliminar ha quedado prácticamente descuidado de atención por parte de la ciencia procesal, que se ha dedicado a listar las medidas de investigación, los presupuestos para su práctica, su desarrollo y la incorporación de sus resultados al proceso, quizás con más polémica en este último ámbito. Siendo la investigación la tarea esencial de esta etapa, lo cierto es que tanto del análisis legislativo como de la observación de la práctica forense se desprende que no está nada claro el grado de concreción que la investigación debe aportar en relación con los elementos del juicio. Esta tarea navega en una indefinición que la ley de enjuiciamiento criminal salva sin éxito con ciertas expresiones como indicios “rationales de criminalidad”⁵²⁵, “indicios

⁵²⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., pág. 178.

⁵²⁵ Art. 384 LECrim para dictar el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario y también en el art. 783 *a contrario sensu* para el procedimiento abreviado.

racionales de haberse perpetrado el hecho”⁵²⁶ o “apariencia suficientemente justificada de la perpetración del hecho”⁵²⁷, sin que nadie consiga, verdaderamente, delinear el contenido de estas expresiones.

El legislador deja en manos del Juez de instrucción y del Ministerio Fiscal la acreditación de esta suficiencia de la investigación en orden a la conclusión del sumario⁵²⁸, proponiendo que sea el Juez instructor quien la aprecie en primer lugar –dado su carácter de director de la instrucción- y ofreciendo siempre al Ministerio Fiscal la oportunidad de que la valore posteriormente y solicite, en su caso, la apertura del juicio oral o la práctica de nuevas diligencias⁵²⁹. De hecho, el Ministerio Fiscal también podrá instar la terminación del sumario cuando sea éste, antes que el Juez, quien lo considere oportuno. Sin embargo, no se le ofrecen al Juez instructor pautas de ningún tipo para hacer esta apreciación, sino que se indica, simplemente, que deberá concluir el sumario, en el procedimiento ordinario, cuando “lo considere terminado ” y tomará una decisión acerca de la finalización de las diligencias previas, en el procedimiento abreviado, “concluidas las diligencias pertinentes ”; de un modo muy similar a lo previsto en los juicios rápidos, donde se recoge la expresión “en el caso de que considere suficientes las diligencias practicadas ”⁵³⁰.

Cuando es el Ministerio Fiscal quien realiza esta apreciación, la indefinición tampoco se supera con éxito, aunque la ley vincula la suficiencia de la investigación, esta vez, con un objetivo algo más concreto: la posibilidad de tipificar los hechos. De este modo, según el art. 622 LECrim, el Ministerio Fiscal dará su opinión sobre la conclusión del sumario cuando “considere que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos” y, en el art. 780 LECrim, relativo al procedimiento abreviado, se indica que el Fiscal podrá instar la práctica de más diligencias cuando “manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos”. Los resultados de la instrucción, por tanto,

⁵²⁶ Art. 637 LECrim.

⁵²⁷ Art. 779.1.1º LECrim *a sensu contrario*.

⁵²⁸ Art. 622 LECrim para el procedimiento ordinario y 779.1. 1ª LECrim para el procedimiento abreviado.

⁵²⁹ Art. 627 LECrim para el procedimiento ordinario y 780 LECrim para el procedimiento abreviado.

⁵³⁰ Art. 798.2. 1º LECrim.

no serán suficientes si el Ministerio Fiscal no ha recabado todavía información suficiente para encajar los hechos investigados en un tipo específico de delito.

Esta indeterminación que hemos presentado ha ido evolucionando en la práctica hacia el fenómeno sobre el que queremos llamar la atención en este trabajo. Se trata de la explotación excesiva de la tarea investigadora en la fase de instrucción, que conduce a una recogida desbordante de material, así como a una práctica indebida de diligencias que sobrepasan, en gran manera, lo que consideramos necesario para la preparación del juicio oral⁵³¹. A ello contribuye la articulación y la comprensión de la fase de instrucción tal como la hemos desglosado en los epígrafes anteriores al que ahora tratamos, que configuraban esta etapa como un filtro garantista basado en estándares elevados sobre la culpabilidad y el éxito de la acción penal. Lo que resulta paradójico, y trataremos de desarrollar a continuación, es que el modo en que estamos configurando este proceso penal no es el más adecuado desde el punto de vista epistemológico, ni tampoco, aunque no sea fácil de percibir a simple vista, desde el punto de vista de las garantías del proceso. Vamos, seguidamente, a desglosar con más detalle esta extralimitación de la investigación en la fase de instrucción, sus posibles causas y, por último, el riesgo que puede suponer para el esclarecimiento de los hechos.

1.1 La pertinencia de las diligencias de investigación en la fase de instrucción

Uno de los retos que se plantea al órgano que dirige la instrucción es la decisión acerca de la planificación y práctica de las diligencias de investigación, es decir, la determinación de aquellas actuaciones que deben realizarse para la correcta averiguación de los hechos. La descripción de las diligencias como “pertinentes” que la ley acoge en diversos

⁵³¹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (I)...”, ob. cit.: “El sistema de instrucción conduce a una práctica procesal viciada, en la que se trivializa y adultera el concepto de prueba y su proceso de valoración, que es la esencia de la decisión jurisdiccional sobre la existencia del delito y la responsabilidad criminal de las personas acusadas. La acumulación en el Juez de Instrucción de funciones diversas ha llevado a que se otorgue auténtico valor probatorio a lo practicado con apariencia de contradicción en la fase investigadora. El juicio oral posterior se ha convertido en un mero escenario en el que se ratifica ritualmente lo realizado en la instrucción, puesto que es, en realidad, en esta fase previa, nominalmente preparatoria, donde se ha resuelto anticipadamente la contienda”.

preceptos nos parece acertada. La cuestión problemática, sin embargo, es la carencia de contenido específico de este concepto. Extrajurídicamente, decimos que algo es *pertinente* cuando “viene a propósito”⁵³², entendiendo *propósito* como “objetivo que se pretende conseguir”⁵³³, y lo mismo podemos afirmar en términos procesales. Es por ello, que para delinear la pertinencia de las medidas de investigación y, por tanto, la suficiencia de las mismas, debemos llegar a un consenso claro sobre la finalidad de esta fase. Las diferentes teorías que se mantienen acerca de esta finalidad tienen una enorme repercusión en la manera en que se plantea la práctica de las diligencias de investigación y, sobre todo, en la medida y el modo en que se busca agotar la tarea investigadora.

Según la concepción defendida en este estudio, la fase de instrucción debería ser una etapa de recogida de vestigios, en orden a la preparación del juicio oral, e integrada en el seno de un proceso penal tendente al esclarecimiento de los hechos y que finaliza con la emisión de la sentencia tras el juicio oral. Siguiendo la definición descrita, la pertinencia de estas diligencias puede adquirir contornos más específicos. Las diligencias de investigación tienen que ser, por un lado, pertinentes en relación con la investigación en sí misma, es decir, útiles para la averiguación de los hechos, de modo que tengan relación con el suceso supuestamente cometido y los extremos de éste que es necesario que salgan a la luz. En segundo lugar, deben ser pertinentes en relación con la fase procesal en que la investigación tiene lugar, pertinencia directamente vinculada con el papel de la instrucción en el conjunto del proceso. Esto nos lleva a centrar la atención en la finalidad epistemológica de la fase de instrucción y el material que a través de ella es necesario recoger. En tercer lugar, las diligencias de investigación deben ser pertinentes en relación con el sistema de garantías que rige el proceso penal, que impregnan tanto el modo de practicar estas diligencias –sin vulneración de derechos- como el trato y valor que se otorga a los resultados de éstas en la propia fase de instrucción y, posteriormente, en el juicio oral. En este sentido, únicamente serán pertinentes las medidas de investigación cuando, tras una ponderación con los derechos de las partes que están en juego, la posible afectación de éstos esté suficientemente justificada.

⁵³² RAE, voz *pertinente*.

⁵³³ RAE, voz *propósito*.

La integración que hemos anunciado de la fase de investigación en el conjunto de un proceso penal más amplio tiene consecuencias también en el planteamiento y solución de esta cuestión. En este sentido, la función que se otorga al juicio oral es de vital importancia. Si verdaderamente entendemos el juicio oral como la etapa en la que, mediante el debate contradictorio, se esclarece judicialmente lo ocurrido⁵³⁴, esto permite afirmar que la sede para el esclarecimiento formal de los hechos y las responsabilidades penales no es la fase de instrucción. El juicio oral consiste en la práctica pública de la prueba, que conduce a establecer como cierto aquello que está en duda, a probar lo que las partes afirman con mero valor de hipótesis para el proceso. Las partes que intervienen pueden tener un alto grado de convicción sobre aquello que alegan en sus escritos provisionales, pero esta certeza debe permanecer recluida en el ámbito de dichas partes, jamás ser acogida desde un principio por el proceso o los órganos jurisdiccionales, a quienes se presentan todas las afirmaciones con valor hipotético. Si esto no es así, sea la que sea la hipótesis acogida por el órgano jurisdiccional, el juicio deviene, gnoseológicamente hablando, totalmente inútil, nada más que un trámite formal de confirmación de aquello que la instrucción ya ha dejado sentado.

Por todo lo dicho hasta ahora, la finalidad del proceso penal en su conjunto no deja de ser el esclarecimiento del delito y las responsabilidades penales, pero su fijación jurisdiccional con carácter definitivo mediante la institución de la cosa juzgada es algo que se produce, como tarea genuina de éste, en el juicio oral. En el marco de esta concepción integradora del proceso penal, las actuaciones que tienen lugar en la fase de instrucción se dirigen también a esta finalidad de averiguación de los hechos, pero en un estadio previo, cuya tarea primordial es buscar y aportar los elementos para que esa declaración definitiva sea posible. Siendo así, nada de objetable tendría el hecho de que se abra el juicio oral cuando todas las partes tienen dudas acerca de lo sucedido, mientras los elementos que puedan resolver estas dudas hayan sido recogidos y estén a disposición de las partes y del tribunal para la práctica de la prueba.

⁵³⁴ Nos referimos al “juicio de hecho”, expresión que utiliza TARUFFO, Michele, “Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII (II serie), 1967, pp. 439-465. Traducción de ARAMBURO, Maximiliano, “El juez y el historiador: consideraciones metodológicas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (2021), 44, pp. 13-39.

1.1.1 La pertinencia investigadora: pertinencia como idoneidad

La pertinencia de las medidas de investigación en relación con la propia tarea investigadora consiste en la idoneidad de las mismas para recoger los elementos que serán necesarios para apreciar la posible existencia del delito, determinar las circunstancias que lo rodearon y la participación y responsabilidades de los que en él intervinieron. Se trata, por tanto, de aquello que establecimos en los primeros epígrafes del segundo capítulo, cuando hablábamos sobre el ámbito objetivo y subjetivo de la investigación. Esta labor consiste en orientar la estrategia de investigación hacia los hechos contenidos en la *notitia criminis* y llevar a cabo todas las actuaciones que sean necesarias para que las huellas del delito sean recogidas oportunamente. Esta primera pertinencia es probablemente aquella a la que hace referencia la Ley de enjuiciamiento criminal cuando ordena a los jueces de instrucción que admitan y practiquen únicamente las diligencias que consideren útiles o pertinentes, e inadmitan las que no lo sean.

Los jueces suelen valorar, en este momento, si las diligencias que se proponen tienen alguna relación con el objeto del proceso, que entonces se desprende de los términos de la denuncia o querrela. La tónica general es la admisión de prácticamente todas ellas, si no son a todas luces inútiles, concepto que puede estar vinculado tanto a esta falta de conexión con el objeto de la investigación como a su carácter reiterativo, que puede reflejar la intención de una parte de dilatar indebidamente la instrucción. Es en relación con esta faceta de la pertinencia donde el Juez debe ser más proclive a la admisión de diligencias de investigación, puesto que en un estadio tan inicial muchas veces el Juez no tiene todavía claro lo que se está investigando, dónde pueden encontrarse las fuentes de prueba o la trascendencia de las mismas para esclarecer lo sucedido. En este sentido, cuantas más posibilidades puedan plantearse acerca de lo ocurrido, menor será el sesgo de confirmación en relación con una hipótesis incriminatoria, y existirán mayores posibilidades de traer al proceso, también, elementos exculpativos⁵³⁵.

⁵³⁵ DE MEESTER, Karel; PITCHER, Kelly; RASTAN, Rod; SLUITER, Göran, “Investigation, Coercive Measures, Arrest, and Surrender”, ob. cit., págs. 176 y ss. En este interesante estudio acerca de los principios que rigen el proceso penal en los tribunales penales internacionales, la autora expone la falta de uniformidad en la regulación acerca de la misión que poseen los órganos encargados de la investigación del delito de recoger también de modo activo todos aquellos elementos exculpativos del caso: “Clear limitations, however, are that there is no obligation incumbent on the prosecutor to actively search for exonerating

Dando por sentada esta apertura y flexibilidad, es importante que la estrategia de investigación tenga como punto de partida una conexión real con los hechos anormales denunciados. Es necesario un análisis de la idoneidad de las diligencias para la confirmación del hecho y la averiguación del entorno de ese delito u otros conexos y, como consecuencia, se deben excluir investigaciones más generales, de matiz inquisitivo, dirigidas a destapar otros delitos desvinculados de la denuncia o querrela iniciales. Este tipo de impertinencia de las diligencias de investigación podría producirse, por ejemplo, en el caso de delitos cometidos en zonas con una alta incidencia criminal. En estos casos, puede haber sido denunciado un hecho concreto, pero el contexto de la escena del crimen podría llevar a los órganos que llevan a cabo la investigación a pensar que en esa zona se cometen, además, otros delitos. Si los delitos de los que surge una nueva sospecha no presentan relación con el objeto por el que se ha incoado la instrucción, lo oportuno será que el órgano instructor rechace, por impertinente, cualquier diligencia de investigación al respecto o la imputación de nuevos sujetos.

No debemos olvidar que, en la fase de instrucción, ya se ha incoado el proceso para la comprobación de unos hechos y no es tarea del proceso penal, una vez iniciado, la inquisición general ni la averiguación de nuevos delitos. Ante esta falta de conexión, deberá la Policía, dentro de las tareas propias de investigación preliminar y mantenimiento del orden público que tiene atribuidas, practicar las diligencias necesarias que darán lugar, en su caso, a un nuevo atestado y a un proceso penal autónomo. Además de darse en zonas o entornos de alta incidencia criminal, esta tendencia absorbente de la fase de instrucción también puede ocurrir en ciertos tipos de delincuencia en los que el avance de la investigación puede aportar indicios de la comisión de otros delitos no directamente relacionados con la *notitia criminis* como, por ejemplo, en las tramas de corrupción. Esto ha provocado, más de una vez, la construcción de macro causas judiciales, en las que la imparcialidad del juez instructor es más que discutible y que, al

evidence and that the duty of the prosecution to disclose exculpatory evidence applies only to evidence in its possession. Similarly vague is the requirement that the STL prosecutor should act as an ‘agent of justice’ in the conduct of the investigation. Other tribunals (ICC, SPSC) explicitly require the prosecutor to ‘establish the truth’ and, to that extent, investigate incriminating and exonerating circumstances equally. At the ECCC, the co-investigating judges are likewise required to investigate both incriminating and exonerating circumstances.” (Pág. 202)

margen de esto, adquieren una gestión compleja y que dilata exageradamente la instrucción.

Esta tarea que consiste en apreciar la pertinencia de las diligencias de investigación en relación con su conexión con los hechos la puede realizar, principalmente, la Policía Judicial. La planificación estratégica de la investigación no es una tarea que podamos definir como jurisdiccional, sino que principalmente pertenece al ámbito de la criminalística y la heurística. Se trata de preguntarse cuáles son los elementos que permitirán reconstruir el hecho específico y señalar a un sospechoso como culpable, e ir tras la búsqueda de todos ellos. La planificación de la recogida de vestigios de un delito es, por tanto, la respuesta a una pregunta que tiene como presupuesto la comisión del delito y que puede formularse del siguiente modo: si este delito se hubiera cometido, ¿qué huellas habría dejado y dónde se hallarían? No es posible realizar esta tarea de averiguación y plantear hipótesis acerca de los hechos y los presuntos responsables si no se parte de la comisión del delito, es decir, si no se trabaja desvirtuando hipotéticamente la presunción de inocencia, método de trabajo característico de los cuerpos policiales. El órgano a cargo de la instrucción deberá confirmar la adecuación de las diligencias planteadas, pero sobre la base de un trabajo previo policial que ya se realiza actualmente en la práctica, aunque en muchas ocasiones sin esta supervisión de la pertinencia por un órgano con conocimientos jurídicos⁵³⁶. No es extraño que en ocasiones el Juez instructor se limite a aprobar o denegar las diligencias sin realizar verdaderamente el trabajo de equipo con la policía Judicial que requiere este seguimiento, seguramente con motivo, pues realmente no es ésta la función para la que está pensada, en nuestro sistema actual, la figura del Juez, ni tampoco su formación.

En cuanto a la concreción sobre cuáles son las diligencias pertinentes en este sentido, lo cierto es que desde una perspectiva estricta de conexión con el objeto del proceso pueden serlo todas aquellas que enumera la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Deberá realizarse

⁵³⁶ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal...* ob. cit., pág. 74: “En la práctica, es la policía la que hace todo el trabajo, del que solo da cuenta cuando ya lo ha terminado. Al juzgado llegan unos completísimos informes, vía atestado, que, como decíamos, resuelven por sí mismos el caso criminal. Al juez se le da la investigación hecha. (...) lo más común, como se apuntaba, es que el juez pase largas horas minutando de manera mecánica los informes policiales con vistas a una labor primordialmente burocrática. Además de la inercia del sistema, la carga de trabajo es tan aplastante, que no hay tiempo para más.”

un análisis *ad casum*. Lo importante para esta apreciación es que pueda justificarse que los elementos que saldrán a la luz con la práctica de estas actuaciones tienen relación con el objeto del proceso, que significa que tienen la potencialidad de aportar datos que confirmen o nieguen los hechos investigados y su carácter delictivo, o faciliten la realización de inferencias al respecto. Dicho esto, no siempre es conveniente en sede de instrucción la práctica de las diligencias de investigación enumeradas en nuestra Ley si cumplen el requisito de la pertinencia investigadora, es decir, si tienen relación con el objeto del proceso. Esta primera apreciación debe complementarse siempre con la valoración que proponemos a continuación, la de la pertinencia procesal de las diligencias de investigación.

1.1.2 La pertinencia procesal: pertinencia como necesidad

Hemos llamado pertinencia procesal a la valoración acerca de la necesidad de practicar las diligencias de investigación en función de la tarea epistemológica característica de cada etapa del proceso. La pregunta que planteamos aquí es, por tanto, ¿hasta dónde es necesario investigar en fase de instrucción? Se trata de un aspecto central para la correcta articulación de esta fase, una de las claves para resolver el interrogante sobre la suficiencia investigadora, y al que, sin embargo, apenas se ha dado importancia. Para resolverlo, es esencial no perder de vista la distinción entre la fase de instrucción como preparación del juicio oral, y la fase de juicio oral como esclarecimiento y fijación de los hechos y atribución definitiva de las responsabilidades penales. Se ha dicho, justificadamente, que la fase de instrucción tiene las características de un proceso autónomo⁵³⁷, pero nos parece más adecuado entenderla como la etapa inicial del proceso penal, con un carácter instrumental en relación con la fase de juicio oral. En primer lugar, su integración en el proceso supone que, lejos de tener una autonomía propia, es el primer estadio de aquel, y no es necesario que su finalización esté vinculada a la emisión de conclusiones sobre el éxito de lo que se resolverá en la fase de juicio oral. La instrucción debe finalizar cuando se agota su función, que es la de haber recogido los elementos derivados de la comisión del delito.

⁵³⁷ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit.; PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit.

En segundo lugar, el carácter instrumental de la fase de instrucción en relación con el juicio oral supone que el núcleo principal de lo que sucede en el proceso penal tiene lugar en la fase de juicio oral y las actuaciones que se llevan a cabo en la fase de instrucción deben dirigirse a sentar las bases, es decir, a aportar los elementos para que la tarea del juicio pueda realizarse correctamente, sin suplantarla o realizarla antes de tiempo. La tarea de practicar la prueba y de extraer conclusiones acerca de la culpabilidad de los sujetos es propia del juicio oral. La función de la instrucción es, como hemos dicho, la de recoger y conservar todos los elementos y fuentes de prueba que guardan conexión racional con los hechos denunciados y que servirán de base para la práctica de la prueba, elementos que pueden tener tanto carácter incriminatorio como exculpatario.

Por todo ello, el criterio que deberá tener en cuenta el Juez para apreciar la pertinencia procesal de las actuaciones de la instrucción será, por un lado, la necesidad de practicar esas diligencias para que sea viable la apertura del juicio oral y, por otro lado, la urgencia de éstas, es decir, que no siendo necesarios sus resultados para la apertura del juicio, el retraso en su práctica pueda hacer desaparecer los vestigios que pretenden conservarse y, por tanto, la información que pueden aportar. Esta última apreciación incluiría las figuras de la prueba anticipada y la prueba preconstituida que pueden tener lugar en la fase de instrucción. Para que la apertura del juicio oral sea viable, es necesario que se presente como posible la hipótesis de la comisión del delito. Esto sucederá si se ha identificado una persona a la que los indicios recogidos señalan como responsable del hecho, y si se ha podido reunir material vinculado con el tipo delictivo que se investiga, es decir, los indicios y fuentes de prueba que, tras su comprobación, podrían confirmar el delito.

1.1.2.1 La viabilidad de la apertura del juicio oral

Podemos decir que existe una primera labor en la fase de instrucción de carácter claramente heurístico, que consiste en plantear hipótesis que puedan explicar lo que ha ocurrido, es decir, proponer teorías sobre aquello que ha podido suceder. Esta tarea es propia de la fase de instrucción, pero puede estar prácticamente finalizada al principio de la misma, cuando el acto que provoca la incoación del proceso contiene la identificación del sospechoso, una descripción precisa de los hechos e, incluso, una propuesta de tipificación de los mismos. Esto sucede, en gran medida, cuando el proceso se inicia mediante querrela, debido a su naturaleza y a la concreción que se le exige; mediante

atestados policiales derivados de una previa labor de investigación que haya dado frutos abundantes; o tras la remisión de investigaciones preliminares de la Fiscalía que hayan avanzado suficientemente en la investigación del hecho. En estos casos, ya existirán relatos acerca de los hechos ocurridos.

Sin embargo, es posible que las hipótesis acerca de lo sucedido sean difusas o muy generales al principio de esta etapa, porque aquello que provoca la incoación de la instrucción tiene un contenido menos definido. Sería el caso, por ejemplo, de denuncias de terceros que se limitan a exponer hechos aparentemente delictivos, pero con menor precisión; o los casos en que la instrucción es incoada tras el descubrimiento del cuerpo del delito, pero desconociendo al autor, las causas o el origen de la comisión de éste, que permanecen ocultas. En este último caso, la instrucción asume una función más detectivesca y serán totalmente pertinentes las diligencias de investigación dirigidas a trazar esas hipótesis, a esclarecer sospechas y a recoger material que permita fundamentarlas indiciariamente.

La segunda tarea de esta labor investigadora de la fase de instrucción consiste, precisamente, en esta fundamentación indiciaria, es decir, en la recogida de material coherente con las hipótesis que se han planteado. Evidentemente, no se trata de dos labores que suceden de forma secuencial, sino que en la práctica se dan casi simultáneamente. Es necesario, en todo caso, partir de hipótesis que permitan avanzar en alguna dirección, pero esas hipótesis se proponen a partir de elementos objetivos –aunque sean muy débiles al inicio–; y el hallazgo de material e indicios de lo ocurrido irá a su vez remodelando las hipótesis y confirmando o rechazando las teorías planteadas. Es en este segundo ámbito –el de la fundamentación indiciaria- donde la delimitación acerca de lo que es o no es pertinente adquiere una mayor indefinición y surge la cuestión clave: ¿cuánto material es necesario recoger? La respuesta puede ser más sencilla de lo que parece. Si la labor heurística de planteamiento de hipótesis se ha llevado a cabo teniendo en cuenta la realidad material que se iba descubriendo, lo cierto es que, en el momento en que una de estas hipótesis se presente como la más coherente con los indicios recabados y pueda afirmarse su viabilidad, esta labor de recogida de vestigios prácticamente habrá llegado a su fin. Habiendo practicado las diligencias idóneas para el hallazgo de los vestigios del delito (pertinencia investigadora) y existiendo suficientes indicios para

afirmar como posible una hipótesis (pertinencia procesal), el siguiente paso deberá ser la apertura del juicio oral.

Si esta tarea de recogida de vestigios en la instrucción tiene lugar cuando las hipótesis planteadas sobre lo ocurrido están prácticamente definidas desde un principio, la labor de la fase de investigación consistirá en practicar aquellas diligencias de comprobación estrictamente necesarias para confirmar que existe un sustrato indiciario suficiente. Siendo así, debería suceder lo mismo que en el caso anterior, la apertura del juicio oral cuando dicha hipótesis pudiera afirmarse como posible con base en los indicios recabados. Consideramos pues, que cualquier otra diligencia, orientada a comprobar la culpabilidad del delincuente una vez establecida la posibilidad razonable de comisión del delito y su atribución al sospechoso, será una extralimitación de la instrucción, pues esta tarea de comprobación es propia del juicio oral. El planteamiento anterior, nos lleva a la siguiente conclusión: la fase de instrucción podrá darse por finalizada y las diligencias de investigación por suficientes, cuando se haya confirmado indiciariamente la sospecha sobre los elementos objetivo y subjetivo del delito. Existiendo una hipótesis racional sobre la comisión del delito por parte de un sujeto, que se considera fundamentada indiciariamente por un órgano neutral y con formación jurídica, es totalmente viable la apertura del juicio oral.

Como consecuencia de la realización de esta labor, puede suceder que se haga evidente la falta de cualquier indicio del delito. En estos casos, ante la imposibilidad racional de fundamentar indiciariamente una sospecha, no quedará otra opción que dictar el sobreseimiento libre. Si no existen indicios, debe afirmarse la inexistencia del delito. Lo que sucede en estos casos es, pues, consecuencia de la imposibilidad de desarrollar un juicio, porque no existe material sobre el que fundamentar la acusación. Por otro lado, la evidencia de que la sentencia tendría carácter absolutorio convierte el juicio en algo inútil, porque no existirá nada que esclarecer y lo más lógico es, en atención a la economía procesal, la finalización anticipada del proceso y la declaración definitiva y con efectos de cosa juzgada de la inocencia del imputado. Este supuesto no permite describir la fase de instrucción como un proceso autónomo dentro del proceso penal, ni queda descartada su instrumentalidad en relación con el juicio oral. Al contrario, esta instrumentalidad se confirma por el hecho de que la insuficiencia del material de la instrucción comporta la imposibilidad de continuar con el proceso penal.

1.2 La necesidad de reconstruir los hechos

Una de las motivaciones que llevan a los órganos encargados de la investigación a agotar la práctica de diligencias en la fase de instrucción es el afán por reconstruir los hechos y obtener un relato definido de éstos. Esta tarea de delimitación de los hechos para determinar su encaje en el supuesto de hecho de la norma penal es la tarea más complicada de todo el proceso y nos acerca al interrogante epistemológico fundamental del proceso judicial: la posibilidad de conocer la verdad. En respuesta a esta cuestión, partimos de la idea de que es posible plantear el proceso como un mecanismo para acercarnos a la verdad⁵³⁸, y dejamos de lado, por tanto, aquellas teorías que descartan la búsqueda de ésta como finalidad del proceso. Estas teorías son escépticas en relación con la capacidad humana de llegar a un conocimiento cierto de la verdad y, por otro lado, suelen partir de concepciones privatistas del proceso, que afirman que el núcleo de éste se encuentra fundamentalmente en dar solución al conflicto. En la línea de esta argumentación, ponen de relieve conceptos como el consenso o la disponibilidad del objeto del proceso, sin dar excesiva importancia a la adecuación entre aquello que se declara en la sentencia y la realidad fáctica.

Evidentemente, el proceso penal no garantiza en todos los casos el hallazgo exacto de la verdad, pero no podemos tampoco negar la posibilidad de que esta verdad llegue a conocerse en muchos de los casos. Lo cierto es que cuanto más ajustadas a la realidad sean las afirmaciones de la sentencia que pone fin al proceso⁵³⁹, más justo podrá ser el resultado del mismo y se optimizará la respuesta al conflicto. Todo lo anterior no significa, sin embargo, que este acercamiento a la verdad de lo sucedido deba alcanzar un grado elevado de minuciosidad en la misma fase de instrucción. De hecho, como trataremos de justificar a continuación, uno de los problemas que detectamos para la configuración del proceso penal como herramienta de aproximación a la verdad surge de la necesidad de las partes por presentar cuanto antes relatos concluyentes acerca de la existencia de los hechos o la ausencia de los mismos y las circunstancias que los rodearon.

⁵³⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit.; TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, ob. cit.

⁵³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *la valoración racional de la prueba*, ob. cit., pág. 40.

El principio contradictorio propio de la fase de juicio oral atribuye al proceso una estructura dialéctica en la que las partes presentan el material probatorio en igualdad de armas, y que permite que los datos accesibles sobre aquello que sucedió puedan salir a la luz ante la mirada imparcial del Juez. Sin embargo, cuanto más elevado sea el nivel de seguridad acerca de la culpabilidad de los imputados que se requiere para la apertura del juicio oral, más intensa será la necesidad que sientan los órganos investigadores de construir relatos cerrados y definidos de los hechos acontecidos. Del mismo modo, cuanto más ingente sea la práctica de actuaciones de investigación y mayor sea el margen de los directores de la instrucción para recabar y practicar todas las diligencias posibles, el efecto compromiso con las decisiones que tomen y con las hipótesis que hayan planteado será mayor, y aumentará la dificultad de éstos por atender a los hechos que salgan a la luz en el juicio oral, deviniendo, la intervención de las partes en el juicio, más perturbadora que beneficiosa para el esclarecimiento de la verdad.⁵⁴⁰

Hasta ahora se ha mantenido en el ideario común que, para que las partes puedan sostener sus posiciones en el juicio oral, es necesario que tengan muy claro aquello que están defendiendo y, de este modo, es comprensible que la tarea de delinear un relato específico de los hechos se desarrolle mucho antes, en la fase de instrucción. Este modo de funcionar, como hemos visto, puede ser perjudicial para el fin del proceso penal, porque favorece una extralimitación de la instrucción que tiene dos consecuencias. La primera de ellas es que se engrosa la carga gnoseológica de esta fase hasta un punto para el que no está diseñada y que sobrepasa su capacidad de rendimiento. La segunda de ellas es que, consecuentemente, se minimiza el valor del juicio oral. De esta manera, la sobreabundancia de diligencias de investigación no afecta únicamente a la estructura del proceso y a la duración del mismo, sino que también se desfigura el proceso epistemológicamente. Lo explica SCHÜNEMANN de un modo clarificador afirmando

⁵⁴⁰ EGENER; LÖSEL; HAISCH (comps.), *Criminal behaviour and the Justice System*, (New York: 1989), págs. 181 y ss., citado en SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, ob. cit., pág. 190: “Lo que ha sido reconocido intuitivamente por los grandes teóricos del proceso penal angloamericano, puede ser actualmente explicado en un marco de referencia psicológico y comprobado experimentalmente, esto es, el denominado mecanismo de la propia confirmación de hipótesis o “efecto de la inercia”. De acuerdo con este mecanismo, al realizar los actos de investigación, la hipótesis de partida conduce automáticamente a una distorsión de la valoración de la prueba en dirección a esa hipótesis, de modo que investigaciones unilaterales, secretas y sin control del adversario no conducen en principio a una averiguación de la verdad a reconocer por todos, sino sólo a un perfil incriminatorio caracterizado por su parcialidad conforme a la hipótesis”.

que “al perder la etapa procesal de juicio oral o audiencia pública sus funciones en la realidad jurídica, ocurrirá su desmontaje jurídico, quitándosele la tarea de la verdadera práctica de la prueba y de este modo extrayéndosele su contenido central”.⁵⁴¹ El proceso penal, contando con cada una de sus etapas, deja de ser una herramienta unitaria para la aproximación a la verdad y, tras una primera fase de indagación, en la que las partes asientan y refuerzan sus posiciones, persigue un ideal adversarial desorientado, y cae en los esquemas privatistas del proceso civil, en que el demandante, al presentar la demanda, ya tiene muy claro el relato de los hechos y sus pretensiones, con la consecuencia de que difícilmente cambiará de parecer a la vista de los resultados de la práctica de la prueba.

Ante esta minuciosidad en la formación del relato incriminatorio y la fuerza indiciaria con la que se presenta al inicio del juicio oral, se ha sentido la necesidad de introducir garantías para que el imputado no quede al margen del proceso que se dirige contra él. Las hipótesis incriminatorias que van desarrollándose en la fase de instrucción son fruto de una tarea investigadora de raíz inquisitiva, fundamentalmente policial y que, como hemos dicho, se desarrolla persiguiendo hipótesis de sospecha que se dibujan obviando la presunción de inocencia. Esta tarea, impregnada de sesgos derivados de la función investigadora, difícilmente conducirá a la verdad sin una verificación crítica de las hipótesis a la luz de los hechos que presenta el acusado⁵⁴². Es por ello que, al trasladar en gran medida el centro epistémico del proceso a la fase de instrucción, se han introducido también altos niveles de participación del imputado y su defensa en este periodo, que están convirtiendo la fase de instrucción en una verdadera primera instancia del proceso penal.⁵⁴³

Desde el punto de vista de las garantías del imputado, se ha valorado positivamente este reforzamiento de los derechos de participación de la defensa en la etapa de instrucción. Sin embargo, desde el punto de vista a partir del cual estamos desarrollando este trabajo, la indefinida presencia del principio de contradicción en fase de instrucción no hace más que seguir desfigurando la esencia propia de la etapa de investigación que, por un lado, sigue concebida legislativamente en términos inquisitivos y puramente preparatorios del

⁵⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura...” ob. cit., pág. 191.

⁵⁴² *Ibid.*, pág. 186.

⁵⁴³ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal, ob. cit.

juicio oral y, por otro lado, no cuenta con la estructura y herramientas para que esta contradicción aporte, verdaderamente, una optimización de los resultados en relación con el esclarecimiento de los hechos. Debe quedar claro que no defendemos una investigación secreta y alejada de las garantías de publicidad y contradicción necesarias para el derecho de defensa del investigado, sino una minimización de las actuaciones de instrucción en general, de modo que esta intervención contradictoria pueda ser, también, la mínima imprescindible.

1.3 El interés de las partes por agotar las diligencias de investigación

La reducción de las actuaciones de instrucción a las diligencias imprescindibles para recabar todos los vestigios del hecho y fundamentar indiciariamente las hipótesis del delito es susceptible de ser criticada por varios motivos, tanto por parte de los órganos encargados de la acusación como de la defensa, y está lejos de la tónica general que rige en la práctica. En este caso, como en casi todos, las diferencias entre aquello que está establecido legislativamente y la costumbre forense responden a los intereses y beneficios que las partes esperan obtener forzando el sentido de la ley. De este modo, la costumbre de ir engrosando y dilatando la fase de instrucción sucede, en la práctica, porque las partes experimentan, aunque sea en apariencia, un reforzamiento de su posición mediante el examen exhaustivo de los vestigios del delito y la maximización de la actividad probatoria en esta fase. Los argumentos que podrían sustentar la crítica a esta minimización de la actuación instructora son variados, pero tras un análisis de todos ellos, se pueden englobar, principalmente en dos: la necesidad de planificar la estrategia defensiva o acusadora y la deseable evitación del juicio oral.

1.3.1 La planificación estratégica

Si las diligencias de investigación se dirigen a una recogida neutral de vestigios por parte de los órganos encargados de la instrucción, sin una comprobación de fondo de los resultados, éstos tendrán, en el momento de valorar la suficiencia investigadora, una menor certidumbre acerca de la culpabilidad del imputado, porque no se conocerán, con carácter previo a la práctica de la prueba, los resultados que pueden arrojar ciertos medios

de prueba cuya práctica se ha demorado hasta el acto de juicio. Puede ser, por ejemplo, que tras la labor de investigación se haya identificado a varias personas como testigos del hecho y que se las haya citado para declarar en el juicio oral. Sin embargo, una vez identificados, si la práctica de la prueba testifical no tiene lugar hasta ese momento, los órganos encargados de la acusación, en nuestro caso el Ministerio Fiscal o los acusadores particulares, dispondrán de menor información sobre los datos que estos testigos aportarán para el esclarecimiento de los hechos; y también sobre la solidez con la que sus declaraciones apoyarán la hipótesis acusatoria que plantean. Será más difícil, en este sentido, que puedan diseñar una estrategia para la práctica de la prueba que vaya a tener resultados que confirmen la incriminación.

No solamente la acusación puede plantear esta objeción. La defensa del imputado también suele alegar que la práctica del máximo de diligencias en sede de instrucción es beneficiosa para la planificación de la estrategia de defensa, porque reduce la incertidumbre acerca del material incriminatorio que posee la acusación, y permite aportar elementos con contenido exculpativo, así como asegurar que los datos que éstos arrojan tienen suficiente fuerza absoluta. La evitación de esta incertidumbre asociada a los resultados de los medios de prueba y a la solidez de sus tesis respectivas es, principalmente, el motivo de las partes para optar por la vía de engrosar y dilatar la fase de instrucción. Sin embargo, debemos hacer algunas reflexiones al respecto.

El término estrategia está relacionado con la consecución de un interés, y el interés de la instrucción, así como del órgano encargado de ésta, es la preparación del juicio oral, que requiere el éxito de la investigación, pero no el éxito de la acusación. La fase de instrucción no es una herramienta para la confirmación de la hipótesis acusatoria, sino para el planteamiento racional de esta hipótesis. A los órganos de instrucción, pues, se les requiere la planificación de la estrategia de investigación, relacionada con la pertinencia investigadora de las diligencias de instrucción; y no la planificación de la estrategia para asegurar el éxito de la acusación. En este sentido, la incertidumbre acerca de la fuerza incriminatoria de los elementos aportados, que a primera vista fundamentan suficientemente una sospecha, no es obstáculo para el avance del proceso hacia el juicio oral. De hecho, alejar al órgano de acusación oficial de los conceptos de “estrategia” y “éxito”, contribuye a una mayor optimización de su tarea, porque le acerca al terreno de la imparcialidad.

El interés del órgano acusador, si considera que la sospecha está fundamentada indiciariamente, será la de plantear la acusación y la práctica de prueba y, posteriormente, atender a la información que a lo largo del juicio oral vaya saliendo a la luz. Esta función podrá realizarla de un modo más eficaz si no se siente atado a la defensa de una tesis inamovible que le fuerza a realizar actos “estratégicos” comprometidos con el éxito de la acusación. En este marco, la existencia de partes actoras privadas, cuya ubicación tiene un sentido totalmente lógico en el ámbito civil, puede suponer un entorpecimiento en esta tarea de neutralizar la fase de instrucción. Aunque el Juez instructor pueda realizar una tarea de filtro en relación con la autorización de diligencias de investigación, por medio de estas figuras se introducen en el escenario actores que, por las motivaciones que les llevan a constituirse como parte en el proceso, es natural que sean más proclives a albergar un interés en la condena del sospechoso, y cuyas pretensiones en relación con la elaboración de una hipótesis incriminatoria difícilmente podrán neutralizarse. No se trata de despojar a las víctimas o perjudicados de sus derechos a instar un proceso, sino de que aquellos que se encarguen de perseguir la legalidad estén más alejados emocionalmente de los hechos, para poder llevar a cabo una tarea más imparcial.

En relación con la defensa del imputado, sí podemos afirmar, en cambio, que existe un interés legítimo en la planificación del éxito de la tarea defensiva que el ordenamiento debe proteger. Sin embargo, al contrario de lo que pueda pensarse, la conversión de la instrucción en un primer juicio acerca de los hechos y la práctica de abundantes diligencias no beneficia necesariamente a la defensa del sospechoso, sino todo lo contrario. En primer lugar, si los resultados de las diligencias practicadas por los órganos a cargo de la investigación –principalmente la policía judicial- son puestos en conocimiento de la defensa, y si ésta puede intervenir en ellas cuando el secreto de las mismas no sea necesario para el éxito de la investigación, el imputado tendrá a su alcance la información esencial para defenderse. El principio de publicidad garantiza que el imputado conoce las actuaciones que se dirigen contra él, así como los delitos que se le atribuyen y el material indiciario que los sostiene. Con esta información, que es la misma que posee la eventual parte acusadora, la defensa puede planificar su estrategia defensiva y la práctica de prueba.

Por otro lado, la minimización de las actuaciones de instrucción no supone para la defensa una mayor incertidumbre en relación con la práctica de la prueba en el juicio oral que la

que supondrá para las partes acusadoras. En este sentido, se garantiza también la igualdad de los actores. Además, dentro de la propia tarea de la investigación, las propuestas de la defensa relacionadas con la práctica de diligencias que aporten datos para el hallazgo de elementos exculpatorios podrán perfectamente ser planteadas y los órganos de la instrucción deberán acogerlas y practicarlas, porque serán un auxilio para la recogida de todas las huellas accesibles del delito y, por tanto, una ayuda útil para plantear las hipótesis sobre los hechos investigados.

Por tanto, el interés principal de la defensa en relación con la construcción de la estrategia defensiva en el juicio oral radica en tener conocimiento de la práctica de las medidas de investigación y de sus resultados, así como de los hechos delictivos que a raíz de ellos se le atribuyen. El fenómeno central se explica del siguiente modo: si la práctica de diligencias de investigación en fase de instrucción es muy cuantiosa, la defensa sentirá la necesidad de plantear otras diligencias que pongan de relieve la inocencia y que las puedan contradecir, pero si no es así, podrá llevar a cabo la mayor parte de su actuación defensiva en el juicio oral, donde poseerá, verdaderamente, los medios para defenderse en igualdad de armas, sin que, además, su estrategia de defensa se haya puesto totalmente en evidencia antes de tiempo.

1.3.2 La deseable evitación del juicio oral

En segundo lugar, otra de las motivaciones que puede llevar a las partes a agotar prácticamente todos los recursos de la investigación es la de aportar al proceso, ya en esta fase, las máximas evidencias de sus hipótesis sobre los hechos, con el fin de conseguir un pronunciamiento judicial definitivo sin necesidad de acudir al juicio oral. La sobreexplotación de la fase de instrucción no se dirige, pues, a la planificación de la estrategia para la práctica de la prueba en juicio, sino a la terminación anticipada del proceso. Esta opción puede ser muy atractiva para la defensa del imputado, a quien le compensa enormemente obtener el sobreseimiento libre. Si el sobreseimiento es consecuencia de los motivos del art. 637 LECrim, la dictará el tribunal sentenciador en el procedimiento ordinario⁵⁴⁴; el mismo tribunal que haya dirigido la instrucción, en el

⁵⁴⁴ Art. 632 LECrim.

procedimiento abreviado y el procedimiento ante el Tribunal del Jurado⁵⁴⁵, y el Juez de Guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos⁵⁴⁶. Con la firmeza de esta resolución finalizará el proceso penal, y la inocencia del imputado será declarada con efectos de cosa juzgada y, por tanto, podrá equipararse esta resolución a una sentencia absolutoria⁵⁴⁷ -sin serlo, pues no ha habido práctica de la prueba-. Lo cierto, sin embargo, es que este sobreseimiento libre se dicta en raras ocasiones, puesto que ante la imposibilidad de fundamentar una hipótesis de culpabilidad razonable que permita abrir el juicio, los funcionarios que han dirigido la instrucción y se han formado una sospecha incriminatoria en su fuero interno buscarán asegurarse una segunda oportunidad en la persecución del delito.

Este sobreseimiento puede ser también provisional (art. 641 LECrim) con la consecuencia de que la declaración de inocencia en relación con los hechos no tiene efectos de cosa juzgada, y éste es, ahora sí, el pronunciamiento más habitual en la práctica de nuestros tribunales. Con él se produce una paralización o suspensión del proceso ante la falta de material indiciario incriminatorio suficiente para llevar a cabo la apertura del juicio oral, es decir, porque no resulta “debidamente justificada la perpetración del delito”, según la literalidad del art. 641.1 LECrim. La consecuencia de esta paralización es que, en cuanto aparezcan nuevos indicios que puedan fundamentar suficientemente la apertura del juicio oral, el caso podrá reabrirse de nuevo. Esta resolución puede ser tranquilizadora para la defensa porque el investigado es considerado inocente a todos los efectos –por el derecho a la presunción de inocencia, no ha dejado de serlo en ningún momento-, aunque lo cierto

⁵⁴⁵ Arts. 779.1. 1º y 782 LECrim; arts. 26.1 y 27 LOTJ.

⁵⁴⁶ Art. 800.1 LECrim.

⁵⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 7 de junio de 2000, (RJ 2000\7459): "El sobreseimiento libre se configura, así como una resolución definitiva, que produce el efecto de la cosa juzgada material, es decir, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada. De ahí las especiales cautelas y acopio de fundamentos que es necesario reunir para su adopción", (F.J. Tercero).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 27 de diciembre de 2004 (RJ 2005\2173): "teniendo en cuenta que el auto de sobreseimiento libre equivale a una sentencia absolutoria que produce los efectos de cosa juzgada, es claro (...) que no podía volver a ser juzgado por los mismos hechos sin quiebra de la vulneración de cosa juzgada" (F.J. Cuarto).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª), de 13 de abril de 2012 (RJ 164\2012): "(...) puesto que si bien, el sobreseimiento libre, equivale a una sentencia absolutoria, produce los efectos de la cosa juzgada, y determina el archivo definitivo de las actuaciones, que nunca podrán revivir, ni en ese mismo proceso, ni en otro ulterior que desvele el mismo "thema decidendi" (F.J. 3º).

es que el imputado cuyo caso se ha sobreseído queda de algún modo indefinidamente sujeto a una situación de reversibilidad de la decisión de no dirigir contra él un proceso penal. No tiene, por tanto, la seguridad de que el Estado ya no podrá ir contra su persona por los mismos hechos, puesto que la aparición de indicios nuevos permite la reapertura del proceso. Sin embargo, lo más importante a tener aquí en cuenta es que, en la práctica, la mayoría de casos que terminan con un sobreseimiento provisional quedan enquistados en ese estado y no se reabren nunca más. Salta a la vista, ante esta observación, que es lógico plantearse la verdadera utilidad del sobreseimiento provisional.

La intención de convencer al Juez instructor, en el procedimiento abreviado, de que los indicios recabados no fundamentan suficientemente una hipótesis racional sobre la perpetración del hecho o su carácter delictivo y así obtener la resolución del art. 779.1.1º puede llevar a la defensa a instar excesivas diligencias de investigación, o a aportar antes de tiempo material con carácter probatorio, que, en caso de no obtener la terminación anticipada, aportarán de nuevo en el juicio. Destacamos como idea central que este activismo de la defensa no es más que la respuesta al activismo previo de los órganos instructores y las partes acusadoras, que ya hemos denunciado, ante el que la defensa reacciona naturalmente aportando los indicios y material que pueden desmentir los resultados de la investigación. Si el Ministerio Fiscal atiende a este material indiciario absolutorio aportado por la defensa y cede ante su evidencia, puede instar la conclusión del sumario y el sobreseimiento libre, por entender que no existe suficiencia incriminatoria que pueda sostener una hipótesis de acusación. Esta posibilidad, sin embargo, requiere que el Ministerio Público esté verdaderamente presente en las diligencias de investigación, y tenga una actitud activa de supervisión en la fase de instrucción, hecho que no constituye la tónica general en la práctica de los tribunales, sobre todo cuando existe ya alguna acusación particular, y el Fiscal aparece en escena, por vez primera, cuando ya ha finalizado la fase de instrucción.

Nos reservamos para más adelante observaciones más detalladas en relación con el sobreseimiento provisional, pero apuntamos aquí, simplemente, que se trata de una resolución que no goza de plena aceptación por parte de la doctrina. Esta figura ha suscitado críticas porque se la ha equiparado con la institución de la absolución de la

instancia⁵⁴⁸ que existía con anterioridad a la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, y que fue una opción procesal presente durante el Antiguo Régimen, no solo en Castilla⁵⁴⁹ sino también en otros reinos como Francia⁵⁵⁰, Italia⁵⁵¹ y Portugal⁵⁵². La absolucón de la instancia se configuraba como una opción alternativa en la sentencia, por la cual se absolvía al acusado, pero sólo provisionalmente, dejando abierta la posibilidad de iniciar otro proceso diferente por los mismos hechos porque no se producía el efecto de cosa juzgada. Las nefastas consecuencias de esta posibilidad para los derechos del reo las recogió claramente el párrafo 15º de la Exposición de motivos de nuestra ley actual, que reproducimos:

"Es igualmente inútil decir que la absolucón de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código".

En una opinión contraria, algunos autores aceptan la existencia de esta figura como una posibilidad totalmente válida constitucionalmente y que no provoca un perjuicio para el sospechoso, puesto que la aparición de nuevos indicios da lugar a una nueva situación a la que el Estado debe dar respuesta, en coherencia con el *ius puniendi* del Estado. Así, por ejemplo, ROMERO PRADAS afirma que "lo que el legislador quiso al prever esta

⁵⁴⁸ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal...* ob. cit., pág. 140: "como la instrucción penal se ha tornado plenamente contradictoria, en la práctica se convierte en un interminable remedo de juicio (...) El imputado sufre desde el primer momento la pena de banquillo (ex. art. 118 LECRrim). Los sobreseimientos provisionales son encubiertas absoluciones en la instancia."

⁵⁴⁹ Sentencia de vista de 31-05-1702, el Fiscal de S.M. con Juan de Somoza, Antonio Domínguez en rebeldía, D. Luis Mosquera, D. Benito Estevez de Seoane y Juan Barros, contenía la expresión "por ahora se le absuelve de la instancia". La misma solución en la sentencia de vista de 8-06-1741, el Fiscal de S.M. con Cayetano Díaz: "absolvemos de la instancia, y se le apercive", citadas en ORTEGO GIL, Pedro, "*Innocentia praesumpta*: absoluciones en el Antiguo Régimen", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 10, (2003) págs. 83 y ss.

⁵⁵⁰ CARBASSE, Jean Marie, *Histoire du Droit pénal et de la justice criminelle*, (París, 2000), pág. 186, citado en ORTEGO GIL, Pedro., "*Innocentia praesumpta...* ob. cit., pág. 82.

⁵⁵¹ PERTILE, Antonio, "Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Imperio alla Codificazione". VI-II en *Storia della procedura*, Bolonia, 1965-66, pp. 230-231, citado en ORTEGO GIL, Pedro, "*Innocentia praesumpta...* ob. cit., pág. 80.

⁵⁵² ORTEGO GIL, Pedro, "*Innocentia praesumpta...* ob. cit., pág. 82.

figura, es dejar abierta la posibilidad del *ius puniendi* en los casos en lo que no se hayan reunido los suficientes elementos para abrir el juicio oral o para sobreseer libremente."⁵⁵³

En nuestra opinión sobre este tema, que desarrollaremos más adelante, cuando no se hayan reunido los elementos para abrir el juicio oral, deberá sobreseerse libremente, porque este supuesto se dará en el momento en que no pueda plantearse una hipótesis racional de culpabilidad que cuente con elementos que tengan la capacidad de corroborarla, ausencia que apunta a la inocencia del sujeto. Cuando su resultado sea la insuficiencia de indicios incriminatorios, la inocencia del imputado debe prevalecer⁵⁵⁴. Si lo que no se puede hacer es sobreseer libremente, porque existen elementos que señalan al culpable indiciariamente, deberá abrirse el juicio, y, si es el caso, declararse la inocencia del reo en esta instancia. Habilitar un margen de incertidumbre entre el sobreseimiento libre y la apertura del juicio en el que la respuesta es la paralización del proceso, es perjudicial para la seguridad jurídica del sujeto. Únicamente en el caso en que exista un delito indiciariamente confirmado, pero no exista autor de los hechos identificado, el sobreseimiento provisional tendrá sentido. En este caso, no habiendo sujeto imputado, no existe tampoco ninguna persona perjudicada por la paralización del proceso. De hecho, la instrucción, en este caso, no habrá finalizado sus tareas principales, entre las que se encuentra la de determinar el sujeto pasivo de los hechos.

⁵⁵³ ROMERO PRADAS, María Isabel, *El sobreseimiento* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2002), pág. 96.

⁵⁵⁴ Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, pág. 18: “Ni siquiera el evidente interés general en la averiguación y sanción de estos comportamientos, permitirá forzar al sistema penal a exprimir sus posibilidades hasta el punto de hacer tabula rasa de las garantías de los imputados por estos delitos o de olvidar las exigencias del derecho a la presunción de inocencia (...). Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto nuclear de todas las demás garantías del proceso (SSTS núms. 832/2000, de 28 de febrero, de 22 de abril de 1999, de 29 de diciembre de 1997 y de 23 de marzo de 1999).”

Pese a la corrección de todas estas afirmaciones, discrepamos en la opinión de que, tras el análisis de los elementos incriminatorios, la opción correcta sea, en muchas ocasiones, la de interesar el sobreseimiento provisional, por los argumentos que explicamos en el redactado principal.

Dentro de este planteamiento, caben todas aquellas teorías según las cuales la instrucción realiza una función de filtro para que nadie sea sometido a un proceso infundado. Si alguien es capaz de afirmar la innecesaridad de un juicio, es porque la consecuencia de este juicio fue una sentencia absolutoria tras una práctica de la prueba incapaz de infundir dudas de ningún tipo contrarias a la inocencia. Pues bien, apreciada esta débil o nula fundamentación indiciaria de la culpabilidad en el momento de concluir la fase de instrucción, cabe perfectamente el sobreseimiento libre. Para la apreciación de ésta no es necesario, en contra de lo que se considera, adelantar la dinámica del juicio a la fase de instrucción. Si esto último sucede, es señal, en realidad, de que la pobre o nula fundamentación indiciaria de la hipótesis de acusación no era tan evidente. Era necesaria, pues, la tarea de comprobar la acusación y, por tanto, era también totalmente legítima la apertura del juicio.

Este interés por ahorrarse la etapa de juicio oral es absolutamente comprensible en los términos en los que hoy en día parece configurado nuestro proceso penal, términos confirmados por la práctica forense. A pesar del esfuerzo, los procesos siguen siendo lentos y burocráticos. Además, el sometimiento de una persona a un proceso penal genera unos perjuicios a nivel personal que no pueden negarse de ningún modo, aunque el ordenamiento intente, por todas las vías, conservar la dignidad y el honor del sujeto pasivo del proceso. Ante esta realidad, tanto la doctrina como los actores del proceso se han esforzado por eliminar la llamada “pena de banquillo” asociada, principalmente, al sometimiento a un juicio que finaliza con una resolución absolutoria. Sin embargo, es cuestionable que la evitación del juicio oral a toda costa sea la solución más beneficiosa para los imputados en todos los casos. Consideramos, al contrario, que si el juicio es un derecho del reo para el esclarecimiento de la verdad, la solución al problema pasa por eliminar la imagen negativa del juicio y gran parte de las incomodidades, físicas y psicológicas que éste supone para el acusado. Para todo ello, es una necesidad imperiosa del proceso penal que se resuelva con la mayor agilidad posible, pero esta agilidad incumbe a todo el proceso en conjunto, y no únicamente a la fase de juicio oral. Además, lo cierto es que no se optimiza la eficiencia del proceso buscando la evitación del juicio oral. La realidad es que, para justificar esta evitación, se engrosa la fase de instrucción⁵⁵⁵,

⁵⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal... ob. cit., pág. 192.

una fase, en primer lugar, de tradicional matiz inquisitivo; en segundo lugar, dotada de menores herramientas para la defensa y, en tercer lugar, con una mayor carga de incertidumbre para el investigado.

Pero esta evitación del juicio oral no interesa únicamente a la defensa del imputado, sino también a la administración de Justicia en general, porque la supresión del juicio minimiza los recursos materiales y personales necesarios para la resolución del conflicto penal. Desde esta perspectiva, la búsqueda de la terminación del proceso ya no se orienta únicamente al recto fin de evitar un juicio cuyo resultado absolutorio es evidente, sino que se formula como una etapa en la que también pueden declararse las responsabilidades penales del sujeto. Es mucho más cómodo para el Ministerio Fiscal, cuando recibe el expediente de la instrucción tras la conclusión del sumario y aprecia indicios de delito, el planteamiento de “ofertas” de acusación que, aceptadas por el sujeto pasivo del proceso, pueden poner fin al proceso sin necesidad de idear y planificar la práctica de la prueba, ahorrando, por tanto, una importante inversión de tiempo y esfuerzo. Esta posibilidad procesal, que está mucho más ligada a motivaciones económicas y políticas que a razones epistemológicas, ha tenido entrada en España a través del mecanismo de la conformidad, que introduce tímidamente la oportunidad y el consenso en el proceso penal, pero que se encuentra todavía lejos de tener el protagonismo que algunas figuras de verdadera negociación penal tienen en ordenamientos extranjeros, que presentamos en el primer capítulo de esta obra, como el estadounidense o, influidos por éste el Holandés, el británico, el Italiano o el alemán. Los resultados de esta progresiva privatización del proceso penal no son, sin embargo, tan exitosos como se esperaba y suelen perjudicar a las partes más débiles.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ LANGBEIN, John Harriss, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford/Nueva York, 2003, págs. 256-257, entre la doctrina anglosajona; SCHÜNEMANN, Bernd, “El propio sistema de la teoría del delito”, (Título original “*Strafrechtssystematisches Manifest*”, traducción del alemán José Milton Peralta) en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1 (2008) pág. 8; del mismo autor, *La Reforma del Proceso Penal*, Dykinson, 2010. Digitalia, <https://www-digitaliapublishing-com.sire.ub.edu/a/8198>, pág. 109. Para mayor profundización sobre la situación en Alemania cita el autor BRÜSSOW, FS Riess, 2002, págs. 47-51; MÜNCHHALFFEN, G., *StraFo* 1997, págs. 230 y ss.; ARTKÄMPER, H., *Das Recht zur Verteidigerkonsultation*, 1998, pág. 134.

1.4 La posible manipulación de vestigios y medios de prueba

Como consecuencia de todo lo anterior, hallamos uno de los principales problemas, a nivel epistémico, de la inadecuada sobreexplotación de la fase de instrucción. A pesar de que la rápida apertura del juicio oral podría beneficiar al imputado, del mismo modo que se reduciría la posibilidad de generar juicios paralelos y la estigmatización innecesaria del reo a medida que avanza la instrucción, advierte VILLEGAS FERNÁNDEZ que en la práctica la mayoría de las defensas optaría por una instrucción tradicional, “sencillamente por disponer así de una oportunidad adicional de rescribir la historia procesal”.⁵⁵⁷ Esta interpretación de la fase de investigación como una pseudoinstancia contradictoria es el sustrato para la acogida, en fase de instrucción, de las actuaciones de diferentes actores con intereses contrapuestos. Dicha acogida genera el riesgo de poner en peligro el éxito epistémico del juicio oral y, por tanto, de todo el proceso, porque el material derivado del delito que debe recogerse en esta fase, lejos de llegar intacto al tribunal sentenciador, cae en manos de las partes a las que interesa llevar a cabo una reconstrucción del hecho confirmadora de su hipótesis.

Todas las motivaciones de las partes destacadas con anterioridad (minuciosa reconstrucción fáctica, planificación estratégica y evitación del juicio oral) fomentan la recogida sesgada de los vestigios del delito y la selección interesada de las premisas sobre las que asentarán su hipótesis y su estrategia defensiva o acusatoria, provocando un resultado antiepistémico de alteración y manipulación de los vestigios. De este modo, se desvirtúa la credibilidad de los elementos que llegan a juicio y su potencialidad para ser un auténtico reflejo de los hechos acontecidos. A esto se añade que la extralimitación de la instrucción aleja temporalmente del acto de juicio oral los vestigios y fuentes de prueba y con ello se favorece que, a medida que se engrosa el expediente, se diluya la verdad. La toma de conciencia de esta realidad puede tener variadas consecuencias. Una de ellas es el ya extendido escepticismo en relación con la capacidad del proceso de esclarecer la realidad y la adopción de una actitud conformista desde la que el proceso penal tendría una finalidad puramente sociológica: la de resolver los conflictos mediante la fijación

⁵⁵⁷ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, *Fiscal investigador contra juez instructor...* ob. cit., pág. 207.

formal de unos hechos, fruto de un aparato procesal permeable a las técnicas retóricas de las partes y torpe para la reconstrucción de la verdad.

Una segunda opción, interesada en la búsqueda de la verdad, sería la de optar por presentar al tribunal sentenciador todo el expediente de la instrucción, con la finalidad de que el mismo pudiera valorar todo el material recabado y actuaciones de esta fase, sin las posibles distorsiones provocadas por la actuación de las partes y su interpretación y manipulación de los vestigios a lo largo de la instrucción⁵⁵⁸. Se ha dicho, sin embargo, que esta práctica atentaría contra la imparcialidad del juez sentenciador, puesto que, si bien es cierto que disponer del material de investigación no es lo mismo que haber dirigido esa labor directamente, la lectura y análisis de los resultados de las diligencias de investigación permitirá que el Juez se haga una idea de lo ocurrido antes de la práctica de la prueba y ese *pre-juicio* es precisamente el que se intenta evitar a toda costa con la separación orgánica entre estos dos estadios del proceso⁵⁵⁹. Perjudicada la imparcialidad, difícilmente podemos hablar de esta opción como de un mecanismo adecuado para la búsqueda de la verdad. Sin embargo, ¿qué es lo que verdaderamente atenta contra la imparcialidad del juzgador?

La imposibilidad de acceder al material de la instrucción como garantía de la imparcialidad tiene su sentido cuando nos situamos en el contexto de los procedimientos del Tribunal del Jurado. Los miembros de un jurado, por definición legos en derecho, pese a ser mínimamente instruidos en ciertos principios como la presunción de inocencia, son más susceptibles a ser impresionados por los medios de investigación y sus resultados. Para facilitar el hecho de que se centren principalmente en las conclusiones que presentan las partes en el juicio, tiene sentido que se les prohíba este conocimiento de todo lo ocurrido con anterioridad. Sin embargo, cuando se trata de un juez profesional, conocedor del derecho y de los principios que rigen el ordenamiento procesal, y mucho más acostumbrado a la dinámica de las investigaciones, aquello que es apto para contaminar su postura acerca de la culpabilidad del acusado no es tanto el material

⁵⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 210.

⁵⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 185; MONTERO AROCA, Juan, “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, *Revista brasileira de direito processual penal*, n° 1 (2015), pág. 78-79.

recabado en fase de instrucción, las actuaciones que se han llevado a término y los resultados que han arrojado. El peligro principal se encuentra en las conclusiones que sobre estas actuaciones y el material que se ha obtenido de ellas han manifestado los órganos intervinientes en la investigación. Esas conclusiones de carácter incriminatorio, evidentemente existen en el fuero interno de estos actores, pero su exteriorización formal es el problema principal en este debate sobre el acceso al material del sumario por parte del tribunal sentenciador. Si nada hubiera ocurrido en la fase de instrucción más que la neutra recolección de los medios de prueba e indicios existentes en relación con el supuesto delito ¿seguiríamos afirmando la afectación de la imparcialidad del Juez que tiene acceso a esas actuaciones en el juicio oral, actuaciones que, además, ni ha dirigido ni ha autorizado?

Como conclusión de todo lo dicho, este caldo de cultivo para la manipulación de vestigios favorecido por la innecesaria dilatación de la instrucción supone, por un lado, la frustración de la instrucción como preparación del juicio oral, porque justamente favorece la distorsión de los elementos y medios de prueba de los que debe servirse el juicio para realizar su función, pero por otro lado, frustra la propia función investigadora de la instrucción, porque ésta requiere la realización de ciertos actos a espaldas del investigado. La necesidad de llevar a cabo esta verdadera indagación, conllevaría que los órganos de investigación trasladaran esta tarea a un momento procesal anterior⁵⁶⁰, frustrando, de nuevo, cualquier finalidad agilizadora del proceso penal. Citamos, en apoyo de esta tesis,

⁵⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, ob. cit., págs. 192-193: “Quien realiza las investigaciones, ya sea el fiscal o el juez de instrucción, para examinar eficazmente la sospecha que existe contra un inculpado (que conforme a la naturaleza de la persecución penal impondrá todos los obstáculos posibles), necesita un espacio libre para la investigación secreta y sin intervenciones, que dependa de su poder discrecional. Por eso, una etapa procesal de instrucción que posibilitara la participación destruiría justamente la verdadera instrucción, contra lo cual las autoridades de investigación seguramente reaccionarían retrotrayendo sus investigaciones secretas a un momento aun anterior, duplicando de esta manera la etapa procesal de la instrucción. Si el legislador también quisiera prohibir esto, destruiría completamente la instrucción tradicional con su finalidad de aclarar la sospecha y no habría resuelto, por así decirlo, los problemas actuales del proceso penal, sino justamente de un modo contrario habría potenciado, en cierto modo, la agonía del juicio oral mediante una agonía adicional de su instrucción.”

a DAMIAN MORENO⁵⁶¹, que, al hilo de la reflexión sobre cómo hacer de nuestro sistema un verdadero sistema acusatorio, afirma lo siguiente:

“...animados por un comprensible afán de exhaustividad [los jueces instructores], muchas veces transforman la instrucción en investigaciones generales que convierten al sumario en una sucesión interminable de diligencias, de forma que, inadvertidamente, acaba siendo un estorbo burocrático que lo único que consigue es prolongar el sufrimiento de las víctimas y menoscabar las garantías procesales de quienes, como imputados, se ven obligados a comparecer ante los tribunales.”

2. LA INADECUADA VALORACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

2.1 Subterfugios en los criterios jurisprudenciales sobre el valor de la instrucción

Una vez que hemos comprobado la amplitud de tareas que pueden llevarse a cabo en la fase de instrucción, y algunos de los principales peligros que puede suponer esta extralimitación, tanto para la agilidad del proceso como para su idoneidad epistemológica, es necesario profundizar con más detalle acerca de cuál es el peso que se otorga a todas estas actuaciones que se han llevado a cabo en la fase de instrucción. Se presenta ante nosotros una problemática ambiguamente resuelta en la LECRIM, mediante algunos artículos -714 y 730 LECTRIM principalmente- que permiten traer al juicio oral y valorar las diligencias de investigación que, en algunos casos, adquieren el valor de verdaderos actos probatorios. Se ha discutido en la doctrina acerca del nulo valor que debe darse a estas actuaciones sumariales, decantándose la mayoría por afirmar repetidamente que es contrario a nuestros principios procesales resolver apoyándose en cualquier actuación diferente de las que se practican en el juicio oral. Lo cierto, sin embargo, es que la cuestión adquiere una complejidad mucho mayor en la práctica forense y no ha sido fácil delinear criterios que resuelvan con claridad estos conflictos. La dificultad de esta cuestión se hace evidente tras el estudio del desarrollo jurisprudencial

⁵⁶¹ DAMIAN MORENO, Juan, *La decisión de acusar: un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, (Dykinson: Madrid, 2014), pág. 125.

en la materia que, siguiendo líneas más o menos uniformes, ha sorteado las dificultades que presenta esta materia. Es por ello que en este epígrafe nos centraremos únicamente en el análisis de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, y nos serviremos de ello para ir exponiendo nuestra argumentación.

El hecho de que nos traslademos a la valoración de las diligencias sumariales en sede de juicio oral no descentra el foco de este estudio, que permanece en la fase de instrucción. Al contrario, algunas de las conclusiones que este análisis revelará son necesarias para que nuevamente nos replanteemos la naturaleza y necesidad de las actuaciones sumariales, y refuerza el planteamiento del que partimos: el proceso penal no puede separarse en fases impermeables, porque es un proceso sin solución de continuidad. Partir de la realidad de esta permeabilidad es lo que nos debe llevar a decidir qué podemos y qué no debemos hacer en la fase de instrucción.

2.1.1 La ineficacia probatoria de las diligencias de instrucción

Si existe algún principio que la doctrina procesal tiene aparentemente claro es la falta de valor probatorio de las diligencias de investigación⁵⁶², así como la existencia de subterfugios en la práctica para una aplicación diluida de este criterio. De hecho, la constante remisión a los artículos sobre diligencias de investigación en la regulación de la prueba vincula de un modo confuso estos dos elementos del proceso.⁵⁶³ En principio,

⁵⁶² GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 1981; GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Albert, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Barcelona, 2014; ILLUMINATI, Giulio, “Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica”, *Rivista italiana di diritto processuale penale*, v. 21., n. 3, 1978; ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1984; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997; NIEVA FENOLL, Jordi, “El discutido valor probatorio de las diligencias policiales”, en *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 347-374; PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Eduardo, *Derecho procesal penal* (1989); VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 1993.

⁵⁶³PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución...*, ob. cit., pág. 34: “...las normas correspondientes al juicio oral, contenidas en el Libro III, tienen en muchos aspectos necesidad de ser complementadas con preceptos del Libro II, como supletorios, especialmente en materia de prueba, lo cual no deja de ser anómalo puesto que, según el propio legislador constataba de manera concluyente en la Exposición de Motivos, las diligencias sumariales de investigación y comprobación del supuesto delito, no son verdaderas pruebas, siendo su naturaleza meramente accesoria o de “preparación”. También en NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal... ob. cit., pág. 10: “(...

los resultados de las actuaciones de investigación realizadas en sede de instrucción y, por supuesto, en la investigación policial preprocesal no pueden fundamentar una sentencia condenatoria porque no poseen naturaleza de prueba de cargo⁵⁶⁴. Además, la posibilidad de trasladar estas diligencias al juicio oral mediante ciertos mecanismos como la lectura de las declaraciones sumariales (art. 730 LECrim) excluye igualmente que puedan fundamentar una sentencia condenatoria si no existen otros elementos probatorios que corroboren externamente la participación del sujeto en los hechos indicados en la declaración.⁵⁶⁵

Esta falta de valor probatorio es, en primer lugar, un mandato legislativo que se desprende del artículo 741 LECrim, según el cual “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.” Se establece, por tanto, la necesidad de que la sentencia dictada por el tribunal esté fundamentada en la prueba practicada en el juicio oral, que es aquella sobre la que debe pivotar todo el proceso racional y heurístico del órgano enjuiciador. La intención de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 de extirpar el carácter probatorio de las diligencias de investigación es obvia tras la lectura de la exposición de motivos, que critica firmemente el hábito de Jueces y Magistrados de dar escasa o nula importancia a la prueba practicada en juicio oral y de formar “su juicio por el resultado de las diligencias sumariales.”⁵⁶⁶ Así de nítido lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia desde la STC 31/1981, con las siguientes declaraciones:

la casi nula regulación de la prueba documental, en beneficio de remisiones a la regulación de la instrucción, lo cual, si verdaderamente deben existir esas remisiones –que personalmente opino que no–, debieran ser en sentido justamente inverso, es decir, del juicio oral a la instrucción.”

⁵⁶⁴ SSTS 1244/2001, de 25 de junio y 1952/2001, de 14 de noviembre.

⁵⁶⁵ STC 17/2004, de 23 de febrero de 2004, FJ. 4º.

⁵⁶⁶ “Nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle; y que, en fin, de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del

“Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.”⁵⁶⁷

Esta teoría se ha ido repitiendo, con otras palabras, pero idéntica orientación, en sucesivas sentencias desde entonces. Así, por ejemplo, la STC 113/1985 criticaba, al hilo de la Exposición de motivos ya citada, la costumbre de “dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado” advirtiendo que no son más que la “preparación del juicio verdadero que comienza con la calificación provisional y la apertura del debate oral ante el Tribunal, celebrado en condiciones de igualdad entre el acusado y el acusador; éste no debe olvidar que a él le corresponde la aportación de pruebas de cargo en condiciones que garanticen el derecho de la defensa a contradecirlas y que la falta de las mismas determina, cualquiera que sea la convicción moral del Juzgador, en la cual no corresponde entrar a este Tribunal, la plena efectividad de la presunción de inocencia”.⁵⁶⁸ Lo mismo, advierte la STC 137/1988, 7 de julio, que expone en su FJ. 2º:

“ Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo.(...) Su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.”

procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado...”

⁵⁶⁷ SSTC 31/1981, 80/1986, 101/1985, 137/1988, 94/2002, entre muchas otras.

⁵⁶⁸ STC 113/1985.

La STC 51/1995, poniendo el acento en la significación del principio de presunción de inocencia, expresa también la necesidad de fundamentar la sentencia condenatoria únicamente en la suficiente actividad probatoria de cargo:

“Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo (por todas, STC 137/1988).”

Anteriormente se había asentado que esta actividad probatoria que vincula a los jueces debía tener lugar únicamente en el debate contradictorio del juicio oral. Así, la STC 161/1990 en su FJ. 2º, estableció que:

“Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes”.

También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara la determinación de no otorgar, en principio, valor probatorio a las diligencias de investigación. Por poner algunos ejemplos, la STS 337/1996 (FJ. 1º) indica que “las diligencias de la instrucción, sean o no sumario, son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito y a la identificación del delincuente, que en sí mismas no constituyen pruebas de cargo”. Del mismo modo, la STS 8895/2001, refiriéndose a la virtualidad probatoria de las diligencias policiales reitera la necesidad de fundamentar la valoración probatoria sobre los elementos presentados en el juicio oral:

“Desde esta perspectiva es claro que la policía judicial tiene competencias propias en la investigación de hechos delictivos con el alcance y contenido previsto en la Ley Procesal. Cuestión distinta es la valoración que desde los órganos jurisdiccionales deba darse a las diligencias de investigación contenidas en el atestado, pues la admisibilidad de realización por la policía de actos de

investigación no altera la consideración del atestado de mera denuncia, conforme al art. 297 de la Ley Procesal, y la consideración de que sólo las actuaciones practicadas en sede judicial pueden ser consideradas como actividad probatoria, si reúnen los demás presupuestos señalados en la ley, referidos a su realización bajo observancia de los principios constitucionales y procesales, como a su consideración de prueba de cargo.”

También en esta línea, la STS 6398/2003 (F.J. 1º), resaltando, de nuevo, el principio de la presunción de inocencia:

“Como es bien sabido, el principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas), que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero)”.

Un ejemplo más reciente es la STS 414/2015, que reitera la doctrina que ya hemos expuesto en relación con la naturaleza y finalidad de las diligencias de investigación:

“(…) las pruebas que son hábiles para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el acto del juicio oral, pues el Tribunal encargado del enjuiciamiento debe formar su convicción en contacto directo con el material probatorio aportado por la acusación, a quien le corresponde la iniciativa probatoria. Así resulta del artículo 741 de la LECrim, que se refiere a las pruebas practicadas en el juicio. Las diligencias practicadas en la fase de instrucción constituyen, por tanto, meras actuaciones encaminadas a la investigación de los hechos, orientadas de un lado a su esclarecimiento objetivo y subjetivo, y, de otro, a descubrir los medios de prueba de los que las partes pueden disponer en el caso de que se alcance la fase de juicio oral.”

Podríamos seguir poniendo ejemplos de la jurisprudencia, pero sería inútil y reiterativo, puesto que los argumentos se van repitiendo a lo largo de los años y esta doctrina es manifiestamente conocida por todos. Más interesante es destacar, sin embargo, que con la misma reiteración y convicción con la que los altos tribunales afirman la falta de carácter probatorio de las diligencias sumariales, admiten, bajo argumentaciones más o

menos conseguidas, la presencia de éstas en el juicio oral⁵⁶⁹ y la formación de la convicción del juzgador usando éstas como elementos de contraste que, si bien no pueden fundamentar solas una condena, sí pueden ser tenidas en cuenta a la luz del resto de elementos de convicción presentados en el juicio oral. Antes de entrar en la problemática de esta cuestión, veamos nuevamente algunos ejemplos en la jurisprudencia, que no proceden de sentencias expresamente contradictorias con las anteriores, sino del articulado y argumentación de las mismas sentencias que hemos cogido como referencia anteriormente.

2.1.2 La extensa gama de posibilidades para valorar el material de la instrucción

Fuera de los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida que han sido recogidos por el ordenamiento procesal y desarrollados en su aplicación por jurisprudencia de amplia procedencia, del estudio de la práctica forense y la doctrina jurisprudencial se desprende la conclusión de que existen, actualmente, numerosas posibilidades de traer al plenario las actuaciones sumariales e incluso extraprocesales cuando éstas hayan cumplido ciertos requisitos procesales en su obtención o, no habiendo sido así, mediante su introducción en el acervo probatorio a través de medios de prueba complementarios.

La *ratio* de fondo que otorga valor probatorio a los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida pivota sobre dos premisas fácticas y una premisa procesal. La primera de ellas es la imposibilidad de reproducción de las diligencias en la fase de juicio oral⁵⁷⁰, de modo que la negativa a introducir sus resultados en la fase plenario produciría la pérdida de vestigios y de datos acerca de los hechos acontecidos⁵⁷¹. La segunda premisa

⁵⁶⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. “*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 6, (1989): “Las sentencias condenatorias se siguen pronunciando con base en (las) diligencias sumariales, sin que el Tribunal Constitucional se haya atrevido a negarles valor probatorio alguno”.

⁵⁷⁰ Art. 730 LECRIM. En la sentencia STC 141/2001 de 18 de junio, FJ 4º se exponen ampliamente los requisitos necesarios para reconocer la plena significación probatoria de aquellos actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida. Doctrina reiterada en numerosas sentencias posteriores del propio tribunal, y acogida y citada cuantiosamente por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS 2251/2014, de 13 de mayo de 2014, FJ 2º.

⁵⁷¹ También encontramos esta previsión en otros ordenamientos procesales del entorno europeo, por ejemplo, el Art. 512 CPP: “A petición de parte, el juez ordena la lectura de las diligencias admitidas por la

fáctica es la urgencia en la práctica de estas diligencias, requisito vinculado a la condición anterior, puesto que la imposibilidad de reproducir las diligencias viene provocada, en la mayoría de ocasiones, por la fugacidad de estas diligencias y sus resultados (pruebas alcoholométricas, recogida de huellas dactilares, inspecciones oculares, etc.)⁵⁷². Esta fugacidad se debe a que la obtención eficaz de los resultados de estas diligencias se limita a una única práctica y en un espacio corto de tiempo o a que se aprecia un riesgo razonable de que la fuente de la prueba se dañe o, incluso, desaparezca. En otro orden de cosas, se establece una premisa procesal para la introducción de estas diligencias –que son propiamente actividad probatoria- en el plenario. Se trata del cumplimiento de los requisitos objetivo, subjetivo y formal que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial⁵⁷³ y que aquí unificamos bajo el concepto premisa procesal porque se trata, en todo caso, de requisitos para el desarrollo procesal de estas diligencias. Esta premisa procesal consiste en que estas diligencias hayan sido intervenidas por autoridad dotada de suficiente independencia, en la mayoría de los casos el actual Juez instructor, que el régimen de ejecución haya sido el mismo que regiría en el juicio oral y que se garantice la contradicción.

Pues bien, este régimen de la prueba anticipada y preconstituida, ha servido de base para ir admitiendo la presencia de ciertas diligencias en la fase de juicio oral que, aun no siendo en realidad ninguno de los dos supuestos anteriores, sirven como elementos de convicción⁵⁷⁴. Esta práctica adquiere fuerza sobre la base del artículo 714 LECrim, que permite la lectura de las declaraciones sumariales de testigos, y por extensión de los acusados y peritos⁵⁷⁵, cuando presenten contradicciones con aquello declarado en el

policía judicial, por la fiscalía, por los defensores de las partes privadas y por el juez durante la vista preliminar cuando, por hechos o circunstancias imprevisibles, sea imposible su repetición.”

⁵⁷² STS 1458/2004 de 3 de marzo de 2004, FJ. 1º, con cita de las SSTC 303/93, 51/95 y 153/97.

⁵⁷³ STC 141/2001 de 18 de junio, FJ 4º.

⁵⁷⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., pág. 173: “Sobre unos principios, sustancialmente correctos (sólo pueden ser valoradas como prueba las practicadas en el juicio), la propia ley cita una serie de excepciones (prueba anticipada) y la necesidad y la práctica han ido desarrollando una aplicación extensiva del mismo (prueba preconstituida), cuyo riesgo es la desnaturalización del repetido principio y la vuelta de hecho a que las actividades de la instrucción devengan determinantes.”

⁵⁷⁵ STS 414/2015 de 12 de febrero, FJ 2º, con cita de la STC 82/1988, de 28 de abril, FJ 3º: “Este precepto, pese a referirse exclusivamente al testigo (a diferencia del tenor literal del apartado primero del art. 46.5

plenario. En este fenómeno de introducción de ciertas diligencias de investigación, principalmente declaraciones de testigos, imputados y coimputados, se eliminan las premisas fácticas de las que hablábamos anteriormente, puesto que se traen al juicio oral declaraciones que pueden ser perfectamente reproducidas en el plenario, siempre y cuando se haya observado el cumplimiento de los requisitos procesales.

De este modo, la STC 137/1988 de 7 de julio, en su FJ 3º, reconoce la entrada al juicio de ciertas diligencias sumariales del modo siguiente:

“...la producción de las pruebas en el juicio oral y su libre valoración por el Tribunal de instancia no comportan en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta dicha actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a los actos de investigación sumarial y, en concreto, a las declaraciones prestadas ante la policía y ante el Juez instructor con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal prescriben. (...) como cuestión que afecta solamente a la valoración en conciencia de la prueba, que el órgano jurisdiccional penal atienda, por la mayor certidumbre que le merezca, al sentido de la declaración inicialmente prestada en el sumario...”

Se trataba en este caso de una condena basándose en las declaraciones de dos coimputados en sede sumarial. Estos coimputados se retractaron en el acto de juicio oral y no quedó constancia de que las declaraciones sumariales se reprodujeran en el juicio con las garantías exigidas por el art 714 LECrim. La demanda de amparo fue estimada, no porque las declaraciones sumariales no pudieran haber gozado de valor probatorio en el plenario, sino por no haberse podido verificar, a través del acta del juicio, que se diera una oportunidad real de contradicción de las mismas en el acto del juicio⁵⁷⁶.

La STC 80/1986, ya admitía esta posibilidad afirmando lo siguiente:

LOTJ que contempla también al acusado y al perito), lo hemos considerado aplicable al acusado, sin merma alguna del derecho a la presunción de inocencia”.

⁵⁷⁶ “Esta indeterminación sobre la efectiva concurrencia en el juicio oral del requisito necesario para poder estimar como válida la ponderación del resultado de las diligencias sumariales a que atienden las resoluciones judiciales impide al tribunal Constitucional en esta vía de amparo verificar que en el juicio oral ha existido efectivamente una actividad probatoria que pueda considerarse de cargo”.

“...las formalidades constitucionales y procesales que rigen actualmente la práctica de las pruebas ante la policía y el Juez de Instrucción puedan conferir a éstos valor probatorio susceptible de ser apreciado en conciencia por la jurisdicción penal cuando se reproducen en el juicio oral con las garantías de contradicción y oralidad legalmente establecidas” (FJ. 3°).

En este caso, sin embargo, también se otorgó el amparo. El recurrente había sido condenado como culpable de un robo con base únicamente en las declaraciones del coimputado en sede policial, que después se retractó exculpando al recurrente en el juzgado de instrucción. Al recurrente no se le había tomado declaración nunca, solamente tras el procesamiento, negándose éste a la diligencia de declaración judicial. Se trata, sin duda, de un caso en el que no solo sorprende que se condenara únicamente con base en la declaración del coimputado contenida en el atestado policial, sino incluso que se abriera el juicio oral contra el acusado sin existir indicios mínimos de su participación en los hechos, cuestión que nos lleva a plantearnos la eficacia del papel de los órganos con formación jurídica que intervinieron en la solicitud de apertura del juicio y en el trámite de acusación.

También otorgó el amparo en un caso similar la STC 161/1990, que anuló una sentencia de condena por robo con fuerza, puesto que no se contrastaron en juicio oral las declaraciones realizadas en sede sumarial por otro coacusado. Además, el recurrente negó su participación en los hechos en todas sus declaraciones, tanto en el juicio oral como en el sumario, de modo que no hubo contradicciones propias. Sin embargo, se encarga también esta sentencia de reconocer el alcance probatorio de las declaraciones realizadas en sede sumarial siempre y cuando se respeten los requisitos procesales:

“La posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus protagonistas o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de «por reproducidas» del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aún con el asentimiento del acusado (FJ.2°) (...) el órgano sentenciador, de acuerdo con el principio de libre valoración de la prueba, podía inclinarse por una u otra versión; pero para ello era necesario que contara con las explicaciones sobre la respectiva verosimilitud que ha de proporcionar el juicio oral...” (FJ. 4°).

Esta posibilidad del tribunal de atender a unas u otras declaraciones y escoger libremente aquellas que resulten más verosímiles, pudiendo perfectamente decantarse por las declaraciones de la instrucción, se encuentra extendida en la jurisprudencia y se aprecia un mayor recurso a ella cuando, por la naturaleza de los indicios sobre la culpabilidad que llegan al juicio oral, se advierte una mayor reticencia del juzgador a absolver al acusado. Esta reticencia se percibe, principalmente, cuando las declaraciones sumariales son confesiones del acusado o cuando, pese a ser insuficiente el acervo probatorio para fundamentar una condena, existen ciertos hechos, como las versiones cambiantes de los acusados, que hacen dudar al juzgador sobre su inocencia.

Encontramos un ejemplo de este tipo en la STC 82/1988 de 28 de abril, que denegó un recurso de amparo contra una sentencia que condenaba a la recurrente por el delito de atraco a mano armada en sucursales bancarias a la vista de la contradicción existente entre las declaraciones sumariales y las declaraciones del juicio oral, tanto de la acusada como de los coacusados. Se otorgó mayor credibilidad a la confesión de la acusada en sede de instrucción y a las declaraciones de los coimputados, también en el sumario, que la implicaban en los hechos. En el juicio, sin embargo, ella se declaró inocente, los coacusados se desdijeron de sus anteriores declaraciones y los testigos (empleados de las sucursales bancarias) dijeron que no la reconocían. El Tribunal Constitucional, pese a comprobar esta débil actividad probatoria en el plenario, afirmó lo siguiente en el FJ. 3º:

“...se pone de manifiesto que existió en el acto del juicio actividad probatoria de cargo, que permitió a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en el proceso previo, a la vista de las declaraciones hechas en el sumario, reconocidas como tales por la hoy recurrente en amparo y los coinculpados, y las del plenario, en contradicción con aquéllas, a la vista también de lo dicho por los demás testigos, llevar a cabo una confrontación entre unas y otras y formar como consecuencia de ésta un juicio en conciencia.”

El mismo argumento se expone en la STS 1778/2004, de 16 de marzo de 2004, que desestima el recurso de casación contra una sentencia de condena por blanqueo de dinero y delito contra la salud pública. La recurrente admitió los hechos en fase de instrucción, pero después cambió la versión en el juicio oral, donde no quiso responder a las preguntas del Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo justificó la mayor credibilidad de las declaraciones de instrucción del siguiente modo:

“Tal declaración de la recurrente es perfectamente valorable, pudiendo el Tribunal de instancia, en caso de disparidad de versiones alzaprimar la superior credibilidad de una u otra declaración siempre que lo haga de forma razonada. En el presente caso, debemos recordar la doctrina tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional que tiene declarado que el silencio del acusado, en el ejercicio de no declarar, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación, por su parte, de los hechos de suerte que su silencio puede estimarse como una ratificación del contenido incriminatorio de otras pruebas.” (FJ. 4º)

Hasta el momento se ha presentado la posibilidad de valorar la diferencia de versiones en relación con las declaraciones en fases previas siempre que éstas se hubieran otorgado ante el órgano encargado de la instrucción, el actual Juez instructor, y en presencia de letrado de la defensa. La imposibilidad de tener en cuenta las declaraciones realizadas en sede policial la encontramos en la STS 4947/2013, de 27 de setiembre de 2013, que afirma en su FJ. 2º que “la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial.”⁵⁷⁷ Se trata de una afirmación recogida anteriormente por el TC, en la citada STC 68/2010 que, resumiendo la doctrina sobre valor probatorio de las diligencias de investigación, recogía el siguiente criterio sobre las diligencias en sede policial:

“...tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara conclusa la instrucción, y no en la fase preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía”.⁵⁷⁸

Más adelante, sin embargo, pese a repetir la ineficacia probatoria de las declaraciones en sede policial, la sentencia admite la posibilidad de introducir los datos en ellas recabados

⁵⁷⁷ Con cita a otras: SSTS 483/2011, de 30 mayo; 234/2012, de 16 marzo; 478/2012, de 29 mayo; 792/2012, de 11 octubre; 220/2013, de 21 marzo; 256/2013, de 6 marzo; 283/2013, de 26 marzo; y 546/2013, de 17 junio.

⁵⁷⁸ Criterio repetido en la STS 1117/2010.

a través de medios de prueba como el interrogatorio de quienes recibieron dichas declaraciones:

"La posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim, por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre ; 303/1993, de 25 de octubre ; 79/1994, de 14 de marzo ; 22/2000, de 14 de febrero ; 188/2002, de 14 de octubre)".

Por tanto, pese a negar en primer lugar la posibilidad de valorar como actividad probatoria las declaraciones realizadas en sede policial, puesto que el atestado tiene únicamente valor de denuncia⁵⁷⁹, las declaraciones en sede policial se introducen en el plenario por medio de la prueba testifical de los policías que escucharon la declaración y formaron el atestado⁵⁸⁰, hecho que, en el fondo, no varía la situación, puesto que la declaración llega igual a los oídos del juez del Juicio oral y, además, si se trató de una confesión, difícilmente el Juez prescindirá de ella para formar su juicio sobre la culpabilidad del acusado. Así, por ejemplo, en la STS 1458/2004 de 3 de marzo de 2004, en un caso de delito de terrorismo en el que el recurrente había admitido los hechos en sede policial, el tribunal recordó la posibilidad de valorar las declaraciones autoinculpatorias ante la policía si éstas se introducen en el juicio "a través de un auténtico acto de prueba, como es la declaración de los testigos policías que estuvieron presentes en el atestado (FJ. 1º)."⁵⁸¹

⁵⁷⁹ STC 31/1981, FJ. 4º.

⁵⁸⁰ STC 217/1989, de 21 diciembre, FJ. 5º: "...no significa que la condena se base en el interrogatorio policial, que no constituye por sí mismo actividad probatoria, sino, antes al contrario, que lo declarado en el juicio oral y en las diligencias policiales y sumariales practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción' en la vista oral, permitió al Juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras."

⁵⁸¹ El FJ. 12º desarrolla los requisitos para poder tener en cuenta estas diligencias: "... la prueba sólo puede ser la desarrollada ante el propio Tribunal, es decir, la declaración prestada en el juicio oral por la persona que anteriormente había declarado ya en la fase de instrucción o en el atestado. Ahora bien, el Tribunal puede valorar estas últimas declaraciones siempre que hayan sido introducidas en el acto del juicio oral. Si se trata de las prestadas ante el Juez de Instrucción basta su lectura o bien que su contenido forme parte del

Se desprende, de este modo, que las actuaciones realizadas en sede sumarial pueden llegar como elementos de convicción al juicio oral si, aunque no cumplan todos los requisitos de la prueba anticipada o preconstituida, fueron obtenidas en sede sumarial respetando los requisitos de contradicción y han sido traídas al plenario dando la oportunidad a las partes de pronunciarse sobre ellas y, por tanto, de ejercer su derecho de defensa. En el caso de que estas diligencias no se hubieran realizado en presencia de letrado en fase de instrucción o en sede policial, podrían, igualmente, introducirse en el plenario mediante otros medios de prueba autónomos, como las declaraciones testificales de policías o peritos que hubieran intervenido en ellas.

Ha existido en nuestra historia procesal un modesto intento de evitar esta permeabilidad de la fase plenaria con respecto a la instrucción con motivo de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Concretamente se trata de la imposibilidad de dar lectura en el juicio oral a las declaraciones prestadas en sede sumarial (art. 46.5 LOPTJ). Además, el citado artículo *in fine* advierte que “las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.” Como ha sido adelantado anteriormente, en el contexto del tribunal del jurado adquiere todo el sentido este esfuerzo por impermeabilizar la fase del juicio oral de todas las actuaciones sumariales, pues la finalidad del Tribunal del Jurado es, precisamente, exponer a personas legas en derecho únicamente a las pruebas presentadas en el juicio por las partes, para que, sin perjuicio alguno provocado por el conocimiento de la materia o de la investigación previa, expresen su parecer acerca del grado de convicción que las pruebas aportan sobre la culpabilidad del sospechoso. Hay que recordar que el Tribunal del Jurado está formado por ciudadanos sin previa experiencia, y es necesario, por tanto, extremar las garantías de su imparcialidad y de su neutralidad en relación con el caso.

objeto del interrogatorio. En cuanto a las declaraciones policiales, no habiendo sido prestadas ante la autoridad judicial y teniendo solamente valor de mera denuncia, deben ser incorporadas al Plenario mediante un acto legítimo de prueba como es la declaración testifical de los policías que intervinieron en dicho atestado, que son testigos directos respecto de la existencia de la declaración y las condiciones en que la misma fue prestada, de forma que no se trata de una prueba preconstituida o anticipada (admisible cuando el declarante no es posible que comparezca al juicio oral), que no podría serlo, sino que el Tribunal de instancia pueda valorar lo que el declarante manifestó ante la policía para contrastarlo con sus declaraciones posteriores y lo manifestado en el Plenario.”

Pese a que estas matizaciones introducidas por la Ley Orgánica 5/1995 podrían haber supuesto un paso hacia adelante en la imparcialidad del Tribunal de Jurado, evitando la introducción del sumario a la fase plenaria, la jurisprudencia se ha encargada de matizar la aplicación de estos preceptos para mitificar sus efectos, de modo que, en la práctica, el régimen probatorio que hemos comentado hasta ahora no sufre, tras la redacción de la LOTJ, ninguna variación práctica en el proceso ante el Tribunal del Jurado. Se resume con claridad este ejercicio jurisprudencial de conservadurismo en la STS 414/2015, de 12 de febrero de 2015, que en su FJ. 2º se encarga de realzar la posibilidad nada mitigada de tener en cuenta las declaraciones de la instrucción si éstas presentan contradicciones con aquellas otorgadas en el plenario:

“El artículo 46.5 impedirá que se tengan como prueba las declaraciones sumariales con carácter general, pero no impide tener en cuenta aquellos casos excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de valorarlas una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral, siempre que se hayan practicado en su momento de forma inobjetable. Tal forma de entender el precepto, superando una interpretación rígidamente autónoma del mismo, permite su integración en el sistema general del enjuiciamiento penal, de acuerdo con las reglas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala en la interpretación y aplicación de la ley procesal bajo el prisma de la normativa constitucional.”

De este modo, la posibilidad de interrogar a los testigos, acusados o peritos sobre las declaraciones contradictorias de la fase de instrucción, supone que los miembros del Jurado tendrán plena conocimiento de ellas, puesto que, pese a que no se les de lectura en el acto del juicio, las partes podrán solicitar testimonio de aquellas declaraciones (art. 34.3 LOTJ) y, una vez unidas al acta del juicio, llegará a manos del Jurado, que podrá leerlas y tenerlas en cuenta en la valoración probatoria. La citada sentencia afirma que esta interpretación es necesaria para integrar esta nueva regulación en el sistema ya existente:

“Tal forma de entender el precepto, superando una interpretación rígidamente autónoma del mismo, permite su integración en el sistema general del enjuiciamiento penal, de acuerdo con las reglas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala en la interpretación y aplicación de la ley procesal bajo el prisma de la normativa constitucional. En este sentido, se decía en la STS núm. 1240/2000, de 11 septiembre, que lo que hace precisamente este precepto es incorporar, de modo muy sintético, la doctrina constitucional y jurisprudencial anteriormente reseñada.” (FJ. 2º)

De este modo, queda vetada la posibilidad de corregir la amplitud de posibilidades que actualmente existen para hacer presente la instrucción en sede plenaria, unificando el régimen de valoración probatoria en todos los procedimientos, puesto que, como afirma el TS, "...desde el prisma constitucional, carece de sentido que la decisión del procedimiento a seguir -sumario, abreviado o ante el Tribunal del Jurado- pueda definir el acervo probatorio" (FJ. 2º).

2.2 La artificiosa separación entre instrucción y juicio oral

El análisis anterior deja entrever con claridad la confusión práctica en relación con la posibilidad de tener en cuenta las diligencias de investigación en la valoración probatoria y el peso que éstas pueden tener en la redacción de la sentencia. Ante esta realidad de la permeabilidad de la fase de juicio oral, algunos autores se llevan las manos a la cabeza escandalizados por la presencia en el plenario de actos obtenidos en fases anteriores al juicio o incluso preprocesales. Aquellos que abogan, sin embargo, por admitir con flexibilidad un mayor protagonismo de la fase de instrucción justifican su postura afirmando que las garantías procesales que envuelven la práctica de tales diligencias deja sin razón de ser la teórica demonización de las diligencias de investigación, puesto que en nada se parecen a las antiguas y opacas prácticas inquisitivas.

Para arrojar algo de claridad a la discusión es necesario, en primer lugar, reconocer la imposibilidad de deslindar materialmente la fase de investigación de la fase de juicio oral. El ordenamiento procesal se ha encargado de regular estas dos fases por separado, y la doctrina ha tenido su papel tratando de definir las y estudiarlas independientemente, atribuyendo a una y otra papeles completamente diferentes hasta el punto de llegar a otorgar a la instrucción la categoría de proceso autónomo. De hecho, nosotros mismos desde un primer momento hemos afirmado la diversidad de funciones de una y otra etapa procesal, así como la necesidad de que no se estudie la fase de instrucción aplicando los parámetros y la lógica del juicio oral. Pese a todo ello, es importante que las categorías jurídicas no desfiguren la percepción de la realidad, porque cuando esto ocurre regulamos realidades imposibles y la legislación deviene absolutamente ineficaz para los fines propuestos. Por tanto, si queremos articular un proceso imparcial y garantista, debemos

partir de la realidad, que muestra que todas las actividades de investigación, probatorias o de enjuiciamiento que se desarrollan en relación a unos hechos delictivos guardan un vínculo fáctico común, porque provienen y se vierten sobre una sola realidad y, por tanto, es imposible desligar absolutamente unas de otras⁵⁸². Los actos de investigación aportan resultados que se tienen en cuenta para la construcción de las hipótesis sobre el delito que, a su vez, no tendrían sentido ni validez sin su génesis investigadora. Así pues, las hipótesis sobre los hechos, tanto las policiales como las de las partes, contienen en ella mismas los actos previos de investigación.

Por otro lado, superado un breve estadio inicial, que en la mayoría de ocasiones coincide con la investigación policial, las diligencias de investigación no se dirigen a una recogida absolutamente neutral de indicios, sino que, en la medida en que las hipótesis sobre los hechos van adquiriendo forma, las diligencias de investigación se enfocan hacia aspectos más concretos, con el fin de comprobar ciertas sospechas y delinear el relato. En este punto, los resultados de las diligencias de investigación empiezan a sacar al descubierto aspectos de la realidad material que interesa incluir en el acervo probatorio. Las diligencias de investigación, por tanto, permiten delinear el relato hipotético sobre los hechos y, simultáneamente, recabar datos para afirmarlos en el trámite de acusación y articular medios de prueba sobre cuya valoración podrá confirmarse o descartarse el relato inculpativo. Las declaraciones de un sospechoso o imputado en fase policial o de instrucción no pueden desaparecer sin más, ni de la realidad ni, más importante todavía, de la mente y convicción de quienes las presenciaron. En el momento en que se lleva a cabo una diligencia de instrucción, ésta y sus resultados se acumulan al caudal de hechos vinculados a la realidad que se investiga primero y juzga después, y de ahí que sea absolutamente comprensible la pretensión de servirse de ellos para el acto de

⁵⁸² BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, "La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio", ob. cit., pág. 131: "Lo que se pretende con el modelo contradictorio, es que no se pueda descompensar los equilibrios procesales, porque son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, y principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad o inocencia del acusado. Como muestra la relación entre el material instructorio y la prueba del juicio oral, donde las partes intervienen en las diligencias sumariales o instructoras, realizando actos de investigación y de prueba, para formar en su día la convicción del juzgador.

enjuiciamiento⁵⁸³. De entrada, parece que cuanto más cuantiosos sean los datos y resultados de los que se dispone, mayor será la ratio de acierto en nuestra decisión.

Es por todo ello que la solución para conseguir esta impermeabilidad de la fase de juicio oral con relación a conclusiones tóxicas de la investigación no pasa por ordenar a los órganos intervinientes que hagan oídos sordos a todo aquello que proviene de la fase de instrucción, ni que cierren los ojos ante realidades fácticas previas al juicio porque, mientras exista condición humana, eso será imposible. Si necesitamos jueces imparciales y acusadores neutrales, debemos partir de la realidad humana que les configura y del acontecer real del mundo y, tras ello, decidir cómo regular el proceso. Pues bien, en la tarea de articular un proceso penal imparcial queda patente la superficialidad del debate sobre la posibilidad de valorar las diligencias de investigación, porque existe un interrogante previo no resuelto, que es la propia necesidad de que esas diligencias de investigación existan con carácter previo a la apertura del juicio oral. Todo ello por el mismo motivo que lo anterior, si la función del juicio oral consiste en resolver una duda acerca de la culpabilidad del sospechoso, es bueno que esa duda exista realmente.

La investigación, la formación del acervo probatorio y el enjuiciamiento son parte de un todo, que es el proceso penal, y para que la división en fases procesales tenga sentido, es necesario que nos planteemos dónde y cómo cortar el alcance de una y empezar con la siguiente porque, de lo contrario, las fases posteriores devienen inútiles y repetitivas. Este fenómeno es, sin duda alguna, el que está sucediendo en relación con la fase de instrucción. La práctica de diligencias de investigación con todas las garantías procesales que las envuelven no es más que un anticipo del juicio oral y, en este sentido, no podemos alejarnos del pensamiento de los que afirman que, siendo así, es totalmente artificioso

⁵⁸³ LORCA NAVARRETE, Antonio María, “¿Jueces instructores o jueces inquisidores?”, *Revista Diario La Ley*, nº 7434, 29 de junio de 2010. El autor identifica esta línea de continuidad entre el material instructorio y el acervo probatorio, afirmando que el Juez de instrucción “no sólo realiza una actividad de búsqueda e investigación de los medios de prueba relativos al hecho punible y su presunto autor, sino que también, y al mismo tiempo, asume una actividad de formación de la prueba, que después se integra en el plenario o juicio con el fin de abanderar él mismo la acusación. Esa integración se posibilita a través de la lectura de los actos instructorios en el juicio, con lo que el resultado de la instrucción puede llegar a fundamentar la decisión final del proceso, siendo utilizados, esos actos, como *fuentes imparciales de prueba* y contribuyendo a formar la íntima convicción del Tribunal del plenario. Como consecuencia de todo este modelo de enjuiciar, la fase del juicio se convierte en una mera verificación de todo lo acaecido en la previa instrucción.”.

prescindir de ellas para formar la convicción del juzgador en la fase plenaria⁵⁸⁴. Sin embargo, ¿este anticipo es conveniente para el conjunto del proceso?

Nuestra actual regulación exige la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral y esto provoca la repetición de las diligencias de investigación en el juicio ante el Juez, hecho que genera dos problemas: el primero de ellos es la duplicidad en la práctica de diligencias y, por tanto, las dilaciones del proceso⁵⁸⁵. El segundo es la problemática que venimos tratando, es decir, las contradicciones en los resultados y la consiguiente inclinación de las partes acusadoras y del propio Juez por dar un valor preponderante a aquellas que indican mayor incriminación. Hemos visto que cuando esto sucede y se filtran en el juicio diligencias de investigación con carácter incriminatorio, por ejemplo, previas declaraciones autoinculpatorias de los acusados, la mente del juzgador sufre un revés difícilmente conciliable con la presunción de inocencia: el juicio se convierte en la posibilidad del acusado de revertir esa situación con pruebas que demuestren su inocencia, porque se hace enormemente difícil partir de la idea de que el acusado es, en principio, inocente. Hemos comprobado que, si no existiera prueba de cargo más allá de esas declaraciones previas, podría bastar la prueba testifical de los policías que las oyeron para entender desvirtuada la presunción de inocencia o la valoración de la contradicción del acusado entre las declaraciones del juicio y las autoinculpatorias anteriores, siendo el juez libre para otorgar a éstas mayor credibilidad que a aquellas y, por tanto, condenar al acusado.

2.3 La extracción prematura y sesgada de conclusiones

Otro riesgo, íntimamente relacionado con lo anterior, que se presenta en la propia fase de instrucción es la necesidad de buscar, a través de las diligencias de investigación,

⁵⁸⁴ ANTÓN Y ABAJO, Antonio, ‘Instrucción y sesgos cognitivos, ob. cit., pág. 4: “Basta señalar que, como ya se puso de manifiesto en otra ocasión, como consecuencia de una reiterada jurisprudencia constitucional, el principio contradictorio se ha instaurado con plenitud en la fase de instrucción, de modo que ésta no deja de ser un mero remedo del juicio oral, con el consiguiente riesgo de trasvase de la información obtenida al plenario.”

⁵⁸⁵ FUENTES SORIANO, Olga, “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes...” ob. cit., pág. 201.

conclusiones anticipadas sobre la culpabilidad. Hasta el momento hemos advertido que un exceso de diligencias de investigación no favorece la imparcialidad del enjuiciamiento en el plenario, porque difícilmente estas quedarán recluidas al ámbito de la instrucción. Pues bien, la causa principal de esta sobreabundancia de diligencias tiene mucha relación con la necesidad de obtener en esta fase previa una certeza sobre la culpabilidad. El valor incriminatorio que se otorga al sumario en la fase de juicio oral no es consecuencia únicamente de que los órganos de enjuiciamiento valoren inapropiadamente ese material, sino que ya existe una previa apreciación de éste como acervo indiciario suficiente para fundamentar una condena por parte de los órganos de la investigación. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la tarea que realizan los órganos de la instrucción está marcada por el contexto de la investigación criminal, en el cual estos sujetos no permanecen como espectadores de un debate contradictorio, sino que asumen un papel activo en la búsqueda de responsables penales de los hechos investigados, así como en la delimitación delictiva de los hechos. Esto tiene dos consecuencias fundamentales: la primera de ellas es el carácter prematuro de las conclusiones obtenidas por estos órganos y la segunda es el riesgo de que estas conclusiones presenten sesgos propios de la tarea investigadora.

La prematuridad de las conclusiones de la investigación se debe a la necesidad de que los órganos de instrucción planteen hipótesis alternativas y razonables sobre los hechos acontecidos, que permitan el avance de la investigación. Sin embargo, estas hipótesis no se formulan ante la totalidad del acervo probatorio, como ocurre en el contexto del juicio oral, sino que se plantean a la vista de los mínimos indicios de los que los órganos de investigación van teniendo conocimiento y, por tanto, sobre una visión limitada de la realidad. En esta etapa, los órganos de investigación no disponen de la totalidad de los elementos de convicción y muchas veces ni tan siquiera tienen la oportunidad de contrastar los indicios incriminatorios con aquellos datos exculpativos en posesión del acusado u otras fuentes de prueba que todavía no han salido a la luz. Las hipótesis, sin embargo, es necesario plantearlas y a medida que se van consolidando sobre nuevos indicios o sobre la falta de conindicios, es más complicado que los investigadores se desprendan de ellas o corrijan su dirección. Es entonces cuando se aprecia la presencia de sesgos del pensamiento que, al contrario de lo que puede pensarse, no implican mala intención por parte de los órganos de investigación sino simplemente su humanidad. Además, esta influencia de los sesgos no afecta únicamente a aquellos actores legos en

derecho, sino que también los más experimentados investigadores⁵⁸⁶ son propensos a los sesgos cuando piensan de forma intuitiva⁵⁸⁷. Los principales sesgos apreciables en esta etapa son dos: el heurístico de anclaje y ajuste y el sesgo de confirmación.

2.3.1 El heurístico de anclaje y ajuste

Siguiendo la definición que formularon al respecto TVERSKY y KAHNEMAN⁵⁸⁸, la palabra heurístico se refiere a una estrategia, deliberada o no⁵⁸⁹, que se basa en una evaluación natural para realizar una estimación o una predicción. Es un mecanismo automático del cerebro que permite simplificar la realidad, como si se tratara de atajos cognitivos⁵⁹⁰, para hacer asequible la toma de decisiones, puesto que tener en cuenta toda la información sobre una situación para tomar una decisión sería para un ser humano imposible en un plazo de tiempo razonable.

La presencia del heurístico de anclaje y ajuste es muy frecuente en las tareas de investigación y formulación de hipótesis, puesto que la situación en que puede producirse se ajusta perfectamente al contexto de la tarea investigadora. Este proceso mental se caracteriza por el hecho de que el sujeto realiza una estimación a partir de un valor inicial, que podemos llamar anclaje, y que continuamente va ajustando en la medida en que va obteniendo nuevos datos o información adicional. Los estudios que se han llevado a cabo en relación con este fenómeno demuestran que este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor

⁵⁸⁶ CORTADA DE KOHAN, Nuria, “Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones”, *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, n° 1 (2008), pág. 69.

⁵⁸⁷ ANTÓN Y ABAJO, Antonio, “Instrucción y sesgos cognitivos...”, ob. cit., pág. 4; MANDEL, Gregory N., "Patently non-obvious: empirical demonstration that the hindsight bias renders patent decisions irrational", 1st Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, *Ohio State Law Journal*, vol. 67 (2006), pág. 1391.

⁵⁸⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, “Extensional vs. intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment”, *Psychological Review*, vol. 90, n° 4 (1983), págs. 294-96. Accesible en:

<http://faculty.econ.ucdavis.edu/faculty/nehrling/teaching/econ106/readings/Extensional%20Versus%20Intuitive.pdf>

⁵⁸⁹ GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel, *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment* (Cambridge University Press: New York, 2002).

⁵⁹⁰ FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes, “Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales”, ob. cit., pág. 39.

distinto⁵⁹¹. De lo anterior se desprende que es muy frecuente que la valoración inicial acerca de una situación ejerza una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis posterior, y puede provocar errores que ni tan siquiera el sujeto es capaz de detectar.

Este heurístico, aplicado al campo de la tarea de investigación, permite estar precavidos acerca de las hipótesis que plantean los órganos de la instrucción, puesto que, así como tendemos a otorgar credibilidad a sus afirmaciones por la proximidad de éstos con los hechos acontecidos y los vestigios que se han recogido, del mismo modo es lógico sospechar de la construcción de tales hipótesis. Esta sospecha nace de saber que los datos iniciales sobre los que se construyeron las líneas de investigación pudieron condicionar de modo erróneo o desviado las consiguientes conclusiones de la investigación. En este sentido, se confirma en un gran número de casos que el itinerario al que da lugar una investigación iniciada por declaraciones autoinculpatorias de los sospechosos en sede policial o ante el Juez de instrucción, difícilmente acaba en hipótesis que se alejan de resultados incriminatorios. Nos interesa centrar el estudio en la investigación y, por tanto, no ahondaremos en este tema en sede de juicio oral, pero dejamos apuntado que, por extensión, este heurístico afecta también al tribunal enjuiciador cuando el primer contacto que éste tiene con el caso consiste en declaraciones fuertemente incriminatorias por parte de un compañero de profesión, el juez de instrucción que ha dirigido la instrucción.

2.3.2 *El sesgo de confirmación*

El sesgo de confirmación es un sesgo cognitivo que implica “la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma.”⁵⁹² Este sesgo se materializa en un error sistemático del razonamiento inductivo, que tiene como consecuencia que el sujeto muestra una tendencia irracional a buscar, interpretar o

⁵⁹¹ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, nº 2 (2011), pág. 5.

⁵⁹² *Ibid.*, pág. 8.

recordar aquella información que confirma sus hipótesis o intuiciones iniciales. Los órganos de investigación son propensos a sufrir este sesgo del pensamiento, puesto que su tarea principal, consistente en la recopilación de evidencia es uno de los campos en los que la psicología del pensamiento ha encontrado una mayor influencia de este error cognitivo. Los órganos de la investigación avanzan planteando hipótesis sobre los indicios que van recabando y la información que sale a la luz tras las diferentes diligencias de investigación. La existencia de este sesgo provoca, por una parte, que los indicios que se encuentren que sean de signo contrario o poco compatibles con las hipótesis planteadas tengan poca fuerza para corregir o modificar las conclusiones a las que los investigadores han llegado y, por otra parte, que éstos identifiquen con mayor dificultad los indicios o datos que desdican dichas hipótesis. Los investigadores con formación pueden alejarse en gran medida de este sesgo intentando hacer un ejercicio creativo de formulación de hipótesis alternativas en cuanto los nuevos indicios permitan el planteamiento de versiones divergentes.

La disminución de este sesgo, por tanto, requiere de un esfuerzo por parte del investigador que se ve enormemente reducido cuando la parte que lleva a cabo la investigación y formula las hipótesis sobre los hechos está interesada especialmente en la versión incriminatoria de los hechos, por ejemplo, en el caso de las acusaciones particulares. Cuanto mayor interés tenga el órgano de investigación en asumir un papel neutral, mayor será la posibilidad de que se aleje de este sesgo en la dirección de la investigación. Es necesario, en este sentido, que cuando se plantea que la Fiscalía se convierta en el órgano director de la instrucción, se detalle un plan de regulación y formación específica de este órgano para que deseche de una vez, en la teoría y en la práctica, la función de órgano primordialmente acusador que se le atribuye. Pese a ser éste un defecto popular de entendimiento de la Fiscalía, no se aleja de la realidad la afirmación de que, en numerosas ocasiones, se advierte por parte del Ministerio Fiscal un interés en el éxito de la acusación que permite sospechar del ojo crítico con el que éste debería valorar las conclusiones de las diligencias de investigación.

2.3.3 Mención al sesgo retrospectivo

La aplicación del sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)⁵⁹³ en el campo de las decisiones judiciales se ha estudiado principalmente en materia de patentes⁵⁹⁴, ámbito en el que, además, ha tenido reflejo jurisprudencial⁵⁹⁵. También se le conoce con el nombre de sesgo *a posteriori* y, como explica ALONSO GALLO es “un fenómeno que se produce cuando se conocen, al valorar determinados hechos pasados, las consecuencias de los mismos, y consiste en la tendencia a considerar, a partir del conocimiento de dichas consecuencias, que las mismas eran más probables o previsibles de lo que lo eran realmente.”⁵⁹⁶ Como consecuencia de este sesgo, en el momento en que el sujeto conoce el resultado, sufre una especie de cambio de perspectiva en la cual el resultado le parece inevitable, es decir, el sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado. Este sesgo conecta, en realidad, con el fenómeno según el cual, una vez tenemos a disposición mayor cantidad de información, se hace enormemente complicado valorar una situación obviando completamente esa información y, por tanto, es difícil valorar los hechos retrotrayéndonos al momento en que no disponíamos de esa información. Los diferentes estudios sobre este sesgo han demostrado que es muy difícil escapar de este error cognitivo, principalmente porque somos muy poco capaces de detectar la influencia que tiene sobre nosotros. En este sentido, podría resultar que un Juez que denegó una medida cautelar en la fase de instrucción en vista de los datos e información de los que disponía en ese momento, considere posteriormente, cuando la protección de determinado bien ha sido frustrada, que el error fue consecuencia de una incorrecta apreciación de los datos que valoró. Esto se produce porque, a la vista de los nuevos datos, el resultado se le presenta como más necesario de lo que en el momento era posible percibir.

⁵⁹³ Tiene su origen en un trabajo de investigación del psicólogo Baruch Fischhoff, que publicó en 1975 un artículo titulado “Hindsight vs foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty.”

⁵⁹⁴ MANDEL, Gregory M., “Patently non-obvious: empirical demonstration...”, ob. cit., págs. 1391 y ss.

⁵⁹⁵ SAP Barcelona, Secc. 25ª, de 30 de octubre 2009; Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Graham v. John Deere Co.*, de 1966. Sentencias citadas en MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La influencia de los sesgos cognitivos...”, ob. cit., pág. 7.

⁵⁹⁶ ALONSO GALLO, Jaime, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, *Indret, revista para el análisis del derecho*, nº 4 (2011), pág. 15.

A pesar de que no se trata estrictamente de la misma situación, estos estudios sobre el sesgo retrospectivo o *a posteriori* nos permiten deducir que el conocimiento por parte del Juez de ciertas diligencias de la instrucción de las que no puede hacer uso para enjuiciar pueden tener un efecto determinante en la valoración que éste realice sobre el resto de los medios de prueba. Como vimos cuando analizábamos la jurisprudencia sobre valoración de las diligencias de investigación, puede suceder que, una vez el Juez tiene conocimiento de declaraciones contradictorias de los acusados o de ciertos resultados de las diligencias de investigación, el valor incriminatorio que otorgue a los medios de prueba realmente válidos –que suelen llamar complementarios– sea más elevado que el que les hubiera otorgado si no hubiera tenido conocimiento del resultado de aquellas diligencias. La existencia de este sesgo es, por tanto, un argumento en apoyo para que se impida radicalmente que aquellas diligencias o datos que el Juez no pueda usar en su razonamiento probatorio, lleguen a su conocimiento, sea por la vía que sea.

2.4 La imagen de imparcialidad del órgano instructor

Otro factor que contribuye a esta inadecuada valoración del resultado de las diligencias de investigación es la capa de imparcialidad y neutralidad que envuelve a la figura del juez de instrucción. En el análisis jurisprudencial que hemos expuesto anteriormente ha quedado de manifiesto que la presencia del Juez instructor en determinadas diligencias de investigación es uno de los requisitos para que tales diligencias puedan ser valoradas en fase de juicio oral como pruebas de cargo, siempre y cuando haya existido contradicción. Es decir, la presencia del Juez instructor aporta una cierta seguridad sobre la validez de los resultados obtenidos en la fase previa al juicio oral, que es también consecuencia de las notas que, en nuestro ordenamiento y en todos los de nuestro entorno, se asocian a la figura judicial y a la función jurisdiccional. Sin embargo, lo cierto es que la función que desempeña el Juez instructor en la fase previa al juicio oral, siendo exigible que sea neutral, no es imparcial ni se ve exenta de los sesgos antes señalados.

Es bien conocida la STC 145/1988, de 12 de julio de 1988, que declaró parcialmente inconstitucional la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento oral de

delitos dolosos, menos graves y flagrantes⁵⁹⁷, porque otorgaba al Juez de instrucción competencia para juzgar determinados delitos de menor gravedad. La sentencia anunció la incompatibilidad de funciones de instrucción y enjuiciamiento en un mismo juez, con el siguiente razonamiento:

“...la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, pueden provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar la imparcialidad que le es exigible (...). En un sistema procesal en el que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existen (...). Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de hacer estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que pueda hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones o prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”.

La doctrina se ha encargado de explicar ampliamente la imparcialidad implícita en la tarea de instrucción y ha destacado con acierto la inusual misión de los jueces de instrucción en el marco de su función jurisdiccional, recogida en el art. 117.3 CE.⁵⁹⁸ La constante

⁵⁹⁷ BOE núm. 280, de 21.11.1980

⁵⁹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”: “la investigación, como tal, no es ejercicio de la jurisdicción. El que investiga no juzga, sino que más bien *prejuza*”; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 261 (1996): “instruir no es juzgar, ni hacer ejecutar lo juzgado ni, en fin, proteger derechos fundamentales o inclusive no fundamentales —meramente procesales— de las personas, salvo en casos muy concretos, supuestos en los que sí tendría que intervenir un órgano jurisdiccional; instruir es más bien una actividad policial investigadora, encaminada al esclarecimiento de los hechos para poder constatar *prima facie* si hay apariencia de delito...”; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, y otros, “Derecho Jurisdiccional (III)”, pág. 124: “la atribución de la fase de investigación al Juez de Instrucción se “podría entender que es consecuencia de los arts. 117.3 y 24.1 CE, pero este fundamento constitucional no es absolutamente claro, pues lo constitucionalmente ordenado es que el proceso y la sentencia, es decir, donde se ejerce la función jurisdiccional realmente, donde se juzga, sea realizado y dictada por un Juez...”; DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, “La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación

intención de despojar al Juez instructor de las tareas de investigación y, por tanto, de abolir esta figura, responde a motivaciones de diverso tipo, pero en este caso nos interesa acoger dos razones principales. La primera de ellas es la ya citada apariencia de imparcialidad del Juez, que provoca que las conclusiones a las que éste llega y que expone en ciertos actos procesales durante la instrucción y, especialmente en el procesamiento y en la conclusión del sumario, se acojan con una excesiva presunción de veracidad. En segundo lugar, el papel para el que son formados los jueces les orienta al enjuiciamiento, es decir, a la valoración de aquello que tienen entre manos y a la motivación de sus conclusiones. De este modo, en numerosas ocasiones los jueces instructores prolongan la instrucción innecesariamente por propio afán de exhaustividad en las conclusiones de la investigación. De un modo muy claro expone este peligro GIMENO SENDRA⁵⁹⁹ cuando afirma que “uno de los factores que puede explicar las dilaciones en la fase de instrucción lo constituye un factor psicológico consistente en el temor del juez de instrucción a que el sumario le sea revocado por la Audiencia, lo que le induce a ser exageradamente exhaustivo en la inclusión de material probatorio y a admitir todas las diligencias que propongan las partes”, deseo de exhaustividad que afirma que no sufriría el Fiscal.

Lo cierto es que el Fiscal podría sufrir también de este defecto de exhaustividad en la práctica de diligencias y, de hecho, su encaje en el proceso, más semejante a la de una parte, le podría llevar a la necesidad de fundamentar excesivamente sus hipótesis. Sin embargo, la dirección de la instrucción por éste facilitaría que no se diera a sus actuaciones más credibilidad que la que pudiera probar en el juicio, admitiendo de base que la tarea investigadora que ha llevado a cabo y el papel acusador que éste ostentará en sede plenaria le convierte en nada más que en una parte del proceso, independiente por su encaje institucional, pero debilitada en su imparcialidad. Las diligencias llevadas a cabo por el Fiscal o ante éste carecen con mayor facilidad de la capa garantista que actualmente permite que todo aquello practicado ante el Juez instructor sea admisible prácticamente sin cuestionamiento alguno. A esta desmesurada atención a las diligencias

del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y futuro”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, IV (1999), pág. 62: “el Poder Judicial tiene a su cargo, con carácter exclusivo y excluyente, juzgar y ejecutar lo juzgado, “nada menos, pero nada más”; entre muchos otros.

⁵⁹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., doc. electrónico, CENDOJ, pág. 5.

de investigación se refiere LÓPEZ BARJA DE QUIROGA como *hipervaloración de las diligencias de investigación* realizadas durante la instrucción, destacando que se trata de uno de los motivos por los cuales se confunden con frecuencia los actos de investigación y los actos de prueba en el proceso penal, ya que se trata de una “consecuencia directa del sistema”. Explica el autor que “en tanto en cuanto al Juez de Instrucción se le atribuyan competencias en orden a la recogida de “pruebas” será muy difícil que, posteriormente, no surjan interpretaciones que propugnen la apreciación de las mismas (...) basándose precisamente en el hecho de que fueron obtenidas a presencia judicial”.⁶⁰⁰

Como iremos exponiendo, la mera sustitución del Juez instructor por el Fiscal en las tareas de dirección de la instrucción no es ni mucho menos el fin de este proceso de mejora. Si esto fuera así, caeríamos de nuevo en una reforma superflua de nuestro ordenamiento procesal⁶⁰¹. Es necesario meditar, seguidamente, sobre la tarea que este Fiscal debería desempeñar porque, si se limita a coger el relevo de nuestro Juez instructor en una instrucción sustancialmente idéntica a la actual, las fallas del sistema serían indudablemente las mismas u otras peores.

3. LA TRANSFERENCIA DE CONCLUSIONES INculpATORIAS ENTRE ÓRGANOS INTERVINIENTES

3.1 La competencia investigadora de la policía

En nuestro actual ordenamiento procesal, la tarea de investigación no está asignada de manera exclusiva a un solo cuerpo de la Policía, ni tan siquiera a un solo órgano oficial⁶⁰².

⁶⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho procesal*, 5ª ed. (Aranzadi Thomson Reuters: Cizur Menor, 2012), págs. 590-591.

⁶⁰¹ MORENO CATENA, Víctor, “El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, nº 32 (2005), pág. 82: “No se trata de reproducir los esquemas procesales vigentes, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que históricamente ha regido en la Europa continental por más de un siglo. De otra manera, la reforma no supondría más que modificar la ubicación y el centro de imputación de los males que aquejan al actual modelo de proceso penal, pero poco o nada se habría avanzado”

⁶⁰² ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano Jacinto, “Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa”, *Revista de derecho UNED*, nº 25 (2019), pág. 176.

Esta tarea de indagación en relación con el delito la comparten de un modo asimétrico los jueces instructores⁶⁰³, la Fiscalía⁶⁰⁴ y la Policía Judicial, nutrida de diferentes cuerpos policiales. En principio, como hemos podido ver hasta ahora, los jueces instructores tienen formalmente el monopolio de la tarea investigadora en la fase de instrucción judicial, entendiendo, eso sí, que esta investigación es algo más parecido a una supervisión que una verdadera indagación fáctica, porque la cuestión sobre quién lleva a cabo esta última es mucho más ambigua, como veremos a lo largo de los siguientes epígrafes.

Así pues, aunque la fase de instrucción judicial esté encomendada al Juez instructor, el ordenamiento procesal, en normas de diferente rango y condición, otorga también al Ministerio Fiscal⁶⁰⁵ y a la Policía Judicial tareas de investigación autónoma fuera del ámbito de supervisión de la autoridad judicial, en sede preprocesal. De este modo, encontramos que la policía puede llevar a cabo de propia autoridad determinadas actuaciones y diligencias de investigación, que la ley denomina diligencias de prevención, por su carácter de urgencia y necesidad⁶⁰⁶. La necesidad de realizar de forma autónoma estas diligencias policiales estriba en el riesgo de desaparición de los efectos, instrumentos o pruebas del delito, de modo que la demora que supondría la comunicación a un órgano judicial pondría en peligro la efectiva persecución del delito por parte de las autoridades. En todo caso, y según el art. 295 LECrim, la policía no dejará transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, de manera que no existe norma alguna que ampare una investigación autónoma superior a este lapso de tiempo por parte de la autoridad policial.⁶⁰⁷

⁶⁰³ Art. 306.1 LECrim: “Conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior, los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente.”

⁶⁰⁴ Arts. 282 bis, 284, 288, 289, 295, 296 y otros LECrim atribuyen la competencia a la Fiscalía para ordenar y supervisar diligencias de investigación.

⁶⁰⁵ Anteriormente (vid. cap 2, epígrafe 1.2.1.1.1) nos hemos ocupado de resaltar las competencias de investigación atribuidas al Ministerio Fiscal que, en el caso de que se lleven a cabo, tienen carácter de previas y complementarias de la investigación judicial.

⁶⁰⁶ Según se desprende de la lectura integrada de los arts. 282, 284, 286 y 295 LECrim.

⁶⁰⁷ Fuera del caso del art. 284.2 LECrim. Vid. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 22 (2010), pág. 15.

Las actuaciones policiales pueden enmarcarse en dos situaciones o contextos diferentes: la ya citada investigación autónoma policial, que sucede con anterioridad a que la Fiscalía o la autoridad judicial tengan conocimiento de ésta; y las actuaciones o diligencias de investigación que la policía lleva a cabo bajo el mandato de estos órganos oficiales y, por tanto, en sede de diligencias preliminares⁶⁰⁸ o propiamente en el marco de una instrucción judicial⁶⁰⁹. Este despliegue de la actuación policial en fases anteriores y simultáneas al proceso penal es un fenómeno común en el derecho comparado, pues, aunque la intervención preceptiva del Ministerio Público –en la mayoría de los casos de nuestro entorno- se lleve a cabo con más o menos anterioridad, siempre existe una primera actuación policial de prevención, conectada con la tarea de seguridad ciudadana y asistencia urgente en casos de que ésta se vea amenazada. Cosa distinta, sin embargo, es que, una vez se han llevado a cabo estas diligencias de prevención, la policía pueda empezar una tarea de investigación autónoma.

Los arts. 770 y 796 de la LECrim, permiten una mayor concreción sobre la tarea policial, y disponen que la policía, en esta primera intervención, puede realizar diligencias como levantar acta de constancia documentando fotográficamente o a través de otros medios oportunos todo aquello que pueda desaparecer; recoger y custodiar los instrumentos y pruebas del delito; recabar los datos de cuantos fueren testigos e incluso retener el permiso de conducir de la persona a la que se impute el hecho; practicar controles de alcoholemia; citar a imputados, víctimas y testigos para el caso de juicios rápidos y, también, enviar muestras de sustancias intervenidas para su análisis. Se trata de diligencias de investigación que en muchos casos se introducirán en la vista oral por medio de la institución de la prueba preconstituida, como hemos visto anteriormente.

La función de investigación de la policía judicial es indiscutible, puesto que la Ley le atribuye la tarea de esclarecer los hechos presuntamente delictivos e identificar al delincuente⁶¹⁰. Sin embargo, algunas de las medidas de indagación necesarias para ello suponen, como es bien conocido, vulneración de derechos fundamentales de las personas,

⁶⁰⁸ Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial y Circular 4/2013 FGE sobre las diligencias de investigación.

⁶⁰⁹ GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Albert, *Las diligencias policiales...*, ob. cit., pág. 33.

⁶¹⁰ Art. 11.1.g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

que no pueden ser mermados por la decisión autónoma de órganos administrativos, sino que precisan de una previa ponderación de los derechos e intereses en juego por parte de una autoridad judicial. Como veremos, el hecho de que las actuaciones policiales requieran de indudable control por parte de autoridades con formación jurídica como jueces o fiscales ha desdibujado los contornos de esta atribución de la investigación del crimen, que se ha trasladado por extensión a estas autoridades. Se confunden fácilmente, en la práctica, las tareas de ejecución de la investigación, dirección de la investigación y supervisión de la investigación. Este fenómeno ha dibujado un complejo mapa de competencias sobre la fase previa al juicio oral, teóricamente sostenido sobre el papel de la ley y demás normas que intentan clarificarlo, pero difícilmente manejable en la práctica de la investigación criminal.

3.1.1 Configuración y carencias de la Policía Judicial

El estudio de la estructura y funciones de la policía judicial se aparta del objeto de esta monografía, sin embargo, reseñaremos brevemente su origen y actual regulación para destacar algunas disfunciones y carencias de las que adolece y cuya solución permitiría un mejor encaje de sus tareas en la fase previa al juicio oral. Como podemos leer en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2008⁶¹¹, el origen del concepto de policía judicial se vincula al desarrollo del Estado de derecho, y especialmente a la Constitución de 1978. El primer cuerpo policial dotado de mayor especialización y estabilidad en el territorio español fue la Guardia Civil, cuya creación data de 1844⁶¹². Su origen y desarrollo responde a una tendencia generalizada en el entorno europeo y de influencia norteamericana⁶¹³, que pretendía el desarrollo de cuerpos especializados en la protección y seguridad ciudadana, desapoderando progresivamente a la ciudadanía común de la

⁶¹¹ Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial.

⁶¹² Decreto de 28 de marzo de 1844. Gaceta de Madrid, nº 3.486, 31-3-1844. TURRADO VIDAL, Martín. *La Policía en la historia contemporánea de España, 1766-1986*. 2a ed., (Madrid: Ministerio del Interior, Dykinson 2000), pág. 56.

⁶¹³ VOGLER, Richard, “La perspectiva angloamericana sobre la policía y el Estado de Derecho. Implicaciones para Latinoamérica” en AMBOS, Kai; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; VOGLER, Richard, *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá, 2003), págs. 16-17.

función de autoorganización en defensa principalmente de la propiedad privada y otros asaltos⁶¹⁴. Este cuerpo de policía es anterior a la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 y en su origen no estaba concebido como un cuerpo con tareas de investigación y descubrimiento del delito, sino más bien de protección de los ciudadanos.

El concepto de policía judicial se acuñó más tarde en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, en cuyo Libro I, Título III, se podía leer “De las autoridades competentes para instruir el sumario, y de la policía judicial”, término que unos años más tarde se acogió en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. La regulación procesal de esta institución, sin embargo, no significó una efectiva existencia de un cuerpo de policía dependiente de la administración de Justicia y con tareas especializadas en la investigación criminal, puesto que el primer Cuerpo de Policía Judicial no se creó hasta la Real Orden de 19 de septiembre de 1896⁶¹⁵. Además, se preveía solo para Madrid y Barcelona, y principalmente como una acción gubernamental con el objetivo de investigación y prevención de atentados anarquistas con explosivos, sin verdaderas atribuciones de asistencia general a los Tribunales.⁶¹⁶

En cuanto a su regulación, pese a tener una importancia vital en la fase de investigación del proceso penal, la encontramos únicamente en los artículos del 282 al 298 de la LECrim, en el Título III del Libro II, sin perjuicio de que a lo largo del articulado de la Ley se le vayan atribuyendo tareas investigadoras más concretas en función del procedimiento del que se trate. Por otro lado, la previsión constitucional de este cuerpo se halla en el art. 126 CE⁶¹⁷, que establece su dependencia funcional de la Administración de Justicia; mientras que el art. 104.1 CE puntualiza su dependencia del Ministerio del

⁶¹⁴ MERKEL, Laura, *Derechos humanos e investigaciones policiales: una tensión constante* (Marcial Pons: Madrid, 2022).

⁶¹⁵ Gaceta de Madrid, núm. 264, 20 de septiembre de 1896 y Real Orden de 7 de octubre de 1896, Gaceta de Madrid, núm. 285, 11 de octubre de 1896, que dispone la organización e inicio de funciones de la policía judicial para el 1 de noviembre del 1896.

⁶¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal... ob. cit., pág. 54.

⁶¹⁷ “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.”

Interior a nivel orgánico⁶¹⁸. La encontramos también enunciada en la LOPJ⁶¹⁹ en la que vuelve a destacarse la dependencia a nivel funcional respecto a los tribunales y al Ministerio Fiscal. Finalmente, su desarrollo más extenso debemos buscarlo en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en el Real Decreto Legislativo 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. De toda la regulación anterior se desprende, en resumen, que en España constituyen este cuerpo tanto miembros de la Policía Nacional como miembros de la Guardia Civil⁶²⁰, siendo, en cambio, los cuerpos de Policía autonómicos y locales simples colaboradores de la Policía Judicial (art. 29 LOFCS).⁶²¹

Queda patente, por tanto, que la delicada tarea de investigación de los delitos está siendo asumida todavía por miembros de todos los cuerpos de policía, que participan de estas labores bajo la consideración de Policía Judicial genérica⁶²². A la vez, existen también unidades orgánicas que conforman la policía Judicial propiamente, formadas por miembros más especializados, y algunas de las cuales conocidas como policía científica,

⁶¹⁸ Esta dependencia dual se eliminó en el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, que en su art. 80 preveía que la policía quedara integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal, pudiendo la Fiscalía General del Estado dictar las circulares e instrucciones de funcionamiento. Sin embargo, se mantuvo el modelo actual en el Anteproyecto de LECrim del año 2011, que ha sido también el que se ha acogido en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, opción que razona en la Exposición de Motivos ap. XX, del siguiente modo: “Hoy en día, no puede hacerse una división absoluta de las actividades policiales de seguridad pública y de investigación criminal, pues las fuerzas policiales han de dar una respuesta coordinada a la delincuencia, como perturbación de la seguridad ciudadana, tanto desde el punto de vista preventivo como represivo (...) En tal sentido, la noción de Policía Judicial que se establece en la presente ley es, de acuerdo con lo que ya se propuso en el Anteproyecto de 2011, puramente funcional. De ahí que se aluda simplemente a su ejercicio ordinario por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal.”.

⁶¹⁹ Art. 547 LOPJ: “La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.”.

⁶²⁰ Arts. 2 y 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

⁶²¹ GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Albert, *Las diligencias policiales...* ob. cit., pág. 50.

⁶²² El art. 1 RD 769/1987, de 19 de junio, establece que: “Las funciones generales de Policía Judicial corresponden a todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, en la medida en que deben prestar la colaboración requerida por la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal en actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento y aseguramiento de delincuentes, con estricta sujeción al ámbito de sus respectivas competencias, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 283 de la LECrim.”.

por su grado de especialización técnica.⁶²³ Sin embargo, estas unidades están formadas por los mismos miembros que las anteriores y dependen también de la Administración de Justicia únicamente a nivel funcional, en ausencia, por tanto, de una clara diferenciación.

Más de un siglo después de las primeras previsiones legales, sigue sin haberse alcanzado la consolidación de un cuerpo de Policía Judicial especializado en investigación criminal⁶²⁴ y existen todavía dos tareas pendientes: la formación de un cuerpo de Policía Judicial independiente del resto de Fuerzas de Seguridad del Estado, con una entidad orgánica propia, y no únicamente funcional⁶²⁵; y la unificación de su regulación en un cuerpo legislativo que establezca con claridad cuáles son sus funciones y los protocolos a seguir en su actuación⁶²⁶, actualizando puntos clave como el régimen de la cadena de custodia o el uso de medios de investigación que se han introducido recientemente a partir del desarrollo de nuevas tecnologías de seguimiento y geolocalización⁶²⁷, entre otras.

⁶²³ En la Instrucción 1/2008 FGE, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial se reconoce esta diferenciación. La doctrina también sostiene esta dualidad, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. (AA.VV.), *Derecho procesal penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 8ª ed. (2007) pág. 106, citado en GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Albert, *Las diligencias policiales...* ob. cit., pág. 47; RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº. 22 (2010), pág. 14.

⁶²⁴ ALONSO PÉREZ, Francisco, “Intervención de la Policía Judicial en el nuevo procedimiento abreviado”, *Diario La Ley* nº. 5936, 20 de enero de 2004, pág. 10; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, “El nuevo juicio de faltas regulado por la Ley 38/2002 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Diario La Ley*, nº. 5682, 23 de diciembre de 2002, pág. 6; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (AA.VV.), *Derecho procesal penal*, 8ª ed. (Ed. Univeritaria Ramón Areces, 2007), pág. 66; DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “La aportación científico-policial al proceso penal (El proceso del 11 M sin Guantánamo)”, *Diario La Ley*, nº. 7027, Sección Doctrina, 6 octubre 2008, pág. 2; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., págs. 249 y ss.; y del mismo autor “La reforma de la LECrim y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial XIX: *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, CGPJ (2006), págs. 89 y 90; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, *¿Quién controla a los controladores? Policía, justicia y control democrático* (Ed. Base: Barcelona, 2013), pág. 129.

⁶²⁵ El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, siguiendo el modelo adoptado por el Anteproyecto de 2011, sigue sin atribuir esta exclusiva dependencia orgánica a la policía Judicial, consolidando la dependencia dual.

⁶²⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal... ob. cit., pág. 54.

⁶²⁷ El desarrollo y método de empleo en la práctica de estas diligencias, así como la introducción en el proceso de sus resultados, se han ido desarrollando principalmente mediante instrucciones de la Fiscalía General del Estado, aunque todavía se refieren en gran medida a las tradicionales diligencias de investigación. Vid. *Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización* y *Circular 3/2019, de 6*

3.1.2 *El sesgo incriminatorio de la actuación policial*

El hecho de que no exista un cuerpo de policía judicial con entidad orgánica propia y autonomía respecto al resto de cuerpos de seguridad facilita que los miembros que tienen participación en estas actuaciones de investigación se conduzcan bajo la influencia de convicciones y tendencias propias de tareas cercanas a la prevención de delitos y la búsqueda de la seguridad ciudadana. Este fenómeno ha sido destacado por RAMÍREZ ORTIZ⁶²⁸ como un motivo de disfunción y falta de entendimiento en la relación entre la policía judicial y los jueces que dirigen o supervisan las investigaciones criminales. Destaca este autor que los impulsos investigadores de la policía y de los jueces suelen tener direcciones opuestas: mientras que el juez tiende a concretar y delimitar el ámbito objetivo y subjetivo de la causa, la policía tiende a expandirlo. Esto se debe a que el interés subyacente de la policía se encuentra en la eliminación del fenómeno delictivo, hecho que puede implicar la necesidad de aumentar las indagaciones y ampliar el ámbito de la sospecha y de la investigación⁶²⁹. Sin embargo, al juez o al Ministerio Público, que será quien deba formular la acusación, les interesa la obtención de indicios manejables que permitan esclarecer la participación del sujeto contra el que se dirige el proceso penal, a la vez que la búsqueda y aseguramiento de medios de prueba lícitamente obtenidos y que puedan hacer valer en el juicio oral para aportar hechos al proceso y fundamentar la hipótesis incriminatoria. Los primeros, por tanto, centran toda su atención en el hecho delictivo, mientras que los otros, en principio, actúan siendo más conscientes del marco procesal en el que se encuentran y de los intereses del proceso en su conjunto.

de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

⁶²⁸ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Jueces y policías...”, ob. cit., pág. 19 y ss.

⁶²⁹ De los estudios que hemos realizado de la práctica forense, confirmamos que, en ciertas causas en las que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial muestran pasividad y conformismo con las actuaciones policiales, el objeto de éstas tiende a expandirse, sobre todo en relación con el ámbito subjetivo. De este modo sucede que, a lo largo de la instrucción, que puede alargarse desproporcionadamente, se van imputando cada vez más sujetos y seguirían imputándose si las defensas no instaran recurrentemente la conclusión del sumario. Por otra parte, puede suceder que, en algunos casos en que existe especial presión mediática o una mayor especialización de los fiscales -como en causas de corrupción o fraudes económicos-, las autoridades que dirigen la instrucción adquieran este rol propio de los agentes policiales, confundiendo su tarea y alargando al máximo la investigación. Este fenómeno no hace más que perjudicar su imagen de neutralidad, puesto que esta dilación excesiva de la instrucción acaba manifestando su compromiso con la adquisición de todos los elementos que puedan fundamentar la acusación, o su negativa a sobreseer el caso por evidente falta de indicios incriminatorios.

En segundo lugar, la necesidad de la policía judicial de encontrar al responsable de los presuntos hechos delictivos, le lleva a dirigir sus investigaciones con una clara tendencia incriminatoria. Cuando la policía se encuentra ante la posible comisión de un hecho delictivo, suele proyectar la investigación desde la asunción de que el hecho se ha cometido y existe un responsable del suceso que debe ser descubierto. En el caso de que el sujeto esté identificado, el cometido será el de perseguir indicios que permitan reconstruir un relato verosímil y dar una explicación plausible de los hechos. Algunos autores han destacado que esto no debería ser así⁶³⁰, debiendo la policía judicial centrar sus esfuerzos en recolectar indicios de modo neutral, sin extraer excesivas conclusiones acerca de la culpabilidad o inocencia de los sospechosos, que debe quedar en manos de los órganos con formación jurídica encargados de interpretar todo el material recogido. Si bien nos parece correcta esta postura en la medida de lo posible, no puede obviarse que la labor policial consta de un sesgo incriminatorio necesario, pues sin el previo despliegue de sospechosos y sin la elaboración de posibles hipótesis sobre el delito, que escapan a la regla general de la presunción de inocencia, sería prácticamente imposible comenzar una investigación criminal y dirigirla de modo que pueda aportar indicios sobre el crimen. Solamente partiendo de la teoría de que el delito se ha cometido, es factible plantear todas las hipótesis posibles y proyectar sobre el terreno los eventuales indicios o rastros que el delito hubiera dejado, con la finalidad de dirigirse en su búsqueda para comprobar su existencia.

La labor policial de investigación, por tanto, parte o debería partir de un amplio abanico de teorías que da por válidas, para acabar centrándose en aquella que cuenta con más elementos de apoyo sobre el terreno. Si nos fijamos, este proceso sigue un esquema inverso al que sigue el Juez que debe enjuiciar los hechos. Así, el juzgador parte de las pruebas que fundamentan una sola teoría incriminatoria –la presentada por la acusación– y comprueba que, a partir de éstas, no puedan construirse otras hipótesis razonables que expliquen los hechos⁶³¹, desvirtuando de este modo la fuerza incriminatoria de la inicial

⁶³⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal...”, ob. cit., pág. 55.

⁶³¹ NIEVA FENOLL, Jordi, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, nº 1 (2016), pág. 15: “La manera de conjurar ese riesgo es que el juez siga recordando la presunción de inocencia, y antes que dejarse llevar por el ímpetu probatorio de cargo del fiscal, o incluso por una declaración pobre del reo, piense que las cosas pueden haber sucedido de modo distinto. Es decir,

hipótesis planteada por la acusación. La realización de este ejercicio es fundamental para que la presunción de inocencia no quede socavada tras el despliegue de las teorías inculpativas y la formulación de la acusación.

Esta necesidad de mantener en pie la presunción de inocencia a lo largo del proceso no es un capricho democrático, sino que tiene fundamento en la propia necesidad de construir un proceso cognitivo lo más cercano posible a la imparcialidad de quien debe juzgar, pues, como hemos visto anteriormente⁶³², la labor de investigación y sus resultados pueden estar desviados de la verdad de los hechos a causa de los sesgos propios de este cometido. Es necesario, por tanto, que nos acerquemos a ella con cautela, sin asumir de ningún modo las hipótesis formuladas, y que, por tanto, lo haga quien no tenga ninguna vinculación ni interés en la fase previa de investigación, ni tan siquiera por el hecho de haber confirmado su suficiencia en la causa que se está conociendo.

3.2 El desarrollo y transferencia de las hipótesis policiales

Por el contenido y orientación de su formación, así como las tareas que llevan a cabo en la práctica y el terreno sobre el que éstas se desarrollan, queda claro que está en manos de la policía judicial u otros cuerpos de policía auxiliares la ejecución de las diligencias de investigación, así como la construcción de hipótesis y la proyección de éstas sobre concretas estrategias de indagación de los hechos⁶³³. El aumento del protagonismo policial en la investigación criminal sucede en todos aquellos países en los que existe un cuerpo de policía con funciones en este ámbito, con independencia de la naturaleza jurídica que se atribuya a la investigación, quién sea el órgano que dirige la instrucción o su grado de implicación en dicha indagación, siendo esto último, en realidad, uno de los

contemple la hipótesis de la inocencia. Esto es, que no solamente tenga en cuenta posibles explicaciones alternativas a la hipótesis de culpabilidad, sino que también tome en consideración que la hipótesis concreta que defiende el reo puede ser cierta.”

⁶³² Vid. Cap. 3, § 2.2.3.

⁶³³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 41 (2018), pág. 169: “Quien investiga realmente es la Policía, no la Fiscalía ni mucho menos el Juez Instructor, y es esta institución la que hay que regular y controlar”.

elementos más decisivos para valorar las diferencias entre ordenamientos en la etapa instructora.

Este fenómeno, por tanto, ha sido reconocido indiscutidamente en los sistemas de *common law*⁶³⁴, de los que se predica un sistema de proceso penal adversarial. Aunque en la práctica existen órganos de persecución oficial cuyo cometido se desarrolla en esta fase⁶³⁵, la concepción adversarial del proceso permite que se reconozca sin tapujos que la etapa previa al juicio oral es una etapa mayormente de carácter policial, orientada a la elaboración y justificación de los intereses de las partes⁶³⁶, siendo uno de ellos la acusación, y dejando en segundo plano la neutralidad en el proceso de indagación⁶³⁷.

En los ordenamientos más cercanos al *civil law*, en cambio, la adopción del sistema acusatorio está acompañada de cautelas garantistas que imponen la necesidad de dar mayor presencia a órganos de matiz neutral en la fase previa al juicio. Con todo ello, esta presencia no supone la eliminación de los enormes poderes de orientación de la investigación que ostenta la policía, aunque exista cierta resistencia a reconocerlo explícitamente. Así, por ejemplo, en el sistema alemán es la Fiscalía la que “ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (§ 163 StPO), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas

⁶³⁴ El presente análisis se centra en Estados Unidos, Reino Unido y Holanda.

⁶³⁵ HAWSER, Louis; WIGODER, Basil; JUSTICE: The prosecution process in England and Wales (London: Justice educational and research trust, 1970) pp. 4-6; LANGBEIN, John H., ‘The origins of public prosecution at common law’, *The American Journal of Legal History*, 17.no 4 (1973), pp. 315 y ss.

⁶³⁶ JÖRG, Nico, et al., “Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?”, en FENNELL, Paul *et al.* (eds.), *Criminal Justice in Europe. A comparative perspective* (Oxford: Oxford University Press, 1995), págs. 48-49. Los autores destacan una tendencia en los sistemas adversariales hacia el desarrollo de cuerpos de policía organizados y la asunción por su parte de poderes para la detención e interrogatorio de sospechosos. Sin embargo, hacen notar que este cambio en el estatus de las partes todavía no ha resultado en la imposición de un deber estricto de la policía de buscar el esclarecimiento de la verdad, y, con ello, de aportar fuentes de prueba e indicios tanto de matiz incriminatorio como de carácter exculpatario.

⁶³⁷ DE MEESTER, Karel; PITCHER, Kelly; RASTAN, Rod; SLUITER, Göran, “Investigation, Coercive Measures, Arrest, and Surrender”, *ob. cit.*, págs. 26-27: “In common law criminal justice systems the investigations are normally in the hands of the police, and the prosecutor traditionally only assumes responsibility once the investigation is finished. However, the duty of objectivity becomes important where prosecutors (e.g. in the US) gradually assume a greater investigative role. Nonetheless, the ethical duties incumbent on the US prosecutor in this regard reveal themselves as vague.”

criminales”⁶³⁸. También en el ordenamiento italiano han ido aumentando progresivamente los poderes de la policía judicial, especialmente a partir de 2001⁶³⁹. Se trata de un ordenamiento en el que la actuación policial se ha vinculado cada vez de un modo más estrecho a las directrices del Ministerio Público⁶⁴⁰. Sin embargo, como explica MERKEL⁶⁴¹, en el sistema actual los agentes “pueden tomar decisiones independientes de conformidad con el Artículo 348 apartado 3 del CPP, incluso después de la comunicación de la *notitia criminis*, aunque con las limitaciones debidas y en presencia de necesidades concretas que las justifiquen.”⁶⁴²

Ante el temor que el protagonismo policial puede provocar, cabe decir que el trabajo de la policía debe estar guiado por las reglas de la lógica, y las diligencias de investigación que promueven los agentes no responden a principios arbitrarios. Sin embargo, la tarea investigadora supone un trabajo en cierto modo intuitivo y de proyección *ex ante* de los resultados de la investigación, de modo que para el planteamiento de las diligencias oportunas se hace necesaria una previa anticipación de las posibles hipótesis del hecho. Esta anticipación es aquello que solemos llamar sospecha, y que dirige en uno u otro sentido las labores policiales. Esto no significa que los órganos investigadores deban imaginar teorías sobre los hechos y comprobarlas posteriormente, porque los resultados de la investigación les guiarán, precisamente, a la elaboración de esas teorías. La sospecha de la que hablamos se contiene, principalmente, en el escrito o acto que ha dado lugar a la incoación del proceso o a la iniciación de las actividades de investigación. Por tanto, la labor intuitiva policial no requiere una sobreimplicación de la policía en el planteamiento de tesis incriminatorias, aunque sí una previsión de *resultados esperados*, es decir, de la obtención de indicios concretos que permitan desarrollar o completar las iniciales sospechas sobre el hecho.

⁶³⁸ PETERS, Karl, *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 4ª ed., (Ed. C.F. Müller: Heidelberg, 1985), págs. 182 y 183, citado en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, (1997).

⁶³⁹ Legge n. 128 del 26 Marzo 2001, "Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini".

⁶⁴⁰ FASSLER, Lawrence J., “The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 29, nº1 (1991), pp. 252 y ss.

⁶⁴¹ MERKEL, Laura, *Derechos humanos e investigaciones policiales...*, ob. cit.

⁶⁴² VALENTINI, Cristiana, “La ricostruzione dinamico-fattuale tramite esperimento investigativo”, pág. 248–49, citado en MERKEL, Laura, *Derechos humanos e investigaciones policiales...*, ob. cit.

Esta previsión de resultados esperados como un criterio legitimador de las actuaciones policiales se identifica con los conocidos principios de necesidad e idoneidad, cuya justificación se exige al auto que autoriza determinadas diligencias de investigación⁶⁴³. Así, la LECrim requiere, para la adopción de ciertas medidas limitativas del derecho a la intimidad (18 CE), la justificación de que la práctica de estas medidas –como seguimientos o interceptación de comunicaciones- arrojará resultados determinantes para la investigación, cuya ausencia podría frustrar el éxito de ésta. Esta necesidad, a su vez, no es necesario que se predique de toda la investigación en su conjunto, sino que basta con que la práctica de las diligencias se prevea como necesaria para esclarecer alguno de los elementos de la investigación⁶⁴⁴. Tal como se lee en la Circular 4/2019 de la Fiscalía General del Estado, la valoración de la necesidad de esa actuación en relación con el éxito de la investigación deberá hacerse *ex ante*, de modo que son válidas aquellas actuaciones que potencialmente puedan incidir en el procedimiento de manera determinante⁶⁴⁵. Esta valoración *ex ante* la realiza la policía en casos excepcionales cuando decide actuar de manera autónoma sin la autorización judicial habilitante, pero también cualquier juez instructor que autoriza la adopción de dichas diligencias. De hecho, la realiza todo órgano investigador, a veces de modo inconsciente, cada vez que propone la práctica de cualquier diligencia. De esta manera se confirma el carácter en cierto modo intuitivo de la labor de investigación, siendo, eso sí, una intuición racional, basada en indicios objetivos y que

⁶⁴³ Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, § 3.4.1: “El principio de necesidad requerirá, en estos casos, que la investigación ponga de manifiesto que el uso de los dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización contribuyen a avanzar en el descubrimiento de los comportamientos delictivos que se investigan; ello deberá hacerse mediante la aportación de datos e indicios concretos y objetivos, debiendo la resolución judicial habilitante recoger tales indicios, así como el razonamiento de que el uso de la medida resulta necesaria para los fines de la investigación”

⁶⁴⁴ Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, § 3.7: “...la exigencia de esa necesidad cualificada que establece el precepto puede venir determinada respecto del éxito de la investigación, no en su totalidad, sino con relación a algún investigado en concreto o con relación a algún elemento del tipo en particular. Por ello, deberá entenderse que cumplen las exigencias legales aquellas actuaciones tendentes a la comprobación de la participación en el delito de algún investigado, aunque no se frustre toda la investigación en el caso de no adoptarse la medida.”

⁶⁴⁵ STC 70/2002, de 3 de abril: “La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante*, y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.”.

deberán justificarse con mayor o menor intensidad en función del grado de afectación del derecho fundamental.

Los conceptos de intuición racional y proyección de hipótesis están ligados, en muchos casos, a un mecanismo de ampliación de la sospecha. Con esto se advierte que, en un primer momento y tras el comienzo de las investigaciones, es posible que se produzca en la mente de los órganos de investigación una ampliación natural del objeto del proceso, porque en función del tipo de delito cometido y del mayor o menor nivel de identificación de algunos elementos como el sujeto pasivo o el cuerpo del delito, será necesario un trabajo de imaginación y representación de diversos escenarios. Esta representación mental podrá incluir diferentes modos de perpetración del hecho y la potencial intervención de una pluralidad de sujetos, algunos de ellos, o todos, todavía inidentificados. La ampliación del objeto, el planteamiento de diferentes teorías explicativas y la posible expansión de la sospecha a terceras personas manifiesta la naturaleza prematura y preparatoria de la fase de investigación, que se dirige a la mayor identificación posible de fuentes de prueba y otros indicios. En sentido contrario, si la sospecha inicial contiene una delimitación específica de los hechos, del sujeto pasivo y del modo en que el delito se ha perpetrado, la tarea policial no deberá ir más allá de la práctica de diligencias que permitan adquirir o asegurar aquellos elementos con potencialidad para corroborar o desmentir la sospecha. Sería una extralimitación, ante esta inicial concreción, que se produjera un despliegue de diligencias atendiendo a otras hipótesis pues, en este caso, la incoación del proceso serviría como falso pretexto para llevar a cabo una inquisición general. Únicamente será imprescindible en todo caso atender siempre a una hipótesis alternativa: la tesis de la inocencia. La pregunta será, entonces, quién debe velar por la promoción y mantenimiento de esta tesis a lo largo de la fase de instrucción, pues, como hemos visto, la policía adolece de un necesario sesgo incriminatorio.

En conclusión, es apremiante la necesidad de reconocer la realidad tal cual es, con el fin de analizar a partir de ahí, de qué modo los órganos de carácter jurídico que intervienen en la investigación deben llevar a cabo sus funciones para que el proceso no pierda de vista en ningún momento la finalidad de esclarecimiento de la verdad que lo impulsa, así como el principio de presunción de inocencia, que se encamina fundamentalmente a garantizar la imparcialidad del órgano juzgador. Es por este motivo que, puesta al

descubierto la influencia orientadora de la policía judicial en el planteamiento de hipótesis incriminatorias⁶⁴⁶, resulta interesante analizar con un poco más de detalle de dónde parten éstas, así como la influencia que tienen en la concreción de los hechos en el proceso y la permeabilidad de la Fiscalía y los órganos judiciales a tales hipótesis acusatorias.

3.2.1 Los escritos de iniciación del proceso como fuente para la práctica de diligencias de investigación.

El primer acto determinante de la dirección de la investigación, así como de las diligencias que se practican, es el acto que da lugar al traslado de la *notitia criminis* al órgano judicial y a partir del cual comienza la investigación procesal. En función de la tipología de este acto, la concreción sobre los hechos, el relato del supuesto delito y las primeras diligencias de investigación tendrán diferente nivel de concreción y, por tanto, la tarea investigadora gozará de mayor o menor orientación para la indagación.

Cuando la *notitia criminis* se concreta y traslada mediante una denuncia ciudadana, generalmente tendrá un carácter más informal, y no existirán orientaciones acerca de la estrategia de investigación y las concretas diligencias que puedan llevarse a cabo. En este sentido, si es la policía judicial la que ha recibido la denuncia, acogerá el relato de hechos como contenido de la sospecha inicial y, a partir de ahí, concretará los elementos no identificados del hecho para plantear las posibles diligencias de investigación. Lo mismo sucede, en la práctica, cuando la denuncia se plantea ante la Fiscalía o ante el propio Juzgado de instrucción, pues en el primer caso la Fiscalía remitirá los hechos a la Policía ordenando que realice las diligencias de comprobación oportunas, y, en el segundo caso, el Juez hará exactamente lo mismo tras la incoación del proceso. Estos órganos pueden orientar a la Policía sobre la labor que debe realizar, pero en la mayoría de ocasiones y excepto en aquellas en las que exista un especial interés de éstos por llevar la causa hacia una dirección concreta, la determinación de diligencias de investigación recaerá en manos de la policía judicial, que tomará los puntos centrales de la denuncia como base de la sospecha.

⁶⁴⁶ ASECIO MELLADO, José María, “La imputación como elemento determinante ...”, ob. cit., págs. 5-6.

A partir de este momento puede suceder que, si la Fiscalía no ha tenido implicación en el primer estadio, su papel en toda la fase posterior de investigación sea mínimo o prácticamente nulo, limitándose, en ocasiones, a emitir informes sobre la oportunidad de autorizar medidas de investigación o cautelares que la Policía solicite al Juez, de declarar compleja la instrucción o de estimar las peticiones de la defensa, principalmente de archivo de las actuaciones u otros recursos. Sin embargo, del análisis de la práctica forense se desprende la general falta de implicación de la Fiscalía en esta etapa procesal y, en caso de que ésta intervenga, son mucho mayores los actos confirmatorios de las decisiones policiales que aquellos que los ponen en cuestión.

En segundo lugar, si la *notitia criminis* se concreta por el cauce procesal de la querrela, es importante diferenciar si se trata de una querrela particular o de una querrela del Ministerio Fiscal. En el primer caso, ésta puede provocar la adhesión del Ministerio Fiscal en la investigación, por considerar oportuno y necesario el desarrollo del proceso penal o, por el contrario, su inactividad; precisamente por la existencia de actores privados con interés por hacer avanzar el proceso. En este segundo escenario, la inactividad de la Fiscalía provoca serios inconvenientes para la defensa, pues la dirección del trabajo policial está teóricamente en manos del Juez instructor, pero en la práctica se impulsa por dicha acusación particular, que evidentemente tiene un interés incriminatorio y, por tanto, de mucho más calado que el simple sesgo incriminatorio policial. De este modo, difícilmente se dirigirán las actuaciones policiales a la búsqueda activa de elementos de descargo. En los casos en los que el Ministerio Fiscal se adhiere activamente al impulso de esta investigación, vuelven a ser los términos de la querrela los que construyen la base sobre la que se lleva a cabo la investigación, pues a fin de cuentas el Ministerio Fiscal es un receptor secundario de la *notitia criminis* y, si la querrela ha sido planteada de modo completo, ya incluirá la propuesta de ciertas diligencias de investigación orientadas a comprobar la inicial hipótesis sobre los hechos.

En un segundo caso, la querrela puede haber sido interpuesta por el Ministerio Fiscal. Fuera de casos relacionados con sucesos notorios, en la mayoría de ocasiones esto sucederá cuando los hechos hayan sido puestos en conocimiento ante la Fiscalía, o después de que la Policía haya informado a ésta acerca de ciertas diligencias de prevención. Sea como fuere, la interposición de querrela del Ministerio Fiscal suele ir precedida de las ya citadas diligencias preliminares que permiten a la Fiscalía solicitar la

incoación del proceso con mayor conocimiento de causa. En este sentido, y como hemos remarcado anteriormente⁶⁴⁷, la investigación en sede procesal contará con diligencias ya practicadas, así como la propuesta de otras diligencias que contenga el escrito de querrela de la Fiscalía, y una o varias hipótesis sobre los hechos en las que encontramos grandes similitudes, en cuanto a concreción y detalle, con lo que posteriormente será el escrito de calificación provisional de la acusación en caso de que llegue a formularse. La querrela del Ministerio Fiscal, en estos casos, será el escrito que determinará, en la mayor medida, las posteriores actuaciones policiales de investigación. Es, en este escenario, en el que identificamos con mayor claridad que el acto que da lugar a la incoación del proceso tiene un peso decisivo en la orientación de la instrucción.

Falta destacar, finalmente, que esta querrela del Ministerio Fiscal surge, a su vez, de las diligencias practicadas por la policía, que han debido concretarse en los correspondientes atestados y que, en ocasiones son complementadas con informes y documentos o anexos que plasman los resultados de las diligencias practicadas. Además, es frecuente que estos atestados incluyan interpretaciones subjetivas sobre los hechos, así como la exteriorización de las sospechas policiales en cuanto a los hechos supuestamente perpetrados. En esta línea, plantean también las posibles estrategias de investigación que deberían seguirse, algunas veces por escrito y muchas otras por canales informales y mayormente orales. Por tanto, no es baladí destacar la fuerte influencia que las sospechas y diligencias policiales tienen sobre la intervención y decisiones del Ministerio Fiscal y el Juez instructor en los estadios iniciales del proceso penal.

3.2.2 La asunción acrítica de hipótesis policiales

Como hemos visto hasta el momento, el cometido de ejecución de las diligencias de investigación que la Policía tiene atribuido supone en la práctica un dominio muy importante de la investigación⁶⁴⁸, que supera el ámbito de lo técnico y conquista el terreno epistémico y heurístico propio de la búsqueda de la verdad en el proceso penal: sugieren

⁶⁴⁷ Vid. cap. 2 § 1.2.1.1.1 a).

⁶⁴⁸ LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo, “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Diario La Ley*, nº 7513, 19 de noviembre de 2010: “la investigación penal, con independencia de que su dirección legalmente se atribuya a un Juez o a un Fiscal, la realizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

hipòtesis, plantean estrategias de investigación y recogen el acervo indiciario y probatorio encaminado a fundamentar el relato incriminatorio. Ya hemos dejado claro que existe cierta necesidad de que esto sea así, pero la constatación de esta realidad no debe llevarnos al conformismo de dejar las cosas como están, pues entre la tarea preparatoria de investigación y el devenir del proceso penal existen una serie de previsiones procesales, órganos jurídicos y principios que pueden paliar en gran medida las desviaciones de la investigación policial.

La realidad a la que nos referimos ha sido puesta de relieve por la doctrina en más de una ocasión, y es bien conocida por la práctica forense⁶⁴⁹. En una contundente explicación, NIEVA FENOLL⁶⁵⁰ destaca la confusión que genera el hecho de seguir atribuyendo a jueces y fiscales la tarea de investigación, cuando la realidad se mueve en otra dirección.

Dice el autor:

“Otro de los puntos más curiosos de las leyes de enjuiciamiento es que no solamente no suelen regular la actividad de investigación de la policía judicial, sino que mienten claramente al atribuirle esa actividad a los fiscales o a los jueces de instrucción, como si fueran estos dos últimos, según el sistema, quienes recogieran el cuerpo del delito de la escena de un crimen, por ejemplo, lo que es absolutamente obvio que no es así. Incluso en los casos en que no hay nada que recoger al no implicar el delito la sangre de nadie, jueces y fiscales tienen la demasiado frecuente costumbre de encargar informes policiales en algunos delitos económicos o de otra índole que no dejan de ser forzados, al no tener la policía preparación para tales investigaciones que implican complejas operaciones económicas, societarias, urbanísticas o administrativas en general.”

⁶⁴⁹ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Jueces y policías...”, ob. cit., pág. 16: “Evidentment, ja no es «presenta» el jutge al lloc dels fets per formar el sumari i que provocaria amb això la cessació de les diligències de prevenció policials. Al contrari, és la pròpia policia que es desplaça al jutjat i presenta l’atestat, generalment amb la persona detinguda. En el context actual, per tant, es pot dir que s’han invertit els papers en la fase de la investigació del delicte. Ja no és possible afirmar que la policia es limita a intervenir «a prevenció» de l’autoritat judicial. És patent, i la pràctica així ho demostra, que existeix un espai d’investigació policial autònoma. De la mateixa manera, és clar que, en general, els jutges d’instrucció ni investiguen pròpiament els fets, ni controlen tècnicament la investigació que du a terme la policia”.

⁶⁵⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, “La decadencia del sistema penal acusatorio”, *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*, nº 4 (2021), pág. 492.

Al mismo fenómeno se refiere DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA⁶⁵¹ en un fragmento que reproducimos:

“La observación del resultado producido en la práctica forense por las previsiones de la LECrim. sobre la investigación criminal, pone de manifiesto que los Jueces de Instrucción ni investigan de hecho ni controlan la investigación llevada a cabo por otros órganos, especialmente por la Policía. Pese a las previsiones de la LECrim., el peso de la investigación criminal recae sobre actuaciones autónomas de la Policía y, desde luego, el Ministerio Fiscal poco o más bien nada interviene en la investigación hasta que el Juez Instructor la da por terminada”.

En el ámbito del derecho comparado, también se refiere a ello en sentido negativo GÓMEZ COLOMER⁶⁵², a propósito del sistema de Estados Unidos. En este caso, destaca el autor que “los extensos poderes de la Policía, verdadera investigadora del hecho criminal y de la participación en él del sospechoso” son una solución dudosamente satisfactoria para nuestro país.

En un contexto como el expuesto, en atención a las funciones que le atribuye nuestra Constitución, el Ministerio Fiscal podría jugar un papel de defensa de la legalidad y de la presunción de inocencia, haciendo hincapié en las diligencias necesarias para el descargo y, por tanto, asumiendo la tarea de mantener viva la tesis de la inocencia y usándola como criterio orientador para el planteamiento de diligencias alternativas. Sin embargo, la práctica demuestra que cuando la Fiscalía se implica en esta fase previa al juicio oral, lo hace porque tiene una sospecha acerca de la culpabilidad del sujeto y además su intervención se caracteriza por el seguidismo y confirmación de las diligencias policiales. El punto central, que es la clave de este epígrafe, es precisamente este seguidismo policial o, dicho de otro modo, la confianza desmesurada, tanto del Juez instructor como del Ministerio Fiscal en la labor llevada a cabo por la policía y, principalmente, en los resultados y conclusiones obtenidos basándose en ella.⁶⁵³

⁶⁵¹ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, “La atribución de la actividad investigadora a la policía judicial”, *Revista del poder judicial*, nº Extra 19 (2006) (Ejemplar dedicado a: Propuestas para una ley de enjuiciamiento criminal), pág. 105.

⁶⁵² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, (1997), pág. 354.

⁶⁵³ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Jueces y policías...”, ob. cit., pág. 16: confien necessàriament en les informacions i investigacions que els proporciona. Les taxes de criminalitat existents, la complexitat de

Han existido recientemente destacados procesos penales en los que este ciego seguidismo policial por parte de las autoridades judiciales ha supuesto dilaciones inaceptables de la fase de instrucción, así como el mantenimiento de medidas cautelares sin justificación indiciaria suficiente, entre otras vulneraciones. Es especialmente paradigmática, en este sentido, la causa penal dirigida contra quien fue presidente del Fútbol Club Barcelona entre 2010 y 2014, que se inició mediante una querrela del Ministerio Fiscal con fecha de 31 de marzo de 2017. La querrela se interpuso ante la Audiencia Nacional, por su carácter internacional, tras dos años de investigaciones preliminares supervisadas por la Fiscalía, pero dirigidas principalmente por la Unidad de Delitos Económicos y Fiscales de la Policía (UDEP) que practicó numerosas diligencias de rastreo económico y recogida de documentación, y redactó a lo largo de esos años variados informes acerca de las actividades económicas y personales de los sujetos investigados⁶⁵⁴. En esta investigación preliminar, la Fiscalía se limitó a acordar todas las diligencias que se proponían por parte de esta unidad policial, del mismo modo que hizo la jueza instructora a la que se asignó el caso una vez incoada la instrucción tras la admisión de la querrela.

Especialmente preocupante en este caso fue la ligereza con la que el auto por el que se acordaba la prisión provisional del investigado justificó la adopción de tal medida, así como el automatismo con el que la misma autoridad judicial desestimó todas y cada una de las peticiones de puesta en libertad de la defensa, que fueron ni más ni menos que dieciséis. Ni la jueza de instrucción ni el Ministerio Fiscal, que también se opuso a las peticiones de libertad, argumentaron de un modo suficiente la proporcionalidad y la necesidad de mantener la prisión provisional, a pesar de que los progresos de la investigación apuntaban a operaciones económicas complejas y poco comprensibles, pero sobre las cuales seguía sin esclarecerse el carácter delictivo. La declaración del encausado se practicó una sola vez a lo largo de toda la instrucción y es relevante el hecho de que se

diverses manifestacions delictives, la superior preparació criminalística dels funcionaris policials en matèria investigadora i el disseny antiquat de l'organització judicial penal (pensi's, sota aquest angle, en l'estructura ineficaç dels jutjats d'instrucció, configurats com cel·les absolutament independents entre si, integrades per un personal molt reduït, la vocació natural del qual és la de registrar abans que la d'investigar) són factors que, indubtablement, determinen aquest resultat.”

⁶⁵⁴ Diligencias de Investigación 39/2015 (Instructores: Vicente González Mota y Daniel Campos Navas) en cumplimiento de comisión rogatoria del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América derivada de la investigación que llevaba a cabo la Fiscalía del Distrito Este de Nueva York sobre la participación de funcionarios de la F.I.F.A en actividades delictivas de chantaje, fraude, blanqueo de capitales y otros delitos conexos.

le pusiera en libertad inmediatamente una vez abierto el juicio oral, tras su primera declaración.

Con el respeto que merecen las resoluciones judiciales, esta carencia de los presupuestos para la prisión provisional se habría puesto de manifiesto para los órganos directores de la instrucción si hubiera existido un conocimiento y seguimiento cercano de las diligencias que se estaban practicando por parte de la policía. Además, estos órganos habrían advertido que las diligencias de investigación eran cada vez más reiterativas y perdían, a medida que avanzaba la instrucción, toda potencialidad de aportar nuevos datos de importancia. El mismo defecto puede predicarse de las sucesivas prórrogas en relación con la diligencia de interceptación de comunicaciones del investigado, también solicitada por las unidades policiales. Como argumentó el abogado de la defensa⁶⁵⁵ en su escrito de Cuestiones Previas, era muy difícil esperar que la interceptación de comunicaciones de los investigados aportara alguna información relevante para la causa habiendo transcurrido más de cinco años desde la ejecución de las operaciones económicas sospechosas. De hecho, la transcripción de comunicaciones interceptadas no aportó material relevante, pero la apreciación de este hecho fundamentó, en lugar del cese de la medida, la prórroga de ésta, nuevamente ineficaz para la aportación de elementos útiles para la investigación.

Por otro lado, es como mínimo desconcertante la rapidez con la que la jueza de instrucción desestimó la petición de la defensa de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, al día siguiente de que la Fiscalía presentara su informe oponiéndose a dicho sobreseimiento. Ciertamente, la jueza de instrucción no tenía ningún deber de sobreseer, pero es imprescindible destacar que resulta prácticamente imposible pensar que, tras dos años de una instrucción en la que acordó numerosas restricciones de derechos fundamentales y desestimó dieciséis veces la puesta en libertad del investigado, decidiera, en ese preciso momento, el sobreseimiento de la causa, corrigiendo así todos los juicios de ponderación hasta el momento realizados, que, valga decir, fueron inexistentes al menos en cuanto a una válida motivación.

⁶⁵⁵ D. Andrés Maluenda, en su escrito de Cuestiones Previas basadas en la vulneración de derechos fundamentales, en representación de D. Joan Besolí Ribalta, coimputado en la causa.

Como último añadido, se hizo patente en este caso un fenómeno que es observable, en la práctica, en numerosos procesos judiciales. Se trata de la similitud del escrito de calificación provisional de la Fiscalía en relación con la querrela inicialmente interpuesta y con los atestados policiales que, en muchos casos, dan lugar a ella. Por no desviarnos, en el caso que estamos analizando existieron numerosos paralelismos entre el escrito inicial y el escrito de acusación, aunque tras el juicio oral la Fiscalía rebajó a la mitad la petición de pena en su escrito de calificaciones definitivas. Tratándose de una instrucción compleja, no se realizaron apenas diligencias relevantes en la fase de investigación y las que se practicaron fueron todas ellas en favor de la acusación. Lo cierto es que la mayoría de diligencias ya se habían practicado, en secreto, durante la investigación preliminar, fenómeno que explica también esta similitud entre la querrela y el escrito de acusación y la pasividad de los directores de la instrucción para valorar la más que suficiencia de la instrucción.

A pesar de que nos hayamos acogido a un caso reciente para ejemplificar la explicación, el análisis efectuado de la práctica forense permite afirmar que el expuesto no es un caso ni aislado ni singular. En primer lugar, la concepción actual de la fase de instrucción como una etapa previa al juicio, pero destinada a elaborar una acusación excesivamente fundamentada la alarga de modo innecesario. En segundo lugar, el protagonismo policial tanto en el inicio del proceso como a lo largo de toda la instrucción tiñe de carácter incriminatorio muchas de las diligencias que se realizan en la fase de investigación. En tercer lugar, la falta de regulación específica de protocolos de actuación y esta ausencia de supervisión real de la investigación por parte de los órganos jurídicos encargados de ello, conlleva la extralimitación de los cuerpos policiales en la extracción de conclusiones e hipótesis sobre los hechos⁶⁵⁶. Finalmente, la falta de formación criminalística y estructura tanto de la Fiscalía como de los Juzgados de instrucción para realizar un seguimiento cercano de las labores de investigación deriva en una frecuente inactividad.

⁶⁵⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, “El procedimiento de investigación en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020” (2021), pág. 5. El autor critica la costumbre policial de plasmar en los informes y atestados conclusiones subjetivas derivadas de la práctica de diligencias: “El hecho de que se hagan constar las diligencias de investigación es obligado, pero que la policía deba interpretar esas diligencias expresando su “resultado”, y no el juez del juicio oral, es algo que por frecuente que sea, invita a la comodidad a fiscales y jueces, descansando su labor jurídica de evaluadores de los vestigios en los hombros de la policía, lo que hace que la influencia de este cuerpo en el devenir y destino del proceso sea demasiado intensa, lo que no es sino insistir en este esquema inquisitivo que parece no querer abandonarse”.

Es esta pasividad y la escasa costumbre de cuestionar los resultados de las labores policiales lo que provoca, en gran medida, que estos órganos sean altamente permeables a las tesis inculpativas desarrolladas por la policía judicial.

3.3 La contaminación psicológica del órgano enjuiciador

Con la conclusión de la fase de instrucción y la apertura del juicio oral, llegamos finalmente a la etapa procesal donde teóricamente se encuentra el núcleo epistemológico del proceso. Nos situamos en el periodo destinado a discernir si se pueden dar como probadas las premisas fácticas que presenta la acusación y, por tanto, si el acusado es merecedor de la declaración de culpabilidad. Es de tal importancia esta decisión, que tanto la legislación doméstica como la normativa internacional ha puesto enorme énfasis en la necesaria imparcialidad del órgano al que se encomienda este discernimiento. El art. 6 del CEDH establece el derecho de toda persona a que su causa sea oída por un Tribunal imparcial, y mediante el desarrollo de su jurisprudencia este alto tribunal ha ido sentando determinadas exigencias estructurales del proceso penal, para que esta imparcialidad sea efectivamente respetada en la práctica.

En este sentido, la famosa sentencia del caso *De Cubber contra Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, estableció la vulneración del principio de imparcialidad (art. 6.1 CEDH) que suponía la asunción, por un mismo juez, de funciones de enjuiciamiento en la fase plenaria y de tareas de investigación en la fase previa al juicio oral. Como apunta MONTERO AROCA⁶⁵⁷, el Tribunal Constitucional español asumió esta premisa en su STC 145/1988, de 12 de abril⁶⁵⁸ y está ampliamente reconocida como garantía de imparcialidad objetiva la distinción entre el órgano instructor de la causa y el órgano enjuiciador. Siguiendo la línea argumental de algunas de las alegaciones del Gobierno belga reflejadas en la sentencia⁶⁵⁹, MONTERO AROCA señalaba que la base de esta

⁶⁵⁷ MONTERO AROCA, Juan, “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, ob. cit., pág. 74.

⁶⁵⁸ Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley Orgánica 10/1980 que impedía la aplicación de una causa de recusación: haber sido instructor de la causa.

⁶⁵⁹ “From the sole fact that a trial judge inquired into the case as an investigating judge it cannot be inferred that the accused’s right to an impartial court has been violated. It cannot legitimately be feared that the said

distinción entre juez de la instrucción y juez del plenario no tiene su razón de ser en la pérdida de imparcialidad de dicho juez si asumiera ambas tareas, sino en la incompatibilidad de funciones judiciales, independientemente de que esta imparcialidad pudiera o no suceder en la práctica.⁶⁶⁰ De este modo, el fundamento sería que el juez sentenciador debe decidir únicamente a la vista del material probatorio presentado en el juicio oral, sin atender al material sumarial o de la investigación. Insiste así en la idea de que el haber instruido no tiene porqué generar en el juez un interés por una determinada condena, porque la instrucción tanto sirve para fundamentar la acusación como la defensa.

Con todo el respeto que merecen estas apreciaciones, resulta difícil estar completamente de acuerdo con este planteamiento, porque, si bien es cierto que existe una incompatibilidad de funciones, ésta necesariamente se debe a algún motivo relacionado con los principios del justo proceso. En este sentido, es sensato admitir que la razón de ser del establecimiento de esta incompatibilidad es justamente que el juez que ha tenido contacto con la investigación tiene un riesgo de no ser imparcial que, a pesar de que puede no materializarse, es suficientemente elevado para exigir mecanismos que lo neutralicen. La imparcialidad judicial requiere no solamente que el Juez no esté de parte de la acusación, sino que al empezar el juicio no tenga opiniones previas sobre el caso, opiniones que, como hemos visto, va conformando a medida que avanza la investigación. En segundo lugar, si el juez debe decidir únicamente apoyándose en material probatorio del juicio oral es precisamente porque el material de la investigación, por la naturaleza misma de la tarea investigadora, podría comprometer su imparcialidad y generar una

judge does not offer the guarantees of impartiality to which every accused is entitled. (...) The investigating judge is not a party adverse to the accused, but a judge of the court of first instance with the responsibility of assembling in an impartial manner evidence in favour of as well as against the accused.” (Belgian Court of Cassation, Blaise judgment of 4 April 1984).

⁶⁶⁰ Dice el autor que “El que un juez haya instruido no supone que el mismo tenga “interés” en que la sentencia se dicte con un contenido determinado; el instruir no afecta a la parcialidad (esto es, a decidir con prevención a favor o en contra de una de las partes), sino que comporta la realización de dos actividades que son incompatibles atendida la forma de regular el proceso. El haber investigado (actividad investigadora) los hechos, no permitirá al juez limitarse después, y ya en el juicio oral, a verificar (actividad verificadora) los mismos, y precisamente con los medios de prueba propuestos por las partes, pero ello no guarda relación con la parcialidad, sino con la regla de que la sentencia se dicta sobre las pruebas practicadas en ese juicio oral y no con el resultado de los medios de investigación sumarial”, en MONTERO AROCA, Juan, ‘El principio acusatorio entendido como eslogan político’, *Revista brasileira de direito processual penal*, n° 1 (2015), pág. 78-79.

tendencia incriminatoria⁶⁶¹. Si bien es cierto que la instrucción debería poder fundamentar también la defensa y las tesis absolutorias, lo cierto es que, hoy por hoy, la investigación contiene una tendencia acusatoria y, llegados al juicio oral, ha justificado la creencia de una tesis razonable de culpabilidad en el órgano investigador.

Hacia este mismo objetivo de la imparcialidad judicial se dirige el principio de la presunción de inocencia, que es un mandato a todas las autoridades públicas para que, excepto cuando ya haya sido dictada la sentencia de condena, acojan siempre como válida la tesis de la inocencia. Así como la incompatibilidad de funciones hace hincapié en un orden más estructural del proceso, el principio de la presunción de inocencia tiene una mayor vinculación con el orden psicológico de los órganos que intervienen en el mismo. De este modo, no se aleja al Juez de la teoría incriminatoria únicamente mediante el alejamiento objetivo de sus funciones y del material instructorio, sino que se pretende alejarlo el máximo posible de esta teoría en el ámbito de sus convicciones y de sus razonamientos.

La configuración orgánica y estructural del proceso, por tanto, influye en la imparcialidad del órgano encargado del juicio oral. Para la máxima preservación de esta imparcialidad, no es decisivo solamente el grado de implicación del juez del plenario en la tarea de instrucción, sino también la realidad del conocimiento que éste adquiere en relación con el material instructor y el modo en que las tesis de la acusación llegan a la fase de juicio oral. Es en estos dos escenarios en los que todavía se pueden detectar, en la configuración de nuestro proceso, algunos puntos de mejora. En relación con el primero, existe todavía una problemática no resuelta, ni en el ordenamiento español ni en el derecho comparado, relacionada con la identificación y expulsión del proceso de los medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales y, por tanto, de carácter ilícito. La

⁶⁶¹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional*, ob. cit., pág. 185: “El primer juez que pone las manos en el juicio penal es el Juez instructor. Ello le obliga a tomar parte activa en la investigación, a abrir vías de comprobación de los hechos presuntamente delictivos, a tomar decisiones sobre la situación personal de los imputados, a involucrarse en el fragor de la lucha contra el crimen, etc. Todas esas actividades, se entiende que contaminan para poder enjuiciar luego los hechos con asepsia y serenidad. Por eso el sistema del enjuiciamiento criminal está organizado para que el instructor se limite a sus funciones en exclusiva. El juicio sobre la culpabilidad o inocencia del imputado corresponderá siempre a un órgano judicial distinto del instructor. Ello es una de las manifestaciones más señeras de la garantía del juez natural.”

prueba ilícita suele impugnarse en la fase de juicio oral, puesto que se da a la defensa la oportunidad de hacerlo una vez iniciado el plenario, en el trámite de Cuestiones Previas⁶⁶² y se declara su ilicitud en la misma sentencia, lo que manifiesta un pleno conocimiento de ella por el Juez sentenciador. Además, la ya comentada indeterminación de la introducción y valoración de las diligencias sumariales en sede de juicio oral conlleva que, en la práctica, los jueces del plenario puedan acceder de modo completo al expediente instructor, aunque la lectura de éste no sea realmente habitual, por la extensión y frecuente desorden de estos expedientes.

El segundo punto, se relaciona más estrechamente con el fundamento e interés de esta monografía. Las consecutivas validaciones judiciales de los indicios de criminalidad que se realizan en la fase previa al juicio oral suponen que el relato de la acusación, si llega al juicio, pueda provocar el riesgo de una mayor atención por parte del órgano enjuiciador. De este modo, los relatos incriminatorios que han ido construyendo los órganos policiales y asumiendo posteriormente las autoridades públicas encargadas de la dirección de la instrucción, llegan a la fase de juicio oral refrendadas por diferentes resoluciones judiciales⁶⁶³, provocando una desigualdad, no formal pero sí implícita, en el peso de los relatos de la acusación y la defensa. Que se haya abierto el juicio oral debería significar únicamente que existe una acusación, y que las tareas de investigación han concluido sin haber podido descartar de plano todas las dudas acerca de la responsabilidad penal de un sujeto. La existencia de estas dudas, sin embargo, nada debe confirmar al juez sobre la efectiva culpabilidad del sujeto.

4. LA TAREA PENDIENTE: NEUTRALIZAR LA FASE DE INVESTIGACIÓN

4.1 La simplificación de la tarea investigadora

Hasta el momento hemos advertido que uno de los problemas principales de la ineficiencia de la fase de instrucción, tanto para satisfacer la necesidad de celeridad del

⁶⁶² Art. 786.2 LECrim.

⁶⁶³ STS 831/2020, de 12 marzo, FJ. 2º: “El tradicional auto de procesamiento de nuestro sistema procesal clásico constituye el equivalente al juicio de acusación. Solo la decisión de un Juez estimando que existen indicios bastantes para sostener la acusación por unos hechos, permite entrar en el acto del juicio oral”.

proceso como para el esclarecimiento fiable de los hechos es la asunción, por parte de esta fase previa, de tareas que van más allá de la simple investigación. A esta extensión de funciones la hemos llamado sobreexplotación de la instrucción⁶⁶⁴, y se caracteriza, principalmente por la práctica excesiva de diligencias de investigación, así como la innecesaria justificación del nivel incriminatorio de los indicios recogidos.

La importancia de subrayar este fenómeno no radica en el hecho en sí mismo y las disfunciones procesales que provoca, sino que interesa principalmente porque nos permite advertir algunas convicciones y creencias que subyacen a esta práctica, y que son las que requieren un cuestionamiento profundo que permita un futuro replanteamiento de la instrucción. Se trata de la errónea concepción acerca de lo que es la labor de la investigación, pues hasta el momento ha predominado una concepción extensiva, debida en gran medida a la carencia de delimitación legislativa y jurisprudencial. Podemos advertir que el único mandato directo a los órganos investigadores para asegurar la celeridad de la instrucción es el contenido en el artículo 324 LECrim, reformado en diversas ocasiones, y que establece actualmente un plazo máximo de doce meses para la finalización de la instrucción. Lo cierto es que de nada han servido las sucesivas modificaciones de este artículo para reducir la duración temporal de la instrucción, pues el ajuste del plazo no ha ido acompañado de una mayor concreción acerca del modo de llevar a cabo la investigación. Es interesante advertir que en la primera redacción de la LECrim el plazo fijado para la instrucción era solamente el de un mes. Ese mínimo plazo es hoy en día una exigencia poco alcanzable a la vista de la práctica y los recursos disponibles, pero da una orientación acerca de cuál era verdaderamente la tarea a la que el legislador pretendía focalizar esta etapa procesal.

Como síntesis a todo lo dicho hasta el momento, cabría decir que la investigación es aquella tarea dirigida a recoger todos los elementos que permitan esclarecer el supuesto hecho delictivo, en atención a la inicial sospecha que da lugar al proceso, y delimitada por el criterio de la pertinencia y la necesidad. La pertinencia de la investigación limita ésta a las diligencias cuya práctica sea idónea desde el punto de vista heurístico para la

⁶⁶⁴ CATENA MORENO se refirió a este fenómeno con el nombre de “elefantiasis de la instrucción”. Vid. CATENA MORENO, Víctor, “algunas notas sobre la instrucción en el proceso penal y en el juicio por jurados”, en AGUIAR DE LUQUE, Luis (dir.); VARELA CASTRO, Luciano (dir.), *Estudios de derecho judicial*, nº. 45, 2003 (Ejemplar dedicado a La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica), pág. 29.

obtención de elementos esclarecedores del hecho, y la necesidad de la investigación la limita a aquellas medidas imprescindibles para delimitar el sujeto pasivo y los principales elementos del tipo delictivo. En resumen, la investigación debe dirigirse a recoger el material indiciario esencial para que el órgano encargado de valorar la investigación pueda tomar una decisión sobre la viabilidad de plantear una hipótesis acusatoria razonable o, por el contrario, la inexistencia de esta posibilidad. Hacemos notar, por tanto, que la elaboración de una hipótesis incriminatoria debe recaer en manos del órgano encargado de ello que no es, según nuestro parecer, la Policía judicial. La tarea de esta última es la de atender a los hechos reflejados en la sospecha inicial, plantear las líneas de investigación para la consecución del material que hemos citado y ejecutar las diligencias oportunas. Quedan fuera de este ámbito, por tanto, la plasmación de conclusiones sobre el delito en informes y atestados plagados de consideraciones subjetivas, así como la ampliación indefinida de los términos de la investigación que provoca frecuentemente investigaciones prospectivas encubiertas y dilaciones intolerables.

En la línea de este planteamiento, tanto la Policía judicial como el órgano de carácter jurídico que supervise esta investigación deberán preguntarse con frecuencia si las diligencias hasta el momento practicadas son suficientes, en primer lugar, para identificar los elementos esenciales de un delito y, en segundo lugar, para plantear la práctica de pruebas que permitan comprobarlos. Es decir, muchas de las diligencias que se practican hoy en día en sede de instrucción son diligencias con carácter probatorio, porque su práctica tiene como finalidad la comprobación de una premisa que ya ha sido planteada. Es por esto que tanto las partes que intervienen en el juicio oral como los propios jueces sienten la necesidad, en numerosas ocasiones, de atender al material de la instrucción y es por esto también que pueden identificarse muchas duplicidades entre las diligencias de instrucción y las pruebas del juicio oral⁶⁶⁵. Hasta el momento, la tendencia de nuestro

⁶⁶⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente”, en DEL MORAL GARCÍA, Antonio; MORENO VERDEJO, Jaime (coords.) *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber Amicorum*, (Colex, Madrid: 2015), pág. 325. El autor señala que la reforma de la ley procesal alemana, otorgando la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal fue debida en gran parte a “La necesidad (...) de evitar la reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el Fiscal las ejecutaba también el Juez Instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento”.

entorno ha optado, ante esta realidad, por suprimir los juicios orales y permitir la terminación anticipada del proceso una vez concluida la instrucción. En esta monografía proponemos, sin embargo, la reducción a mínimos de la tarea investigadora y una verdadera tarea de comprobación en la etapa probatoria. Sin duda alguna, esto supondrá un mayor trabajo racional de los tribunales de enjuiciamiento, así como una participación más activa de las partes en el juicio y el planteamiento de pruebas, pero repercutirá también, sin duda alguna, en las garantías del proceso, pues cada etapa procesal atenderá a la finalidad que le corresponde, sin diluirse sus funciones y sin superponerse unas a otras⁶⁶⁶. Recuperamos, para enfatizar esta cuestión, unas palabras de VIVES ANTÓN⁶⁶⁷ que gozan todavía de plena virtualidad:

“La fase escrita de los actuales procedimientos en materia penal prevalece, en la mayoría de los casos, sobre un juicio oral cuya fugacidad constituye en ocasiones un auténtico escándalo y cuya falta de contenido es un lamentable denominador común. Se erige así el sumario, como a menudo se ha destacado, en el juicio real, del que la vista pública no constituye, las más de las veces, sino una oscura sombra chinesca”.

La investigación, por tanto, debe reducirse al mínimo indispensable para los fines del proceso en su conjunto. En los momentos iniciales de la investigación, no existen teorías contrapuestas de acusación y defensa hacia cuya fundamentación se dirige la instrucción, sino simplemente unos presuntos hechos, aparentemente delictivos, que deben ser esclarecidos. De este modo, el sujeto investigado no tendrá la sensación de estar sometido a un proceso de inquisición interminable, de cuyos términos no está suficientemente informado, y que se dirige a construir un relato contra el que deberá “luchar” con el fin de no ser condenado en el proceso. Como se ve, la extralimitación de la investigación va asociada a una devaluación, como mínimo conceptual, de la presunción de inocencia.

⁶⁶⁶ LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo, “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma...”, ob. cit. En la línea de delimitar las funciones de ambos periodos procesales, el autor escribe: “la instrucción (...) no puede convertirse en un juicio. La práctica forense ha desvirtuado la intención del legislador acerca de la instrucción judicial de los delitos. El juicio ya se celebrará. No reiteremos la práctica de diligencias que no conducen a nada y que sí suponen un coste económico para las arcas públicas”. También, en este sentido, LORCA NAVARRETE, Antonio María, “¿Jueces instructores o jueces inquisidores?”, ob. cit.

⁶⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 2 (1988).

Solamente una diligencia deberá realizarse, de modo imprescindible, en la etapa de instrucción: se trata de la declaración del sospechoso, esencial para su derecho de defensa, para el derecho a ser informado de los términos de la acusación y para la delineación, en el caso de que el sospechoso aporte información, de estrategias de investigación abiertas a hipótesis alternativas o de inocencia. Cualquier otra diligencia de investigación deberá ser ponderada bajo los criterios de pertinencia y necesidad, de modo que cuando todos los posibles vestigios vinculados a los extremos de la sospecha hayan sido recogidos, la respuesta inmediata deberá ser la conclusión de la instrucción, sea cual sea el grado de confirmación que el material recolectado aporte sobre el delito.

4.2 La neutralización del órgano director de la investigación

Un segundo punto que ha quedado patente tras el análisis realizado es la asunción, en la práctica, de las tareas de investigación por parte de los cuerpos policiales. Esta constatación no tiene un carácter negativo, sino que se trata de un hecho que es urgente asumir para la delimitación garantista del proceso. La creación de un cuerpo de Policía judicial con una formación criminalística y jurídica facilitaría enormemente que las tareas de investigación se adecuaran en mayor medida a las expuestas con anterioridad, y que la influencia de los sesgos propios de la función investigadora pudiera ser menor en estos agentes. Pero dejando de lado esta tarea pendiente, existen dos ideas cuya aceptación produciría un cambio de paradigma respecto a las funciones del órgano director de la investigación. La primera es esta aceptación de que la tarea indagatoria recae en manos de la Policía y que es altamente incriminatoria, al menos en el impulso subyacente que le permite avanzar. La segunda idea es la inconveniencia de extraer excesivas conclusiones relacionadas con los resultados de la investigación, más allá de aquellas relacionadas con la idoneidad, y que permitan plantear nuevas diligencias o cesar en aquellas que no están aportando datos relevantes. Así pues, el órgano director de la investigación no tiene asignada la tarea de construir un relato incriminatorio y tampoco de fundamentar una acusación sólida.

¿Cuál sería, entonces, el papel del órgano que se encarga de dirigir, impulsar y supervisar la fase de instrucción? La respuesta a esta pregunta, teniendo en cuenta las dos

afirmaciones anteriores, se proyecta hacia un órgano necesariamente neutral, que debe velar por la recogida no sesgada de vestigios del delito y por la actuación ajustada a la legalidad de los órganos policiales. La tendencia incriminatoria de la policía judicial debería ser compensada justamente por la dirección de la investigación por parte de un órgano con formación jurídica e interesado en el esclarecimiento de la verdad y la preservación de la presunción de inocencia. De este modo, la tarea del órgano instructor debería ser la de trabajar conjuntamente con la Policía, con una mayor cercanía y conocimiento del que tienen actualmente, y la de plantear, principalmente, diligencias de investigación encaminadas a la búsqueda de indicios y material exculpatario. El actual seguidismo policial por parte del órgano instructor podría atajarse con el mandato, a este órgano, de cuestionar las diligencias de investigación policiales, y velar por completarlas con todas aquellas medidas de investigación cuya práctica plantearía la defensa si estuviera presente.

Desde este punto de vista, parece más razonable que la figura que adquiera esta función sea la del Ministerio Fiscal, por la simple razón de que se trata de un órgano que, por las funciones que su Estatuto y la propia Constitución le otorgan, está mucho más orientado que la Judicatura a las tareas de supervisión y defensa activa de la legalidad, así como a la cooperación con cuerpos policiales. La propuesta de un cambio en el órgano encargado de la instrucción no es, por tanto, fruto del asombro que genera el estudio del derecho comparado o del arrastre de las nuevas tendencias reformistas, sino que está íntimamente vinculado con la necesidad de un cambio de paradigma en relación con el órgano instructor.

Este cambio de paradigma supone la implicación activa de este órgano en la instrucción de una vez por todas, y la estrecha colaboración con la policía. A la vez, debe ir acompañado por un proceso de neutralización mediante la asunción de una tarea vinculada a la protección de los intereses de defensa del investigado. ¿No es la presunción de inocencia un principio que debe regir en todo el proceso y, como tal, un derecho que debe ser protegido por el Ministerio Público, en atención a su función de defensor de la legalidad? Si la Fiscalía se propusiera la adopción de esta postura y un mayor conocimiento de la actuación policial, sería también posible que gran parte de las diligencias de investigación planteadas por los agentes dentro de sus facultades de investigación fueran previamente valoradas, en su legalidad, por parte de este órgano, no

dejando esta ponderación en manos de la Policía más que en casos de urgencia, puesto que no tienen formación para ello. Por otro lado, esto permitiría la exclusión previa de diligencias que, de ser llevadas a cabo ilícitamente, generan, como hemos visto, una gran problemática en cuanto a la contaminación del expediente y a la posterior nulidad de sus resultados, que siempre genera una natural resistencia.

4.3 La objetivación de la acusación

El reto de neutralizar al máximo la fase de instrucción pasa por desapoderar a las autoridades judiciales, en este periodo, de cualquier poder de decisión sobre la acusación. Es mucho más razonable, en la línea de lo expuesto, que el tradicional juicio de acusación lo formule la parte que posteriormente se comprometerá con la acusación, de modo que este juicio probabilístico sobre el éxito de la acusación no se entienda como nada más que un juicio de parte, lo más objetivo posible, pero sin dejar de ser parcial y, por tanto, sin el efecto estigmatizador que tiene una resolución judicial que acoge, de modo más o menos fundado, la tesis de incriminación.

En el sistema estadounidense, paradigma del proceso adversarial, la acusación formal se formula después del *preliminary hearing*, es decir, después del juicio de acusación, de modo que lo que se decide en esta etapa es si existen indicios para acusar. Esto mismo sucede en el sistema anglosajón, cuyo juicio de acusación se originó por la necesidad de contar con la información de ciudadanos del lugar para la evitación de procesos basados en denuncias anónimas o con fines despreciables.⁶⁶⁸ Actualmente, en el proceso abreviado español puede observarse que el Juez instructor realiza también este llamado juicio de acusación, previo a la formulación de las calificaciones provisionales tanto de la acusación como de la defensa. Sin embargo, en la propuesta de Anteproyecto de LECrim 2020, se propone la formalización de la acusación antes de la fase intermedia, de modo que, en realidad, el juicio de acusación ya se ha realizado por parte del Ministerio Fiscal, y lo que esta fase intermedia aporta al proceso es el aval, en caso de apertura del

⁶⁶⁸ IGLESIAS RÁBADE, Luis, “Estudio comparado del proceso penal en los derechos castellano e inglés en la Edad Media”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº 43 (2021), pág. 318.

juicio oral, de la posibilidad de éxito de la acusación ya formulada. Con toda la buena intención del Anteproyecto, lo cierto es que el legislador cae, una vez más, en un error que arrastramos indefinidamente en nuestra cultura judicial: exigir la confirmación judicial de los indicios racionales del delito antes de comenzar el juicio oral. Independientemente de que el órgano que realiza este mal llamado juicio de acusación sea el órgano que juzgará después o no, la consecuencia es la misma, la emisión de una conclusión judicial que perjudica innecesariamente la imparcialidad del proceso penal en su conjunto.

No pasa lo mismo en el actual procedimiento ordinario, donde se dicta primero el auto de apertura del juicio oral (o el alternativo sobreseimiento), después de la audiencia con el Ministerio Fiscal u otras acusaciones y la defensa. En este caso, una vez decretada la apertura del juicio, se da traslado a la Fiscalía para que presente el escrito de calificación o acusación. El error, entonces, no estriba en el aval judicial de la acusación ya presentada, sino en la necesidad de que el Juez realice una especie de autorización previa para la presentación de la acusación, adquiriendo un papel de supervisor de las actuaciones de investigación y, por consiguiente, quedando expuesto a la contaminación que supone la revisión de la suficiencia de la investigación, que le acerca de un modo inapropiado a las actuaciones de instrucción. Todo esto se suma al hecho de que, como ya se ha comentado ampliamente por la doctrina y reconocido aquí por nosotros, esta toma de postura la realiza, en este caso, el mismo juez con competencia para el enjuiciamiento de la causa, lo que magnifica la problemática de esta previa contaminación.

En resumen, la alternativa que aquí se plantea es la de la inexistencia de parte acusadora hasta el planteamiento de la acusación. Esto significa, en primer lugar, que ninguna autoridad judicial debe emitir conclusiones sobre la suficiencia incriminatoria de la investigación. En segundo lugar, sería conveniente que el Fiscal que plantea la acusación y, como presupuesto para ello, el que aprecia el grado de confirmación incriminatoria de los resultados de la investigación, sea un fiscal diferente del que ha dirigido la investigación, pues como hemos visto, en dicha fase el Ministerio Fiscal no debe inclinarse por la hipótesis incriminatoria, ni extraer relatos concluyentes sobre los hechos. Siendo este Fiscal de la acusación un órgano con formación jurídica, que no ha intervenido en la etapa previa de investigación y que no tiene, en principio, más interés por la acusación que aquel que le provoque la comprobación objetiva de la razonabilidad

de la tesis acusatoria, no existe motivo alguno para exigir que otro órgano, de matiz judicial, confirme la viabilidad de la acusación.

Haciendo esto se elimina, de una vez por todas, la ambigüedad en relación al significado y contenido cognitivo de los “indicios racionales de criminalidad”, puesto que se suprime la necesidad de que un Juez realice este análisis, siendo necesario únicamente que el fiscal en cuyas manos está la decisión de acusar, considere que tiene los elementos suficientes para elaborar una tesis de culpabilidad razonable, y que tiene la posibilidad fáctica de presentar fuentes de prueba que, tras su práctica, avalen la credibilidad de esa hipótesis. De este modo, en las calificaciones finales, la *hipótesis* pasará a ser una *tesis* firme y concreta sostenida por la acusación y que, en caso de ser acogida por el Juez tras la práctica de la prueba, adquirirá el estatus de *hecho probado* en la sentencia que ponga fin al proceso.

CAPÍTULO IV. LA INTEGRACIÓN DEL PROCESO PENAL EN ATENCIÓN A LA REFORMULACIÓN DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN

La configuración del proceso penal y la determinación de los valores y principios que lo informan es una materia extremadamente sensible, así como lo es el derecho penal estatal, a cuya correcta aplicación se dirige el mencionado proceso. Es imposible la aproximación al proceso penal sin tener en cuenta el contexto social y cultural al que pertenece, la ideología política que lo informa y los principios filosóficos y antropológicos que forman el sustrato del derecho penal de cada país. Como hemos visto en apartados anteriores de este trabajo, la reacción ante los hechos delictivos, y posteriormente las políticas criminales estatales, han venido marcadas por la concepción del poder y su concreta asignación en cada época, la mentalidad social y la jerarquía e interacción de valores individuales y colectivos. Asimismo, el imaginario común sobre la finalidad del derecho penal y de su brazo procesal ha tenido una influencia inexorable en la determinación y ejecución de las penas, cuya configuración es el resultado de la suma de todas las variables anteriores.

De un modo equivalente, el estudio crítico de la articulación de la ejecución penal pone de manifiesto la conjunción de valores que subyacen al derecho penal, sean éstos o no los que manifestamos de un modo explícito en cuerpos normativos y declaraciones de intenciones. Se trata de aquel sustrato al que nos podríamos referir como el “subconsciente” del derecho penal estatal, que contiene la memoria de nuestro pasado y que va guiando nuestros procesos legislativos; siendo nosotros conscientes de ello en función de la honestidad y espíritu crítico con que examinamos nuestros ordenamientos jurídicos y las figuras que lo caracterizan. En realidad, los anteriores son fenómenos e instituciones que tradicionalmente han sido estudiados desde perspectivas diferentes, el derecho penal, el derecho procesal y el derecho administrativo -concretamente el derecho penitenciario-, pero cuya interconexión es innegable y su abordaje de una forma integral, una necesidad apremiante.

El objeto y extensión de este trabajo no podría alcanzar la ingente tarea descrita, pero parte de esta concepción integradora del mal llamado sistema punitivo estatal. En mérito a lo expuesto, no es posible redefinir la fase de investigación del proceso penal sin prestar

atención a la finalidad general del derecho penal y procesal penal, así como los valores que lo informan. Es en este aspecto central en el que el sistema falla estrepitosamente en su función de integración. Las sociedades occidentales contemporáneas han llevado a cabo una tarea admirable, que no debemos pasar por alto, de definición y acogida de los valores democráticos⁶⁶⁹, vinculados a un mayor protagonismo de los derechos individuales de los ciudadanos como sujetos con una dignidad inviolable, que el Estado debe preservar y afirmar en su interacción con ellos. Como ha quedado patente, todos estos principios han tenido una concreta materialización en el ordenamiento procesal penal⁶⁷⁰, y paulatinamente se han impuesto exigencias que garantizan un mayor protagonismo de la parte acusada y la construcción de un proceso aparentemente más objetivo e imparcial. Toda esta renovación del proceso penal, sin embargo, no puede observarse con independencia de circunstancias sociales y políticas que han tenido lugar parejamente, como el fortalecimiento en la lucha contra el terrorismo y otros fenómenos criminales que causan una fuerte alarma social⁶⁷¹, el desarrollo de tecnologías de investigación con mayor eficacia de rastreo y seguimiento⁶⁷² y la valorización de la seguridad⁶⁷³ y de la participación ciudadana en la justicia. Los fenómenos descritos han supuesto en algunos casos la vía de justificación para la subsistencia de antiguas concepciones y paradigmas en relación con el proceso penal y la intervención estatal en

⁶⁶⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre 1966; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

⁶⁷⁰ Directiva (UE) 2016/800 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; A nivel nacional, recientemente la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

⁶⁷¹ ANTÓN-MELLÓN, Juan; Álvarez JIMÉNEZ, Gemma; ROTHSTEIN, Pedro, “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas.” *Revista Española de Ciencia Política*, nº 43 (2017), págs. 13-36.

⁶⁷² Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Para una visión panorámica de estos avances y su problemática, vid. MERKEL, Laura, *Derechos humanos e investigaciones policiales...* ob. cit

⁶⁷³ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, 1998 (Madrid: siglo XXI), pág. 28: “Hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial, de manera que la tesis de los espacios cerrados es ficticia. No hay ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás, (...) de modo que nos vemos insertados en una sociedad del riesgo en la cual los denominados peligros globales hacen que se resquebrajen los pilares del tradicional sistema de seguridad”, citado en ANTÓN-MELLÓN, Juan; Álvarez JIMÉNEZ, Gemma; ROTHSTEIN, Pedro, “Populismo punitivo en España...” ob. cit., pág. 16.

el fenómeno delictivo, que en la práctica producen una fricción ideológica que es la principal desencadenante de las actuales incoherencias del sistema.

Todo lo anterior puede comprobarse detalladamente observando algunas cuestiones más específicas, que nos reconducirán a una idea clave: la resistencia a un cambio de mentalidad en relación con la finalidad del derecho penal impide que en la práctica los sistemas procesales se adapten verdaderamente y de una forma coherente a los principios democráticos y a la búsqueda garantista de la verdad, ofreciendo también una preocupante resistencia a la asunción de las consecuencias que se desprenden de los estudios científicos en la materia. En este sentido, JULIÀ PIJOAN⁶⁷⁴ sacó a la luz de modo diáfano la necesidad de que la ciencia jurídica incorpore las evidencias de los estudios científicos en el ámbito del proceso penal, porque únicamente se despierta la posibilidad del verdadero progreso cuando existe la valentía de seleccionar las teorías que permiten superar las carencias de las anteriores, aunque ello suponga poner en cuestión dinámicas muy arraigadas, cuyos ropajes han ido variando a lo largo de los siglos pero que sobreviven en el tiempo sin una clara justificación científica⁶⁷⁵.

En el caso particular objeto de nuestro trabajo, la incorporación de garantías procesales en la fase de investigación es clara y no vamos a entrar en ella por ser ampliamente conocida. Ha quedado al descubierto, sin embargo, que esta democratización del proceso penal en la fase previa al juicio se ha focalizado en cuestiones de participación procesal, pero no ha supuesto una transformación satisfactoria que la configure como un medio más exitoso para el esclarecimiento ágil y neutral de hechos en el conjunto del proceso. Esto es así porque subsiste en la mentalidad colectiva y en la intencionalidad del legislador la idea de que el proceso es una herramienta eficaz para la aplicación del derecho penal en la medida en que permite justificar la imposición de condenas; y es verdaderamente eficiente cuando lo hace con la menor tramitación posible, aunque en la práctica la concentración del proceso decisorio en la fase de instrucción no implique una auténtica agilización. El interés colectivo de aparente fortalecimiento de la seguridad sigue satisfaciéndose, como sucedía en tiempos del proceso inquisitivo, cuando los

⁶⁷⁴ JULIÀ PIJOAN, Miquel, *Proceso penal y neurociencia: una interacción desorientada*, (Marcial Pons, 2020).

⁶⁷⁵ *Ibid.*, pág. 306.

fenómenos delictivos llevan aparejados nombres de personas sobre las que ha recaído o recaerá el peso de la justicia.

Las resoluciones de condena, y con ello la retribución, siguen vinculadas en el ideario común a la realización de la justicia, con una mayor despreocupación por la calidad de las decisiones judiciales, cuyos déficits no deben buscarse solo en la buena o mala *praxis* de los jueces, sino fundamentalmente en la configuración de un sistema que distorsiona las funciones propias de cada etapa procesal, porque no se atreve a llevar hasta sus últimas consecuencias ni el objetivo funcional para el que fueron previstas ni la realidad de su aptitud –o ineptitud- epistémica. Y todo ello porque la pena sigue teniendo, en nuestras sociedades, una esencial nota punitiva de la que todavía no estamos dispuestos a desprendernos y que magnifica el miedo a la impunidad⁶⁷⁶ por encima del miedo al falseamiento cualitativo del proceso penal⁶⁷⁷. El encaje completo y coherente de todas las garantías propias de un proceso democrático solamente tendrá solidez a través de un cambio de paradigma en la función del proceso penal, para el cual la tutela de los inocentes debería tener la misma estimación que la condena de los culpables.

Pues bien, ante esta realidad, los resultados de este trabajo llaman a la exploración de diversas sendas de reforma del proceso penal en relación con la fase de investigación, algunas de ellas en la línea de las que llevan años en vías de propuesta; y otras en dirección opuesta a las que actualmente se encuentran sobre la mesa o en estadio de desarrollo. En las propuestas que siguen, se acogerán las dos premisas que se desprenden de un modo clarividente de todo lo expuesto en los capítulos anteriores de esta obra y cuyo fundamento empírico ha sido argumentado en otros estudios⁶⁷⁸, así como validado por la observación de la práctica. La primera de estas premisas es la ineptitud epistémica de la fase de investigación para fundamentar una condena, y que ha sido justificada a lo largo

⁶⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº11 (2009) págs. 36 y ss.: “Así, la evitación de la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del Derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación -durante la última década- del alcance de principios políticocriminales clásicos.”

⁶⁷⁷ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, LX.29 (2016), pág. 266.

⁶⁷⁸ LANGBEIN, John Harriss, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Oxford University Press: Oxford, 2003), págs. 332 y ss.

de todo el capítulo anterior. La tarea de investigación parte de hipótesis de carácter incriminatorio, y contiene el riesgo intrínseco de apartarse de la realidad fáctica de los hechos, debido al mecanismo de *autoconfirmación* de las propias intuiciones, al heurístico de anclaje y ajuste y a la tendencia humana a proyectar la experiencia y el bagaje personal en la interpretación de la realidad⁶⁷⁹. De este modo, incluso los investigadores más experimentados corren el peligro de apartarse de la verdadera coyuntura de los hechos de cada caso, pues precisamente esa experiencia es la “base de datos” que nutre los citados mecanismos.

También ha quedado patente que, desatendiendo a lo que la ciencia psicológica y cognitiva han sacado a la luz en las últimas décadas, la etapa procesal en la que se enmarca el trabajo de investigación criminal sigue constituyendo una fase nuclear del ámbito decisorio del proceso penal. En este sentido, la admisión de la terminación anticipada del proceso mediante una resolución condenatoria sin celebración del juicio oral se ha justificado en la introducción de las garantías formales propias del juicio en la fase previa, pero el análisis práctico de esta introducción pone de manifiesto que, por un lado, esta equiparación no es alcanzable y, por otro lado, la condescendencia con el acusado en esta fase aumenta la contradicción y la participación de la defensa, pero no aporta ninguna garantía que suavice suficientemente los peligros de los sesgos y desviaciones cognitivos de la tarea investigadora. Queda establecido, en este sentido, que la fase de investigación tiene un ámbito específico muy necesario y al que el proceso penal no puede renunciar; y a la par consta de una dinámica propia que la coloca por debajo del estándar de calidad cognoscitiva requerido para dictar sentencia y, consecuentemente, para desvirtuar la presunción de inocencia, de modo que la significación de la investigación debe quedar recluida al ámbito que en adelante delimitaremos.

Como segunda premisa de las propuestas de reforma que siguen, se asume el hecho, también demostrado, de que la contienda dialéctica de partes interesadas no es el mecanismo más adecuado para el establecimiento objetivo de los hechos⁶⁸⁰. De hecho,

⁶⁷⁹ JULIÀ PIJOAN, Miquel, *Proceso penal y neurociencia...* ob. cit., pág. 100.

⁶⁸⁰ TYLER, Allan; LIND, Tom, *The Social Psychology of Procedural Justice*, (Nueva York-Londres, 1998), págs. 114 y ss., citado en TARUFFO, Michele “Poderes probatorios de las partes y del juez...”, ob. cit., pág. 264.

esta configuración del proceso en su totalidad tiene su aplicación más radical en aquellos ordenamientos cuya filosofía procesal se asienta en visiones más privatistas o individualistas del derecho, en las cuales el objetivo de resolución de la contienda tiene un mayor calado que la búsqueda de la verdad⁶⁸¹. En este sentido, dejar la fase de preparación del juicio —que no es una fase de partes en nuestra cultura jurídica— en manos de sujetos con un interés personal en el resultado y en atención a una dinámica de confrontación, conlleva la distorsión del material que pueda aportarse; tanto más cuantos más intereses de las partes estén en juego⁶⁸². Por tanto, la configuración oficial de la etapa de investigación con una cesión a las partes minimizada a lo necesario para la optimización cognoscitiva de esta tarea, disminuye la manipulación, y se presenta como la opción con mayor validez para la preservación de los vestigios, la preparación desapasionada de la decisión sobre la acusación y la asunción de un papel de garantía, y no contencioso, por parte de los órganos jurídicos de la investigación, que repercutirá en positivo para el derecho de defensa de las partes. Veámoslo a continuación.

1. LA SUFICIENCIA INVESTIGADORA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

1.1 Presupuesto para la reforma: La diferencia sustancial entre imputación y acusación

La delimitación de la suficiencia de la fase de investigación, que abarca el interrogante sobre el contenido y la configuración de ésta, se encuentra enlazado a la significación y contenido de la figura de la imputación⁶⁸³. Es decir, es el contenido cognoscitivo exigido

⁶⁸¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria*, tr. it. en *L'analisi del ragionamento giuridico*, ed. por COMANDUCCI, P. y GUASTINI R., (Turín, 1987), pág. 284, citado en TARUFFO, Michele 'Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa', ob. cit., pág. 265.

⁶⁸² *Ibid.*, pág. 266: "La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta —como se ha visto— en numerosos ordenamientos, se apoya evidentemente en opciones ideológicas para las cuales la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa".

⁶⁸³ ASECIO MELLADO, José María "La imputación como elemento determinante...", ob. cit., pág. 8.

a los actos de imputación aquello que determina el cómo y el hasta cuándo de la tarea de investigación y, en general, de toda la etapa previa al juicio oral, pues están enlazadas según una relación de finalidad. Habiendo constatado en este trabajo la confusión imperante en cuanto al contenido de la imputación y su diferente significación y ubicación a lo largo del proceso y en los diferentes procedimientos, no es de extrañar que el ámbito objetivo de la investigación no cuente con una clara sistematización y haya sido abordado por la doctrina de un modo tan tangencial. Por consiguiente, urge establecer el significado, necesidad y valor objetivo de los actos de imputación procesal con carácter previo al planteamiento de una propuesta de reforma de la etapa de investigación.

Para contextualizar la simplificación práctica y conceptual que se propone a continuación, es oportuno hacer un breve repaso preliminar de algunos puntos básicos. La imputación puede tener en el proceso penal un carácter esencialmente informativo, relativo a unos hechos asociados a la posibilidad de un delito, pero sin una constatación probabilística, ni en cuanto a su tipología delictiva ni tan siquiera en cuanto a su existencia fáctica. En este sentido, nos estaríamos situando en lo que actualmente se entiende como imputación genérica, cercana o simultánea al acto de incoación, y que conlleva dos efectos principales: el primero de ellos tiene que ver con el derecho de defensa en sentido amplio, y concretamente supone la activación del derecho del investigado a ser informado de aquellos actos por los que se le investiga; el segundo de ellos es de carácter esencialmente procesal y consiste en la vinculación del sujeto a un proceso penal específico, iniciado para el esclarecimiento de unos hechos determinados. Esta imputación puede materializarse en la primera toma de declaración del investigado como tal, o mediante la comunicación a éste de la incoación de un proceso contra él tras la recepción y validación de la *notitia criminis*, que en la actualidad no dispone de un momento procesal definido.

En la valoración de esta figura, es interesante destacar dos opiniones doctrinales que aportan reflexiones útiles para la elaboración de nuestra postura. Por una parte, se ha visto que algunos autores abogan por que esta imputación inicial se formalice cuanto antes para permitir el despliegue del derecho de defensa, motivo por el cual la identificación entre esta primera atribución de hechos con la tardía imputación formal del proceso⁶⁸⁴

⁶⁸⁴ El auto de procedimiento abreviado o el procesamiento en el procedimiento ordinario.

supondría un quebrantamiento de garantías⁶⁸⁵. En sentido opuesto, otros autores defienden que se trata de un acto inicial que no contiene todavía las exigencias básicas de individualización de los elementos del tipo delictivo, puesto que para ello se requiere la investigación posterior, y que además cuenta con un bajo nivel de acreditación probabilística de los hechos⁶⁸⁶. Según esta segunda postura, esta primera imputación no es verdaderamente una imputación, y significa solamente el presupuesto para la investigación policial en aras a delimitar y acreditar la tipología delictiva del hecho. Por consiguiente, no sería necesario, ni de hecho factible, ejercer entonces el tradicional derecho de defensa, ni tampoco el despliegue de una investigación procesal, pues no existiendo la atribución de un delito como tal, el proceso judicial aún no alcanza su justificación, del mismo modo que no existe todavía nada concreto contra lo que defenderse⁶⁸⁷.

Pues bien, es cierto que informar al investigado de todo lo que sucede en relación con su persona es una garantía básica en un estado democrático. También lo es, efectivamente, que la sospecha de la comisión de un delito que activa las labores de investigación puede estar vinculada a hechos de la vida que todavía no es posible encajar en un tipo delictivo concreto, pues los elementos del tipo necesitan justamente de esa indagación para ser sacados a la luz. Por ello, resulta ingenua la pretensión de iniciar un proceso penal con una delimitación cerrada del tipo delictivo que se investiga, pues lo único que puede hacerse honestamente en este estadio inicial es situar hipotéticamente los hechos en una o varias conductas delictivas que sirvan de orientación para la investigación. De hecho, este entendimiento flexible del inicio del proceso y de la tarea investigadora tiene efectos mucho más favorables a nivel de la calidad epistemológica de la investigación, pues la no vinculación formal desde un principio con una única teoría delictiva es un mecanismo eficaz para esquivar el efecto compromiso del investigador, que va mermando la neutralidad de la indagación a medida que ésta avanza. Con esto último no se quiere decir que la fase investigación pueda convertirse en una etapa de indagaciones prospectivas

⁶⁸⁵ ARMENTA DEU, Teresa., *Lecciones de derecho procesal...* ob. cit., pág. 250; NIEVA FENOLL, Jordi., *Derecho procesal III...* ob. cit., pág. 241; RAMOS MÉNDEZ, Francisco., *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional...* ob. cit., pág. 169.

⁶⁸⁶ ASENCIO MELLADO, José María “La imputación como elemento determinante...” ob. cit.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, pág. 5.

que atenten contra la presunción de inocencia y la seguridad jurídica. Lejos de eso, la investigación por un delito puede iniciarse únicamente ante el conocimiento de hechos concretos de los cuales se haya valorado *prima facie* la potencialidad delictiva. Pero el salto desde esta potencialidad o posibilidad delictiva a la atribución probable de la comisión de un delito específico solamente se puede realizar después de una tarea de investigación. De hecho, ha quedado demostrado que la exigencia de un alto nivel de concreción sobre el tipo delictivo para la incoación del proceso – y la imputación inicial– sirve únicamente como amparo de investigaciones policiales previas, que por quedar al margen del proceso penal son, justamente, mucho más prospectivas y carentes de la necesaria supervisión.

Dejamos apuntada esta reflexión para volver a ella tras la exposición de un segundo aspecto. Se trata de la existencia en nuestro proceso penal de un acto posterior de imputación judicial formal, que consiste en la atribución preliminar de una conducta delictiva, aquella sobre la que se está investigando, y que esta vez sí que se identifica con el auto de procesamiento o figuras análogas, de las que ya hemos hablado, en el resto de procedimientos. La conclusión destacable acerca de esta figura es que inexplicablemente sigue justificándose su existencia en la necesaria labor de concreción del sujeto pasivo y de los hechos punibles que judicialmente se le atribuyen, con el fin de evitar acusaciones sorpresivas. A pesar de que fuera así en tiempos pasados, vista la posibilidad procesal de la imputación inicial, este acto se traduce en la actualidad en la exteriorización del juicio de valor sobre la apariencia de culpabilidad del reo en un estadio ya avanzado de la fase de investigación. En resumidas cuentas, sirve ante todo para añadir un plus incriminatorio a la situación del investigado⁶⁸⁸. A propósito de ello, también se ha argumentado que este acto de procesamiento permite informar al investigado no solamente de que se le está investigando, sino de la atribución de una responsabilidad penal individualizada provisional, ya delineada en la tipicidad de los hechos delictivos y los indicios que la fundamentan⁶⁸⁹. Siendo así, tiene sentido, aunque disentimos de esta postura, que algunos autores⁶⁹⁰ justifiquen la necesidad de que este acto de imputación se formalice en estadios

⁶⁸⁸ ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial...* ob. cit., pág. 57.

⁶⁸⁹ ASENSIO MELLADO, José María “La imputación como elemento determinante...” ob. cit., pág. 28.

⁶⁹⁰ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., pág. 177.

avanzados de la fase previa, pues si se llevara a cabo con anterioridad, sin haberse realizado la tarea de investigación que sirve justamente para esta concreción, la nueva imputación no aportaría nada nuevo al investigado.

Con todo queda claro que, si bien la incoación del proceso penal y la consiguiente imputación inicial no implican un juicio de probabilidad⁶⁹¹, sino de mera posibilidad *prima facie* de existencia del hecho y de su carácter delictivo, esta segunda imputación asienta su importancia precisamente en el juicio de probabilidad acerca de la comisión del citado hecho delictivo. Además, es vital reiterar, para el caso de que se le haya pasado por alto al lector, que se trata de una atribución provisional *judicial* de un delito. Ahora bien, en vista del análisis de los capítulos anteriores, ¿es honesto seguir afirmando que se trata de un acto judicial de valoración de los indicios? ¿No es, en realidad, una traslación inmerecida de un juicio policial al ámbito de la credibilidad jurisdiccional? Creemos que lo es, con la agravante de que mediante este acto se formaliza prematuramente una hipótesis acusatoria fruto de una labor que es esencialmente administrativa. Sentada la naturaleza de los juicios de indagación, que no son juicios guiados por las premisas de la imparcialidad ¿cuál es exactamente la ganancia para el estatus de la defensa en la formulación de esta imputación?

Queda por resolver el elemento de las acusaciones sorprendidas, es decir, el inconveniente que podría suponer para el investigado la formulación de una acusación contra él y, por ende, la atribución de un tipo delictivo delineado en todos sus elementos, cuando éste no ha podido, con carácter previo a esta acusación, plantear las objeciones convenientes. Para resolver este conflicto, creemos necesario partir de la premisa de que, pese a lo que puede pensarse a simple vista, que es fruto de la asunción acrítica de una mal entendida seguridad jurídica procesal, la falta de delimitación jurídica de la tipicidad del hecho no implica indefensión. En primer lugar, debe atenderse a que, en este estadio del proceso, lo que existe ante los órganos de investigación y lo que se pone en conocimiento del investigado es lo mismo: unos hechos con potencialidad delictiva. En el modelo que proponemos, por tanto, no existe en esta etapa previa un relato institucional sobre la perpetración de un delito concreto, aunque el relato sí pueda existir en el fuero interno de los investigadores. Esto supone que los órganos policiales, y sobre todo el órgano con

⁶⁹¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pág. 43.

formación jurídica al mando de la investigación, deben atender a los elementos e indicios que vayan recogiendo en atención a los hechos descritos en la *notitia criminis* y será eso mismo –los hechos, las diligencias de investigación y los resultados de éstas– lo que se pondrá en conocimiento de la defensa. En este sentido, la tarea del órgano director de la investigación y del posterior acusador, será en puridad la misma que la que pueda realizar la defensa: interpretar los elementos que vayan saliendo a la luz, para identificar y concretar su relevancia jurídica y, en función de ello, plantear una estrategia defensiva y aportar, si lo cree conveniente, los elementos que favorezcan una reconstrucción de los hechos que no dé lugar a la apreciación de su carácter delictivo. Pensar que la defensa necesita, en la fase de investigación, conocer el concreto hecho delictivo por el que se va a acusar implica forzar a los órganos de investigación, de nuevo, a avanzar conclusiones que, por un lado, no pueden estar suficientemente justificadas por el carácter inicial de esta fase y, por otro lado, centrarles en una tarea de fundamentación de una sola hipótesis delictiva, que reduce enormemente su campo de visión y su tolerancia hacia panoramas alternativos, incluso los planteados explícitamente por la defensa.

Profundizaremos más adelante sobre el papel del derecho de defensa y su adecuada materialización en esta fase, pues ahora simplemente nos interesaba destacar los elementos que no deben pasarse por alto en la resolución de la cuestión que nos ocupa. Vamos, pues, a la tarea de simplificación que nos hemos propuesto en lo que respecta a la imputación. Por virtud de todo lo expuesto estimamos que es posible realizar esta simplificación mediante una depuración de la significación probabilística de la figura de la imputación en la fase de investigación. La imputación como acto procesal debe quedar reducido a la puesta en conocimiento de la investigación por unos hechos concretos que, tras una valoración jurídica *prima facie*, son susceptibles de ser calificados como hechos delictivos⁶⁹². Estos hechos, de los que tiene conocimiento la Fiscalía mediante los actos procesales que ya vimos, son valorados en su factibilidad, en cuanto hechos posibles a primera vista. Una vez realizada esta preliminar valoración, deben ser descartados si no pudieran ser constitutivos de delito en caso de ser cierto el relato. Fuera de este caso, se

⁶⁹² RIAÑO BRUN, Iñaki, *La instrucción criminal...* ob. cit., pág. 49. El autor critica el automatismo existente en el acto de imputación inicial tras el auto de inicio de las diligencias de investigación una vez que se tiene la noticia sobre la comisión de hechos presuntamente delictivos. Para más detalles, vid. NIEVA FENOLL, Jordi., *Enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., págs. 40 y ss.

iniciará la etapa de investigación que se pondrá en conocimiento del investigado mediante el acto procesal de la imputación, excepto en los supuestos de declaración de secreto. Esta imputación tiene, pues, dos facetas: una faceta informativa de los hechos que originan el proceso y otra faceta delimitadora de los hechos que deben investigarse, en atención a los tipos delictivos que podrían constituir.

A partir de este momento, los subsiguientes actos procesales que puedan tener lugar y para los cuales se requiere una mínima fundamentación del delito, que la ley refiere con expresiones como “indicios racionales” o “motivos bastantes” de criminalidad, podrán autorizarse en la medida en que el juez advierta que la sospecha de delitos está delimitada y suficientemente fundamentada. Nos referimos principalmente a la autorización de medidas cautelares y diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales a las que también se ha vinculado la figura de la imputación. Esta oportuna fundamentación no debe confundirse, bajo nuestra opinión, con una especie de nueva de imputación, pues nos parece que la imputación tiene una connotación vinculada a la *atribución* de un delito, y estos actos no se orientan a la atribución de sospechas incrementadas derivadas de las indagaciones que se están llevando a cabo, sino que se dirigen a la aprobación de los actos contenidos en la correspondiente solicitud. Ciertamente, para poder decretarse, estos actos requieren que los hechos atribuidos en la inicial imputación sigan siendo plausibles y que los datos de los que dispone la investigación fundamenten su verosimilitud. En efecto, el juez llevará a cabo, en este momento, una valoración de la apariencia de criminalidad a la vista del material existente, pero siempre con carácter provisional, pues el material del que se dispone puede ser incompleto o defectuoso. La clave reside en que esta valoración tiene carácter necesario, pero siempre instrumental, y se orientará a autorizar las citadas medidas, pero no a manifestar un grado concreto de confirmación de hipótesis en un punto más o menos intermedio del proceso de investigación.

Puede parecer que el matiz expuesto supone únicamente un cambio retórico, pero tiene consecuencias en cuanto a la concepción colectiva de la fase de instrucción, y se asienta en dos principios consensuados. El primero de ellos es la necesidad de preservar la apariencia de inocencia del investigado, de modo que tras el comienzo de una investigación el reo es simplemente una persona investigada, y el contenido de esa inocencia no es compatible con la exteriorización judicial de su progresiva erosión, pues

los efectos negativos de este fenómeno para la presunción de inocencia no son difíciles de adivinar. En segundo lugar, plantear la fase de investigación como una fase progresiva y lineal de confirmación de la incriminación es una construcción artificiosa y poco ajustada a lo que es la fase previa si realmente se asienta en la investigación. Ésta consiste en la recogida de material, que atiende a hipótesis iniciales, pero que no se dirige únicamente a confirmarlas, pues entonces estaríamos hablando de un proceso de constatación y no de investigación. Por la naturaleza que le es propia, la investigación de un hecho desconocido no es lineal ni cumulativa, sino que depende, en su desarrollo, de circunstancias muy diferentes y de la coyuntura particular del caso, de modo que en cualquier estadio de la indagación pueden producirse hallazgos que invaliden las anteriores hipótesis sobre los hechos, incluso aquellas que contaran con un nivel muy alto de corroboración que hubiera permitido la apreciación positiva de motivos bastantes de criminalidad. Por ello, vincular estas valoraciones sobre la criminalidad habida cuenta del material existente en un momento x con atribuciones judiciales de una progresiva confirmación de la imputación inicial, es un error que debe reconsiderarse. La imputación es, por tanto, la atribución formal, provisional y no constatada de hechos potencialmente delictivos a una persona determinada y no debe ser ni definitiva, ni en consecuencia jurisdiccional, hasta la sentencia. La posibilidad de prescindir de su jurisdiccionalidad puede parecer un desatino en el nivel de las garantías⁶⁹³, pero analizado con detalle posee la potencialidad de reforzar la presunción de inocencia en el conjunto del proceso penal. Proponemos que exista, pues, un solo acto de imputación, al inicio del proceso, en lugar de variados actos de imputación que se manifiestan, de forma un tanto oculta, en diferentes resoluciones a lo largo de toda la etapa investigadora.

Desde esta nueva visión, la tarea de delimitación jurídica de los elementos típicos del delito y de su suficiente fundamentación indiciaria debería dar lugar, directamente, a la formulación de la acusación, identificándose con ella lo que hasta ahora hemos encomendado al acto de procesamiento del procedimiento ordinario o acto de transformación del procedimiento abreviado. Un ejemplo de esta visión tradicional lo encontramos en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 251/2005 de 4 de mayo, según el cual “la posibilidad inicial de que los hechos relatados en la denuncia o

⁶⁹³ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal...* ob. cit., pág. 39.

en la querrela puedas ser constitutivos de delito se refuerza en este instante del procedimiento [imputación formal (procesamiento o auto PA)], dando lugar a una atribución provisional de responsabilidad criminal individualizada.”⁶⁹⁴

Pues bien, la atribución de un hecho ya concretado en todos sus extremos en su apariencia delictiva puede sin problema dar lugar a la redacción de las calificaciones provisionales de la acusación. Asociar esta tarea a una imputación judicial todavía en fase de investigación y previa a la acusación implica seguir alargando el suplicio del investigado, en un estado de esclarecimiento de hechos en que la investigación propiamente ha culminado su función. Como ha explicado nuestra doctrina constitucional, la imputación formal no implica la imposición de una pena, sino que constituye únicamente un pronunciamiento judicial de carácter provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando en ningún caso la culpabilidad del procesado⁶⁹⁵. Reiteramos lo dicho, ¿en qué se distingue este acto de procesamiento con el acto de calificación provisional, tanto a nivel de contenido como de valoración racional de los resultados de la investigación?

La acusación es, por tanto, un acto diferenciado de la imputación, pues si aquella se basaba en un juicio de posibilidad o verosimilitud, ésta se asienta efectivamente en un juicio de probabilidad sobre la comisión del hecho. En este sentido, la acusación consiste en la atribución razonable de un tipo delictivo a un sujeto determinado, en atención a una suficiente fundamentación indiciaria de los elementos del tipo y de la responsabilidad del sujeto pasivo. Por todo ello, el límite objetivo de la investigación no debe encontrarse en el acto de procesamiento⁶⁹⁶, sino que puede hallarse perfectamente en el acto de la

⁶⁹⁴ AAP de Barcelona (Sección 5ª), nº251/2005 de 4 de mayo [JUR 1005/171044], citado en ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, ob. cit., pág. 57. El paréntesis en el fragmento es del autor.

⁶⁹⁵ RIAÑO BRUN, Iñaki, *La instrucción criminal...* ob. cit., pág. 48.

⁶⁹⁶ ASECIO MELLADO, José María, “La imputación como elemento determinante...” ob. cit., pág. 27: “La imputación, por tanto y aunque en la actual situación se desconozca esta función básica en un proceso penal democrático, se traduce en un límite objetivo de la instrucción, que queda circunscrita a los concretos hechos que constituyen su objeto y que han sido previamente comunicados al investigado, esto es, los hechos punibles que han sido transmitidos a éste.” En este trabajo, el autor sitúa el límite objetivo de la investigación en el acto de procesamiento, o imputación, pues distingue una primera fase necesaria de investigación policial, cuyo fin sería este acto de imputación, y una fase posterior de investigación procesal. Con todo el respeto que merece por la lucidez del análisis, nos parece, según la definición que el autor

acusación, cuyo contenido nos orientará, en los próximos epígrafes, sobre las actuaciones que es necesario y suficiente realizar en la etapa previa al juicio oral.

1.2 El contenido suficiente de la investigación

1.2.1 Generación vs. fundamentación de hipótesis

La fase de instrucción del ordenamiento español tiene parangón en la mayoría de ordenamientos europeos con los que suelen establecerse comparaciones a nivel procesal. Únicamente el proceso español y el proceso francés mantienen al juez instructor como director de la investigación y, sin embargo, del análisis del contenido y terminación de la investigación no pueden extraerse diferencias sustanciales en cuanto a nuestro objeto de estudio con aquellos países en los que la Fiscalía ha absorbido esta función. Por ello, podemos concluir que, pese a las diferencias orgánicas y otras divergencias de articulación procesal, la etapa preparatoria de carácter oficial española se puede equiparar a la etapa preliminar italiana, alemana, francesa, holandesa o portuguesa en cuanto a la finalidad a la que se dirige y el resultado que se obtiene de ella. Esta finalidad es la preparación del juicio de acusación y con ello del juicio oral, y este resultado es la acumulación de vasto material para fundamentar la citada acusación. La causa de esta formulación común se asienta, en gran medida, en la historia inquisitiva compartida de todos ellos, pues la existencia de una fase procesal dirigida a la preparación del juicio oral y la recogida de pruebas para respaldar la teoría acusatoria tuvo su origen en el sistema inquisitivo medieval⁶⁹⁷.

aporta de este acto de imputación, la información de la que dispondrá el proceso en este punto ya sería suficiente para la acusación, de modo que esta segunda fase de investigación procesal, que el autor identifica con la verdadera instrucción, no aportaría un valor añadido en cuanto a investigación, sino que sería una etapa de reiteración y constatación con efectos dilatorios. La solución que proponemos no se aparta de sus reflexiones principales, pero consiste en integrar lo que este autor entiende como fase previa de investigación policial en lo que ahora es la fase de instrucción, y trasladar toda la tarea de comprobación posterior a la etapa de juicio oral.

⁶⁹⁷ FINOCCHIARO, Enzo, “La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio”, ob. cit., pág. 2.

La constatación de esta realidad es base suficiente para afirmar que una armonización orgánica en cuanto al órgano director de la investigación no sería reforma suficiente para la optimización del proceso, por cuanto la ausencia de una redefinición de funciones y objetivos abocaría a la futilidad de esta modificación; pues en realidad las carencias detectadas en nuestro ordenamiento afectan del mismo modo, incluso en mayor grado en ciertos casos, a los países de nuestro alrededor. El asunto central de la reforma consiste, pues, en rediseñar la función de la investigación en el conjunto del proceso. Esta reformulación se asienta en la asunción de que la fase de investigación tiene un cometido propio asociado a la naturaleza abductiva que es propia de la etapa inicial de un proceso encaminado a la reconstrucción de la verdad. El itinerario mental de abducción nos dirige a la decisión sobre qué explicación de un determinado fenómeno que observamos en la realidad resulta posible, o simplemente la más plausible, de modo que este proceso se conoce como la “inferencia a la mejor explicación”⁶⁹⁸. Este razonamiento funciona del siguiente modo: ante un hecho de la vida, las personas podemos llevar a cabo un ejercicio de confección de posibles hipótesis que puedan explicarlo, de modo que, siendo cierta la hipótesis planteada, el fenómeno acontecido sería un hecho normal, no sorprendente⁶⁹⁹. Por tanto, en el nivel de la abducción la hipótesis planteada no es una afirmación de la que podamos predicar su necesidad, sino solamente una posible premisa explicativa de los hechos observados. La tarea de los investigadores en un proceso penal consiste, precisamente, en esta generación de hipótesis mediante el razonamiento imaginativo⁷⁰⁰, algo que todos los seres humanos realizamos de modo cotidiano, sin ser conscientes de ello, cuando planteamos hipótesis sobre hechos que observamos a partir de las pruebas a nuestro alcance. En esta etapa procesal, pues, no nos situamos todavía en la tarea de fundamentación inductiva de las hipótesis, sino en la previa generación de éstas, labor

⁶⁹⁸ VARGAS VÉLEZ, Orion, “Abducción, deducción e inducción: tres herramientas básicas para el razonamiento probatorio”, en AGUDELO MEJÍA, Dimaro Alexis; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris (coords.), *La prueba: teoría y práctica* (Colombia, 2019), pág. 66.

⁶⁹⁹ PEIRCE, Charles Sanders, et al. *Reasoning and the Logic of Things: the Cambridge Conferences Lectures of 1898*, Harvard Historical Studies (Harvard: Harvard University Press, 1992), citado en VARGAS VÉLEZ, Orion, “Abducción, deducción e inducción... ob, cit., pág. 68.

⁷⁰⁰ SCHUM, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, traducción y edición a cargo de Orión Vargas (Xpress Estudio Gráfico y Digital, 2016), pág. 577. En esta obra el autor expone un esquema que ilustra el itinerario de generación de hipótesis e hipótesis alternativas a partir de la observación de fenómenos observables sorprendentes.

que exige la puesta en práctica de la imaginación y la creatividad⁷⁰¹. Nos ubicamos en el ámbito de la posibilidad, y nada más.

Advertida esta cuestión, siguiendo a SCHUM la pregunta central de un investigador podría formularse como *¿qué hipótesis podrían explicar la observación que hago?* en lugar de la pregunta *¿Qué pruebas pueden justificar la hipótesis que planteo?* Es plenamente advertible, a la luz de estas cuestiones, la sustancial diferencia existente entre la tarea de investigación como planteamiento de hipótesis o como fundamentación de las mismas que, en realidad, ya no es investigación. Las hipótesis que los órganos de investigación plantean en esta fase deben tener justificación y, por tanto, es aplicable también en este sentido la explicación de SCHUM en cuanto a que, una vez elaborada una hipótesis inicial (h^1) debe hacerse una cadena de inferencias abductivas para plantear hipótesis alternativas que puedan explicar mejor la observación realizada.⁷⁰² Esto significa que, tras la elaboración de algunas explicaciones plausibles, el seguimiento de sus trazas puede provocar hallazgos que desmientan, debiliten o refuten la hipótesis inicial. Ante esta circunstancia, el proceso de investigación debe continuar, mediante el planteamiento de hipótesis novedosas (h^2 , h^3 ...) o la complementación o modificación de las anteriores. Por lo tanto, la simplificación o minimización del contenido de la fase de instrucción no significa que no deban realizarse las diligencias oportunas, pues es evidente que en el proceso de formulación de hipótesis se recaba material, y para ello se realizan actos de investigación. Sin embargo, estas diligencias están enfocadas primordialmente a la clarificación del fenómeno observable, habida cuenta de que en la mayoría de los casos el hecho delictivo aparece en un primer momento como un hecho borroso y fragmentado. La investigación constituye un trabajo de campo para recabar elementos que permitan ampliar y definir el panorama, para que la elaboración de hipótesis parta de una imagen más delineada y fidedigna del fenómeno en observación. No se dirigen estas diligencias, por el contrario, a la comprobación de la verdad de hipótesis selladas, mediante la realización de actos cuyo objetivo no es la proposición o la justificación de la proposición, sino la verificación definitiva.

⁷⁰¹ SCHUM, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento...* ob. cit., págs. 572 y ss.

⁷⁰² SCHUM, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento...* ob. cit., pág. 578.

Este trabajo de recogida de material, observación de indicios⁷⁰³ y elaboración de conjeturas plausibles para la explicación de los hechos, así como de reformulación de las mismas en atención a los vestigios hallados, es una labor de carácter amplio, motivo por el cual afirmábamos, líneas más atrás, la inadecuación de trabajar en la instrucción sobre la base de una hipótesis incriminatoria cerrada. La culminación de la fase de investigación tiene lugar en el momento en que, planteadas las hipótesis a la luz de los indicios existentes, los elementos o vestigios materiales que se desprenderían de esas hipótesis han sido perseguidos para averiguar su efectiva existencia y, caso de existir, asegurados y registrados.

Si el proceso no favorece que en la fase de investigación los órganos encargados de ello trabajen según las reglas de la abducción, la configuración del proceso como un itinerario de esclarecimiento de los hechos sufre una desfiguración en su etapa inicial de la que difícilmente podremos salir al paso en fases posteriores, al menos no podremos hacerlo con facilidad. Perder de vista el carácter amplio de las labores de investigación conlleva una limitación en nuestro objetivo de averiguación de la verdad, pues se interrumpe prematuramente el proceso racional de elaboración de hipótesis a partir de la observación de indicios. En segundo lugar, en una fase previa al juicio oral que hoy por hoy está configurada como una instancia de verificación suficiente de una hipótesis, la refutación de la teoría inicial puede dar lugar a la apariencia de frustración de la investigación, que queda simplemente suspendida con la esperanza de que la aparición de otro hecho nuevo pueda devolver plausibilidad a la hipótesis original o surja azarosamente otra nueva hipótesis. Esta situación es la que da lugar en muchos casos al sobreseimiento provisional, motivo del estancamiento perpetuo que sufren muchas causas penales en nuestros tribunales y que, dicho sea de paso, la mayoría de las veces no se reabren nunca más. Finalmente, la falta de formación en esta materia por parte de los órganos de investigación y de los órganos jurídicos que se encargan de su dirección, puede dar lugar a que los investigadores simplemente no atiendan a aquellos indicios que refutan las hipótesis iniciales planteadas, con la consecuencia, nuevamente, del alejamiento de un proceso cognitivo riguroso de averiguación de la verdad.

⁷⁰³ En la mayoría de trabajos se habla de observación de *pruebas*, pero las llamaremos indicios para no dar lugar a una confusión conceptual derivada de la significación del término prueba en un proceso penal.

¿A qué nos referimos, pues, cuando proponemos la configuración de un proceso que favorezca una investigación de este tipo? La respuesta a esta pregunta no puede sino enlazar con la premisa asentada en el epígrafe anterior. Si el proceso penal exige a la fase previa una fundamentación probabilística de la hipótesis inculpativa resultante y la traslada del ámbito de la posibilidad al ámbito epistemológico de la probabilidad, es evidente que los actores que intervienen en ella invertirán una parte ingente de su tiempo en la práctica de diligencias encaminadas a justificar suficientemente su hipótesis a nivel probatorio, asumiendo tareas de valoración propias del juicio de acusación, así como la tarea de verificación genuina de la fase de juicio oral. Esta exigencia tiene su sede nuclear en los llamados actos de imputación final, como el procesamiento, y en el requisito de validación judicial de los indicios suficientes de criminalidad que permiten la conclusión de la instrucción y la apertura del juicio oral.

Sostenemos aquí, por todo ello, que cuando la investigación ya ha perseguido todos los elementos que razonablemente era posible hallar para la delimitación del relato más plausible, tanto en su vertiente fáctica como jurídica, el paso inminente es la verificación de este relato en el plenario si posee carácter delictivo. De este modo, aliviar el matiz de acreditación probabilística que tiene hoy en día la imputación permitirá también minimizar la carga y el contenido de la investigación y, con ello, su duración. Este es, bajo nuestro punto de vista, el lastre remediable del proceso penal, que permite la necesaria agilización del mismo sin socavar garantías para el acusado y sin rebajar su idoneidad epistemológica. Pensar que tras una etapa extensa de comprobación contradictoria de las hipótesis después de la investigación policial, el juicio oral tendría algún peso determinante, es una verdadera utopía. ¿Cuál sería el motivo, si no, por el cual se han extendido de un modo tan notable los procesos de terminación anticipada del proceso sin celebración del juicio oral?

Como culminación de este epígrafe, podemos concluir que la definición de la fase de instrucción del proceso penal español induce a la confusión con respecto a su función epistemológica en el conjunto del proceso. En primer lugar, nuestra ley de enjuiciamiento criminal y la unanimidad de la doctrina vinculan la función de esta etapa al esclarecimiento de los hechos, perdiendo de vista que este esclarecimiento no es tarea únicamente de la fase de instrucción, que tiene su específico papel en ella, sino de todo el proceso en general, cuando cada etapa se ajusta a aquello para lo que está concebida. La

parte que pertenece a la instrucción, en este conjunto, es la búsqueda y recogida de todo el material existente en relación con la *notitia criminis* para la elaboración de hipótesis plausibles sobre los hechos. El esclarecimiento definitivo de los hechos, no obstante, requiere de una fase de verificación probatoria posterior que fundamente suficientemente la verdad de la hipótesis. En segundo lugar, consideramos que tampoco es acertada la terminología que el artículo 299 LECrim utiliza para describir la finalidad del sumario cuando incluye la expresión “hacer constar la perpetración de los delitos”, puesto que amplifica el cometido esencial de la instrucción y no aporta criterios delimitadores de esta tarea que puedan servir de orientación a los órganos que la tienen encomendada. Por ello, como alternativa al actual redactado de este artículo planteamos la siguiente versión:

Art. 299 LECrim: constituyen la fase de investigación todas aquellas actuaciones destinadas a la recogida y aseguramiento de vestigios dimanantes de los hechos con apariencia delictiva, y encaminados a proporcionar la información fáctica necesaria para apreciar la viabilidad de la apertura del juicio oral.

1.2.2 El ámbito del derecho de defensa en la fase de investigación

Entendida la fase de investigación como etapa de recogida de vestigios en vistas a delimitar el hecho sobre el que podrá formularse una acusación, se plantea inevitablemente la duda sobre la presencia y el alcance de la defensa en esta etapa procesal, pues bien es cierto que en este estadio todavía no se habría institucionalizado ninguna hipótesis con una individualización del tipo delictivo. ¿En qué grado provoca indefensión el desconocimiento de la tipicidad de los hechos? Esta falta de concreción ¿supone una vulneración del derecho de defensa? ¿Tiene sentido la presencia de la defensa en este estadio si no puede desplegar una tarea eficaz de refutación?

La clave en la clarificación de este aspecto tiene relación, de nuevo, con la naturaleza de los actos que se están llevando a cabo en la fase de investigación y de los resultados de ésta. Efectivamente, el desconocimiento de la tipicidad de un hecho implica la insuficiencia de información para refutar la hipótesis delictiva. Sentado lo anterior, la clave se encuentra en no perder de vista la finalidad del derecho de defensa y de la facultad del sujeto pasivo de desmentir las teorías incriminatorias. A este sujeto le asiste en todo momento la presunción de inocencia, que implica que no puede ser considerado el autor

de un hecho delictivo hasta que un tribunal imparcial haya apreciado sin duda alguna su culpabilidad. Pues bien, la oportunidad de desplegar todos los medios contradictorios de defensa tiene entonces su ubicación central en la fase de juicio oral, que es aquella en la que se forma la convicción jurisdiccional aludida anteriormente, la única convicción sobre la que se fundamenta la sentencia de condena. Sin embargo, ha quedado sentado a lo largo de este trabajo que la sobreexplotación de la instrucción en el nivel epistemológico y de aportación de pruebas ha supuesto la profanación del principio por el cual el ámbito decisorio del proceso se encuentra en el juicio oral. Y justamente por ello el derecho de defensa sigue entendiéndose también en la fase de investigación como facultad contradictoria del sujeto para negar los hechos delictivos que se le atribuyen y refutar los indicios o pruebas que lo sostienen⁷⁰⁴. Ahora bien, si esta contradicción presupone la existencia de una concreta y justificada atribución de hechos tipificados, ¿tendría sentido la participación de la defensa ante la ausencia de esta atribución? Creemos que la respuesta es afirmativa, pero exige un entendimiento más flexible del derecho de defensa, que se adapte al carácter específico de la investigación.

El derecho de defensa, como aquí lo entendemos, no implica únicamente una tarea de refutación de la acusación. Si esto fuera estrictamente así, no habría lugar a ella antes del juicio oral. Pero todos hemos entendido que la defensa debe incluir muchos más elementos, dirigidos a proteger al ciudadano eficazmente frente al poder represivo del estado, asegurar la vigencia de sus garantías constitucionales y procesales y, con todo, evitar el sometimiento a la persecución penal si no existe base justificada para ello. Por consiguiente, si en la fase de juicio oral el interés de la defensa consiste en la refutación de una concreta atribución delictiva, según nuestro modo de ver la fase de investigación, el interés de la defensa en este estadio se encuentra en asegurar que la posterior tarea de formulación de esa atribución delictiva sea lo más neutral posible, y la labor de indagación se acerque de un modo óptimo a la verdad de los hechos acontecidos, teniendo en cuenta todas las circunstancias que influyeron en ellos. De este modo, quienes no sean culpables del hecho por el que se les investiga no serán sometidos más allá de lo estrictamente necesario a pesquisas basadas en información e interpretaciones erróneas, prejuicios sociales o experienciales, o hipótesis construidas sobre sesgos y percepciones

⁷⁰⁴ ASENCIO MELLADO, José María, “La imputación como elemento determinante...” ob. cit., pág. 28.

fragmentadas. Es preciso, en este momento, hacer una tregua para ampliar el campo de visión y respondernos a la siguiente pregunta: ¿No es este también el interés principal de los órganos de investigación y, en general, de toda la administración de justicia cuando se dirige a la resolución de las controversias penales? Aunque la persecución de la verdad pueda tener una connotación inquisitiva que evoca tiempos pasados, lo cierto es que la mayor aproximación a la verdad de los hechos es el punto en el que convergen y se armonizan los dos intereses del proceso penal que en algún momento han podido representarse como contrapuestos en nuestro imaginario: la efectiva neutralización de los culpables y la tutela de los inocentes.

Llegados a este punto, estamos capacitados para hacer hincapié en la idea de que la fase de investigación, como etapa de indagación y formulación de hipótesis, se optimizará en la medida en que se neutralice –nunca será una completa neutralización–, y para la consecución de este objetivo puede ser de mucha ayuda la participación de la defensa. Aunque el investigado pueda percibir el proceso penal, ya desde un comienzo, como una batalla contra el estado, no debe ser ésta la visión que asuma también la administración de justicia. Para ella, esta etapa debe estar abierta a la consecución de la mayor información posible en relación con los hechos aparentemente delictivos, y la visión del investigado como un colaborador, y no un enemigo, puede ser un elemento beneficioso. Este beneficio de la amplitud y variedad de la información recabada es justamente el motivo por el cual el método dialéctico se aprecia como positivo en la búsqueda de la verdad; pero siempre un método dialéctico entendido como mecanismo para dar entrada a la información de partes con visiones e interpretaciones contrapuestas, y no como campo de batalla. La asimilación del método dialéctico a la lucha de partes interesadas es el motivo por el cual se desconfía, con razón, de su aptitud para esclarecer los hechos. Caer en esa sistemática, que es la que está instalada en la práctica actual, sería volver a tropezar sobre la misma piedra.

Evidentemente, existirán situaciones en las que la participación de la defensa será perjudicial para los fines aludidos, pues en algunos casos la suficiente base indiciaria que posean los órganos de investigación, el tipo de delito que quiera perseguirse o las informaciones que pretendan obtenerse, requerirán el desarrollo de una investigación secreta. Sin embargo, en el resto de casos la participación de la defensa como parte colaboradora para la aportación de información debe ser la regla general. Esta visión del

investigado y de su papel en la fase previa al juicio oral está, por añadidura, mucho más acorde con el principio de presunción de inocencia. La persona a la que se investiga en un proceso no ha sido todavía declarada culpable de ningún delito y, por ello, el deber que obliga a todos los órganos públicos a respetar y dar vigencia a este derecho fundamental es poco compatible con una actitud de enemistad y confrontación sistemática con el investigado a lo largo de todo el proceso, así como con la asunción de que la admisión de su participación implicará su evasión de la justicia y la ocultación de todo el material incriminatorio, dando por hecho su culpabilidad, su intencionalidad delictiva y la efectiva posesión de todo ese material.

Visto, pues, que el papel del investigado en la fase previa al juicio oral es posible desde la perspectiva del derecho de defensa siempre y cuando se reformule de acuerdo a la naturaleza de su ubicación procesal, vamos a detallar, de un modo más específico, cuáles son estas facultades principales y quién debe velar por su efectivo cumplimiento.

1.2.2.1 El derecho de información

Una primera garantía para la defensa consiste en el acceso temprano al expediente del caso. Actualmente, el art. 118 LECrim establece que “toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento (...).” Según este artículo, el momento para informar al investigado no tiene por qué estar vinculado al auto de procesamiento, pues la ley prevé este instante únicamente como uno de los diferentes momentos en que puede realizarse la comunicación al sospechoso. De hecho, ya se vio que el auto de transformación del procedimiento abreviado, que se ha equiparado al procesamiento, únicamente puede dictarse si previamente se ha informado al investigado sobre los hechos que se le atribuyen (art. 779.4), mediante la preceptiva comparecencia del investigado (art. 775.1 LECrim). En esta comparecencia, el Juez debe informar al sujeto, en la forma más comprensible posible, de los hechos que se le imputan.

Debido a la simultaneidad que aquí proponemos entre el acto de incoación del procedimiento y la figura de la imputación, así como la injustificada diferenciación de regímenes en función del procedimiento, consideramos que, fuera de los supuestos en los

que sea necesario decretar el secreto de la investigación, el sujeto pasivo debe ser informado, inmediatamente después de la incoación del proceso, de los siguientes extremos:

- a) Los hechos por los que se le investiga: la fase de investigación tendrá comienzo ante la advertencia o puesta en conocimiento de hechos con posibilidad de ser subsumibles en la categoría de los hechos delictivos. Aunque no se detalle el tipo delictivo por el que se pueda llegar a plantear una acusación, la información de los hechos cuyas improntas se están siguiendo permite a la defensa identificar la base fáctica de la sospecha, que en realidad es la base sobre la que trabajan los órganos policiales de investigación, pues la interpretación jurídica de los hechos será tarea de la acusación. No se trata de deslindar el aspecto fáctico de los hechos de su aspecto jurídico, sino de resaltar que, al fin y al cabo, los delitos son la calificación jurídica de hechos de la vida subsumidos en la norma penal, y la modificación de la hipótesis fáctica es aquello que permite la variación de la atribución delictiva. Conociendo los supuestos hechos que han incitado la investigación, la defensa tiene base suficiente para dar, si lo cree conveniente, una explicación plausible de estos que permita a los órganos encargados de decidir sobre la acusación una ajustada aplicación de la norma penal.
- b) La *notitia criminis* que ha propiciado la investigación: este extremo incluye la puesta en conocimiento del acto mediante el cual se advirtió la posible comisión del hecho delictivo, así como el contenido de dicho acto procesal, también en el caso de que éste tuviera lugar de modo informal u oral, que deberá quedar registrado. La persecución penal de un ciudadano es una actuación estatal suficientemente agresiva como para que el sujeto quede en la incertidumbre acerca del origen de la noticia delictiva y no pueda ponerlo en cuestión en cuanto a la validez o credibilidad de la fuente.
- c) Las actuaciones que se han llevado a cabo hasta el momento y los resultados que se han obtenido de ellas: esto incluye también la información acerca de todas aquellas actuaciones que se irán llevando a cabo por la policía judicial, tengan o no al investigado como destinatario directo, fuera de los casos en que se declare justificadamente el secreto de las actuaciones. La finalidad de esta información no

se encuentra en el hecho de que la defensa pueda participar en modo contradictorio en cada una de las diligencias, mecanismo que solo será necesario cuando se justifique que las diligencias practicadas aportarán información crucial y no podrán practicarse en el juicio oral. En el resto de casos, el resultado de las diligencias de investigación servirá únicamente a los efectos de la investigación y, con ello, la garantía de la contradicción debería perder trascendencia. La finalidad de informar al reo de todas las diligencias de actuación que se llevan a cabo le permite, en primer lugar, comparecer en ellas si lo desea para percatarse en primera persona de los resultados obtenidos y, en segundo lugar, evitar el lastre psicológico que provoca la incertidumbre de un proceso de investigación del que únicamente se tiene un conocimiento parcial.

Bajo nuestro punto de vista, no sería necesario, por el contrario, informar al sujeto de las concretas hipótesis inculpativas sobre las que trabajan los órganos policiales y las modificaciones que estas vayan sufriendo a lo largo del proceso. Este juicio se asienta de nuevo en el convencimiento de que los órganos policiales deben actuar con libertad en la búsqueda del material, pero a la vez no es oportuno que la interpretación que hagan de los hechos, en cuanto a su categoría delictiva, tenga trascendencia alguna en el proceso. Ha quedado demostrado que la labor policial es una labor expuesta a variados sesgos y desviaciones cognitivas, además de que la policía tiende a instalarse en rutinas indagatorias e interpretativas que favorecen la construcción de esquemas mentales rígidos⁷⁰⁵. La interpretación jurídica de los hechos les puede orientar a nivel interno para la formulación de estrategias de investigación, pero cuando trascienden ese fuero y acceden al expediente, blanqueadas por su paso por las oficinas de la Fiscalía y de los juzgados de instrucción, obtienen una acreditación sin mérito, además de que permitimos que la policía sea, pues, el órgano que formule la imputación.

Para la puesta en práctica de este refuerzo en el derecho de información del investigado, es necesaria una labor estructural de digitalización de la Administración de Justicia, con el fin de que todas las actuaciones que hemos citado lleguen al conocimiento del sujeto con carácter prácticamente instantáneo a su ejecución. En la

⁷⁰⁵ JULIÀ PIJOAN, Miquel, *Proceso penal y neurociencia...*, ob. cit., págs. 348 y ss.

actualidad, podemos seguir la trayectoria de los aviones comerciales a tiempo real desde cualquier parte del mundo, podemos hacer también un seguimiento muy preciso de la ruta de un objeto de paquetería hasta que llega a su destino, y es posible conocer la audiencia de un programa televisivo a tiempo real, registrado segundo a segundo. No nos detenemos en este aspecto, porque escapa a nuestro objeto de estudio, pero citamos los ejemplos anteriores para dejar apuntado que este propósito no es un delirio futurista, pues existen medios precisos para ello. La observación de cualquier expediente deja entrever, sin embargo, que las actuales dilaciones en fase de instrucción de procesos mínimamente complejos tienen una esencial razón de ser en la lentitud de los actos de comunicación y en su desfasada regulación. Estos actos, que son puramente burocráticos, llegan a realizarse en períodos de meses, algo que atenta contra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de un modo que hoy por hoy es ya injustificable.

1.2.2.2 El derecho a aportar datos de contenido exculpatario

Bajo el punto de vista de la economía procesal, tiene poco fundamento que se destinen recursos judiciales y se explote anticipadamente el principio contradictorio cuando todavía no existe una toma de postura por parte de ningún órgano neutral oficial en relación con la calificación delictiva de los hechos⁷⁰⁶. Antes de la calificación provisional de la acusación todavía no existe un relato delictivo que deba comprobarse en el ámbito jurisdiccional y, por tanto, tampoco existe una pretensión penal. Lo que se da en este estadio es una sospecha delictiva que debe investigarse y que se ha atribuido provisionalmente a un sujeto concreto. Una vez esta sospecha se atribuye de modo individualizado a alguien, nace la oportunidad de que el investigado colabore con el esclarecimiento del hecho y del relato. Por tanto, por ser una fase de pura investigación, la participación del investigado es conveniente a los efectos de la indagación, no de constante oposición frente a hipótesis acusatorias preestablecidas. En cuanto surja la necesidad de contradicción entendida como defensa frente a un relato acusatorio ya determinado, entonces deberá proseguirse con la apertura del juicio oral, la etapa propiamente contradictoria.

⁷⁰⁶ ASENCIO MELLADO, José María, “La imputación como elemento determinante...” ob. cit., pág. 5.

Por todo ello la Fiscalía, órgano de carácter jurídico que proponemos como director de la investigación, debe velar para que la defensa pueda proporcionar en esta etapa la información y documentación que considere conveniente para una mayor comprensión de los hechos. Esta información incluiría también la proposición, por parte de la defensa, de todas las diligencias de investigación que considere convenientes. Puede suceder que la policía judicial, por seguir una teoría inculpativa prefijada en la que el sujeto investigado es culpable del delito, se resista a admitir este material o evada su contenido exculpativo. Sin embargo, la presencia del Fiscal, como órgano custodio de los derechos fundamentales y la legalidad, podría tener un peso clave como garantía de este aspecto, a la vez que su mayor comprensión e implicación con la investigación favorecería la conducción de las pesquisas policiales hacia nuevas hipótesis fruto de los materiales obtenidos o dirigidas a la comprobación de su credibilidad.

1.1.1. La duda razonable como presupuesto para la apertura del juicio oral

La finalidad del proceso como mera herramienta de resolución de controversias, que se asienta en una visión pragmática diferenciada de la que fomenta la optimización en la búsqueda de la verdad de los hechos, ha permitido un aumento del poder dispositivo de las partes que favorece mecanismos de consenso. Este aumento del carácter dispositivo del proceso penal no está necesariamente vinculado a la asignación del litigio a los particulares, pues lo hemos identificado tanto en aquellos ordenamientos donde las víctimas y otros interesados pueden ser parte acusadora como en aquellos en que el Fiscal tiene el monopolio de la acusación⁷⁰⁷. Advertíamos en las primeras líneas de este capítulo que esta concepción utilitarista, unida a la aparente tranquilidad colectiva derivada de la represión de los delincuentes, ha tenido un calado en el proceso penal que conlleva la medición de la eficiencia del proceso con el número de condenas resultantes. Por un lado,

⁷⁰⁷ ARMENTA DEU, Teresa, “Principio acusatorio: realidad o utilización (lo que es y lo que no es)”, ob. cit., pág. 216. La autora evidencia el error en justificar, sobre la base del principio acusatorio, la disposición del objeto del proceso penal, aunque así sucediera en los orígenes de la persecución procesal penal: “Resulta un contrasentido que en nombre del principio acusatorio se refuercen, como se verá después, posiciones de la acusación oficial, hasta el punto de permitirse disponer de la acusación, una vez formulada, y con ello de la persecución penal.”.

parece que el proceso penal es eficaz en cuanto alcanza la posibilidad de imposición de penas con los menores trámites posibles. Por otro lado, se impone la necesidad de realizar sobradas averiguaciones en la fase previa al juicio para comprobar la viabilidad de la acusación, puesto que en el caso de que la resolución que ponga fin al proceso sea una absolución, la prolongación del proceso se apreciará como una pérdida de tiempo y de medios. En realidad, esta visión del plenario solamente tiene fundamento si se cree que la práctica del juicio oral tiene más sentido como senda hacia la condena que hacia la absolución. Si, por el contrario, lo que se persiguiera con la totalidad del proceso fuera el esclarecimiento de los hechos y no la condena, el resultado absolutorio o condenatorio del proceso no sería la variable dominante a la hora de comprobar su eficiencia.

Hace falta no perder de vista que la particularidad del carácter oficial del proceso penal va más allá de la expropiación de la facultad punitiva de los sujetos privados en beneficio del Estado. Las autoridades públicas de persecución penal no son un sustitutivo orgánico de los sujetos privados interesados en la reparación, o incluso en la venganza, por el hecho delictivo. Si fuera así, esta asunción de funciones por parte del Estado significaría una estatalización de la pretensión penal, pero no necesariamente su optimización y su humanización. Los sujetos particulares que están interesados en la imposición de una pena funcionan motivados por la convicción interna de que el sujeto al que apuntan como culpable del delito lo es verdaderamente. Para estos sujetos, por tanto, la participación en el proceso era y sigue siendo un presupuesto para la consecución de un fin muy específico: declarar la culpabilidad del acusado y obtener satisfacción a su pretensión penal.

La oficialización del proceso penal, no obstante, aleja el ejercicio la acción penal del ámbito subjetivo de la lesión y, por tanto, de los intereses personales en la condena. Este alejamiento no puede perder de vista la necesidad de reparación de la víctima, pero se advierte como un punto positivo para una elaboración más objetiva de la pretensión penal. Y en esta elaboración desapasionada de la pretensión por un órgano inicialmente neutral, el punto de partida no es la convicción sobre la comisión de un delito que suele poseer un sujeto personalmente implicado en los hechos, sino la advertencia de su posibilidad, en cuya base es natural y conveniente que existan resquicios de duda.

En este nuevo paradigma, una vez redactado el escrito de calificaciones provisionales por parte del órgano de la acusación, la duda que permanece viva sobre la culpabilidad del

acusado y la efectiva comisión del delito que se le atribuye no supone una vulneración de su derecho de defensa ni de su presunción de inocencia. Entenderlo de este modo supondría trasladar los estándares de condena al acto de acusación, que ya hemos visto que es una práctica totalmente desviada, cuanto más si esta valoración se atribuye a un órgano jurisdiccional. Esta duda, que consideramos tolerable y conveniente, no es una duda que implique un nivel bajo de convencimiento del acusador, que puede estar ampliamente persuadido, sino que se trata de una duda en el sentido de que el órgano encargado de redactar el escrito de calificación provisional puede, en este estadio, no estar absolutamente convencido de la culpabilidad del investigado y acusar igualmente. Le bastan dos condiciones para formular la acusación: considerar que puede sostener provisionalmente una hipótesis de culpabilidad coherente con los elementos obtenidos en la investigación, y haber realizado un juicio positivo sobre la accesibilidad y existencia de material probatorio idóneo para verificar dicha hipótesis en el juicio oral. Las diligencias que se habrán llevado a cabo en la fase de investigación habrán sido las necesarias para permitirle plantear hipótesis provisionales sobre el delito, sin que se hayan comprobado en ese estadio anticipado todos los extremos del tipo delictivo. Es por ello, que exigir un convencimiento absoluto al órgano acusador derivaría en una mayor imposibilidad de acusar objetivamente y, si la acusación llegara a formularse, este fuerte convencimiento se fundamentaría, en realidad, en la solidez de los juicios de intuición. Es mejor, por tanto, asumir y reconocer que puede acusarse cuando no haya seguridad sobre la efectiva culpabilidad y que la apertura de un juicio oral no da lugar a nada más que al reconocimiento, por parte de la administración de Justicia, de que existe una duda incriminatoria que debe esclarecerse.

La cuestión sobre la que queremos incidir reside en el hecho de que, a efectos del proceso penal, el convencimiento interno del órgano que plantea la acusación no sirve para nada más que para el planteamiento de ésta. En definitiva, la existencia de mayor o menor seguridad en la acusación por parte del acusador no es determinante para el proceso. Tenga el grado de convencimiento que tenga, que puede ir desde la suposición razonable que hemos expuesto más arriba hasta la certeza, su apreciación no es tomada en cuenta en el ámbito jurisdiccional más que para los efectos de apertura del juicio oral. Planteada la acusación, solamente existe la duda. Habida cuenta de que, siguiendo nuestra propuesta, nada se ha probado en la fase de investigación y todo debe probarse en el juicio oral, la presunción de inocencia del acusado no queda en ningún punto socavada por la

formulación de la acusación. La acusación es entonces el inicio, y no el final, del proceso de verificación jurisdiccional. Bajo nuestro punto de vista, la ausencia de pronunciamientos judiciales sobre la incriminación con anterioridad a la práctica de la prueba introduce en el proceso una dinámica más acorde con el principio acusatorio. Una dinámica a la que, a su vez, no debemos temer desde el punto de vista de la legalidad, sentada, eso sí, la objetividad del órgano oficial de la acusación. Lo veremos a continuación.

2. PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REFORMA PROCESAL

2.1 La fase de instrucción como tarea indagatoria bajo la dirección del Fiscal

La discusión que más controversias ha causado en relación con la fase de instrucción española ha tenido que ver con la atribución orgánica de la dirección de la investigación. Esto ha venido propiciado, además, por los continuos intentos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que desde el año 2011 contemplan una nueva orientación en la cual el órgano instructor se identifica con la Fiscalía. No hemos querido abordar esta temática hasta el momento final de esta obra pues, como expusimos más arriba, la discusión sostenida en el ámbito doctrinal y legislativo ha aportado hasta el momento más que suficientes argumentos a favor y en contra de dicha atribución⁷⁰⁸, y ha clarificado los aspectos que podrían ser conflictivos a nivel estructural y constitucional⁷⁰⁹. Visto, sin

⁷⁰⁸ Un resumen claro y sintético de los argumentos principales a favor y en contra de la instrucción fiscal se puede encontrar en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, ob. cit., págs. 178 y ss.

⁷⁰⁹ ARMENTA DEU, Teresa; MONTERO AROCA, Juan; MORALES PRATS, Fermín y GUZMÁN FLUJA Vicente Carlos, ‘La Investigación penal: ¿jueces o fiscales?’, *Revista del poder judicial*, nº 92 (2011), págs. 28–47; FUENTES SORIANO, Olga, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, 1ª ed (Tirant lo Blanch, 2006); GÓNZÁLEZ CANO, M.I., “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo procesal penal”, *Revista de estudio jurídicos*, nº15 (2011), págs. 43-85; MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005); MORENO CATENA, Víctor, “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”. *Revista Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 1 (2007), págs. 74-97; ORTIZ ÚRCULO, J.C., “Juez o Fiscal instructor; o todo lo contrario”, *El Notario del siglo XXI*, nº 72 (2017). [En línea] Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-72/opinion/opinion/7542-juez-o-fiscal-instructor-o>

embargo, que esta es la línea que parece que será acogida tarde o temprano por nuestro ordenamiento, por ser también la más acorde con las tendencias comparadas de nuestro entorno, interesa delimitar la función específica de este órgano en el ámbito de la fase de investigación. El objeto de nuestra aportación no es, pues, ahondar en la discusión sobre esta atribución, sino destacar un sólo argumento para ello y clarificar, una vez asumida esta asignación, cuáles deberían ser los cometidos del fiscal a la luz de todo nuestro estudio anterior. Esta perspectiva puede ser también de utilidad para el estudio crítico del derecho comparado, pues no quiere quedarse en la concreta idiosincrasia del Ministerio Público español, sino aportar orientaciones de carácter más amplio en cuanto al entendimiento de la mayor neutralización de la fase previa al juicio oral.

Como decíamos, se han aportado argumentos válidos y de género variado para sostener la supresión de la figura del juez instructor en beneficio de un fiscal director de la investigación. En este trabajo nos ponemos de parte de este desplazamiento de funciones sobre el argumento de la naturaleza administrativa de la fase de investigación y el cometido esencial que sostenemos que le pertenece. A la luz de nuestras reflexiones, la fase previa del proceso penal es una etapa indagatoria que se deja caer inevitablemente sobre la tarea de investigación policial, y esta constatación requiere de la existencia de un órgano con formación jurídica, comprometido con el respeto a la legalidad, y que esté, a la vez, implicado con la propia labor de la investigación. Para ello, debe ser factible que tenga un carácter de supervisor e interlocutor de los cuerpos policiales. En resumidas cuentas, el peso decisivo del devenir de la investigación policial en las hipótesis que se plantean en un proceso penal hace oportuno que el involucramiento del órgano encargado del respeto de la legalidad en esta fase sea un involucramiento real y sostenido, y no una mera implicación formal, como la que favorece actualmente la figura del juez instructor, o limitada a la valoración de concretas lesiones constitucionales dentro del devenir del proceso indagatorio.

[todo-lo-contrario](#); RODRÍGUEZ SOL, Luis, “El “Fiscal investigador” en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos”, *Revista Diario La Ley*, n° 8205, 4 de diciembre de 2013; VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús María, *Fiscal Investigador contra juez instructor...*, ob. cit.; entre muchos otros.

El sistema actual de la instrucción favorece el seguidismo policial porque el órgano judicial no está verdaderamente implicado en las pesquisas policiales, por falta material de tiempo y formación, de modo que su intervención como investigador es muy reducida a los efectos de lo que sería necesario, que es la orientación neutral de la investigación, pero en cambio sigue teniendo efectos en aquello que precisamente querríamos evitar: la posible contaminación en su tarea como garante de los derechos fundamentales. Esto es así porque, a pesar de que no tenga un papel excesivamente activo en la indagación, sigue latente su interés por sacar adelante la investigación y, para ello, no tiene otra opción que basar sus decisiones en las argumentaciones policiales al respecto y en las opiniones de un fiscal que, fuera de casos concretos, tiene la misma implicación que la del juez instructor: la mínima indispensable.

Dos consideraciones son necesarias en relación con la tarea asignada al nuevo Fiscal instructor. En primer lugar, el Fiscal no se constituye como una especie de segundo jefe de policía, implicado de la misma manera que los cuerpos policiales en el descubrimiento y la persecución del delincuente; pues esta identificación le llevaría a integrarse absolutamente en el ámbito funcional policial, con el peligro de trabajar también según sus esquemas mentales, persiguiendo sospechas y vulnerando sistemáticamente la presunción de inocencia. Si la figura del fiscal como director de la investigación supone el contacto más directo con las labores policiales y la mayor fluidez de las comunicaciones es justamente para facilitar que el Fiscal pueda, en el propio marco de la indagación, cuestionar las hipótesis policiales que se vayan elaborando bajo la perspectiva de la presunción de inocencia. El fiscal no es un investigador más, sino que sería el órgano encargado de aportar, a las investigaciones policiales, las hipótesis alternativas de las que hablábamos líneas más atrás, hipótesis que pueden surgir únicamente cuando existe la predisposición de poner en cuestión las conjeturas iniciales. En este caso, no estaríamos hablando de una predisposición asentada en la buena fe de los investigadores, sino que se trataría de un explícito mandato hacia la Fiscalía. El Fiscal dispondría, pues, de la máxima potestad para ordenar a la policía la práctica de diligencias orientadas a la consecución de material de descargo, en vistas a rastrear también las hipótesis de inocencia que pudieran estar pasándose por alto.

Por virtud de lo expuesto hasta el momento, se facilitaría el papel de colaborador que puede ostentar la defensa en esta fase procesal. Un fiscal con el cometido de proponer y

asegurar el rastreo de las hipótesis favorecedoras de la inocencia podría estar más inclinado a escuchar las demandas de la defensa y, a su vez, dar entrada en las concretas actuaciones de investigación a las explicaciones sobre los hechos aportadas por el investigado. Por otro lado, se aseguraría una mayor vigencia práctica a la actual disposición, recogida en diferentes ordenamientos procesales, que consiste en sostener que la investigación está dirigida a la recogida de los elementos de cargo y de descargo. En definitiva, la neutralización de la fase de investigación no encuentra su culminación en la atribución formal de esta a un órgano neutral o independiente como en nuestro caso el juez instructor, sino en dar cabida, dentro de la propia labor de investigación, a todas las actuaciones necesarias para que la tarea de elaboración de hipótesis se fundamente en una indagación amplia y balanceada.

Como segunda consideración, cabe destacar que la mayor implicación del Ministerio Fiscal en la fase de investigación se orienta también a la consecución de un mayor nivel de control de legalidad de las actuaciones policiales. En la actualidad la policía dispone de un espacio amplio para la indagación autónoma, aunque se inserte dentro de la fase de instrucción, en la cual se llevan a cabo numerosas diligencias, con mayor o menor afectación a los derechos individuales y con mayor o menor idoneidad para los fines del proceso. La tarea del Ministerio Fiscal en este sentido debería orientarse a optimizar dos aspectos que ya hemos destacado a lo largo de este trabajo. El primero de ellos es el control previo de la legalidad de las actuaciones policiales y el segundo, el control de pertinencia de las diligencias de investigación. El Fiscal director debería estar informado en todo momento de las actuaciones de investigación que la policía vaya a llevar a cabo, con el objetivo de que éste pueda autorizarlas o denegarlas si considera que vulneran injustificadamente derechos individuales. Además, sería el fiscal el encargado de valorar cuáles de esas diligencias requieren de autorización judicial según la ley vigente y de proponerlas ante el Juez de Garantías. De este modo, se trasladan las valoraciones jurídicas al órgano con auténtica formación para ello, dejando en manos de la policía la ejecución de las tareas policiales. Este es el sentido que tiene que la fase de investigación esté encomendada a un órgano con formación jurídica, y no a la policía simplemente, como en otros ordenamientos de corte más adversarial.

La intervención del Juez de Garantías estaría limitada, por tanto, a la autorización de medidas que supongan una grave restricción de derechos fundamentales y, aunque su falta

de conocimiento sobre todos los extremos de la indagación pudiera ser un obstáculo para la toma de la decisión, la convicción de la policía sobre la necesidad de esas medidas habría pasado por el filtro del fiscal. Sería oportuno, en este sentido, que la ley recogiera un mandato explícito a estos órganos de no conformarse acríticamente a todas las medidas sobre el pretexto de este primer filtro del fiscal y, para ello, podría ser útil una mayor exigencia en la calidad de la motivación del auto que autorizara la medida. Actualmente, existe esta exigencia de motivación, pero en muchos casos queda reducida a la repetición de fórmulas preestablecidas, tanto para la autorización de medidas de investigación como de medidas cautelares. El modelo que proponemos, habida cuenta de que aleja todavía más a este órgano jurisdiccional de la investigación, apremia a un trabajo más conciso para orientar a los jueces en la optimización de estas motivaciones. El Juez debería explicar, de modo sumario pero justificado *ad casum*, la idoneidad epistemológica y la pertinencia procesal de la medida solicitada.

El mandato explícito al fiscal encargado de la instrucción de atender a todos los elementos de descargo y dirigir la investigación sin comprometerse con la teoría incriminatoria policial es una pauta para un ejercicio más neutral de dirección de la investigación. Sin embargo, como hemos intentado destacar en el capítulo tercero de esta obra, no es posible asumir la completa imparcialidad de los órganos de investigación, pues existe el riesgo de la aparición de sesgos cognitivos intrínsecamente asociados a la etapa investigadora que pueden pasarse por alto. Que exista el peligro de pérdida de objetividad por parte del órgano que tiene contacto estrecho con la investigación, no significa que vaya a materializarse efectivamente en detrimento de la verdad y de los derechos del investigado. No obstante, la mera posibilidad de este peligro y el hecho de que en muchas ocasiones es un fenómeno inconsciente, nos parece argumento suficiente para proponer mecanismos de cautela ante esta situación. La doctrina ha advertido que el principio acusatorio consiste en la separación del órgano acusador y el de enjuiciamiento pero, a la vez, es favorecedor que exista una clara delimitación entre la investigación y la acusación⁷¹⁰. Acogiendo este matiz, proponemos que el fiscal que se encargue de valorar la suficiencia incriminatoria de la investigación y presentar acusación sea un fiscal distinto del que ha dirigido la instrucción. De este modo, será más factible que el segundo fiscal observe los

⁷¹⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales...*, ob. cit., pág. 284.

hechos y las diligencias de investigación más templadamente, y actúe desprovisto de la necesidad de acusar como consecuencia del conocimiento de los esfuerzos de la investigación previa y del permanente contacto con las conjeturas policiales.

Esta separación orgánica hace más patente la diferencia sustancial entre la tarea de investigación y la tarea de acusación, y conlleva una toma de decisiones más neutral. Además de favorecer la objetividad del fiscal encargado de decidir sobre la acusación, también permitiría que el fiscal encargado de aprobar las medidas de investigación llevara a cabo una apreciación más estricta en cuanto a la pertinencia procesal de las medidas de investigación. Esto es así porque no pesaría sobre sus espaldas la necesidad de fundamentar su futura acusación y, en este sentido, no se vería instado de un modo tan evidente a realizar exhaustivas diligencias para fundamentar las hipótesis sobre los hechos que se le fueran ocurriendo a lo largo de la investigación. Insistimos en que esas hipótesis serían útiles a efectos de estrategia y planificación indagatoria, pero no tendrían acogida más allá de este ámbito.

Finalmente, ante la constatación de que la tarea de investigación no es una tarea jurisdiccional y la labor de los fiscales, tanto en la indagación como en la decisión sobre el ejercicio de la acción penal, dista en gran medida de la labor encomendada a los órganos judiciales, es necesaria la especialización de la Fiscalía en las funciones descritas, y el replanteamiento de la formación de ambos cuerpos. La Fiscalía no lleva a cabo funciones de enjuiciamiento, sino de dirección de la investigación, supervisión de la legalidad y garantía y preservación de los derechos de los ciudadanos. Las labores de enjuiciamiento y de determinación del derecho –e imposición de la pena– en atención a la verificación probatoria de las hipótesis son competencia exclusiva de los jueces. Sería interesante que esta diversificación de funciones tenga el reflejo correspondiente en su recorrido formativo.

2.2 La supresión de la fase intermedia como etapa jurisdiccional

2.2.1 La equivalencia entre la decisión de acusar y el juicio de acusación

Llegados al final de la fase de investigación, tiene lugar el momento en que la valoración sobre la suficiencia de la instrucción alcanza su máximo interés. A lo largo de la investigación los órganos encargados de llevarla a cabo habrán ido valorando la necesidad de plantear nuevas diligencias, así como el progresivo acercamiento a la satisfacción de su meta investigadora. Existe, en todo caso, un momento en que los órganos investigadores aprecian la imposibilidad de encontrar nuevo material relevante para el esclarecimiento de la causa, o bien estiman la suficiencia del material hallado hasta el momento, de manera que la práctica de más diligencias de investigación sería dilatoria por inútil o reiterativa, y no permitiría ni plantear nuevas hipótesis ni decantarse por alguna de las propuestas. En cualquiera de estos casos, lo que sucede es que la investigación llega a su fin natural, pues las estrategias indagatorias que se planteaban como razonables se han secundado suficientemente. Esta primera decisión es una decisión sobre la suficiencia de la investigación en sí misma, es decir, señala la culminación de la tarea investigadora como recogida de material, independientemente del valor incriminatorio o exculpatario de sus resultados, y podríamos identificarla, en el actual ordenamiento español, con la decisión acerca de la conclusión de la investigación.

Pues bien, tanto en el ordenamiento español como en el resto de ordenamientos del entorno europeo que hemos analizado en las primeras páginas de esta obra, la conclusión de la fase de investigación no da lugar de modo inminente a la fase de juicio oral, sino que abre las puertas hacia un nuevo periodo, conocido como fase intermedia, con diferente regulación y extensión en cada uno de ellos, pero con una meta común: tomar la decisión sobre la apertura del juicio oral. Se trata de aquella decisión que en un principio mostrábamos como una de las finalidades de la fase de instrucción, y que se asienta en la necesidad de comprobar, con carácter previo a la apertura del juicio oral, que la pretensión penal tiene mérito suficiente, es decir suficiente base indiciaria incriminatoria para justificar la celebración de un juicio penal contra una persona determinada. La apertura del juicio oral, pues, se vincula actualmente a la apreciación judicial de la viabilidad de la acusación, de modo que la suficiencia que se valora en esta decisión no es la suficiencia de la investigación en sí misma, sino la suficiencia de sus

resultados para justificar una acusación⁷¹¹. Esta justificación, a su vez, depende de una estimación *a futuro*, que dirige su mirada hacia la probabilidad de éxito de la pretensión y, por tanto, hacia la factibilidad de una condena. En este sentido, es lógico que esta decisión, junto con el arrastre histórico de su origen, en el sistema anglosajón, se conozca con el nombre de juicio de acusación.

El encaje procesal de esta valoración sobre la apertura del juicio oral y el órgano a quien le corresponde, así como la entidad y el nivel de autonomía del período intermedio respecto al resto de fases procesales, es un tema no resuelto en el ordenamiento español, como bien vimos en el capítulo segundo de esta obra. Tampoco arroja claridad el estudio del derecho comparado, pues si bien es una fase que se da entre el final de la instrucción y la eventual celebración del juicio, los trámites que contiene y el orden de cada uno de ellos varían en los diferentes códigos procesales. Nos atrevemos a decir, antes de exponer nuestra propuesta, que la discusión sobre la regulación de esta fase y su significado real equivale a abrir una caja de pandora, además de que su subsistencia en el proceso penal como fase jurisdiccional se asienta en convicciones que parecen inmutables cuando no lo son, y tiene su origen en un contexto procesal de matiz completamente adversarial, que no tiene parangón en nuestro sistema procesal actual.

La principal problemática que presenta la fase intermedia es la falta de unanimidad sobre dos extremos esenciales: el contenido y naturaleza del juicio de acusación y la decisión sobre el concreto órgano que debe llevarla a cabo. En realidad, se trata de dos aspectos estrechamente vinculados, pues las divergentes posturas sobre el órgano que debe realizar el juicio de acusación desarrollan su argumentación a partir de la significación que consideran que tiene esta decisión en el conjunto del proceso. Existe, eso sí, una nota común y unificadora de la mayoría de teorías: el juicio de acusación como filtro⁷¹² o control negativo de la acusación⁷¹³ se concibe como una garantía para el sujeto pasivo del

⁷¹¹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio”, *Revista Diario La Ley*, nº 8121, 8 de julio de 2013, pág. 5.

⁷¹² LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase...*, *ob. cit.*, pág. 194.

⁷¹³ LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV)...”, *ob. cit.*, pág. 5.

proceso, y se reconoce unánimemente su naturaleza jurisdiccional. A partir de ahí, la discusión está servida.

Una primera postura, que tiene su encaje práctico en la fase intermedia del vigente procedimiento ordinario por delitos graves (art. 632 LECrim), justifica la necesidad de que esta decisión sobre la apertura del juicio oral no recaiga sobre el órgano que ha llevado a cabo la investigación. En este sentido, se considera que la distinción entre el órgano encargado del procesamiento –que coincide con el juez de la instrucción– y el órgano que debe decidir sobre la apertura del juicio oral es una manifestación, aunque *sui generis*, del principio de imparcialidad objetiva⁷¹⁴. Esta opinión tiene toda su lógica teniendo en cuenta el hecho de que, para quienes sustentan esta postura⁷¹⁵, toda la fase de instrucción se concibe de modo garantista como un proceso de filtración progresiva de la imputación. De esta manera, cada una de las decisiones jurisdiccionales que tienen en cuenta los méritos inculpativos de la investigación constituyen una toma de postura, que debe ser imparcial, en relación con la verosimilitud de la imputación y la solidez de la futura acusación. Esto es así hasta el punto que llega a afirmarse que no puede plantearse la acusación si ésta no ha superado el filtro de tres imputaciones jurisdiccionales previas: la de la incoación del procedimiento, la del procesamiento y la de la apertura del juicio oral, según la máxima *Nulla accusatio sine triplici imputatione*⁷¹⁶. Siendo, por tanto, la apertura del juicio oral una garantía para el investigado y una decisión del calibre de una imputación definitiva⁷¹⁷, es necesario garantizar la objetividad de quien la asume, y ésta posiblemente se vería socavada si dicho órgano hubiera tenido un contacto previo con la investigación.

Una segunda postura, diferente en cuanto a su formulación, pero equivalente en atención al presupuesto de fondo, argumenta que no puede ser el juez de la instrucción el que tome

⁷¹⁴ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase...* ob. cit., pág. 182.

⁷¹⁵ Como referencia más reciente LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase...* ob. cit. También en RIAÑO BRUN, Iñaki, *La instrucción criminal en el proceso penal*, ob. cit., pág. 49.

⁷¹⁶ LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase...*, ob. cit., pág. 182.

⁷¹⁷ *Ibid.*, pág. 84: “(...) a tal efecto, precisa FENECH, dicho enjuiciamiento no debe forzosamente atribuirse al órgano encargado de la instrucción, sino que puede estar enmendado al tribunal sentenciador. A tenor de la terminología adoptada en el presente trabajo, constituiría esa la imputación judicial final.”

la decisión sobre la apertura del juicio oral⁷¹⁸. Esta opinión ha tenido también acogida en nuestra ley de enjuiciamiento criminal, que en el procedimiento abreviado atribuye al juez instructor la decisión sobre dicha apertura (art. 783 LECrim) y aleja esta cuestión del juez encargado de enjuiciar el caso. Hemos destacado que esta postura se asienta sobre el mismo presupuesto de fondo que la anterior, y así lo creemos porque su justificación parte de nuevo de la idea de que el juicio de acusación es una toma de postura sobre la probabilidad de éxito de la acusación. En este sentido, los autores que defienden esta orientación destacan que la decisión positiva en cuanto a la apertura del juicio oral, provocaría un prejuicio en el juez sentenciador incompatible con la imparcialidad que se le exige para el enjuiciamiento⁷¹⁹.

Para sintetizar todo lo anterior, es clave caer en la cuenta de una serie de consideraciones. La primera de ellas tiene que ver con la naturaleza y el contenido de esta decisión de apertura del juicio oral, que es, en realidad, una decisión sustancialmente idéntica que la decisión que lleva a cabo el órgano encargado de la acusación en el momento en que decide plantear la misma. Tanto el juez que decide la apertura del juicio como el fiscal que plantea la acusación, toman una decisión valorando el material recabado en la investigación, aunque en algunos casos este material llegue al juez a través de un amplio escrito de acusación formulado previamente –procedimiento abreviado–, y en otros el acceso del juez al contenido de la instrucción sea más directo y previo a las calificaciones de las partes. La decisión de acusación y la decisión de apertura del juicio pueden explicarse desde diferentes puntos de vista, pero el *íter* racional de quienes las llevan a cabo es el mismo, y el resultado buscado es la decisión sobre si toman partido provisionalmente, en vistas a los indicios recogidos, por la tesis inculpativa. Por todo ello, sería interesante asumir de una vez por todas que la decisión sobre la apertura del juicio oral, entendida como juicio de acusación garantista es, en realidad, la reiteración del mismo juicio realizado por el órgano acusador, pero que solicitamos de nuevo a un

⁷¹⁸ LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV)...”, ob. cit.

⁷¹⁹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV)...”, ob. cit., pág. 5: “(...) el mayor inconveniente de la decisión ordenando la realización del juicio oral reside en que el juez que decide su apertura, si la decisión es positiva, se ve obligado a incurrir en prejuicios previos al juicio oral, pues abrir el juicio, en último término, supone afirmar que existe la sospecha suficientemente fundada de la realización del hecho punible a cargo del acusado.”

órgano judicial como mecanismo de garantía, por la desconfianza que todavía hoy inspira la figura del Ministerio Fiscal en el ideario colectivo español, así como por el escepticismo que provoca su parcialidad en el proceso. No obstante, ¿si el contenido de la decisión de este juez es la toma de postura por la factibilidad de una hipótesis que todavía no ha sido discutida contradictoriamente, no da lugar esta decisión, más que a un control negativo de la acusación, a una validación positiva de la misma?⁷²⁰ ¿No deja de ser la acusación, en este mismo momento, algo más que un acto de parte? ¿No es contradictorio, este hecho, con la razón de ser del principio acusatorio?

2.2.2 El juicio de acusación como juicio de parte

La erosión de imparcialidad que supone la decisión sobre la apertura del juicio oral, cuando está basada en la valoración de la probabilidad de éxito de la acusación, es innegable. De hecho, si existen quienes proponen la separación entre el órgano que dicta la apertura y el que investigó, es porque reconocen el peligro de un sesgo derivado de la investigación. El debilitamiento de la imparcialidad tendría lugar, en este caso, en el momento de tomar la decisión sobre la apertura. Pero, por otro lado, que existan quienes proponen la separación entre quien dicta la apertura y quien enjuiciará, significa que se está reconociendo el prejuicio que esta decisión podría provocar en el posterior enjuiciamiento. En este supuesto, se opina que la imparcialidad judicial quedaría aparentemente dañada para las posteriores decisiones. En vistas a todo esto, se propone también encomendar esta función a un tercer órgano judicial, que no investigó y que no enjuiciará, como en el ordenamiento francés. Este es también el modelo por el que ha optado el Anteproyecto de la LECrim de 2020, que encomendaría esta función al órgano judicial encargado de la audiencia preliminar⁷²¹.

⁷²⁰ Exposición de Motivos del anteproyecto LECrim 2020: “Este [el Juez] no se debe pronunciar sobre la verosimilitud de la tesis acusadora hasta el juicio de acusación de la fase intermedia, en el que procederá al rechazo o confirmación de los cargos definitivos, o, en otros términos, al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral.”

⁷²¹ Exposición de Motivos Anteproyecto LECrim 2020, p. LXX: “La competencia para conocer de la fase intermedia se atribuye a un magistrado de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia que, en ese caso concreto, actuará como Juez de la Audiencia Preliminar y que no intervendrá después en el desarrollo del juicio oral.”

Bajo nuestro punto de vista, la clave está en la significación de esta decisión, pues es unánime que el juicio de acusación no constituye una decisión sin importancia para el proceso. Y esta decisión, tanto si la toma el juez de enjuiciamiento, como si lo hace cualquier otro juez, efectivamente implica una validación judicial de la acusación⁷²² que, por un lado, no está delimitada en su grado de convicción y, por otro lado, perjudica la aparente presunción de inocencia del acusado. En la base de todas las pretensiones por alejar el juicio de acusación del resto del proceso, se encuentra el reconocimiento de la provisional toma de partido del juez por la acusación, que le compromete prejuiciosamente con la tesis incriminatoria. El problema, por tanto, no es que el juez sentenciador tome esta decisión, sino que lo haga cualquier juez con anterioridad a la emisión de la sentencia. El motivo de todo este engranaje no resuelto de la fase intermedia se asienta, en el fondo, en la resistencia a expropiar la decisión sobre la apertura del juicio oral de las manos de los órganos judiciales y convertirla, simplemente, en la consecuencia automática de una decisión de parte, que es la decisión de plantear la acusación. He aquí nuestra propuesta, pues nos parece más coherente con el sistema acusatorio que la acusación dé lugar directamente a la apertura del juicio y que el trabajo de los órganos judiciales se suscriba a la valoración de la prueba en el ámbito del juicio oral.

Para no perder los beneficios de la actual jurisdiccionalidad de esta decisión, es decir, que esta acusación no sea fruto de una decisión prejuiciosa o sesgada proveniente de un *efecto compromiso* con la investigación, sino que pueda calificarse como una decisión objetiva, reafirmamos lo que se ha propuesto líneas más atrás: que el fiscal que se encargue de la acusación –que proponemos que tenga el monopolio de la acción penal– sea un fiscal diferente del fiscal que ha dirigido la investigación. Este fiscal se encargaría, en esta fase, de recibir el expediente de la investigación, junto con un informe del fiscal que la ha dirigido, que constaría de la información de la *notitia criminis* y los hechos que motivaron la incoación del procedimiento, las diligencias realizadas hasta el momento y sus resultados. En cambio, no deberían incorporarse en este informe las conjeturas policiales que llevaron a la realización de las concretas indagaciones, las hipótesis que se hayan ido

⁷²² LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV)...”, ob. cit., pág. 6: “Por contra, la decisión positiva sobre la apertura del juicio oral supone un juicio favorable sobre el fundamento de la acusación, equivalente a afirmar que el acusado es suficientemente sospechoso de haber cometido el hecho punible y, por tanto, que cabe esperar su condena con una alta probabilidad.”.

planteando y la opinión, policial o fiscal, sobre la hipótesis acusatoria y la efectiva culpabilidad del sujeto. Para que la decisión sobre la acusación sea neutral, es clave la omisión de estas percepciones previas. El fiscal que realiza el juicio de acusación observa neutralmente los hechos de la *notitia criminis* y de la inicial imputación, analiza las actuaciones de investigación y los resultados que éstas han aportado y debe ser capaz, tras ello, de valorar si existe la probabilidad de que el sujeto señalado sea el responsable de algún tipo delictivo vinculado a los hechos que se han investigado. Su misión debe ser la de determinar si el hecho que se imputó inicialmente, tras las correspondientes indagaciones, puede encajar en un tipo delictivo y es susceptible de ser objeto de juicio, es decir, si razonablemente puede ser objeto de una condena.

En el modelo que aquí se propone no es necesario, para plantear la acusación y para la apertura del juicio oral que exista máxima certeza sobre la culpabilidad. Si los resultados de la investigación permiten realizar una calificación delictiva provisional y razonable, el fiscal analizará que tenga suficiente fundamentación indiciaria para ser sostenida en juicio y estimará si puede plantear las pruebas suficientes para constatarla. Esta decisión positiva sobre la suficiente fundamentación de la calificación provisional, llevada a cabo por un fiscal neutral, daría paso a la apertura del juicio oral. Las cautelas que se habrán tomado para garantizar su objetividad –separación orgánica entre fiscal investigador y fiscal acusador, y omisión de conclusiones incriminatorias en el informe de la investigación– eliminan la necesidad de que un órgano jurisdiccional deba revisar esta decisión. De hecho, puede esperarse que la decisión que este fiscal tome sea incluso más objetiva que la que toma actualmente el juez instructor para la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado, por el evidente contacto que éste ha tenido con la investigación. La acusación, por tanto, no debe filtrarse, simplemente debe garantizarse al máximo la neutralidad del órgano que la vaya a formular.

Finalmente, podría objetarse que la puesta en práctica de esta propuesta favorecería un mayor número de acusaciones y, con ello, un incremento en las decisiones de apertura del juicio oral. Es estimable que esto sea así en cuanto fomentamos la celebración del juicio por encima de los mecanismos de resolución anticipada, pero no es tan cristalino que el juicio de acusación sea más proclive a la apertura del juicio si está en manos de un fiscal que si está en manos de un juez. Es interesante tener en cuenta la premisa de que el fiscal que sostendrá la acusación en el juicio cuenta con más datos que el juez sentenciador

actual para llevar a cabo la decisión sobre el juicio de acusación. Para tomar esta decisión es necesario conocer los resultados de la investigación, pero ello no es suficiente. El fiscal debe valorar, existiendo una hipótesis razonable de culpabilidad, la probabilidad de que pueda emitirse una sentencia de condena y esa probabilidad depende, en gran medida, de la estrategia probatoria que pueda llevarse a cabo en el juicio. Tal vez un juez, a la vista de los resultados de la investigación, que al fin y al cabo son indiciarios y despiertan los mecanismos de la intuición, pueda considerar en abstracto que la acusación tendría el mérito suficiente. Sin embargo, el fiscal que pretenda acusar es quien verdaderamente tiene conocimiento sobre los medios de prueba que le es factible proponer y practicar, así como los elementos concretos del delito que tratará de probar con cada uno de ellos. Es por esto que un fiscal objetivo y sin interés personal en la acusación, podría percibir antes que el Juez la debilidad probatoria para ir al juicio y, ante esto, declarar el sobreseimiento de la causa.

Como recapitulación final, si el proceso penal es una herramienta para el esclarecimiento de los hechos en que todas las partes cumplen una función específica en orden al mismo fin, la fase intermedia del proceso no sería más que el momento entre la conclusión de la investigación y la eventual apertura del juicio oral, en la que tiene lugar la decisión del fiscal de decidir sobre la viabilidad de presentar la acusación ante el juez sentenciador, así como la posterior presentación del escrito de defensa. Finalizado este trámite podría comenzar la fase de juicio oral. En este sentido, no podemos apoyar aquellas visiones que defienden que la fase intermedia tenga una significación mayor en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷²³, vinculada a la depuración de la acusación, y que han tenido amplia acogida en las sucesivas propuestas de reforma de la Ley, especialmente en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que en su exposición de motivos advierte lo siguiente:

“Cuando la investigación se cierra con la acusación del fiscal -que acompañará ya su escrito de acusación al decreto conclusivo - el procedimiento se desarrolla con fluidez hacia la fase intermedia con la presentación, en su caso, de los escritos de acusación alternativos y la remisión de todo el expediente al Juez de la Audiencia

⁷²³ LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV)...”, ob. cit., pág. 5.

Preliminar, que será el que proceda a la depuración de las acusaciones presentadas.”

Compartimos la inquietud del legislador por la agilización del proceso y la simplificación de los trámites, y para ello, reiteramos que la configuración de la fase intermedia como etapa jurisdiccional que implica la constitución de un tribunal independiente, más burocracia y nuevos trámites de traslado de escritos, no sería una alternativa beneficiosa para la economía procesal. Además, en atención a todo lo expuesto, la eliminación de esta etapa como fase jurisdiccional, no supondría menores garantías de defensa y de imparcialidad para los acusados, siempre y cuando la fase de investigación se encaje en el nuevo paradigma propuesto en este trabajo.

2.3 Las diligencias esenciales de la fase de investigación

El reenfoque planteado en este capítulo, que en realidad redirige las actuaciones del proceso a su concepción original, delimita la suficiencia de la fase previa al juicio oral en atención al replanteamiento de dos decisiones clave en esta etapa: la decisión acerca de la conclusión del sumario y la decisión sobre la apertura del juicio oral, que se conciben del modo siguiente:

- a) La decisión sobre la conclusión de la instrucción: es una decisión que se basa en una valoración sobre la satisfacción del cometido propio de la investigación, en cuanto tarea dirigida a la recogida de material derivado de las hipótesis razonables explicativas de los hechos. Actualmente se deja en manos del juez instructor, por ser el director de la instrucción (arts. 622, 779.4º, 780 LECrim). En la propuesta de un fiscal investigador, la decisión sobre la conclusión recaería también sobre este fiscal. Tratándose de una decisión de carácter administrativo, que no exterioriza ninguna conclusión sobre la culpabilidad del acusado, no es necesario que sea una decisión encomendada a un órgano judicial. En este sentido, se produciría una armonización con los países europeos del entorno próximo.

- b) La decisión sobre la acusación y la apertura del juicio oral, fusionadas en un único acto, consiste en la valoración sobre la suficiencia incriminatoria de la investigación, basada en la posibilidad de sostener una hipótesis razonable de culpabilidad coherente con los resultados de la investigación, y en la factibilidad de presentar material probatorio para la verificación de tal hipótesis.

Las diligencias dirigidas a la constatación o comprobación de los extremos delictivos delineados en la acusación, deberán proponerse seguidamente como pruebas, y no como diligencias de investigación, pues la investigación ya ha cumplido finalidad. Llegados a este punto, lo que existe es la necesidad de verificación de la acusación en igualdad de armas, garantizando el derecho de defensa y la contradicción. Esto último solamente es posible en el contexto del juicio oral. A la vista de ello, el número de actuaciones que se practican en la actualidad en la fase de instrucción puede reducirse en gran medida y, con ello, evitar la innecesaria exhaustividad de esta etapa y la duplicidad de diligencias. ¿Cuáles son, entonces, las diligencias que tiene sentido practicar en la fase de investigación?

Lo cierto es que no es posible delimitar un *numerus clausus* de medidas necesarias y relevantes en la fase de investigación, pues la utilidad de cada una de ellas deberá ser fruto de una valoración *ad casum* sobre los criterios de pertinencia como idoneidad y de pertinencia como necesidad en atención a la fase procesal. Los criterios que deberán tenerse en cuenta en la toma de esta decisión serán la cantidad de materiales que ya estén a recaudo en el momento de incoación del procedimiento, el número de hipótesis explicativas de los hechos que puedan secundarse inicialmente a la vista de los hechos comunicados y los indicios disponibles, así como la mayor o menor actividad de la defensa en el planteamiento de nuevas hipótesis y la propuesta de medidas investigativas. El fiscal, para poner fin a la investigación, deberá responder afirmativamente a la pregunta de si, en atención a las conjeturas iniciales, los materiales y fuentes de prueba que pudieran existir se han buscado y asegurado correctamente, y si se han perseguido también todos los vestigios que debieran existir si las hipótesis planteadas por la defensa, de haberse planteado, pudieran ser ciertas. La investigación, pues, tiene su sentido cuando, existiendo hechos verosímiles, todavía no hay explicación plausible, y debe finalizar cuando, habiéndose planteado explicaciones plausibles, éstas han sido secundadas y el material obtenido ha sido asegurado.

También serán diligencias propias de la fase de investigación todas aquellas que, debido a la volatilidad de su contenido, es evidente que su práctica no podrá reiterarse en fases posteriores. No habría problema en que estos materiales, derivados de lo que conocemos como actos de prueba preconstituida o anticipada, tuvieran presencia en el acto de juicio, pues en realidad no se trata de nada más que de la recogida de vestigios. Los resultados de estas prácticas (pruebas de alcoholemia, bocetos, actas de reconocimiento y descripción del lugar y del cuerpo del delito, declaraciones testificales irrepetibles, etc.) habrán sido registrados, pero no valorados, pues su valoración tendrá lugar en la fase de juicio oral. Se trata de diligencias que, por su propia naturaleza, siempre superarán el test sobre la pertinencia procesal en fase de investigación, pues este test pretende que el fiscal valore si la diligencia puede realizarse en una fase posterior que no sea la de investigación. Finalmente, la diligencia esencial, que no podrá nunca faltar en esta etapa será la toma de declaración del investigado asegurando, evidentemente, su derecho a guardar silencio. La razón de ser de esta diligencia, más allá de la obtención de información relevante para la investigación, tendrá carácter garantista, y se dirigirá a ofrecer al investigado toda la información sobre la investigación y los hechos que se le imputan, así como a hacerle partícipe de su derecho a plantear las explicaciones que considere oportunas y proponer las necesarias diligencias de investigación.

2.4 Mención final al auto de prisión provisional

Todo lo dicho hasta el momento supone un cambio de perspectiva cuyas consecuencias tienen lugar en pequeños detalles a lo largo de todo el proceso, especialmente de la fase de investigación. Una aplicación coherente de la suficiencia de la investigación que se plantea en este trabajo nos lleva irremediablemente a prestar atención sobre un aspecto que, por las implicaciones de derechos que supone, no es justo pasar por alto. Se trata de la justificación del auto de prisión provisional y, con ello, de los efectos que su autorización podría conllevar en la terminación de la fase de investigación.

En nuestra ley de enjuiciamiento criminal se requiere una estándar elevado de certeza sobre la responsabilidad delictiva del sujeto para poder decretar su privación de libertad. Ya en sede de detención policial, el art. 492 LECrim establece que ésta podrá producirse,

en primer lugar, cuando el investigado haya sido procesado, es decir, cuando se le haya atribuido un delito específico del que existan “indicios racionales de criminalidad”, o bien, no estando el sujeto todavía procesado, cuando “la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito” y que “los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.” Como destaca ASECIO MELLADO⁷²⁴, si esto no fuera así, “la regla de la proporcionalidad se vería afectada por cuanto la privación de libertad podría tener lugar sin que los hechos que la justifican pudieran ser calificados de delito, abriéndose la puerta a arbitrariedades basadas en la mera sospecha policial.”

En la misma línea de exigencias se encuentra el art. 503 LECrim, que exige, para que proceda la prisión provisional, que conste en la causa la existencia de hechos que presenten caracteres de delito debiendo, estos hechos, comportar una pena igual o superior a los dos años de privación de libertad. Además, esta atribución no puede ser una mera conjetura, sino que también se exige, en el apartado segundo de este artículo, “que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.” Podemos observar, por tanto, que no es suficiente con que el hecho pueda ser considerado un hecho típico, sino que, además, el órgano que insta la prisión provisional ha debido proyectar una calificación provisional del mismo, porque en caso de que no lo hubiera hecho, aunque fuera solo hipotéticamente, le sería imposible conocer la pena asignada legalmente al hecho delictivo imputado”. La observación de este fenómeno, que es en realidad el análisis del presupuesto del *funus boni iuris* al que se condiciona el auto de prisión provisional, nos lleva a plantearnos la posibilidad de que, una vez solicitada y autorizada la prisión provisional, pueda pasarse directamente a los trámites para la conclusión de la fase de investigación y la apertura del juicio oral. Al fin y al cabo, esta delimitación típica de los hechos delictivos, junto con la razonabilidad de su fundamentación, es aquello que sostenemos en este trabajo que permitiría al fiscal el planteamiento de la acusación.

Cuando un derecho fundamental de tales características como la libertad ambulatoria queda reducido hasta este extremo, no es admisible que el interés público en la persecución de delitos se superponga a la preservación de los derechos fundamentales del

⁷²⁴ ASECIO MELLADO, José María, “La imputación como elemento determinante...” ob. cit., pág. 14.

ciudadano. Bajo nuestro punto de vista, declarar la prisión provisional frente a una persona debe ser, en todo Estado que se considere democrático, una alarma roja que suponga la agilización inmediata del proceso. En ese punto, la causa judicial de la que se trate ya no es una causa general contra un fenómeno delictivo, es un proceso penal contra una persona determinada a la que se están socavando derechos fundamentales. Alargar la instrucción para seguir esclareciendo y constatando hechos e imputando a nuevos sospechosos significa poner los intereses de la persona cuyos derechos están siendo afectados en un segundo plano. Por otro lado, si los indicios bastantes de criminalidad que se requieren en el art. 503 LECrim se identifican con los exigidos para la conclusión de la instrucción y apertura del juicio oral, no plantearse la conclusión de la instrucción en el momento en que se decreta la prisión provisional de una persona manifiesta, o bien el falseamiento del contenido del *fumus boni iuris* del que nuestra cultura procesal hace alarde, que quedaría reducido a una sospecha, o bien la elevación del nivel de fundamentación incriminatoria de la acusación hasta extremos incompatibles con el derecho de defensa, y con ello el falseamiento, quizás más peligroso todavía, de la utilidad y centralidad del juicio oral como fase donde debe determinarse la verdad de los hechos acontecidos.

No pasamos por alto que puede ser necesario seguir investigando y recogiendo pruebas después de la prisión provisional, así como atendiendo a otras hipótesis posibles de los hechos. De hecho, justamente la privación de libertad del investigado puede deberse a la necesidad de realizar la investigación en mejores condiciones. Sin embargo, la práctica constatada en la actualidad muestra cómo, en muchas causas penales, instrucciones cuyos sujetos pasivos han sido puestos en prisión provisional se alargan más allá de lo que sería razonable. Es por ello que, sin ser la apertura del juicio oral un requisito de aplicación inmediata, consideramos que, en el escrito solicitando la medida de prisión provisional, debería ser preceptivo que el Fiscal argumentara el motivo por el cual la investigación debe seguir su curso y explicitara las concretas medidas de investigación que todavía no se hubieran podido llevar a cabo hasta el momento, y que no pudieran practicarse en el juicio oral. De este modo, una vez llevadas a cabo estas diligencias, debería darse por concluida la fase de investigación sin más dilaciones. Solamente esta orientación es coherente con una visión humanista del proceso, anclada en la afirmación inviolable de los derechos individuales por encima de cualquier otro interés punitivista de carácter colectivo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - En todos los sistemas procesales penales, independientemente de la tradición jurídica a la que pertenezcan, es identificable una primera fase de investigación, dirigida a la obtención de los elementos derivados del eventual hecho ilícito referido en la *notitia criminis*.

SEGUNDA. – Actualmente, la fase previa al juicio oral es una fase que engloba actividades de diversa índole y naturaleza, en las que se incluyen tareas de investigación, pero que de ningún modo suponen el único y principal cometido de esta etapa procesal.

TERCERA. - La labor de investigación del proceso penal no tiene una ubicación procesal específica y uniforme en todos los ordenamientos procesales. La investigación es una tarea diferida a lo largo de la fase previa al juicio oral, que consta de mayor o menor encaje en el proceso en función del grado de oficialidad que se otorga a la fase preliminar.

CUARTA. - La indeterminación de la fase de investigación no es únicamente de naturaleza procesal. La tarea investigadora de la instrucción navega en una indefinición de carácter epistemológico que impide que los órganos que dirigen esta etapa dispongan de criterios ciertos sobre el resultado pertinente de la investigación y el momento y presupuestos idóneos para su conclusión.

QUINTA. - La falta de criterios ciertos sobre la suficiencia de la investigación en el proceso penal ha provocado el engrosamiento de la etapa procesal previa al juicio oral. Este engrosamiento es un fenómeno multifactorial, derivado de intereses de carácter político y económico, así como de un entendimiento distorsionado de las finalidades de la fase previa al juicio oral.

SEXTA. - La extralimitación cognitiva y funcional de la fase de instrucción tiene como causa el entendimiento de esta etapa como un filtro garantista de la acusación, que requiere la consecución de ciertos niveles de convicción jurisdiccional sobre la efectiva comisión del hecho delictivo, así como de la responsabilidad del sujeto pasivo.

SÉPTIMA. - La principal motivación político-económica de la sobreexplotación de la fase de instrucción se encuentra en el interés por la evitación del juicio oral y, con ello, de los recursos humanos y económicos derivados de la celebración del juicio y la práctica de la prueba.

OCTAVA. - La agilización del proceso penal mediante la eliminación de la fase de juicio oral no es la solución óptima ni para la economía procesal ni para la mejora epistemológica del proceso penal. La expansión de mecanismos de terminación anticipada del proceso mediante el consenso supone, por el contrario, un aumento en la duración de la etapa previa al juicio, así como del valor probatorio atribuido a todas las actuaciones derivadas directa y únicamente de la labor de investigación.

NOVENA. - El aumento del protagonismo de la fase de instrucción en el ámbito decisorio del proceso penal ha supuesto, por añadidura, la introducción desproporcionada del principio contradictorio en la fase previa al juicio. Este fenómeno, observable en España y en todos los ordenamientos del entorno europeo, ha otorgado a esta etapa una apariencia de primera instancia del proceso con resultados anti epistémicos, pues favorece las dilaciones y la manipulación de los vestigios del delito y de las fuentes de prueba en interés de las partes.

DÉCIMA. - La configuración de una herramienta democrática integrada para la aplicación del derecho penal requiere el entendimiento del proceso penal como una sucesión de etapas encadenadas, específicamente delimitadas, y orientada a la búsqueda de la verdad de los hechos. Este proceso debe constar de una fase previa de mera investigación, y una fase de verificación y constatación, ante un juez imparcial, de la hipótesis inculpativa eventualmente planteada por la acusación.

DECIMOPRIMERA. - La tarea de investigación consiste en la recogida de todos los elementos o vestigios derivados de la posible comisión del delito, que llevan a cabo principalmente los órganos policiales, y cuya conducción y éxito es posible a partir de la elaboración de hipótesis plausibles de los hechos mediante un razonamiento de tipo abductivo. La configuración orgánica de una auténtica policía judicial permitiría la mayor especialización de este cuerpo en dicha tarea y su consecuente optimización.

DECIMOSEGUNDA. – La labor de investigación que llevan a cabo los cuerpos policiales implica la ruptura sistemática de la presunción de inocencia, así como el seguimiento de sospechas basadas en material indiciario y en razonamientos lógicos, pero frecuentemente intuitivos. La realización de esta tarea, indispensable en el proceso penal, conlleva una serie de riesgos de distorsión cognitiva, fruto de la aplicación del marco experiencial personal, de sesgos del pensamiento y de la aplicación de heurísticos identificables en cualquier proceso humano de toma de decisiones.

DECIMOTERCERA. - El riesgo de esta distorsión cognitiva, así como del seguidismo policial constatable en la práctica actual, limita la imparcialidad de los órganos implicados en esta etapa procesal y rebaja la calidad epistemológica de las conclusiones de la investigación a niveles inferiores a los necesarios para la emisión de una condena.

DECIMOCUARTA. - La vigencia del principio de presunción de inocencia como criterio orientador de todo el proceso penal requiere una provisional y sistemática desacreditación de las hipótesis inculpativas derivadas de la investigación, que deben ser verificadas probatoriamente según el principio contradictorio y la plena igualdad de armas en la práctica de la prueba del juicio oral.

DECIMOQUINTA. - La anterior asunción de la presunción de inocencia como criterio orientador del proceso, así como la diferenciación de funciones entre la etapa investigadora y la etapa de enjuiciamiento, se muestra incompatible con la validación o confirmación jurisdiccional de la viabilidad o de la suficiente fundamentación de la hipótesis de la acusación. Esta validación de carácter jurisdiccional subsiste en ciertos actos procesales en la etapa previa al juicio oral, como es el auto de procesamiento, el auto de transformación del procedimiento abreviado y el auto de apertura del juicio oral.

DECIMOSEXTA. – En la mejora epistemológica del proceso penal tiene un papel protagonista el reforzamiento de la imparcialidad judicial. Para la consecución de esta mayor imparcialidad judicial es necesario avanzar en un proceso de simplificación y neutralización de la fase de investigación.

DECIMOSÉPTIMA. - La neutralización de la fase previa al juicio oral no requiere únicamente la separación entre el órgano investigador/acusador y el órgano sentenciador, según los parámetros del principio acusatorio, sino la configuración del proceso de modo tal que no lleguen al conocimiento del juez sentenciador más teorías incriminatorias que las planteadas, como hipótesis de parte, por el órgano encargado de la acusación.

DECIMOCTAVA. – La suficiencia de la tarea investigadora en el proceso penal y, por consiguiente, la necesidad de concluir la investigación se alcanza cuando se hayan perseguido todos los elementos o vestigios que razonablemente deberían existir como consecuencia de los hechos contenidos en la *notitia criminis*. Todo ello, con independencia del grado de confirmación que los resultados de la investigación arrojen sobre tales hipótesis incriminatorias. La investigación no debe dar lugar a nada más que a un listado de diligencias practicadas y al registro de los datos fácticos resultantes.

DECIMONOVENA. – Las diligencias y actuaciones en fase de instrucción deben reducirse significativamente. Esta reducción es posible mediante la valoración constante de la pertinencia de las diligencias de investigación en relación con su idoneidad y relevancia para el esclarecimiento de los hechos; complementada siempre con la ponderación de su pertinencia procesal, que es la constatación de la necesidad de que dichas diligencias se practiquen en fase de instrucción y no puedan postergarse de ningún modo para la fase de juicio oral como medios probatorios.

VIGÉSIMA. – El riesgo provocado por los sesgos propios de la tarea de investigación hace necesario, para conseguir una valoración neutra y objetiva de los resultados de la investigación, que el órgano encargado de realizar el juicio de acusación sea un órgano con formación jurídica diferente del que ha dirigido la fase de investigación.

VIGESIMOPRIMERA. - El juicio de acusación no puede ser un juicio de naturaleza jurisdiccional. Este juicio es el momento propicio para que las diligencias de investigación sean valoradas en cuanto a la suficiencia incriminatoria de sus resultados, de modo que pueda dilucidarse sobre la oportunidad y viabilidad del ejercicio de la acción penal en atención a una o varias tipologías delictivas. La objetividad del órgano acusador

permite la apertura inmediata del juicio tras el planteamiento de la calificación provisional, sin riesgo ni merma de las garantías procesales del acusado.

VIGESIMOSEGUNDA. - El sobreseimiento es una consecuencia natural de la constatación, por parte del órgano encargado del juicio de acusación, de la insuficiencia incriminatoria de los resultados de la investigación, así como de la inviabilidad de obtener y presentar las pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Se trata de un juicio diferente al juicio sobre la suficiencia de la investigación. En el caso de que se dicte el sobreseimiento por la inviabilidad de presentar acusación, la investigación habrá cumplido, de igual manera, su función en el conjunto del proceso.

VIGESIMOTERCERA. - Las próximas propuestas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española deben valorar la oportunidad que se les brinda de llevar a cabo una transformación eficaz del proceso penal, orientada hacia una racionalización del proceso, que unifique los principios de economía procesal con los derechos y garantías de los individuos y la mejora en la búsqueda de la verdad. Esta reforma no debe trasladar al proceso penal español las tendencias del entorno europeo de un modo superficial, sino que se presenta como una ocasión para profundizar en la real significación de cada una de las etapas del proceso y del papel de cada uno de los actores que intervienen en ellas.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

STS (Sala 2ª) de 1 de octubre de 1986 [ECLI: ES: TS: 1986: 5127]

STS (Sala 2ª) de 2 de abril de 1990 [ECLI: ES: TS: 1990: 9959]

STS (Sala 2ª) de 12 de febrero de 1991 [ECLI: ES: TS: 1991: 773]

STS (Sala 2ª) de 24 de enero de 1996 [ECLI: ES: TS: 1996: 337]

STS (Sala 2ª) de 23 de septiembre de 1998 [ECLI: ES: TS: 1998: 5334]

STS (Sala 2ª) de 20 de octubre de 1998 [ECLI: ES: TS: 1998: 6031]

STS (Sala 2ª) de 25 de junio de 2001 [ECLI: ES: TS: 2001: 5413]

STS (Sala 2ª) de 14 de noviembre de 2001 [ECLI: ES: TS: 2001: 8895]

STS (Sala 2ª) de 15 de julio de 2002 [ECLI: ES: TS: 2002: 5289]

STS (Sala 2ª) de 14 de marzo de 2003 [ECLI: ES: TS: 2003: 1766]

STS (Sala 2ª) de 17 de octubre de 2003 [ECLI: ES: TS: 2003: 6398]

STS (Sala 2ª) de 3 de marzo de 2004 [ECLI: ES: TS: 2004: 1458]

STS (Sala 2ª) de 16 de marzo de 2004 [ECLI: ES: TS: 2004: 1778]

STS (Sala 2ª) de 16 de marzo de 2004 [ECLI: ES: TS: 2004: 1814]

STS (Sala 2ª) de 17 de octubre de 2012 [ECLI: ES: TS: 2012: 7057]

STS (Sala 2ª) de 27 de septiembre de 2013 [ECLI: ES: TS: 2013: 4947]

STS (Sala 2ª) de 13 de mayo de 2014 [ECLI: ES: TS: 2014: 2251]

STS (Sala 2ª) de 12 de febrero de 2015 [ECLI: ES: TS: 2015: 414]

STS (Sala 2ª) de 4 de febrero de 2015 [ECLI: ES: TS: 2015: 404]

STS (Sala 2ª) de 21 de abril de 2015 [ECLI: ES: TS: 2015: 1516]

STS (Sala 2ª) de 10 de febrero de 2016 [ECLI: ES: TS: 2016: 363]

STS (Sala 2ª) de 8 de marzo de 2017 [ECLI: ES: TS: 2017: 889]

STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2018 [ECLI: ES: TS: 2018: 133]

STS (Sala 2ª) de 12 de marzo de 2018 [ECLI: ES: TS: 2018: 858]

STS (Sala 2ª) de 16 de marzo de 2018 [ECLI: ES: TS: 2018: 869]

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2019 [ECLI: ES: TS: 2019: 3181]

STS (Sala 2ª) de 12 de marzo de 2020 [ECLI: ES: TS: 2020: 831]

STS (Sala 2ª) de 26 de mayo de 2020 [ECLI: ES: TS: 2020: 1305]

STS (Sala 2ª) de 23 de octubre de 2020 [ECLI: ES: TS: 2020: 3422]

ATS (Sala 2ª) de 20 de diciembre de 1996 [ECLI: ES: TS: 1996: 3807A]

STC (Sala 1ª) núm. 31/1981, de 28 de julio.

STC (Sala 1ª) núm. 44/1985, de 22 de marzo.

STC (Sala 2ª) núm. 100/1985, de 3 de octubre.

STC (Sala 1ª) núm. 80/1986, de 17 de junio.

STC (Sala 1ª) núm. 141/1986, de 12 de noviembre.

STC (Sala 1ª) núm. 82/1988, de 28 de abril.

STC (Sala 1ª) núm. 128/1988, de 27 de junio.

STC (Sala 2ª) núm. 137/1988, de 7 de julio.

STC (Pleno) núm. 145/1988, de 12 de julio.

STC (Sala 1ª) núm. 66/1989, de 17 de abril.

STC (Sala 1ª) núm. 217/1989, de 21 de diciembre.

STC (Sala 2ª) núm. 3/1990, de 15 de enero.

STC (Sala 1ª) núm. 161/1990, de 19 de octubre.

STC (Pleno) núm. 186/1990, de 15 de noviembre.

STC (Sala 2ª) núm. 211/1991, de 11 de noviembre.

STC (Sala 1ª) núm. 51/1995, de 23 de febrero.

STC (Sala 2ª) núm. 128/1995, de 26 de julio.

STC (Sala 1ª) núm. 128/1996, de 9 de julio.

STC (Sala 1ª) núm. 40/1997, de 27 de febrero.

STC (Sala 2ª) núm. 41/1997, de 10 de marzo.

STC (Sala 1ª) núm. 41/1998, de 24 de febrero.

STC (Sala 2ª) núm. 141/2001, de 18 de junio.

STC (Pleno) núm. 10/2002, de 17 de enero.

STC (Sala 2ª) núm. 57/2002, de 11 de marzo.

STC (Sala 2ª) núm. 94/2002 de 22 de abril.

STC (Sala 1ª) núm. 188/2002, de 14 de octubre.

STC (Sala 2ª) núm. 195/2002, de 28 de octubre.

STC (Sala 1ª) núm. 38/2003, de 27 de febrero.

STC (Sala 1ª) núm. 17/2004, de 23 de febrero.

STC (Sala 1ª) núm. 93/2005, de 18 de abril.

STC (Sala 1ª) núm. 1/2006, de 16 de enero.

STC (Sala 1ª) núm. 12/2006, de 16 de enero.

STC (Sala 1ª) núm. 10/2007, de 15 de enero.

STC (Sala 1ª) núm. 134/2010, de 2 de diciembre.

STC (Sala 1ª) núm. 149/2013, de 9 de septiembre.

STC (Pleno) núm. 199/2013, de 5 de diciembre.

STC (Sala 1ª) núm. 83/2019, de 17 de junio.

TEDH, de 27 de febrero de 1980, núm. 6903/75, caso Deweer contra Bélgica.

TEDH, de 15 de julio de 1982, núm. 8130/1978, caso Eckle contra Alemania.

TEDH, de 1 de octubre de 1982, núm. 8692/1979, caso Piersack contra Bélgica.

TEDH, de 26 de octubre de 1984, núm. 9186/80, caso De Cubber contra Bélgica.

TEDH, de 2 de marzo de 1987, núms. 9562/81 y 9818/82, caso Monnell y Morris contra Reino Unido.

TEDH, de 30 de marzo de 1989, núm. 10444/83, caso Lamy contra Bélgica.

TEDH, de 22 de junio de 1989, núm. 11179/84, caso Langborger contra Suecia.

TEDH, de 24 de mayo de 1989, núm. 10486/83, caso Hauschildt contra Dinamarca.

TEDH, de 19 de diciembre de 1989, núm. 9783/82, caso Kamasinski contra Austria.

TEDH, de 23 de mayo de 1991, núm. 15974/90, caso Oberschlick contra Austria.

TEDH, de 30 de octubre de 1991, núm. 12005/86, caso Borgers contra Bélgica.

TEDH, de 25 febrero de 1992, núm. 10802/84, caso Pfeifer and Plankl contra Austria.

TEDH, de 24 de febrero de 1993, núm. 14396/88, caso Fey contra Austria.

TEDH, de 24 de noviembre de 1993, núm. 13972/88, caso Imbrioscia contra Suiza.

TEDH, de 21 de septiembre de 1994, núm. 17101/90, caso Fayed contra Reino Unido.

TEDH, de 17 febrero de 1997, núm. 10/1996/629/812, caso Foucher contra Francia.

TEDH, 7 de febrero de 2001, núm. 23541/94, caso García Alva contra Alemania.

TEDH, de 13 de febrero de 2001, núm. 24479/94, caso Lietzow contra Alemania.

TEDH, 13 de febrero de 2001, núm. 25116/94, caso Schöps contra Alemania.

TEDH, de 9 de abril de 2003, núm. 38822/97, caso Shishkov contra Bulgaria.

TEDH, de 28 de octubre de 2003, núm. 59072/2000, caso González Doria Durán de Quiroga contra España.

TEDH, de 15 de diciembre de 2005, núm. 41872/10, caso Kyprianou contra Chipre.

TEDH, de 6 de noviembre de 2007, núm. 22755/04, caso Chruściński contra Polonia.

TEDH, de 9 de octubre de 2008, núm. 62936/00, caso Moiseyev contra Rusia.

TEDH, de 27 de noviembre de 2008, núm. 36391/02, caso Salduz contra Turquía.

TEDH, de 19 de febrero de 2009, núm. 3455/05, caso A. y otros contra Reino Unido.

TEDH, de 9 de julio de 2009, núm. 11364/03, caso Mooren contra Alemania.

TEDH, de 16 de julio de 2009, núm. 21086/04, caso Daneshpayeh contra Turquía.

TEDH, de 13 de octubre de 2009, núm. 7377/03, caso Dayanan contra Turquía.

TEDH, de 10 de septiembre de 2010, núm. 31333/06, caso McFarlane contra Irlanda.

TEDH, de 7 de diciembre de 2010, núm. 21521/06, caso Yer y Güngör contra Turquía.

TEDH, de 20 de septiembre de 2011, núm. 17252/09 caso Sapan contra Turquía.

TEDH, de 20 de marzo de 2012, núm. 49183/2008, caso Serrano Contreras contra España.

TEDH, de 5 de abril de 2012, núm. 11663/04, caso Chambaz contra Suiza.

TEDH, de 26 de junio de 2012, núm. 33376/07, caso Piruzyan contra Armenia.

TEDH, de 26 de noviembre de 2013, núm. 21249/05, caso Emilian-George Igna contra Rumania.

TEDH, de 29 de abril de 2014, núm. 9043/05, caso Natsvlishvili y Togonidze contra Georgia.

TEDH, de 19 de enero de 2016, núm. 1886/06, caso Albrechtas contra Lituania.

TEDH, de 13 de septiembre de 2016, núms. 50541/08, 50571/08, 50573/08 y 40351/09, caso Ibrahim y otros contra Reino Unido.

TJUE, de 15 de octubre de 2015, C-216/14, caso Covaci.

TJUE, DE 22 de marzo de 2017, C-124/16, C-188/16 y C-213/16, casos Tranca y otros.

TJUE, de 5 de junio de 2018, C-612/15, caso Kolev y otros.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Dir.), *Estudios sobre prueba penal* (La Ley: Las Rozas, 2010).
- ADEN, Hartmut; SÁNCHEZ-BARRUECO, María Luisa; STEPHENSON, Paul, *The European Public Prosecutor's Office: Strategies for Coping with Complexity*, (Policy Department D for Budgetary Affairs: Bruselas, 2019).
- ADINOLFI, Giulio, “Extremismos en tema de “acusatio” e “inquisitio” en el proceso penal romano”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, XXXI (2009), pp. 37–60.
- AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomos I-VI (Reus S.A: Madrid, 1924).
- AGUILERA MORALES, Marien, *El principio del consenso. La conformidad en el proceso penal español* (Ed. Cedecs: Barcelona, 1998).
- , “Generalidades sobre la instrucción”, en BUJOSA VADELL, Lorenzo; NIEVA FENOLL, Jordi (Dir.), *Nociones Preliminares de Derecho Procesal penal* (Barcelona, 2016).
- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel, “La instrucción del proceso penal por jueces instructores: una garantía del estado de derecho en el sistema penal español”, *Revista Diario La Ley*, nº 9185 (2018).
- ALBRECHT, Hans-Jörg, “Criminal prosecution: developments, trends and open questions in the Federal Republic of Germany” *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, nº3 (2000), pp. 245-256.
- ; TESKE, Raimond, “Prosecution and Sentencing Patterns in the Federal Republic of Germany”, *International Criminal Justice Review* (1992), pp. 76–104.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo II (Instituto de investigaciones jurídicas: México, 1974), pp.

415–74.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Lo que debe ser El Ministerio Público”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n° 155 (1929), pp. 519–31.

ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano Jacinto, “Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa”, *Revista de derecho UNED*, n° 25 (2020), pp. 171-213.

ALONSO GALLO, Jaime, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, *Indret, revista para el análisis del derecho*, n° 4 (2011).

ALONSO ROMERO, María Paz, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, (Ediciones Universidad de Salamanca: Salamanca, 1982).

AMBOS, Kai, “Confidential Investigations (Article 54(3)(e) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations, the *Lubanga* Case and National Law”, *New Criminal Law Review*, n°12 (2009), pp. 543-567.

———, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal* (Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 325-360.

———; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; VOGLER, Richard, *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá, 2003).

AMODIO, Ennio; SELVAGGI, Eugenio, “An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure”, *Temple Law Review*, vol. 62, n° 4 (1989), pp. 1211-1224.

ANDRÉS DEL ARCO, Palomo, *Sistemas penales europeos* (Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2003).

ANTEQUERA, José María, *Historia de la legislación romana desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, 3ª ed. (P. Infante: Madrid, 1987).

ANTÓN Y ABAJO, Antonio, “Instrucción y sesgos cognitivos (Una nueva aproximación al modelo de instrucción)”, *Revista Diario La Ley*, n° 9208 (2018).

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 11ª ed. (Marcial Pons: Madrid, 2018).

———, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A: Madrid, 2012).

———, “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, *Ius et Praxis*, nº 13 (2009), pp. 81–103.

———, . “Principio acusatorio: realidad o utilización (lo que es y lo que no es)” en *Estudios sobre el proceso penal* (Rubinzal-Culzoni Editores: Santa Fe, 2008).

———, *Principio acusatorio y derecho penal* (J.M.Bosch: Barcelona, 1995).

———, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España* (Promociones y Publicaciones universitarias: Barcelona, 1991).

———; MONTERO AROCA, Juan; MORALES PRATS, Fermín y GUZMÁN FLUJA Vicente Carlos, ‘La Investigación penal: ¿jueces o fiscales?’, *Revista del poder judicial*, nº 92 (2011), pp. 28–47.

ASENCIO MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO, Olga (coord.), *Derecho procesal penal*, VVAA, 1ª ed. (Tirant lo Blanch: Valencia, 2019).

———, “La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40 (2016).

———, *Derecho procesal penal*, 7ª ed. (Tirant lo Blanch: Valencia, 2015).

———, “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Diario La Ley*, nº 8009, 25 de enero de 2013.

———, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *Revista Diario La Ley*, nº 8026, 19 de febrero de 2013.

———, “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (1997).

- , *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Trivium: Madrid, 1991).
- ASHWORTH, Andrew, “Developments in the Public Prosecutor’s Office in England and Wales” *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2000) pp. 257-282.
- , *The Criminal Process: An Evaluative Study* (Oxford University Press: Oxford, 1994).
- ; FIONDA, Julia, “Prosecution, Accountability and the Public Interest: the New CPS Code”, *Criminal Law Review* (1994) pp. 894-903.
- BACHMAIER, Lorena, “The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 26 (2018), pp. 236–259.
- BACIGALUPO, Enrique, *Justicia penal y derechos fundamentales* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2002).
- , “Presunción de Inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n° 4, (1988), pp. 365-388.
- BACON, F., *Novum Organum (The New Organon)*, (Cambridge University Press: New York, 2003).
- BADIE, François, “El Ministerio Público francés”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n°. VI, Madrid (2001).
- BALDWIN, John; HUNT, Adrian, “Prosecutors Advising in Police Stations” *Criminal Law Review*, agosto (1998) pp. 521-536.
- BASTARRECHE BENGEOA, Tomás, “Jueces y fiscales ante la instrucción: cuestiones constitucionales”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 160 (2013), pp. 103-130.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 1764 (Universidad Carlos III de Madrid: Madrid, 2015). Versión electrónica disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20199>

- BEERNAERT, Marie-Aude, “Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 101 (2015), pp. 201–218.
- BERNAL VALLS, Jesús, “La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 12 (2004), pp. 201-224.
- BLOM, Martine; SMIT, Paul, “The Prosecution Service Function within the Dutch Criminal Justice System”, en JEHLE, Jörg Martin; WADE, Marianne (Eds.), *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe* (Springer: Berlin, 2006).
- BRANTS-LANGERAAR, Chrisje, “Consensual criminal procedures: plea and confession bargaining and abbreviated procedures to simplify criminal procedure”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n° 1 (Mayo 2007).
- ; FIELD, Steward, “Truth-finding, procedural traditions and cultural trust in the Netherlands and England and Wales: When strengths become weaknesses”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 20, n°4 (2016), pp. 266-288.
- , “Legal Cultures, Political Cultures and Procedural Traditions: Towards a Comparative Interpretation of Covert and Proactive Policing in England and Wales and the Netherlands”, en NELKEN, David, (ed.), *Contrasting Criminal Justice. Getting from here to there* (Aldershot: Dartmouth, 2000), pp. 77-115.
- , “Discretion and accountability in prosecution: a comparative perspective on keeping crime out of court”, en FENNELL, Paul. et al. (Eds.), *Criminal Justice in Europe. A comparative perspective* (Oxford University Press: Oxford, 1995), pp. 127-148.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECR de 27 de julio de 2011”, *Revista Diario La Ley*, n° 7939, 8 de octubre de 2012.
- , “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, *Justicia*, n° 3-4 (2012), pp. 121-132.

———, *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español* (Civitas: Madrid, 1992).

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 14 (2008), pp. 185–221.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Santiago Sentís Melendo (Ed. Bibliográfica Argentina: Buenos Aires, 1945).

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, “La reforma del proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 17 (1990).

CAPE, Ed, *Suspects in Europe: procedural rights at the investigative stage of the criminal process in the European Union* (Intersentia Publishers: Antwerpen, 2007).

CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, editado por Ed. Jurídica Europa-América (Buenos Aires: Librería El Foro S.A, 1961).

———, *La prueba civil*, 1ª ed. (Ediciones Olejnik: Santiago de Chile, 2018).

———, *Las miserias del proceso penal*, 1ª edición (Ediciones Olejnik: Buenos Aires, 2017).

CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, “El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de estudios políticos*, nº 125 (2004), pp. 39–78.

CARRERAS LLANSANA; Jorge, FENECH, Miguel, *Estudios de Derecho Procesal* (Bosch: Barcelona, 1962).

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos”, *Revista de derecho y proceso penal*, nº 32 (2013), pp. 49-76.

———, “Medios de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 27 (2012) pp. 1-36.

———, *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios* (La Ley: Madrid, 2010)

CATERINI, Mario, “The presumption of innocence in Europe: developments in substantive criminal law”, *Beijing Law Review*, n° 8 (2017), pp. 100–140.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA Miguel, “Investigación e instrucción en el proceso penal”, *Las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial*, n° 58 (2004).

CONDE–PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *El Ministerio Fiscal* (Aranzadi: Pamplona, 1999).

———, “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal* (Ministerio de Justicia: Madrid, 1989).

CORETTI, Michela, “Del summatim cognoscere al proceso de plano: la sumariedad en el derecho romano y en la edad media”, *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, n° 8 (enero-junio 2019).

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor; *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed. (Tirant lo Blanch: Valencia, 2017).

COUNCIL FOR THE JUDICIARY, *Judicial reform in The Netherlands: change in broad outline* (Sdu Publishers: The Hague 2014).

CRESPO BARQUERO, Pedro, “Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n° VI (1998).

CRIJNS, Jan; DUBELAAR, Marieke; PITCHER, Kelly, *Collaboration with Justice in the Netherlands, Germany, Italy and Canada* (Universiteit Leiden, Criminal Law and Criminology: Leiden, 2017).

———; VAN DER WOUDE Maartje, “The criminal Justice System”, en CHORUS, Jeroen M.J., HONDIUS, Ewoud, *Introduction to Dutch law* (Kluwer Law International B.V: Alphen aan den Rijn, 2016).

———; LEEUW, Bas; and WERMINK, Hilde, *Pre-Trial Detention in the*

Netherlands: Legal Principles versus Practical Reality. (Eleven International Publishing: The Hague, 2016).

CRISP, Debbie; MOXON, David, *Case screening by the Crown Prosecution Service: how and why cases are terminated*, Research Study n° 137 (HMSO: London, 1994).

CUADRADO SALINAS, Carmen, *La investigación en el proceso penal*, (Las Rozas: La Ley, 2010)

———, “Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 18, (2009).

DAMAŠKA, Mirjan, “Problematic Features of International Criminal Procedure”, en CASSESE, Antonio (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press: Oxford, 2009).

———, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (Yale University Press: New Haven/London, 1986).

DAMIÁN MORENO, Juan, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés* (Dykinson: Madrid, 2014).

DAVIS, Angela J., “The American Prosecutor: Independence, Power, and the Threat of Tyranny”, *Iowa Law Review*, vol. 86, n° 2 (2001), pp. 395–465.

DE DOELDER, Hans, “The Public Prosecution Service in the Netherlands”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2000), pp. 187-223.

DE LA OLIVA SANTOS Andrés, “El protagonismo directivo en la instrucción, el Ministerio Fiscal y el modelo procesal penal”, *Derecho y Proceso. Rev. electrónica del Dpto. de Derecho Procesal de la Universidad Complutense* (2006), pp. 105-112.

DE MEESTER, Karel; PITCHER, Kelly; RASTAN, Rod; SLUITER, Göran, “Investigation, Coercive Measures, Arrest, and Surrender” en *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (Oxford University Press, 2012).

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Investigación e instrucción: diferencias y

- garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro”, en MARCHENA GÓMEZ, Manuel (dir.), *El Juez de instrucción y el juez de garantías, posibles alternativas* (Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2003), pp. 11-80.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencias de la reforma de su estatuto orgánico”, en *Nuevos retos de la justicia penal* (La Ley: Madrid, 2008).
- DELLA TORRE, Jacopo, “Negotiated Criminal Justice and EU Directives on Procedural Rights”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 27, n° 2 (2019), pp. 155–89.
- DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John Rason (eds.), *European Criminal Procedure* (Cambridge University Press: Cambridge, 2002).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n° 1 (2007), pp. 28-39.
- , *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo* (Ariel: Barcelona, 2000).
- DOIG DÍAZ, Yolanda, “Reflexiones acerca de la justicia negociada en el futuro proceso penal español”, en ASENSIO MELLADO, José María; FUENTES SORIANO, Olga (coords.), *Nuevos retos de la justicia penal* (Wolters Kluwer: Madrid, 2008).
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Nuevas perspectivas sobre sistema acusatorio e instrucción penal: el papel del ministerio público en España”, *La Ley penal*, n° 100 (enero-febrero 2013).
- DONDÉ MATUTE, Javier, “La política criminal de la fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n° 14 (2014), pp. 31–76.
- DOWNES, David, *Contrasts in tolerance: post-war penal policy in The Netherlands and in England and Wales* (Oxford University Press: Oxford/New York, 1993).
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, “Aspectos de la fase intermedia del procedimiento abreviado”, *Revista Diario La Ley*, n° 5967, 3 de marzo de 2004.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido* (J.M Bosch: Barcelona, 1995).

ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, “La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral; SANZ MORÁN, Angel José (coords.), *La reforma de la Justicia Penal* (Lex Nova Editorial: Valladolid, 2008).

FAIR TRIALS, “The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems”, disponible en: <https://www.fairtrials.org/campaign/disappearing-trial>

———, *Criminal proceedings and defence rights in The Netherlands* (Fair Trials International, 2014).

FALCONE SALAS, Diego, “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, *Revista de derecho. Universidad católica del Norte*, año 21, nº 2 (2015) pp. 183-224.

FASSLER, Lawrence J., “The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, nº1 (1991), pp. 245-278.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español”, *UNED Boletín oficial de la Facultad de Derecho*, nº 24 (2004), pp. 109-124.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia* (Iustel: Madrid, 2005).

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed. (Editorial Trotta: Madrid, 2004).

———, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Trotta: Madrid, 1995).

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A: Madrid, 2007).

———, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y

Sociales, S.A: Madrid, 2005).

FINOCCHIARO, Enzo, “La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, nº 6 (2015).

FIONDA, Julia, *Public Prosecutors and discretion: a comparative study* (Clarendon Press: Oxford, 1995).

FISHER, Stanley Z., “In search of the virtuous prosecutor: a conceptual framework”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 15, nº 3 (1988), pp. 197-261.

FLORES PRADA Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España* (Tirant lo Blanch: Valencia, 1999).

FLOWERS Roberta Kemp, “A code of their own: updating the ethics codes to include the non-adversarial roles of federal prosecutors”, *Boston College Law Review*, nº 37 (1996).

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (Gedisa: Barcelona, 1996).

FRANKEL, Marvin, *Partisan Justice* (Hill and Wang: Nueva York, 1980).

FRASE, Richard S., “Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?” *California Law Review*, vol. 78, nº. 3 (1990), pp. 539-683.

FREDERICK, Bruce, *The anatomy of discretion: an analysis of prosecutorial decision making. Technical report* (US Department of Justice: Chicago, 2012).

FREEDMAN, Monroe H., *Professionalism in the American Adversary System* (Spring: Boston, 1992).

FUENTES SORIANO, Olga “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en *La reforma del proceso penal* (La Ley-Actualidad: Madrid, 2011), pp. 192–226.

———, “La instrucción del fiscal en un nuevo proceso penal”, en *Nuevos retos de la justicia penal* (La Ley: Madrid, 2008), pp. 161–212.

———, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, 1ª ed. (Tirant lo Blanch: Valencia, 2006).

———, *El Ministerio fiscal. Consideraciones para su reforma* (Fundación Alternativas, 2003).

GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luis, “Configuración general de las diligencias de Instrucción”, en *Estudios sobre prueba penal*, vol. III (La Ley: Madrid, 2013).

GARCÍA VALDÉS, Rafael, *Derecho procesal criminal*, (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1940).

GARNHAM, Alan; OAKHILL, Jane, *Thinking and reasoning* (Basil Blackwell, 1994).

GARRETT, Brandon L., “Structural Reform Prosecution”, *Virginia Law Review*, 93.4 (2007), 853–58.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, 3ª ed. (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A: Madrid, 2009).

GASCON INCHAUSTI, Fernando, ‘Instrucción penal en el derecho comparado’, *Cuadernos digitales de formación, Consejo General del Poder Judicial*, nº 4 (2011).

GELDER, Jean-Louis; ELFFERS, Henk, REYNALD, Danielle.; NAGIN, Daniel S. *Affect and cognition in criminal decision making* (Routledge: London, 2014).

GERSHMAN, Bennett L., “The Prosecutor’s Contribution to Wrongful Convictions”, en REDLICH, Allison D., et al., *Examining Wrongful Convictions: Stepping Back, Moving Forward* (Carolina Academic Press, 2014).

———, “The prosecutor's duty to truth”, *George Town University Journal of legal ethics*, nº 309 (2001).

GILLIÉRON, Gwladys, *Public Prosecutors in the United States and Europe. A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany* (Springer: Heidelberg, 2014).

GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel, *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment* (Cambridge University Press: New York, 2002).

GIMENO SENDRA, Vicente, “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)”, *Revista Diario La Ley*, nº 8021, 12 de febrero de 2013.

———, “Corrupción y propuestas de reforma”, *Revista Diario La Ley*, nº 7990, 26 de diciembre de 2012.

———, “La reforma de la LECRIM y la posición del ministerio fiscal en la investigación penal”, en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, vol. II (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial: Madrid, 2009), pp. 197–222.

———, *El Ministerio Fiscal - Director de la instrucción* (Iustel: Madrid, 2006).

———, “Filosofía y principios de los juicios rápidos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7 (2002), pp. 1557-1562.

———, “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *La Reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León* (Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones: Madrid, 1990).

———, “Las partes acusadoras”, en *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988, VVAA*. (Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, 1989).

GIORDANO, Francesco Paolo, *Le indagini preliminari, poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria*, 2ª ed. (CEDAM: Padova, 2006).

GLESS, Sabine, “Functions and Constitution of the Court at the Pre-Trial and Trial Phase”, en ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane, *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness* (Dunker & Humblot: Berlin, 2004).

———; ZURKINDEN, Nadine, “Negotiated Justice – Balancing Efficiency and Procedural Safeguards”, en LIGETI, Katalin; FRASSEN Vanessa (eds.), *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US* (Hart Publishing: Oxford-Portland, 2017), pp. 117–132.

- GOLDSCHMIDT, James, “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, en *Derecho, derecho penal y proceso, Problemas fundamentales del Derecho*, Vol. 1 (Marcial Pons: Madrid, 2010).
- GOLDSTEIN, Herman, “Categorizing and structuring discretion”, *Policing a free Society* (Ballinger Pub. Co: Cambridge, 1977).
- GOMES FERREIRA, Joana, “El Ministerio Público portugués”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n° VI, (2001).
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 41 (2018), pp .157–84.
- , “El proceso penal español a comienzos del siglo XXI: Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción”, *Indret: revista para el análisis del derecho*, n° 1 (2017), pp. 1-59.
- , “El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente”. *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber Amicorum* (Ed. Colex: Madrid, 2015).
- , *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).
- , *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, (México D.F: INACIPE. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008)
- , “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, *Revista Penal*, n° 20 (2007), pp. 74-88.
- , “Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista del Poder Judicial*, n° Extra 19 (2006), pp. 25-77.
- , “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes”, *Cuadernos de derecho judicial*, N°. 4, (2002)

———, “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, *Revista del Poder Judicial*, nº 64 (2001), pp. 205-246.

———, “El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. VI (2001).

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed. (Artes Gráficas y Ediciones: Madrid, 1986).

———, *Comentarios a La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria* (Bosch: Barcelona, 1947).

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo, “El fiscal instructor: la experiencia portuguesa”, *Revista del Poder Judicial*, nº 33 (1994).

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 18, nº 2 (2005), pp. 187–211.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Prueba y argumentación (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba)”, Ponencia en el Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, 2018.

———, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, *Jueces para la democracia*, nº 46 (2003), pp. 17–26.

———, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces para la democracia*, nº 47 (2003), pp. 35–50.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (coord.), *Crisis de la Justicia y reformas procesales: I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León* (Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones: Madrid, 1988).

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, *¿Quién controla a los controladores? Policía, justicia y control democrático* (Ed. Base: Barcelona, 2013).

- GOODPASTER, Gary, “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 78, n° 1 (1987).
- GRANO Joseph D., *Confessions, truth and the law* (Michigan, 1993).
- GROENHUIJSEN, Marc; KOOIJMANS, Tijs (Eds.), *The Reform of the Dutch Code of Criminal Procedure in Comparative Perspective* (Nijhoff Publishers: Leiden, 2012).
- GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago, “La investigación fiscal en un sistema acusatorio formal” (Universidad Miguel Hernández: Elche, 2015).
- HAFETZ, Jonathan L., “Latin America: Views on contemporary issues in the region pretrial detention, human rights, and judicial reform in Latin America”, *Fordham International Law Journal*, vol. 26, n° 6 (2003), pp. 1754-1777.
- HAMPTON Celia, *Criminal Procedure* (Sweet & Maxwell: Londres, 1982).
- HARDING, Christopher; KOFFMAN, Laurence, *Sentencing and the Penal System* (Sweet & Maxwell: Londres, 1995).
- HARRENDORF, Stefan, “Attrition in and Performance of Criminal Justice Systems in Europe: A Comparative Approach” *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 24, n° 1 (2018), pp.7-36.
- HAWKINS, Keith, (ed.). *The Uses of Discretion* (Clarendon Press: Oxford, 1992).
- HAWSER, Louis; WIGODER, Basil; *Justice: The prosecution process in England and Wales* (Justice educational and research trust: Londres, 1970).
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel, “La reforma del proceso penal en España”, *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, n° 14 (2005), pp. 31-94.
- HERRMAN, Joachim, ‘The German Prosecutor’, en *Discretionary Justice in Europe and America* (University of Illinois Press: Champaign, 1976).
- , “The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, n° 3 (1974), pp. 468–505.

- HERZ, Annete Louise, *Trafficking in Human Beings. An Empirical Study on Criminal Prosecution in Germany* (Edition Iuscrim: Freiburg, 2006).
- HIRSCH BALLIN, Marianne F.H., *Anticipative criminal investigation. the system of criminal investigation in The Netherlands* (T.M.C. Asser Press: The Hague, 2012).
- HODGSON, Jacqueline, *French criminal justice: a comparative account of the investigation and prosecution of crime in France* (Hart Publishing: Oxford, 2005).
- ILLUMINATI, Giulio, “El sistema acusatorio en Italia”, en AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios* (Marcial Pons: Madrid, 2008).
- , *La Presunzione d’innocenza dell’imputato* (Zanichelli: Bologna, 1979).
- JACOBS, Ann, “Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 83, n° 1-2 (2012), pp. 43–88.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “Deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez a la luz de la imparcialidad judicial”, *Cuaderno penales José María Lidón*, n° 7 (2010), pp. 301-318.
- JIMENO BULNES, Mar, “El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia*, n° 2 (2013), pp. 207-310.
- JONAKAIT, Randolph N., “The rise of American Adversary System: America before England”, *Widener Law Review*, Vol. 14, n° 2 (2009), pp. 323-356.
- KAPLAN, John, “The prosecutorial discretion”, *U.L. Review*, vol. 174, n° 15 (1965).
- KENNETH, Culp Davis, *Discretionary Justice in Europe and America* (University of Illinois Press: Champaign, 1976).
- KREY, Volker, *German Criminal Procedure Law*, vol. 1, “Basics. Prosecution Authorities. Glossary” (W. Kohlhammer Publishing Company: Stuttgart, 2009).
- KUNKEL, Wolfgang, *Historia Del Derecho Romano* (Ariel: Barcelona, 1994).
- KURLAND, Philip B., “Public prosecution in England 1854–1879: an essay in english

- legislative history”, *Duke Law Journal*, vol. 959, n° 4 (1953), pp. 494-562.
- LACOSTE, Gracieuse, “Sistema procesal francés”, en *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, n° 4 (2002).
- LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo, “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Diario La Ley*, n° 7513, 19 de noviembre de 2010.
- LANGBEIN John Harriss, *The origins of adversary criminal trial*, (Oxford/Nueva York, 2003)
- , “Controlling Prosecutorial Discretion in Germany”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, n° 3 (1974), pp. 439-467.
- , “The origins of public prosecution at common law”, *The American Journal of Legal History*, vol. 17, n° 4 (1973), pp. 313–335.
- LANGER, Máximo, “Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions” *Annual Review of Criminology*, vol. 4, n° 1 (2021), pp. 377-411.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico* (La Ley: Madrid, 2008)
- LATORRE LATORRE, Virgilio, *Acción popular, acción colectiva* (Civitas: Madrid, 2000)-
- LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology* (Cambridge University Press: Cambridge, 2008).
- LEAL MEDINA, Julio, “Crisis de la investigación criminal. Nulidad de actuaciones en el seno del actual modelo complejo y fragmentado de intervención o recopilación de datos para el juicio oral. Quiebra de derechos fundamentales”, *Revista Diario La Ley*, n° 9648, de 8 de junio de 2020.
- LEIGH, Leonard Herschel; HALL WILLIAMS, John Eryl, *The Management of the Prosecution Process in Denmark, Sweden and the Netherlands* (Leamington Spa:

James Hall, 1981).

LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal: reflexiones de lege lata y propuesta de lege ferenda* (Bosch Editor: Madrid, 2020).

LIGETI, Katalin, *Toward a Prosecutor for the European Union*, vol. I (Hart Publishing Limited: Oxford, 2013).

LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de, *El modelo constitucional de investigación penal* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2001).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho procesal*, 5ª ed. (Aranzadi Thomson Reuters: Cizur Menor, 2012).

LÓPEZ LÓPEZ Alberto Manuel, *El Ministerio Fiscal español: principios orgánicos y funcionales* (Colex: Madrid, 2001).

LÓPEZ LÓPEZ, Enrique, “El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal”, *Revista Diario La Ley*, nº 7987, 19 de diciembre de 2012.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal”, *Revista Diario La Ley*, nº 8091, 27 de mayo de 2013.

———, “El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal”, *Revista Diario La Ley*, nº 8111, 24 de junio de 2013.

———, “El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio” *Revista Diario La Ley*, 8 de julio de 2013.

LÓPEZ RUIZ, Francisco, “Problemas sobre la delimitación del hecho objeto del proceso penal. Una aproximación gnoseológica”, *Revista general de derecho procesal*, nº 47 (2019).

LORCA NAVARRETE, Antonio María, “La inconstitucionalidad de la instrucción sumarial penal”, *Revista Diario La Ley*, nº 7831, 3 de abril de 2012.

———, “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor”, *Revista Diario La Ley*, nº 7158, 21 de abril de 2009.

———, “¿Jueces instructores o jueces inquisidores?”, *Revista Diario La Ley*, nº 7434, 29 de junio de 2010.

MARCO, José Manuel, “Juicios rápidos y policía judicial: ¿hacia una codirección del proceso penal?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XII, nº 559 (diciembre, 2002).

MARGUERY, Tony Paul, *Unity and diversity of the public prosecution services in Europe. A study of the czech, dutch, french and polish systems* (University of Groningen, 2008).

MARTÍN OSTOS, José, “La prueba en el proceso penal acusatorio”, *Justicia*, nº 2 (2013), pp. 25-67.

MARTÍN PASTOR José, *El Ministerio Fiscal y el proceso penal en Europa* (Atelier: Barcelona, 2019).

———, “Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil”, en ARMENTA DEU, Teresa (coord.), *La convergencia entre el derecho civil y penal ¿una dirección adecuada?* (Marcial Pons: Madrid, 2013).

———, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal* (Publicaciones del Real Colegio de España: Bolonia, 2005).

MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio, *La instrucción penal*, 2ª ed. (Marcial Pons: Madrid, 2004).

MARTIN, Jacqueline, *The English Legal System*, 8ª ed. (Hodder Education: Londres, 2016).

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de, “La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del

- sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y futuro”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº IV (1999).
- MENDOÇA, Ludmila, “How Does the Criminal Justice System Operate from an Empirical Point of View? An Analysis of the Netherlands Case”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 17, nº 4 (2011), pp. 267–284.
- MENKEL–MEADOW, Carrie, “The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World”, *William & Mary Law Review*, vol. 38, nº 1 (1996), pp. 5-44.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, nº 22 (2010), pp. 131–151.
- , *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.*, 2ª ed. (J.M. Bosch Editor: Barcelona, 2004).
- , *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (J.M. Bosch Editor: Barcelona, 1997).
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, “El derecho al juez imparcial en el proceso penal”, en *Doctrina Constitucional sobre el proceso penal*, VVAA, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* (1995), pp. 339-360.
- MONTERO AROCA, Juan, “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, *Revista brasileira de direito processual penal*, nº 1 (2015), pp. 66–87.
- , *La paradoja procesal del siglo XXI: Los poderes del juez penal (Libertad) frente a los poderes del juez civil (Dinero)* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2014).
- , “Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral”, *Revista Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 1 (2007), pp. 40-73.
- MORENO CATENA, Víctor, “La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 7 (2010), pp. 13-54.

———, “La necesidad de un nuevo modelo de instrucción”, en *Nuevos retos de la justicia penal* (La Ley: Madrid, 2008).

———, “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”, *Revista Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 1 (2007), pp. 74-97.

———, “El papel del juez y del Fiscal durante la fase de investigación del delito”, en CARMONA RUANO, Miguel (dir.), *Hacia un nuevo proceso penal* (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial: Madrid, 2006).

MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática* (J.M Bosch Editor: Barcelona, 2007).

NICASTRO, Gian María, “El sistema procesal italiano”, en *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, nº 4 (2002).

NIETO GARCÍA, Alejandro, *El desgobierno judicial* (Ed. Trotta: Madrid, 2004).

NIEVA FENOLL, Jordi, “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. I (2019), pp. 1-18.

———, “Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito”, *Política Criminal*, nº 23 (2017), pp. 103–123.

———, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 1 (2016).

———, *La ciencia jurisdiccional: Novedad y Tradición* (Madrid: Marcial Pons, 2016)

———, “Proceso penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)”, *Indret: revista para el análisis del derecho*, nº 2 (2013), pp. 1-23.

———, *La duda en el proceso penal* (Marcial Pons: Madrid, 2013).

———, *La valoración de la prueba*, 1ª edición (Madrid: Marcial Pons, Ediciones

- Jurídicas y Sociales, S.A., 2010)
- , *Jurisdicción y proceso* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2009)
- , *Enjuiciamiento prima facie* (Barcelona: Atelier, 2007)
- , *La incoación de oficio de la instrucción penal* (Barcelona: Bosch, 2001)
- NOGALA, Detlef; FEHÉRVÁRY, János; JASCHKE Hans-Gerd; DEN BOER, Monica, *European Police Science and Research Bulletin: Police Science and Police Practice in Europe*, Special Conference Edition n° 2 (European Union Agency for Law Enforcement Training: Luxembourg, 2017).
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El periodo intermedio en el proceso penal* (Aravaca: S.A. MCGRAW-HILL / Interamericana de España, 1997)
- ORTEGO GIL, Pedro, “*Innocentia praesumpta*: absoluciones en el Antiguo Régimen”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, n° 10 (2003) pp. 71-125.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco, *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, 1ª ed. (Atelier: Barcelona, 2019).
- , *El juicio de acusación*, 1ª ed. (Atelier: Barcelona, 2007).
- , “El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal”, *Revista Poder Judicial*, CGPJ, n° 69 (2003).
- , “Instrucción Judicial y Garantías: (Sobre El Incorrecto Entendimiento Del Sistema Acusatorio)”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n° 3 (2002), pp. 1744–1753.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 2 (1990).
- ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesareo, “Juez o Fiscal instructor; o todo lo contrario”, *El Notario del siglo XXI*, n° 72 (2017).

- PASTOR LÓPEZ, Miguel, *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal* (Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones: Valencia, 1979).
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José, “La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002” *Revista Diario La Ley*, nº 6433, 2 de marzo de 2006.
- JULIÀ PIJOAN, Miquel, *Proceso penal y neurociencia: una interacción desorientada*, (Marcial Pons: Madrid, 2020).
- PITCHER, Kelly, *Judicial responses to pre-trial procedural violations in international criminal proceedings* (Springer: The Hague, 2018).
- PIZZI, William T., *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it* (New York University Press: New York and London, 1999).
- , “The American Adversary System”, *West Virginia Law Review*, vol. 100, nº 4 (1998), pp. 847-852.
- POLO RODRÍGUEZ, José Javier, “La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº VI (1998).
- PORTERO GARCÍA, Luis, “La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº VI (1998).
- PRAKKEN, Ties; SPRONKEN, Taru, “The investigative stage of the Criminal process in The Netherlands”, in CAPE, Ed, *Suspects in Europe* (Intersentia Publishers: Antwerpen, 2007).
- PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2008).
- QUINN Emily D., “Standards of materiality governing the prosecutorial duty to disclose evidence to the defense”, *Alaska Law review*, Vol. 6 (1989), pp. 147-174.

- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, "Derechos fundamentales y derecho penal: la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas", *Derecho y proceso penal*, n° 27 (2012), pp. 1–52.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional* (Atelier: Barcelona, 2014).
- RESNICK, David, "Due process and procedure justice", *Nomos*, vol. 18 (1977), pp. 206-228.
- RIAÑO BRUN, Iñaki, "La instrucción criminal en el proceso penal" (Ed. Aranzadi: Navarra, 2008).
- RIDOLFI, Kathleen; POSSLEY, Maurice, *Preventable Error: a Report on Prosecutorial Misconduct in California 1997–2009* (Veritas Initiative: Santa Clara, 2010).
- RITTER, Andreas, "El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. VI (2001).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 261 (1996).
- RODRÍGUEZ SOL, Luis, "El "Fiscal investigador" en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos", *Revista Diario La Ley*, n° 8205. 4 de diciembre de 2013.
- ROMERO PRADAS, María Isabel, *El sobreseimiento* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2002).
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal –Stafverfahrensrecht–* (Editores del Puerto: Buenos Aires, 2003).
- RUGGERI, Stefano, "Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: The perspective of Italian criminal justice", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n° 2 (2018), pp. 559-603.
- RUIZ VADILLO, Enrique, "Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 1690

(1993), pp. 112-125.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, “Contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento y de juicio en el proceso penal actual, tras la directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 50 (2020).

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Diario La Ley*, n° 9310 (2018).

SANDERS, Andrew, *Prosecution in Common Law Jurisdictions* (Aldershot and Brookfield: Dartmouth, 1996).

SATZGER, Helmut, “Is mutual recognition a viable general path for cooperation?”, *New Journal of European Criminal Law*, n° 10 (1) (2019), pp. 44-56.

———, “El sistema procesal penal de los Estados Unidos: ¿Un modelo para el derecho procesal penal de la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, n° 3 (2015), pp. 45-60.

———, “German Criminal Law and the Rome Statute: A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law”, *International Criminal Law Review*, n° 3 (2002), pp. 261-282.

SCHUM, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, traducción y edición a cargo de Orión Vargas (Xpress Estudio Gráfico y Digital, 2016).

SCHÜNEMANN Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho penal y Criminología*, vol. 25, n° 76 (2004), pp. 175-198.

———, “Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?)”, *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ (1991).

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Jurisdicción, acción y proceso* (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008).

———, *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, XVI, voz “Ministerio Fiscal” (Barcelona, 1978).

———, “La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario”, en *Estudios de derecho procesal* (Ariel: Barcelona, 1969).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor””, *Revista de estudios de la justicia*, nº 11 (2009), pp. 35–57.

SMIT, Paul; AUBUSSON DE CAVARLAY, Bruno; ELSNER, Beatrix, “The Examining Magistrate’s Function and Involvement in Investigative Matters”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 14, nº 2 (2008), pp. 225-235.

SPAULDING, Norman W., “The rule of law in action: a defense of Adversary System values”, *Cornell Law Review*, vol. 93, nº 6 (2008), pp. 1377-1412..

SUMMERS, Sarah, *Fair Trials: the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights* (Hart Publishing: Oxford, 2007).

SWARD, Ellen E., “Values, ideology, and the evolution of the Adversary System”, *Indiana Law Journal*, vol. 64, nº 2 (1989), pp. 301-355.

TAK, Peter J. P., “The Dutch Prosecutor: A Prosecuting and Sentencing Officer” en LUNA, Erik; WADE, Marianne, *The Prosecutor in transnational perspective* (Oxford University Press, 2012).

———, *The Dutch Criminal Justice System* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008).

———, “Methods of diversion used by the prosecution services in The Netherlands and other western european countries”, *Resource Material Series*, nº 74 (2008), pp. 53–64.

———, (ed.) *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, vol. 1 (Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2004).

———, *Essays on Dutch Criminal Policy* (Wolf Legal Productions: Nijmegen,

2002).

———, *The legal scope of non-prosecution in Europe* (Institute for Crime Prevention and Control: Helsinki, 1986)

TARUFFO, Michele, “Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, serie II (1967), pp. 439-465. Traducción de ARAMBURO, Maximiliano, “El juez y el historiador: consideraciones metodológicas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 44 (2021), pp. 13-39.

———, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, LX.29 (2016), pp. 249–271.

———, *Simply the truth*, 1ª ed. (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.: Madrid, 2010).

———, *La prueba de los hechos* (Editorial Trotta S.A: Madrid, 2002).

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “‘In Dubio pro Reo’, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, (1987), pp. 9–34.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del estado y derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret*, nº 3 (2016).

TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes* (Edisofer: Zaragoza, 2002).

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, “Extensional versus Intuitive reasoning. The Conjunction Fallacy in probability judgment”, *Psychological Review*, vol. 90, nº 4 (1983), pp. 293-315.

———, “The psychology of prediction”, *Psychological Review*, vol. 80, nº 4 (1973), pp. 237-251.

UVILLER, Richard, “The neutral prosecutor: the obligation of dispassion in a passionate pursuit”, *Fordham Law Review*, nº 68 (2000).

- VAN DE BUNT, Henk; VAN GELDER, Jean-Louis, “The Dutch Prosecution Service”, *Crime and Justice*, vol. 41, no. 1 (2012), pp. 117–140.
- VAN KOPPEN, Peter J.; PENROD, Steven D., *Adversarial versus Inquisitorial justice: Psychological perspectives on criminal justice systems* (Plenum: New York, 2003).
- VARELA CASTRO, Luciano, “El juicio sobre la acusación”, en CARMONA RUANO, Miguel (dir.), *Hacia un nuevo proceso penal*, VVAA (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial: Madrid, 2006), pp. 287-350.
- VARGAS VÉLEZ, Orion, “Abducción, deducción e inducción: tres herramientas básicas para el razonamiento probatorio”, en AGUDELO MEJÍA, Dimaro Alexis; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris (coords.), *La prueba: teoría y práctica* (Colombia, 2019).
- VERGER GRAU, Joan, “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”, *Revista Poder Judicial*, n° extra 19 (2006).
- VERREST, Pieter, “The French public prosecution service”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, n° 3 (2000), pp. 210-244.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús María, *Fiscal Investigador contra juez instructor. La lógica de la investigación criminal* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2012).
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, “Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n° 1 (2007), pp. 98-123.
- , “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, n° 2 (1988).
- VOGLER, Richard, “La perspectiva angloamericana sobre la policía y el Estado de Derecho. Implicaciones para Latinoamérica” en AMBOS, Kai; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; VOGLER, Richard, *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá, 2003).
- WADE, Marianne, “The januses of justice: how prosecutors define the kind of justice

done across Europe”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 16, n° 4 (2008), pp. 433–455.

WARD, Jenni, “Transforming ‘Summary Justice’ Through Police-led Prosecution and ‘Virtual Courts’” *British journal of criminology*, vol. 55, n° 2 (2015), pp. 341-358.

WHEWELL, William, *History of the inductive sciences, from the earliest to the present times* (John W. Parker: Londres, 1837).

