

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

LA INSTRUCCION DEL PROCESO PENAL EN ESPAÑA Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO*

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

SUMARIO: 1. La fase de investigación del proceso penal español: 1.1 Dirección de la fase de investigación y división de funciones entre el Juez, el Fiscal y la Policía; 1.2 Preparación de la toma de resoluciones en el procedimiento principal – 2. Los derechos del inculcado y del ofendido: 2.1 Inculcado; 2.2 Ofendido.

Resumen: El presente artículo expone las preocupaciones actuales que la doctrina y la práctica españolas tienen sobre la fase de investigación del proceso penal español, deteniéndose en cuestiones tan importantes como si debe cambiarse el actual modelo de investigación judicial por otro a cargo del Fiscal, con especial consideración de los derechos del acusado y de la víctima en la misma.

Palabras-clave: Proceso penal – Investigación criminal – Derecho de defensa – Protección de la víctima.

1. La fase de investigación del proceso penal español

Es cierto que todos los países del entorno cultural europeo democrático estructuran sus procesos penales básicamente de acuerdo con los mismos principios. Responde esta idea a un deseo del legislador y de los prácticos de resolver adecuadamente los problemas que plantean la lucha y confrontación entre la necesaria tranquilidad social de los ciudadanos, que exige al Estado perseguir los delitos (principio de legalidad penal, *ius persequendi*, principio de necesidad procesal o garantía jurisdiccional, entre otros), y los derechos y garantías de todos los imputados (prohibición de la tortura, libre apreciación de la prueba, presunción de inocencia etc.).¹

^(*) Este artículo se basa en nuestro original publicado en alemán, bajo el título *Das Ermittlungsverfahren in Spanien*, en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 112 (2000), Heft 1, p. 135 a 156.

⁽¹⁾ Véase TIEDEMANN, K. (con Roxin y Arzt), *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal* (traducción española de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer), Barcelona, Ariel, 1989, p. 134.

Con ello, lo que se pretende es que nuestros procesos penales sean acordes con nuestros modelos de Estado, es decir, democráticos, o por mejor afirmar, que el proceso penal de nuestro país sea el propio de un Estado de Derecho, en donde se condene al verdaderamente culpable y se absuelva al inocente, por tanto, en el que se halle la verdad material, pero sin violentar por esto sus derechos constitucionales y ordinarios legalmente reconocidos, lo que implica que no podemos investigar esa verdad a cualquier precio.² Mi país no constituye ninguna excepción a esta idea.

1.1 Dirección de la fase de investigación y división de funciones entre el Juez, el Fiscal y la Policía

1.1.1 En España instruye generalmente el Juez de Instrucción,³ a diferencia de otros países europeos importantes, como Alemania o Italia, en los que la instrucción es competencia del Ministerio Fiscal.⁴

La Fiscalía es en España un órgano colaborador de la Justicia,⁵ que en los diferentes procesos, pero principalmente en el penal, tiene unas funciones específicamente encomendadas a las que nos referiremos enseguida.

Es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que

(²) Véase GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal español para no juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 43 a 45.

(³) La terminología alemana para hacer referencia a la primera fase del proceso penal, *Vorverfahren* y *Ermittlungsverfahren*, tiene diversas denominaciones en español. Si la genérica puede ser "procedimiento preliminar", también se usan y tienen incluso reflejo legal, "sumario", "diligencias previas", "fase de instrucción" o sencillamente "instrucción", "fase de averiguación" o "fase de investigación", queriendo expresar todas ellas la misma institución jurídica.

(⁴) Véase sobre este tema ampliamente GOMEZ COLOMER, J.L., "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", en Gómez Colomer y González Cussac (coordinadores), *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Ed. Universidad Jaume I, Castellón 1997, p. 459 y ss.

(⁵) El Ministerio Fiscal se estructura en España, de acuerdo con la Constitución de 1978 (art. 124), la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (art. 435), y su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, mediante los siguientes órganos: El Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión de los Delitos de Tráfico Ilegal de Drogas, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, y la Fiscalía del Tribunal de Cuentas (art. 12 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), la Constitución española de 1978 no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (artículo 117.5), y la misma Constitución tampoco le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional.⁶

El Ministerio Fiscal es único en toda España (artículo 22.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), y se organiza la Fiscalía bajo los principios de unidad y dependencia (arts. 22 a 28 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), de manera tal que el Fiscal General del Estado imparte órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución.

Por tanto, hay un doble control, del Gobierno respecto a la actuación del Fiscal General del Estado, y de éste respecto a sus Fiscales. En el primer aspecto, el control es político, por lo que el Parlamento está autorizado para preguntar al Ejecutivo por determinadas actuaciones u omisiones del Fiscal General del Estado, y puede ser llamado a declarar ante él. En el segundo aspecto, el control es jurídico, por lo que el Fiscal General del Estado puede ordenar a sus Fiscales que acusen, o que no acusen, en determinados casos, lo que no es ciertamente normal en la práctica, aunque esta particular situación ha dado lugar a alguna situación complicada desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, fundamentalmente cuando el Gobierno ha dado o ha negado mandatos específicos de persecución penal al Fiscal General, o cuando éste utilizando esas facultades los ha impartido o dejado de cursar a sus inferiores.

Entre las obligaciones del Ministerio Fiscal está la de acusar en los delitos públicos y semipúblicos, sin excepción, siempre que concurren méritos para ello (artículo 3.4 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

No existe en España aún, por tanto, un reconocimiento legal expreso del principio de oportunidad o una regulación de alternativas a la persecución penal, como en Alemania o en otros países de nuestro entorno cultural.⁷

⁽⁶⁾ Al contrario, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), el Gobierno puede pedir al Fiscal General del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 Estatuto), cuyos componentes han sido nombrados por el Gobierno a propuesta suya (art. 36 Estatuto), y todos los Fiscales-Jefe de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 41 Estatuto). De acuerdo con ello, el Poder Ejecutivo tiene el control directo sobre el Fiscal General del Estado, a quien puede ordenar que emprenda determinadas actuaciones (art. 8 Estatuto). Pero no se debe entender con esas precisiones que en España la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno controla al Ministerio Fiscal.

⁽⁷⁾ Véase sobre este tema ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, p. 181 y ss. En España, el

El Ministerio Fiscal es en España parte formal, pues actúa en el proceso poniendo en marcha o manteniendo la actividad de los órganos jurisdiccionales promoviendo su actividad, pidiendo resoluciones de contenido determinado, aportando, mediante alegaciones y pruebas, el material de la decisión, interponiendo recursos, etc. No tiene ninguna relación jurídica con la parte acusada, de ahí que no sea parte material, ni su actuación se deriva de un objeto procesal concreto, sino de la Ley.

En el proceso penal español vigente, al lado del Ministerio Fiscal, pueden existir otras partes acusadoras, que según su legitimación son llamadas, legal y doctrinalmente, acusadores popular, particular y privado.⁸ El Derecho Procesal Penal español permite igualmente que las pretensiones civiles derivadas del daño o ilícito que significa el delito se puedan interponer conjuntamente con la pretensión propiamente penal (artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal).⁹

Materialmente, el Ministerio Fiscal representa el interés público e imparcial en la realización de la Justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa. Por ello, su misión como órgano acusador no consiste únicamente en pedir una pena contra una persona por un delito (es decir, en afirmar la pretensión punitiva del Estado), sino también, y está cumpliendo con su deber, en no afirmar dicha petición cuando, apreciando el resultado de las averiguaciones del sumario, pide el sobreseimiento, o una vez abierto el juicio, la absolución de las personas que, injustificadamente, sean acusadas por otras partes (artículo 2-61 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), cuando interpone o apoya recursos en favor del condenado etc.¹⁰

En el proceso penal, la función específica cuya más importante procesalmente es el ejercicio de la acción penal pública en todas las causas criminales, haya o no acusador particular, sin más excepciones que aquéllas que sólo pueden ser pro-

Ministerio Fiscal únicamente queda liberado de la obligación de presentar acusación por delito público o semipúblico, conforme a los arts. 649 y ss. Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando entienda que procede el sobreseimiento libre de la causa, por alguno de los motivos del art. 637 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Igualmente, debe pedir la absolución del acusado, o retirar la acusación, cuando la prueba practicada en el juicio oral demuestre indubitadamente la inocencia del acusado, o sea de aplicación el principio de la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución).

(8) Si actúan todos los acusadores posibles, o más de uno de calidad igual o distinta, estamos ante un caso de pluralidad de partes llamado litisconsorcio activo.

(9) Véase sobre esta importante cuestión GOMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1996, p. y 247 ss.

(10) También en su calidad de autoridad pública, está obligado, tanto en el sumario como en el juicio oral, a tener en cuenta las circunstancias adversas a favorables al presunto culpable (art. 2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en los procesos abreviados a velar por el respeto de las garantías procesales del inculcado (art. 781, I Ley de Enjuiciamiento Criminal), si bien en la práctica, dada la participación del Abogado defensor, estas normas tienen poca utilización.

movidas según la ley a instancia de parte agraviada (artículo 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esta función hace que el Ministerio Fiscal sea la pieza fundamental del sistema acusatorio formal. Esto significa que debe querellarse por todo delito que sea perseguible de oficio (prácticamente todos), y todo aquél que exija previa denuncia del ofendido.¹¹ Naturalmente, el Ministerio Fiscal español cumple con otros deberes en el proceso penal.¹²

1.1.2 Un aspecto importante en la fase de instrucción del proceso penal es el de las relaciones entre la Fiscalía y la Policía. La Policía Judicial es en España un órgano auxiliar del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, de quienes depende (artículo 126 Constitución española). El mando es, pues, bicéfalo, dependiendo además orgánicamente de las Autoridades administrativas (Ministerio del Interior).¹³

La Fiscalía, pues, en el curso de una investigación penal, tiene mando directo sobre la Policía, y puede ordenarle la práctica de las diligencias que considere convenientes para la averiguación de los hechos y la determinación de la autoría, actuando bien por la presentación de denuncias de los particulares ante ellos, bien a iniciativa propia. Pero al ser competente para la instrucción del proceso penal en España un Juez, muchos de los actos procesales a practicar en el curso de la investigación tienen que ser solicitados por el Fiscal al Juez para que éste los

⁽¹¹⁾ Los delitos y faltas pueden clasificarse según su modo de perseguirse en delitos y faltas públicos, delitos y faltas semipúblicos, y delitos y faltas privados, de acuerdo con nuestro nuevo Código Penal de 1995. En los delitos y faltas privadas (injuria y calumnia), la intervención del Ministerio Fiscal queda excluida; en los delitos y faltas semipúblicas (v.gr., agresiones sexuales) se exige para poder ser perseguidos denuncia previa del ofendido, o de familiar cercano, del tutor o incluso del Ministerio Fiscal, y, una vez presentada, el Ministerio Fiscal es parte acusadora, teniendo obligación de querellarse.

⁽¹²⁾ En efecto, al Ministerio Fiscal español le corresponden también funciones de inspección directa en la formación de los sumarios (art. 306 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además, el Ministerio Fiscal está sujeto al principio de legalidad en la realización de sus funciones propias. Esto significa que el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal siempre que tenga conocimiento de un hecho que revista carácter de delito, sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia (aunque esta cuestión debe matizarse en los procesos abreviados). Finalmente, el Ministerio Fiscal puede ser el órgano competente para instruir las diligencias previas de los procesos penales abreviados, dándose determinados presupuestos (arts. 785 bis y 789.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁽¹³⁾ Pero en realidad no existe en España una auténtica Policía Judicial, pues sus funciones las cumple la policía gubernativa, que puede ser de cuatro tipos: Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía Local. El Ministerio del Interior siempre puede llamar a miembros de la Policía que estén investigando un delito bajo las órdenes del Juez o del Fiscal, para realizar actividades administrativas y no procesales. La Policía Judicial viene regulada en los arts. 443 a 446 Ley Orgánica del Poder Judicial, arts. 282 a 298 Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre la Policía Judicial, entre otras normas.

autorice y ordene su práctica (artículo 3.5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Algún problema en la práctica se plantea cuando inexpertos Fiscales o Jueces de Instrucción, por su juventud, tienen que mandar sobre experimentados Policías, ya que se suele estar a lo que éstos aconsejan normalmente.

1.1.3 Finalmente, la Fiscalía solamente puede ordenar una medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales, la detención del sospechoso (artículo 5, II Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), debiendo poner a disposición judicial el detenido en el plazo máximo de 72 horas, 65 días si se trata de un delito de terrorismo (arts. 17.2 Constitución española, 496 y 520 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal). En otro caso, procede la puesta en libertad directamente de la persona detenida.

Todos los demás actos procesales que impliquen restricción de derechos fundamentales, *v.gr.*, escuchas telefónicas, registros domiciliarios, etc., tienen que ser solicitados por el Fiscal al Juez Instructor, único órgano competente para acordarlos.

1.1.4 La cuestión más candente en España en estos momentos es si el Ministerio Fiscal debe ser la autoridad competente para investigar los delitos o no. El tema ha llegado no obstante hace tiempo a España,¹⁴ adquiriendo enseguida tintes polémicos. En mi país, como indiqué *supra*, instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts. 87.1, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14-2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882), salvo que en el proceso penal abreviado,¹⁵ con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal,¹⁶ función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso "diligencias previas" (arts. 785 bis y 789.1

(14) Véase FAIREN GUILLEN, V., *La reorganización del Ministerio Fiscal español*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", Ed. Tecnos, Madrid 1969, t. I, p. 516 y 517. Hemos tratado estas cuestiones también en GOMEZ COLOMER, J.L., *El fiscal instructor*, Revista Justicia 1996, núm. 2, p. 259 y ss.; y del mismo autor, "La instrucción del proceso penal...", cit., p. 478 y ss.

(15) Previsto, en líneas generales, para conocer de delitos castigados con hasta 9 años de prisión (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(16) El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, *v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988*, p. 17 y 18.

y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).¹⁷ Claro es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el artículo 5, particularmente el párrafo II, de su Estatuto Orgánico de 1981, si bien de carácter tímido.¹⁸ Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores,¹⁹ de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión.²⁰

El argumento básico para defender la situación actual de instrucción judicial, residiría en que el artículo 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en

(17) Véanse ORTELLS RAMOS, M., "Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)", en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 111 y ss.; del mismo autor, "El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales", *Revista Justicia* 1989, núm. III, p. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETTE, J., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETTE / CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal*, t. II *Proceso Penal* (3. ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 243 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal", en *El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, t. II, p. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)* (2. ed.), Ed. Colex, p. 99 y ss.; FERNANDEZ BERMEJO, M., "El fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/1988", en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, cit., p. 237 y ss.; LOPEZ LOPEZ, A.M., "Las diligencias del fiscal investigador", *Revista Actualidad Penal* 1993, t. I, núm. 15, de 12-18 de abril; LORCA NAVARRETE, A.M., "La instrucción preliminar en el proceso penal: la actividad de la policía judicial", *Revista La Ley* 1984, t. III, p. 970 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS / VEGAS TORRES / ZARZALEJOS NIETO / GONZALEZ GARCIA / ARAGONESES MARTINEZ, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, Madrid, La Ley, Madrid 1989, p. 159 y ss.; y VIVES ANTON, T.S., *Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal*, vol. II *La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 167 y ss.

(18) Véase MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 179.

(19) Art. 15.1-20 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995, de 17 de marzo.

(20) Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., "El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 1995, cuaderno 3, p. 480 a 483, y 488 y 489.

exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional.²¹

La propuesta de cambio de la competencia para instruir a favor del Ministerio Fiscal, se basa en un nuevo entendimiento del principio acusatorio: La instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta segunda opinión procedente del Derecho comparado, basada no en el sistema sino en el principio acusatorio²² nos parece más endeble, pues, al menos con referencia a España, partiendo de su sentido más riguroso, el principio acusatorio sólo debe entenderse estrictamente que quien juzga no debe instruir. Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la "luz y taquígrafos" en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propio de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo,²³ pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término "acusatorio" a la europea, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

No debe descartarse tampoco que es opción preferida de quienes afirman que, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción atribuida al Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de trabajo excesiva de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y para acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez.

Se aduce además que el Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución.²⁴ Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido aún la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida.

(21) ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio fiscal...*, cit., p. 236 y 237.

(22) Véanse GOMEZ COLOMER, J.L., "La instrucción del proceso penal...", cit., p. 466 y 467; y MAIER, J.B.J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, t. 1b, p. 206 y ss.

(23) Véase RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional* (30. ed.), Barcelona, J.M. Bosch, 1993, p. 31 y 32.

(24) Véanse VIVES ANTON, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, p. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E., "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, p. 84 a 87.

Pero, dogmáticamente, el argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia esta postura se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial.²⁵

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve,²⁶ llegando a proponerse, más allá incluso, que el Fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta.²⁷

Nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso penal de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho.²⁸ La fundamentación

(25) Véase MAIER, J.B.J., *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa*, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba 1975, p. 25, 26, 46, 47, y 50 a 62; Idem, *Exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Secretaría de Justicia de la República Argentina, Ed. Depalma, Buenos Aires 1987, p. 660; SUPERTI, H.C., "Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal. La investigación fiscal preparatoria", *Revista argentina Derecho Penal* 1992, núm 1, p. 70 y 71; y en España, VIVES ANTON, T.S., *Doctrina constitucional...*, cit., p. 102.

(26) Véase GIMENO SENDRA, J.V., *El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Poder Judicial, núm. especial VI, p. 274.

(27) Así, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 121.

(28) A una conclusión parecida han llegado los autores de las *Recomendaciones de Toledo y de Río de Janeiro por un Procedimiento Penal Justo*, de la Sección III de la Asociación Internacional de Derecho Penal, publicadas en la monografía "Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme", *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, 3e. et 4e. trimestres, p. 905 a 909, pues la núm. 4 dice textualmente en su segunda frase: "La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso." Es decir, que da igual que instruya el Fiscal o el Juez, lo importante son otras cosas.

de esta afirmación ya hemos tenido ocasión de expresarla, por lo que al texto correspondiente nos remitimos.²⁹

1.2 Preparación de la toma de resoluciones en el procedimiento principal

1.2.1 La adopción de resoluciones en el procedimiento principal no responde a la configuración de un sistema exclusivo, por tanto, ni es *ex officio*, ni adversarial o contradictorio, sino mixto. En principio, son las partes las que solicitan al Juez Instructor primero la práctica de diligencias de investigación (art. 311, I, Ley de Enjuiciamiento Criminal), y después al Tribunal la práctica de determinados medios de prueba, normalmente los mismos que ven transformada así su naturaleza (arts. 656, I, 728, 790.5, II y 791.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), accediendo a ello, es decir, decretando su admisión siempre que sean pertinentes (arts. 24.2 Constitución española y 659, I y 792.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por su parte, el Juez Instructor puede practicar de oficio todas las diligencias que considere necesarias para alcanzar los fines propios del procedimiento preliminar, sin necesidad de que se lo pidan las partes (arts. 315, II y 789.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y el Tribunal tiene ciertas potestades para introducir en el proceso pruebas de oficio (artículo 729-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que en España se ve como una excepción inquisitiva al imperante principio acusatorio en esta fase, de ahí que deba estar de acuerdo con ello la acusación (v. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 9225; y de 23 de septiembre de 1995, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 6755, entre otras).³⁰

Un caso específico es el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, en el que las facultades de oficio del órgano jurisdiccional se han subordinado injustificadamente al principio acusatorio.³¹

El sistema español, en el que se diferencian las actividades de investigación en la fase o procedimiento principal, de las actividades probatorias del juicio oral, merece algún comentario detenido. En efecto, la competencia de ordenación de los actos de investigación corresponde al Juez y al Ministerio Fiscal, y de ejecución, además de a ellos y según los casos, normalmente a la Policía Judicial.

El concepto de actos de investigación es muy claro, pues está en relación con las funciones del procedimiento preliminar: Así, son los que se realizan en esa

(29) Véase GOMEZ COLOMER, J.L., "La instrucción del proceso penal...", cit., p. 494 y ss.

(30) Véase sobre estos temas GISBERT GISBERT, A., "El artículo 729.21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo", *Revista General del Derecho* 1997, núm. 631, p. 3544 y ss.

(31) Nos referimos al previsto en el art. 27.3 de la Ley del Jurado de 1995, pues el Juez Instructor solamente puede acordar diligencias como complemento a las pedidas por las partes. Véase GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 89 a 93; y, del mismo autor *Die Wiederaufnahme des Geschworenengerichts in Spanien*, ZStW 110 (1998), Heft 2, p. 529 y ss.

fase del proceso penal para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello, se pueda proceder a formular una acusación o, al contrario, a terminar el proceso penal por sobreseimiento.

Se regulan fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero también en legislación extravagante, en ocasiones de significada relevancia.³²

1.2.2 El problema inicial que plantea el estudio de los actos de investigación es que son prácticamente coincidentes con los actos de prueba. Dado que ambas instituciones son distintas, procede considerar inmediatamente las diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba, a efectos de una total clarificación en este punto, que son las siguientes:³³

1.º) El acto de investigación se dirige a averiguar algo que se desconoce, a fin de que se pueda realizar una afirmación sobre hechos criminales o posibles responsables; el acto de prueba se dirige a convencer al Juez de la verdad de una afirmación.

2.º) El acto de investigación se realiza en el procedimiento preliminar; el acto de prueba, salvo los casos de prueba anticipada (v. infra), en el acto del juicio oral.

3.º) La fundamental diferencia consiste en la distinta función que cumplen en el proceso: El acto de investigación, aunque dé resultados no ciertos sino probables, puede fundar por sí sólo una resolución judicial, puesto que se dirige a decidir si se puede abrir el juicio oral contra una persona o no; mientras que, en caso de duda, el acto de prueba no puede fundar la sentencia, resolviéndose en favor del acusado por aplicación del principio de la presunción de inocencia del artículo 24.2 Constitución española,³⁴ pues para resultar condenado el acto de prueba debe producir resultados ciertos e irrefutables, dado que el fin de la prueba es precisamente proporcionar al Juez los datos fácticos que sirvan para fundar su sentencia.

4.º) También existen diferencias por la forma de ejecutarlos, pues el acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación así lo exige, v.gr., por estar declarado el secreto (aunque desde 1978 prácticamente todos

(32) Por ejemplo, la prueba o test de alcoholemia, a efectos de los delitos previstos en los arts. 379 y 380 Código Penal, regulado en la llamada Ley de Tráfico de 1990 y su Reglamento de 1992.

(33) El mejor estudio sobre el tema es el de ORTELLS RAMOS, M.P., "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim", *Revista de Derecho Procesal* 1982, vol. 2-3, p. 365 y ss.

(34) La presunción de inocencia ha dado lugar a una abundante Jurisprudencia (que parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1981, de 24 de julio), y a una no menos densa bibliografía. Véase el estudio clásico de VAZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 241 y ss.; y, recientemente, MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 151 y ss.

cumplen con este principio); mientras que los actos de prueba se deben practicar siempre con audiencia de todas las partes.

Una aclaración al hilo del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 Constitución española): Deben admitirse, aunque ese precepto se refiera a la prueba, todos los medios de investigación que la mente humana considere como tales, estén regulados o no específicamente por la Ley. No hay por tanto tasación legal de los actos de investigación, siendo sus únicos límites el respeto a los derechos fundamentales de las personas, su adecuación a los fines del proceso penal, y su pertinencia, utilidad y no perjudicabilidad respecto a los hechos criminales concretos que han dado origen a la causa y a la personalidad de los imputados.³⁵

1.2.3 Los actos de investigación no son sólo ordenados por el Juez de Instrucción competente, bien de oficio, bien a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes acusadoras y del imputado, como hemos visto (teniendo en cuenta que el Juez puede ser otro en caso de diligencias de prevención o urgentes, o existiendo causa justificada, arts. 13 y 310 Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino también por el Ministerio Fiscal (artículo 3.5 *in fine*, 4.4 y 5, II Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y, por lo que afecta a los procesos abreviados el artículo 785 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal), incluso por la propia Policía Judicial, aunque como órgano auxiliar su función primordial consista en ejecutar las órdenes del Juez de Instrucción y del Ministerio Fiscal, en los casos específicamente previstos por la Ley (v.gr., instrucción al perjudicado sobre derechos en los procesos abreviados: artículo 789.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal; retención para identificación: artículo 20.2 LSC), que en todo caso observará las reglas fijadas (v., por ejemplo, para los procesos abreviados, el artículo 786 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Finalmente, hay que tener en cuenta, sin embargo, las tres siguientes consideraciones: 1) Que la Ley de Enjuiciamiento Criminal da en su artículo 13 un concepto de diligencias de investigación urgentes o de prevención; 2) Que, independientemente de lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga a practicar, en caso de que sean procedentes, dos actos de investigación antes que cualquier otro: La inspección ocular y los actos con relación al cuerpo del delito (artículo 366); y 3) Que no existe en ningún caso autorización para practicar actos de investigación con violación de los derechos fundamentales, es decir, ilícitos o prohibidos (artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).³⁶

1.2.4 Es importante considerar ahora el supuesto de práctica anticipada de la prueba. En efecto, el principio de que los medios de prueba han de practicarse durante el juicio oral sufre excepciones, es decir, se practican antes de este acto procesal, cuando "por cualquier causa fuese de temer que no se puedan practicar

⁽³⁵⁾ Véase PICO I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, p. 143 y ss.

⁽³⁶⁾ Véanse PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Revista Justicia* 1986, vol. II, p. 337 y ss.; y ASENSIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium, 1989, p. 75 y ss.

en el juicio oral, o que pudiesen motivar su suspensión" (artículo 657, III Ley de Enjuiciamiento Criminal).³⁷

Presupuestos de la práctica anticipada de la prueba son: a) La probabilidad de que algún medio de prueba no pueda practicarse durante la vista, con lo que se quiere garantizar la averiguación de la verdad material; y b) La probabilidad de que, dejando la práctica de un medio de prueba para la vista, pueda motivar la suspensión de ésta, con lo que se quiere garantizar el principio de concentración.

Los supuestos de prueba anticipada contemplados legalmente son los siguientes:³⁸

a) Casos en los que la práctica de la prueba es imposible:

a.1) Prueba testifical: A causa de imposibilidad del testigo de concurrir al juicio oral por tener que ausentarse de la península, o de existencia de motivos racionalmente bastantes para tener su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio (arts. 448 y 449 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

a.2) Prueba pericial: Cuando no pudiera reproducirse en el juicio oral (arts. 467, II, 471 y 476), *v.gr.*, por el riesgo de que, por causas naturales, desaparezca o se altere lo que debe ser reconocido por los peritos, o por la necesidad de destruir o alterar dichos objetos al practicarse la pericia como acto de investigación (artículo 479 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b) Casos en que la práctica daría lugar a suspensión de la vista:

b.1) Prueba de reconocimiento judicial (artículo 727 en relación con el 746-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b.2) Interrogatorio de testigo imposibilitado de comparecer y residente en el lugar del juicio, cuando dicha imposibilidad constara con anticipación (artículo 718, I en relación con el artículo 746-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b.3) Interrogatorio del testigo fuera del local del órgano jurisdiccional para que practique algún reconocimiento (artículo 720 en relación con el artículo 746-21 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b.4) Operaciones periciales previas a la declaración de los peritos (artículo 725 Ley de Enjuiciamiento Criminal). La anticipación afecta sólo a la práctica de dichos operaciones, no al interrogatorio de los peritos.

b.5) Cualquier prueba que deba practicarse mediante cooperación jurisdiccional (*v.gr.*, artículo 719, si la imposibilidad se prevé con antelación, y artículo 720, en su caso), en cuanto debe practicarse con la antelación necesaria para que la documentación sea devuelta antes de concluir la vista.

⁽³⁷⁾ Véase GOMEZ DELIAÑO Y BOTELLA, F.J., *La suspensión del juicio oral: Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, en Cuadernos de Derecho Judicial sobre "La prueba en el proceso penal", Ed. Consejo General del Poder Judicial 1992, p. 573 y ss.

⁽³⁸⁾ Véase VEGA TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley 1993, p. 285 y ss.

La práctica se verificará, por analogía ante la falta de regulación legal para el juicio oral, conforme a las disposiciones de los arts. 718 y s. y 727 Ley de Enjuiciamiento Criminal, estándose en todo lo demás a las disposiciones apropiadas previstas para el procedimiento preliminar. En cualquier caso, estamos ante medios de prueba, por lo que deben estar rodeados de todas las garantías legalmente exigidas, particularmente la contradicción.

2. Los derechos del inculcado y del ofendido

La posición jurídica del inculcado en el Derecho Procesal Penal español se ha visto notablemente reforzada con la Constitución de 1978. Veamos sus hitos más destacados,³⁹ sin olvidar tener en cuenta las disposiciones procesales penales recogidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España en 1979, concretamente en sus arts. 1 a 8, y principalmente en los arts. 5 y 6, todas ellas contempladas en nuestra Constitución, que en muchos aspectos supera al texto internacio-

(39) El inculcado goza de muchos derechos en esta fase del proceso penal. A manera de enumeración, podemos decir que el imputado tiene, además del derecho de defensa, los siguientes derechos sumariales: Derecho a que se consignen sus circunstancias favorables y se le instruya en sus derechos (arts. 17.3 Constitución española, 2 y 781, I Ley de Enjuiciamiento Criminal; derecho a tomar conocimiento de las actuaciones sumariales en tanto no esté declarado formalmente el secreto (art. 302 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho de "habeas corpus" (arts. 17.4 Constitución española, 286 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora de este derecho); derecho a que se le dicte auto de imputación formal, es decir, auto de procesamiento, si está previsto (art. 384, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que se le tome primera declaración, llamada indagatoria, dentro de las 24 horas de su detención si ha sido procesado (art. 386 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a no declarar en general o contra sí mismo y a no confesarse culpable, es decir, derecho a guardar silencio (art. 17.3 y 24.2 Constitución española); derecho a que no se le obligue a decir verdad (art. 387 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que no se le hagan preguntas capciosas ni sugestivas (art. 389, II Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho al intérprete (arts. 398, 440, 441, 520.2, e) y 785-1? Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a no ser sometido a tortura, coacción o amenazas para declarar (art. 15 Constitución española y arts. 389, III; 391, III y 394 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y Convención de Nueva York de 1984); derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución española); derecho a recusar a los peritos (art. 469 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a ser oído cuando se le impute un acto punible (arts. 24 Constitución española y 486 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a ser detenido con las formalidades exigidas por las leyes (arts. 17.1 Constitución española y 489 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que se eleve la detención a prisión o se le deje sin efecto en el plazo de 72 horas (arts. 17.2 Constitución española, 497 y 499, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que el auto de prisión sea ratificado o revocado dentro de las 72 horas siguientes al acto de la prisión, si está previsto (art. 516 Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que se le ponga en libertad inmediatamente conste su inocencia (art. 528, II Ley de Enjuiciamiento Criminal); derecho a que no se entre en su domici-

nal, que es de aplicación en España también jurisprudencialmente por el art. 10.2 de la Constitución española, teniendo valor integrador de la Constitución, muy superior al de Ley ordinaria.

2.1 Inculpado

2.1.1 El estatuto jurídico de la parte acusada tiene las siguientes características:⁴⁰

a) El inculpado es parte, y en cuanto tal le corresponden una serie de derechos y deberes procesales diversos, según la fase del procedimiento. Los iremos viendo en lecciones siguientes oportunamente.

b) El inculpado está obligado a comparecer ante el órgano jurisdiccional, pero no está obligado a declarar (artículo 24.2 Constitución española, artículo 520.2, a) y b) Ley de Enjuiciamiento Criminal). La declaración del inculpado implica un acto voluntario y un derecho, pero no un deber. De ahí que se prohíba toda coacción (arts. 15 Constitución española, y 387, 389, 393 y 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El deber de comparecencia está sancionado por la detención (artículo 487 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Cosa distinta es si el inculpado no es hallado y llevado a presencia judicial, puesto que en este caso puede continuarse, en el proceso penal ordinario por delitos más graves, el sumario hasta que se declare terminado, en su ausencia (artículo 840 Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero la ley no admite juicio (v. arts. 24.2 Constitución española y 841 Ley de Enjuiciamiento Criminal), ni, por tanto, condena en rebeldía, es decir, con ausencia del acusado, institución ésta regulada en los arts. 834 a 846 Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁴¹

La presencia física del procesado en el juicio oral es, pues, una condición de su celebración, con excepción de los procesos penales abreviados, en donde es posible realizar el juicio en su ausencia siempre que la pena solicitada no exceda del año y haya sido citado correctamente, además de otros requisitos (v. arts. 789.4 y 793.1, II Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) El inculpado sirve para la práctica de determinados medios de prueba, como la pericial, o el reconocimiento judicial. Su interrogatorio en el juicio oral es decisivo, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya olvidado tan trascendental extremo.

lio sino en los casos en que así lo establezca la ley (arts. 18.2 Constitución española, y 545 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y art. 21 LSC), derecho a que se le notifique el auto de conclusión del sumario (art. 623 Ley de Enjuiciamiento Criminal) etc.

⁽⁴⁰⁾ Véase VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. Bosch, Barcelona 1994, p. 122 y ss.

⁽⁴¹⁾ En caso de rebeldía del imputado, la intervención de la Policía Judicial es esencial, puesto que debe cumplir las requisitorias del JI y proceder a su búsqueda y captura, incluso acudiendo a medios internacionales, como la INTERPOL o EUROPOL (arts. 835 y 784-30 y 40 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Es, por último, el titular de los bienes y derechos sobre los que puede recaer la ejecución: Su persona (libertad) y bienes están sometidos a medidas cautelares que garantizan la posibilidad de ejecución futura.

2.1.2 Una de las cuestiones más importantes hoy, sobre todo por influencias constitucionales, que afectan a la parte acusada es la relativa al derecho de defensa.⁴²

En efecto, tras diferentes reformas legales, que han desarrollado los arts. 17.3 y 24 Constitución española (Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, fundamentalmente), la capacidad de postulación en lo que afecta al acusado ha quedado legalmente establecida de la siguiente manera: El imputado (sobre cuyo concepto constitucional a estos efectos puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1989, 19 julio, no muy clara), puede nombrar abogado y procurador desde varios momentos de inculpación determinados, debe nombrarlo necesariamente si ha sido procesado o abierto el juicio oral y, excepcionalmente, en algunos supuestos especiales antes del auto de procesamiento.

Ni que decir tiene que las palabras que siguen no se aplican a las personas encausadas que tienen medios económicos para pagarse un Abogado, pues desde el primer acto de imputación hasta el final de la ejecución de la pena privativa de libertad, en su caso, están asistidos por él y sin interrupción alguna.

2.1.2.1 Nombramiento obligatorio: El imputado debe nombrar abogado y procurador necesariamente (si no los tuviere ya, artículo 440.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, v. *infra*, al haberse producido un acto de imputación material como por ejemplo la detención policial), desde el mismo momento, en el proceso ordinario por delitos más graves, en que se le notifique el auto de procesamiento, y una vez abierto el juicio oral para proceder a la calificación de la defensa (arts. 384, II y 652, II Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En los procesos abreviados el nombramiento es obligatorio desde que resulte necesaria la asistencia letrada, es decir, desde la detención o primer acto de imputación, y, en todo caso, para el juicio oral (arts. 788.1 y 791.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Si no los nombra, el órgano jurisdiccional se los nombrará de oficio (artículo 440.2 Ley Orgánica del Poder Judicial y arts. 118, III y IV, 520.2, c) *in fine*, 652, II, 788.1 *in fine* y 791.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal), porque los Poderes públicos tienen obligación de garantizar la defensa y la asistencia de Abogado (artículo 441 Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los arts. 14, 17, 24 y 119 Constitución española, y los arts. 118 y ss., y concordantes Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.1.2.2 Designación voluntaria: Según el artículo 440.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, las partes y, por tanto, el inculpado, pueden designar libremente al Abogado que quieran, siempre que éste reúna los requisitos exigidos por la Ley para serlo, y siempre que no esté previsto legalmente un supuesto de exclusión

⁽⁴²⁾ Véanse, en general, MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed., Civitas, Madrid 1982, p. 17 y ss.; y GOMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1988, p. 124 y ss.

del defensor (v. artículo 527, a) Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 diciembre.

Conforme al nuevo texto del artículo 520.2, c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda persona detenida o presa tiene "derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto..." No es, pues, un mero convidado de piedra.

Sobre el régimen jurídico de la asistencia letrada habría que añadir las cuestiones siguientes, expuestas con carácter general, teniendo en cuenta su escrupuloso respeto en la práctica española en general:

a) Una vez informado el inculpaado de su derecho a nombrar Letrado (artículo 520.2, c) Ley de Enjuiciamiento Criminal), y éste ha comparecido, puede solicitar que se informe al detenido de sus derechos (artículo 520.6, a) Ley de Enjuiciamiento Criminal), que se amplíen o rectifiquen extremos del acta en la que se contenga el interrogatorio o que se recojan en ella las incidencias producidas durante el mismo (artículo 520.6, b) Ley de Enjuiciamiento Criminal), y, por último, entrevistarse reservadamente con el detenido tras la finalización del interrogatorio o diligencia practicada (artículo 520.6, c) Ley de Enjuiciamiento Criminal).

b) Está obligado a concurrir al llamamiento del Colegio de Abogados si es nombrado de oficio, antes de 8 horas (artículo 520.4, I Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque el interrogatorio puede practicarse por la Policía si no comparece en este plazo), incurriendo en responsabilidad en caso contrario (artículo 520.4, II Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) El derecho a la asistencia letrada es renunciabile, pero únicamente en el caso de delitos de tráfico, incluidas las alcoholemias (artículo 520.5 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Obsérvese que esto significa en realidad que durante las diligencias policiales tras la detención el nombramiento de Abogado para los detenidos por delito que no sea de tráfico no es voluntario, sino obligatorio, bien de confianza, bien de oficio, aunque sólo para estas actuaciones preprocesales.

d) Si la situación procesal es de incomunicado (normal en detenciones de presuntos terroristas, rebeldes o grandes delincuentes, v.g.r., narcotraficantes), no tiene derecho a designar Abogado de confianza, ni a la entrevista reservada al final de la práctica de la diligencia (artículo 527 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.1.2.3 Designación obligatoria antes del auto de procesamiento: Si el inculpaado no hubiere designado letrado y todavía no estuviese procesado (en el proceso ordinario por delitos más graves, y en los abreviados en cualquier caso), debe nombrar obligatoriamente representante y defensor técnico en los siguientes casos: a) Para recusar al órgano jurisdiccional (artículo 57 Ley de Enjuiciamiento Criminal); y b) Antes del juicio oral, para asistir a la declaración del testigo que se va a ausentar por largo tiempo, o que está en peligro de muerte (artículo 448 Ley de Enjuiciamiento Criminal, caso de prueba anticipada anteriormente visto).

No obstante, la ley concede de forma limitada a la propia parte imputada capacidad de postulación en algunos casos: 1) En los procesos por faltas (arts. 962,

I "a contrario", y 969, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) Proposición de la recusación estando incomunicado (artículo 58 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 3) Para pedir la reposición del auto que eleva la detención a prisión (artículo 501 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 4) Para proponer diligencias cuando se le reciba declaración en el sumario (artículo 396, I Ley de Enjuiciamiento Criminal); y 5) "Última palabra" al final de la vista del juicio (artículo 739 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.2 Ofendido

Por lo que afecta al ofendido, el sistema de enjuiciamiento criminal español presenta características singularizadas respecto a procesos penales de países de nuestro entorno cultural. En efecto, a diferencia de otros sistemas, como el francés o el italiano, que no conocen más acusación que la del órgano público, por tanto, países en los que existe un monopolio por parte del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, y del proceso penal alemán, en el que el Ministerio Fiscal puede intervenir en todas las causas, en nuestro Derecho todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden ejercitar la acción penal con arreglo a las prescripciones de la ley (artículo 101 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y siendo los ofendidos, también los extranjeros (artículo 270, II Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esta regulación tiene hoy reconocimiento constitucional expreso (artículo 125 Constitución española y artículo 19.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).⁴³

Esto significa que cualquier persona puede ejercer la acción penal en España y constituirse como parte en el correspondiente proceso penal. Sin embargo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende un tratamiento distinto según se sea el ofendido por el delito o no:

a) Acusador particular es el que ejercita la acción penal y además es el ofendido por el delito.

b) Acusador popular es el que ejercita la acción penal sin ser ofendido por el delito.

Obsérvese que en realidad lo que hace el sistema español es consagrar la institución de la acción popular, que tiene su fundamento en la consideración de que la acción delictiva implica una lesión de la paz social, por lo que cualquiera de los miembros de la sociedad puede pedir, en nombre de ésta, el restablecimiento del orden lesionado.⁴⁴ Aunque es una institución discutida por la utilización que se está haciendo de ella, la acción popular tiene una gran trascendencia práctica en España, pues en todos los procesos penales de importancia, hay acción popular de algún ente o asociación que defiende intereses comunes.

⁽⁴³⁾ Consúltase GIMENO SENDRA, J.V., *La acción popular, el Jurado y los Tribunales de Escabinos*, en Cobo del Rosal (director) y Bajo Fernández (coordinador), "Comentarios a la Legislación Penal", t. I "Derecho Penal y Constitución", Edersa, Madrid 1978, p. 337 y ss.

⁽⁴⁴⁾ Sobre la acción popular, v. GOMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona 1951, p. 456 y ss.