

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LA INSTRUCCIÓN
EN EL PROCESO PENAL Y EN EL JUICIO
POR JURADOS**

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL Y EN EL JUICIO POR JURADOS (*)

(*) In memoriam. Dr. Jesús Moreno Bernal. Catedrático de Filología Románica en la Universidad Complutense. El día 6 de junio de 2003 me topé de bruces con la muerte de mi amigo Jesús... en la calle.

No quiero intentar una nota necrológica; me siento incapaz de definir a una persona querida, y puede resultar una osadía imperdonable. Cuando he ido reescribiendo estas líneas una y otra vez, he sentido que podría traicionar su memoria; para quienes le conocieron bien serían insuficientes, porque faltarían algunas notas esenciales; para quienes le conocieron menos es una tarea imposible lograr que se formen una cabal idea de la personalidad apacible, bondadosa y serena de Jesús, de su talante conciliador, del profundo afecto que transmitía y de su enorme capacidad de atracción personal. Era, por encima de otras consideraciones, una persona excelente, que supo llenar muchos huecos de muchas vidas, y puedo considerarme uno de los privilegiados por compartir con él momentos importantes, de los que extrajimos Enseñanzas, con mayúsculas. Jesús Moreno Bernal ha sido un extraordinario profesor universitario e intelectual de firme espíritu crítico, comprometido y leal: con su familia, con sus amigos, con la sociedad, y con la Universidad, aunque ésta maltrate a los que la sirven bien. Su quebradiza salud no ha resistido el embate de un nuevo episodio cardiovascular, y en ese día de un tórrido junio madrileño caminando hacia su Universidad le sobrevino la muerte, que se nos ha llevado para siempre a una de las personas con las que mereció la pena vivir. Gracias.

Estaba terminando de perfilar mi intervención en este Congreso sobre el Jurado cuando se me echó encima lo inesperado; el dolor y la confusión me impidieron intervenir personalmente en las jornadas. Sirva esta nota de disculpa, que se extiende ahora por la presentación de un texto inconcluso, que me reconozco incapaz de terminar, al menos por el momento.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA SITUACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: 1. La traición de la instrucción penal a sus fines propios. 2. Las posibles modificaciones del actual modelo de instrucción. 3. El cambio de papeles de los órganos públicos en la instrucción. 4. La necesaria revisión de las facultades del instructor a la luz de los fines de la instrucción: A) Facultades sobre la apertura de la instrucción y la imputación. B) El cierre de la instrucción y la desimputación. C) La procedencia de la apertura del juicio. III. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES EN LA INSTRUCCIÓN EN EL JUICIO POR JURADOS: 1. El reforzamiento de la imparcialidad del juez en la instrucción. 2. La necesaria imputación judicial previa a la acusación. IV. LAS LÍNEAS BÁSICAS DE LA INSTRUCCIÓN EN EL JUICIO POR JURADOS. V. LOS MODOS DE INICIACIÓN DEL PROCESO: 1. Presupuestos. 2. Denuncia, querrela y actuaciones procesales de las que resulte una imputación.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tras casi veinticinco años de vigencia de la Constitución, y pasados ocho años desde la reimplantación del jurado en España, es hora de hacer balance sosegado sobre una institución que tuvo entrada en la Constitución de 1978 y que se presentó como una de las vías más importantes de democratización de la justicia y de participación ciudadana en el ámbito de un poder del Estado que había vivido absolutamente de espaldas al pueblo, de donde, según el propio texto constitucional, emana la justicia. No obstante, la referencia nominal al Jurado no apareció en los textos del Borrador y de los Proyectos de Constitución a lo largo de todo su *iter* parlamentario en el Congreso; en el momento en que se debate el texto de la Comisión Constitucional del Senado es

cuando, acogiendo una enmienda de UCD, queda definitivamente redactado el actual art. 125.

El reconocimiento constitucional del jurado suscitó en su momento una viva polémica, que se centró esencialmente en la forma o modalidad que debía adoptarse y que, debidamente alentada, lastró por mucho tiempo la recuperación de una previsión constitucional que no sólo suponía la participación ciudadana en la justicia penal sino, por encima de eso, señalaba un ámbito de renovación en la actividad judicial, proporcionando nuevos aires a su rancio y formalista quehacer. Las tensiones políticas contrarias al jurado hicieron esperar nada menos que dieciocho años el desarrollo de esa forma de participación popular.

La Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado, modificada de forma importante antes de entrar en vigor por la Ley orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, recupera definitivamente una institución que fue suspendida en plena guerra civil por un decreto de septiembre de 1936, y que nadie reclamó hasta la Constitución de 1978, aunque el texto legal, cuyas dificultades de aplicación práctica son importantes, ha merecido severas críticas desde el momento inicial de su aprobación, algunas de ellas sin duda infundadas como luego ha podido comprobarse.

De todos modos, hace pocas fechas, el Consejo General del Poder Judicial, en una iniciativa sin precedentes, al hilo del informe a la reciente reforma de la LOPJ planteada por el Gobierno, ha propuesto una modificación legislativa ante la que es preciso salir al paso aunque sea en pocas líneas, porque la pretensión de la mayoría de los vocales del Consejo supone una flagrante vulneración del principio *ne bis in idem*, de las garantías fundamentales del proceso y de los principios básicos de la justicia penal. El supuesto de hecho radica en la falta de aprobación judicial de los veredictos emitidos después de la actuación de dos consecutivos tribunales de jurado, en cuyo caso, de acuerdo con el art. 65 de la LOTJ, ha de dictarse una sentencia absoluta; la propuesta del Pleno del Consejo va en el sentido de modificar esta solución, propugnando que en tales casos se celebre un

nuevo juicio oral, ante un tribunal de jueces técnicos, en lugar de absolver al acusado como la ley dispone. Efectivamente el referido art. 65 de la LOTJ debe ser criticado, pero no por la solución de mandar repetir el juicio, sino porque se debió prever que la falta de aprobación judicial del veredicto es también una respuesta jurídica del jurado, que debería llevar aparejada directamente la absolución del acusado.

Quando el jurado popular se ha pronunciado emitiendo su veredicto, cualquiera que fuere su contenido y sin perjuicio de alguna posible corrección formal, ha de entenderse, por una parte, que el Estado ha empleado ya recursos más que suficientes ante la acusación formulada para el ejercicio de *ius puniendi*, y que la persecución penal no puede mantenerse a cualquier precio y frente a toda contingencia; en este caso debe ceder porque ha habido una decisión sobre la acusación. Por otra parte, el acusado no debe padecer un enjuiciamiento doble —o, como ahora plantea el Consejo General del Poder Judicial, triple— por unos mismos hechos, pues precisamente tomando en consideración uno de los principios capitales de la justicia penal por jurados en el Derecho norteamericano, la prohibición del doble riesgo de ser condenado (*double jeopardy*), carece de toda justificación y sentido someter al acusado a un nuevo juicio; una vez que el jurado ha pronunciado su veredicto, una vez que el pueblo ha hablado, la celebración de un nuevo juicio no se sostiene, entre otras cosas porque los elementos con que este nuevo jurado pueda contar serán siempre diferentes de los que tuvo en consideración el jurado anterior, ya que la reproducción exacta del juicio no resulta posible. En todo caso, el rechazo del veredicto o bien es imputable al magistrado-presidente, que es el encargado de redactar el objeto del veredicto y de dar las oportunas instrucciones a los jurados, o bien —guste o no— es la manifestación pura y simple de una decisión que deriva de no haberse logrado la mayoría legal suficiente de votos, ante lo cual lo que se debe aplicar es el principio *in dubio pro reo*. Sea de un modo u otro, lo que eso precisamente no autoriza es a celebrar una ulterior repetición del juicio, o de tantas repeticiones cuantas fueran necesarias hasta conseguir su condena.

II. LA SITUACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. *La traición de la instrucción penal a sus fines propios*

En la actualidad la fase de instrucción del procedimiento penal ha cobrado en todos los países europeos una relevancia desmesurada, que ha logrado eclipsar en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del enjuiciamiento. De este modo se rompe con lo que representó en el primer momento la genuina esencia y justificación de esta fase del procedimiento, esto es, la simple preparación del juicio, con una corta duración que según la LECRIM no debía superar el mes (art. 324). La instrucción se ha convertido desde luego en la piedra angular del proceso penal, no sólo por lo que en ella se puede obtener, sino por su real trascendencia en la represión, con lo cual se han traicionado sin un ápice de resistencia los dos principios básicos de este momento del procedimiento.

En efecto, una de las razones que provoca en la práctica la desmedida duración de la instrucción ha sido precisamente su exhaustividad, debido en buena medida al hecho de que el juez no investiga para sí, y no puede conocer qué busca y cuándo ha obtenido lo suficiente para formular acusación, sino que normalmente investiga para la acusación, y el fiscal tradicionalmente no ha puesto coto a las diligencias instructorias que el juez ordenaba. Esta circunstancia eterniza la investigación de los delitos con grave quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues indebida es la demora en la resolución cuando las diligencias y actuaciones que se practican, por muchas que sean, no son conducentes de forma inmediata o mediata a la obtención de la respuesta judicial.

Pero la elephantiasis de la instrucción ha acarreado otras consecuencias, quizás más perniciosas aún que la apuntada. En efecto, lo que en un principio se estableció como una fase corta y secreta se ha convertido en interminable y pública. La permanente contradicción y el desmentido de la práctica forense a las previsiones de la ley, que parece aceptarse sin resistencia, no sólo

suponen un nuevo ejemplo del menosprecio a las normas; nos encontramos ante un caso de especial gravedad, porque con ese modo de proceder puede quedar afectada incluso la presunción de inocencia.

Parece haberse asumido en la actualidad que la publicidad de la instrucción, de todas las actuaciones y las diligencias que en ella se practican, es la regla, sin parar mientes en las consecuencias que se derivan de tal concepción. El reproche que implica la condena penal, cuando declara la responsabilidad del acusado, y que viene sustentado y legitimado por el juicio contradictorio y público, en la generalidad de los casos se ha logrado mucho antes, desde el momento en que el procedimiento penal se incoa y el imputado se encuentra desde luego amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

La práctica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ha logrado no sin dificultades mantener en secreto la identidad de las personas que se ven sometidos a las diligencias policiales de prevención, a las diligencias preprocesales. Sin embargo, cuando la autoridad judicial ordena la apertura del procedimiento penal se abren de par en par las puertas, se levantan todas las cautelas y se olvidan todas las garantías, aunque persista el mismo status para el imputado, y deba rodeársele de todos los derechos, también la presunción de inocencia como regla de tratamiento. El reproche social se anticipa así a un temprano momento del procedimiento, cuando se está actuando sólo a partir de indicios o de imputaciones que la autoridad judicial puede no haber hecho suyas, quedando afectados de forma muchas veces irreversible bienes enormemente valiosos para el imputado.

Por último la instrucción, concebida como una fase instrumental del juicio, que comprendía actuaciones meramente preparatorias, ha acrecentado su valor intrínseco y adquiere una gran relevancia en el resultado del proceso. Aunque se haya acabado con la tradicional práctica de asumir en el acto del juicio todo el material obtenido durante la instrucción sin una verdadera contradicción, y se hayan logrado perfilar los supuestos en que pueden ser valoradas en la sentencia actuaciones de la fase anterior del procedimiento, el valor de la instrucción no es escaso. No

sólo por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con las repercusiones aflictivas que antes se apuntaron, sino por la eficacia en el juicio y la sentencia de las diligencias instructoras, en cuanto han sido realizadas con la garantía de la presencia judicial la instrucción, con lo cual ha adquirido un carácter decisivo en el curso del enjuiciamiento penal, pasando por encima de los principios que la debían regir y de su propia razón de ser.

El modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que resulta difícilmente reconocible y no se sostiene por más tiempo. Es verdad que el ataque de la delincuencia no es el mismo que a comienzos del siglo XIX, pero no podemos engañarnos por más tiempo: el proceso penal que ahora tenemos es un remedo del modelo diseñado por el Estado liberal; porque cuando se subvierten elementos esenciales de un orden procesal, cuando se cambian piezas relevantes, lo que antes era un retrato se convierte en una caricatura.

A este propósito las respuestas pueden llegar desde dos vías que no resultan en absoluto excluyentes: por una parte, atacando directamente cada uno de los defectos aludidos; por otra parte, modificando la distribución de responsabilidades de los órganos públicos que intervienen en el proceso penal.

2. Las posibles modificaciones del actual modelo de instrucción

En la primera aproximación se trataría de acometer varias propuestas de solución: por un lado, podría establecerse un *plazo máximo de duración de la instrucción* de los procesos penales, una vez que ésta se dirige contra una persona determinada. De este modo, se impediría mantener al imputado sometido a una investigación que se adivina en muchos casos como eterna, olvidando la aflicción que ello supone, y de la que además le resulta imposible desprenderse, porque el cierre de la instrucción depende de un criterio ajeno al del imputado, sea del Ministerio Fiscal, sea del instructor. Con la medida del plazo máximo se exige la apertura del juicio oral antes de que finalice el mismo, porque en caso contrario

se perderá la persecución de la conducta irremediamente; de esta forma, el Estado se compromete a agilizar los trámites, disminuyendo la incertidumbre y la zozobra para el imputado.

Por otro lado, debería procurarse que se *limitaran las informaciones* sobre el sometimiento de una persona a un proceso penal, dada la trascendencia que para el imputado tiene el conocimiento general de esa noticia, puesto que normalmente se da y se lee como equivalente a una sentencia condenatoria.

Finalmente, y en tercer lugar, debería limitarse la instrucción a las *diligencias imprescindibles* y evitar por todos los medios que en el juicio se pueda tener presente cualquier actuación instructora, salvo que se trate de una prueba anticipada o de preconstitución probatoria.

3. *El cambio de papeles de los órganos públicos en la instrucción*

Junto con estas medidas, que respetan la actual organización de la justicia penal, tal vez resulte más interesante aproximarse a los problemas de la instrucción desde una solución estructural, que permitiría responder a todos ellos sin detrimento de la primitiva virtualidad atribuida a esta primera fase del procedimiento. Esta vía supondría, en efecto, expropiar al juez de la responsabilidad de dirigir la instrucción, atribuyéndola al Ministerio Fiscal.

El modelo procesal penal de corte liberal ha conocido en las últimas décadas —después de la Segunda Guerra Mundial— un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos, tomando como referencia esencialmente el proceso angloamericano y, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el Ministerio Fiscal, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo el peso y la responsabilidad de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento.

Las dos modificaciones esenciales se refieren, pues, a lo siguiente: por un lado, se atribuye la responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos, se encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento. Por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa que debe asistir al imputado.

El movimiento innovador, se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal —*Ley Orgánica del Ministerio Público* de 1986 y *Código de proceso penal* de 1987— y en Italia —*Codice di procedura penale* de 1988—. El Ministerio Fiscal deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo le venía dada la facultad de vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de las diligencias que considerase necesarias. La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse en ningún momento de la instrucción respecto de las líneas y de las estrategias de la investigación.

Esta evolución tuvo también reflejo en España, y en la Memoria que acompañaba el Proyecto de ley del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado finalmente como Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se decía que el proyectado art. 5 "confiere al Ministerio Fiscal facultades de investigación de los hechos delictivos, pudiendo recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y ordenar en general, cuantas diligencias prevean las Leyes que no supongan inculpación de persona alguna o adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos respecto de la misma, facultades que quedan lógicamente reservadas a los jueces y tribunales. También puede

ordenar la detención preventiva y podrá recibir denuncias y atestados, cursándolos a la Autoridad judicial o acordando su archivo definitivo o provisional cuando los hechos no fueran constitutivos de delito o careciesen de autor conocido". Como fundamento de estas disposiciones se afirmaba que se trataba de dar "agilidad al proceso penal y de ajustar las normas legales a la propia lógica procesal. Si el Fiscal es quien titulariza la acción penal es lógico que sea él quien dirija la preparación de los elementos que necesite para su ejercicio".

Todo esto hizo plantearse a la doctrina española la posibilidad de que el Ministerio Fiscal jugara un papel diferente en el proceso penal. El debate científico salió a la luz y tuvo un amplio eco a mediados de los años 80, reclamando algunos para el Ministerio Fiscal una mayor responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos.

El Gobierno acogió tímidamente la iniciativa, y cuando hubo de modificarse el proceso penal por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 145/1988 de la asunción por el instructor de las funciones de investigación y decisión en los procesos por delitos menos graves, se articuló un nuevo rol para el Ministerio Fiscal. La solución normativa proyectada implicaba despojar a los jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, donde hacían y deshacían de acuerdo sólo con su criterio, y con una tímida y escasa intervención del Ministerio Fiscal para corregir alguna vez posibles excesos judiciales. Las reacciones contrarias a este cambio no se hicieron esperar y provinieron tanto de los jueces como de los fiscales y, a la postre, la idea primera perdió todo su vigor, y quedó un tímido art. 785 de la LECRIM en la reforma de 28 de diciembre de 1988 (actual art. 733.2), en donde se alude a una investigación del Ministerio Fiscal preliminar al inicio de las actuaciones judiciales, y que debe cesar tan pronto como éstas den comienzo.

Con posterioridad, en la modificación de 1992, cuando se introdujeron en la LECRIM medidas de aceleración del procedimiento abreviado también se pretendió otorgar mayor protagonismo al Ministerio Fiscal, pero con poco éxito, salvo en lo que se refiere a la negociación con el imputado.

Luego, la LOTJ también terció en el problema de la instrucción, aun cuando era éste en principio un campo ajeno a la regulación de este procedimiento. Parece que debe destacarse sobre todo el deseo ferviente del legislador de seguir avanzando en otorgar responsabilidades de instrucción al fiscal, aunque sin decidirse a abordar definitivamente una nueva estructura del proceso penal en España.

4. *La necesaria revisión de las facultades del instructor a la luz de los fines de la instrucción*

En el proceso penal común y en el abreviado los poderes del juez durante la instrucción deben considerarse en la práctica exorbitantes, contando por supuesto con la posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas, incluso después de que, en razón de la modificación introducida en la LECRIM por la propia LOTJ, se le impida ahora adoptar de oficio medidas que afecten a la libertad del imputado.

Tales poderes esencialmente alcanzan a la decisión inicial sobre la apertura de la instrucción y la imputación; por otro lado, a la decisión sobre el cierre de esta fase del procedimiento penal, que no está sujeta a límite temporal alguno; finalmente, a la procedencia del juicio.

A) *Facultades sobre la apertura de la instrucción y la imputación*

En el primer ámbito, el juez de instrucción tiene facultades para valorar la *notitia criminis* y rechazar la denuncia o inadmitir la querrela cuando entienda que los hechos no son constitutivos de delito; no obstante, la jurisprudencia constitucional ha venido exigiendo, en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, que la causa de rechazo resulte meridianamente clara de los propios términos de la actuación de parte, o que en otro caso el instructor realice una mínima actividad de comprobación de los hechos antes de cerrar el procedimiento.

Junto con ello, dando curso a los actos de iniciación del proceso, el juez de instrucción deberá formular imputación, sea acogiendo la realizada por una parte acusadora, sea realizándola de oficio por resultar de las actuaciones; sin una imputación judicial, bien a través del auto de procesamiento en el proceso común, bien a través de la simple llamada en tal concepto y con las garantías previstas en la ley en el proceso abreviado para evitar acusaciones sorpresivas, como ahora expresamente se dispone en el art. 779.4.ª de la LECRIM, según el cual la decisión del instructor de pasar a la preparación del juicio oral, 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".

B) El cierre de la instrucción y la desimputación

En el segundo ámbito, el juez de instrucción puede mantener abierta la investigación siempre que continúe ordenando las diligencias que, siendo pertinentes, considere oportunas para los fines propios de la instrucción. Esta decisión no conoce más límite que una posible instancia de las partes solicitando la terminación del procedimiento, a la que el juez podrá acceder o no (hace unos días, en corrección de pruebas de estas páginas, hemos sabido de la terminación de unas diligencias abiertas para depurar responsabilidades en la gestión de la Expo '92, que han finalizado con una resolución de sobreseimiento tras siete años de tramitación).

Esto significa que queda al libérrimo criterio del instructor determinar de oficio la suficiencia de las averiguaciones obtenidas, sin necesidad de contar con el parecer de las partes: ni de los acusadores, que deben contar con el resultado de las diligencias de instrucción para sustentar su posición en el juicio, ni del imputado, que intentará hacer valer los resultados de las investigaciones que le sean favorables para conseguir "desengancharse" del proceso penal.

A este propósito hay que tener presente que la revisión de las diligencias y actuaciones de la instrucción por el órgano superior está abocada casi siempre al fracaso; la Audiencia suele refrendar el criterio del instructor, porque toma en cuenta que todas las resoluciones de esta fase del procedimiento son por esencia modificables, de modo que la petición de sobreseimiento —con frecuencia parcial, de un concreto imputado— y archivo de la causa, o de finalización de las diligencias, rechazadas por el juez de instrucción, pueden ser atendidas por él mismo en un momento posterior.

Tal modo de razonar parte de la idea, muy extendida entre la clase judicial, de que solamente la sentencia dictada tras el juicio oral decide sobre la responsabilidad criminal, de modo que todas las actuaciones anteriores nada resuelven con carácter definitivo y, por lo tanto, no son determinantes en la solución del proceso. Claro es que se olvidan entonces de un modo imperdonable los efectos afflictivos que produce la apertura de la instrucción contra una persona determinada.

A este propósito debe quedar sentado de forma meridiana-mente clara que, i) cuando exista una persona imputada en las actuaciones, la instrucción debe concluirse en el preciso instante en que finalicen las diligencias ordenadas; que ii) se debe concluir total o parcialmente la instrucción para todos o algunos de los imputados cuando aparezcan indicios relativos a los hechos o a la responsabilidad que desvanezcan la inicial imputación y apertura del procedimiento, y que iii) se debe dictar una expresa resolución levantando la imputación que sujetó a una persona al proceso penal en cuanto aparezcan elementos que la justifiquen.

El gratuito mantenimiento de una instrucción vacía, o la falta de una desimputación expresa deben conducir no sólo a la exigencia de una responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino a la exigencia de responsabilidad personal de los jueces de instrucción y de los miembros del Ministerio Fiscal que realicen o toleen ilegítimas intromisiones en la libertad, en el honor o en el patrimonio de quien se ve sometido a un proceso penal.

i) El juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que hubieran finalizado las diligencias ordenadas bien para el esclarecimiento de los hechos, bien para el aseguramiento de las responsabilidades que se pudieran derivar de ellos; porque supone una flagrante vulneración de las garantías procesales básicas tanto que sin actividad instructora alguna no se proceda a clausurar rápidamente esta fase del procedimiento, como que se llegue a ordenar la práctica de diligencias con fines meramente dilatorios, es decir, que se acuerden actuaciones cuando sean innecesarias o inútiles.

La investigación ha de avanzar sin duda por sus correspondientes pasos, pero éstos siempre han de guardar una razón y un orden lógico que los justifique, de modo que no resulten erráticos o arbitrarios, y al ritmo que las concretas circunstancias demanden. Eso exige también una sucesión 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.

Así las cosas, cuando el juez instructor mantiene abierto un procedimiento penal que se ha dirigido contra un imputado más allá del tiempo absolutamente imprescindible, no se produce una simple dilación en la actividad de la justicia penal; ni siquiera puede decirse que sólo tenga lugar la infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto que las consecuencias van mucho más allá de la infracción del derecho de obtener una pronta justicia: los efectos aflictivos de la instrucción exigen considerar que la continuación innecesaria de las diligencias es una verdadera medida sancionadora —una sanción encubierta si se quiere—, que se impone sin ninguna de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y, por tanto, que carece de respaldo constitucional.

No se vislumbra una justificación legítima para que la instrucción se mantenga en una especie de "hibernación", con la finalidad de "esperar" alguna revelación o descubrimiento inopinado que permita la represión; entre tanto, á la espera del hallazgo, se va poniendo alguna que otra diligencia en las actuaciones para hacer aparecer que la instrucción sigue abierta; pero durante ese

tiempo el imputado continúa en su condición procesal y por supuesto a nadie se le ocurre que deben alzarse las medidas cautelares adoptadas años atrás.

Ningún fin constitucionalmente legítimo, tampoco la represión de las conductas delictivas, autoriza para que al imputado se le grave con la carga de soportar la falta de recursos, la ineficacia o la desidia de los órganos públicos encargados de la investigación penal; antes al contrario, la tutela del derecho a la dignidad y al honor del imputado, y la proporcionalidad de su sometimiento al poder público en el marco de un proceso penal, exigen el cierre de las actuaciones tan pronto como las diligencias acordadas finalicen sin permitir la apertura del juicio oral contra él, erradicando una dilación que causa inmediatos y ciertos perjuicios al imputado, y que se puede convertir en insoportable, sin ninguna expectativa de proporcionar nuevos elementos para el avance o la conclusión de las investigaciones.

ii) En segundo término, es imprescindible sostener que cuando de las diligencias practicadas se desprendan indicios que desvirtúen los que dieron lugar a la apertura del procedimiento penal ha de ponerse fin a la instrucción. Las consecuencias aflictivas para el imputado que produce el simple hecho de la apertura del procedimiento contra él, agravadas por la falta de instrumentos legales efectivos para obtener del juez su terminación, deben imponer una regla inexorable para el instructor, que le exija concluir la instrucción desde el momento en que aparezcan en la causa suficientes indicios contrarios a los que justificaron la apertura del procedimiento, sea en cuanto a los hechos, sea en relación con la responsabilidad del imputado o de alguno de los imputados.

Desde el momento en que resulte desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación es imprescindible poner fin de inmediato a la instrucción, que no se puede mantener abierta por inercia o por comodidad, sobre todo cuando el proceso se ha planteado con fines confesadamente espurios a la investigación penal. Por lo tanto, tan pronto como se desprendan de la causa los indicios contrarios a los que dieron lugar a su imputación, deberá

el juez apartar del procedimiento penal a la persona que se encontraba sometida a él.

Esta exigencia no supone desde luego merma alguna de la eficacia en la persecución penal, pues de aparecer con posterioridad otros elementos que señalen a la misma persona como responsable, deberá el juez dirigir de nuevo el procedimiento contra él.

No hace mucho tiempo (años 60 y 70 del siglo XX) proliferaba en España la llamada "querrela catalana", con la que se denominaba la actuación procesal de un acreedor que apareciendo como acusador en el proceso penal se servía de la presión y de las "facilidades" de este proceso para obtener la información y la documentación que en un proceso civil le resultaba vedada. En el momento presente, con los medios que la nueva LEC pone a disposición de las partes, esta situación no parece frecuente, pero eso no quita para que el proceso penal continúe siendo un instrumento al servicio de objetivos ajenos a la persecución de hechos delictivos. Debe quedar claro que el proceso penal no se puede utilizar legítimamente como elemento de presión, señaladamente de presión mediática, en contra de una persona que, por su relevancia pública, por su vulnerabilidad intelectual o por otras causas, llegue a condicionar sus actuaciones a que se mantenga o se levante su posición en el proceso.

Por supuesto que la autoridad judicial debe reaccionar con presteza ante la utilización torticera del proceso penal, pero también debe hacerlo el Ministerio Fiscal, que no debe de tolerar o consentir que el desarrollo del proceso penal suponga un efectivo menoscabo de los derechos de los justiciables; tal postura sin duda sería constitutiva de un flagrante y grave incumplimiento de una de las exigencias y finalidades constitucionales que tiene encomendadas: en lo aquí respecta, la defensa de los derechos de los ciudadanos. Así pues, el Ministerio Fiscal habrá de instar la inmediata terminación de las diligencias, y el juez de instrucción acordarla, cuando se aprecien indicios contrarios a las que dieron lugar a su iniciación, sin perjuicio de que se puedan continuar las oportunas actuaciones de investigación y que se formule una ulterior imputación contra quienes figuraron inicialmente como imputados o contra otras personas.

iii) Finalmente resulta necesario insistir en que la imputación realizada en el curso de un proceso penal debe levantarse expresamente en cuanto aparezcan indicios suficientes que apunten a la falta de responsabilidad del imputado.

Cuando el juez de instrucción llama a una persona a declarar en calidad de imputado, sea porque su posible responsabilidad se desprende de las actuaciones practicadas en la instrucción, sea porque asume como verosímil la imputación realizada en el atestado, en la denuncia o en la querrela, y ordena abrir la investigación para corroborarla, está sujetando al imputado al proceso penal.

De esta sujeción derivan indudablemente consecuencias afflictivas para el imputado, que pueden provocar efectos aún más devastadores si cabe que la propia sentencia de condena, puesto que en esa condición de imputado y por esa sola circunstancia se han ido recibiendo por anticipado los reproches sociales que se enlazan a la condena. Si a ello se le añaden las medidas cautelares que se hubieran llegado a acordar contra él, tanto las que afecten a su propia esfera de libertad (suspensiones, libertad provisional o prisión provisional) como las de contenido patrimonial (fianzas o embargos), es obvio que esa situación procesal reclama por su propia naturaleza y por los bienes jurídicos que están en juego no sólo una decidida y constante atención por parte del responsable de la instrucción sino, al propio tiempo, exige que adopte las resoluciones precisas para acomodar las situaciones personales de los imputados a los resultados de las diligencias que se vayan practicando.

La provisionalidad y revisabilidad de las decisiones de la instrucción exigen que, una vez que el juez ha formulado o asumido una imputación, la mantenga solamente mientras resulte necesario, es decir, que levante la imputación y aparte del procedimiento al imputado desde el momento en que se desvirtúen, también indiciariamente, las razones que le llevaron a oírle en esa calidad.

Sin embargo, la práctica de la instrucción penal nos muestra el mantenimiento absolutamente gratuito de la condición de imputado en más ocasiones de las que pueden resultar no ya precisas, sino incluso oportunas; y esa situación pone de manifiesto no sólo una palmaria injusticia, sino la imposición de una sanción que no respeta ninguna de las garantías constitucionales.

Por lo tanto, la desimputación ha de hacerse de inmediato, y en el preciso momento en que se hayan desvanecido los indicios contra un concreto imputado. Por esa razón, entre otras, se hace necesaria una reconsideración radical del funcionamiento del juez de instrucción en nuestro proceso penal, del papel del juez y de los poderes que tiene atribuidos, así como del cumplimiento por parte del Ministerio Fiscal de los cometidos que la Constitución le impone.

Esta pronta desimputación, que daría cumplimiento efectivo al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al derecho a no ser sancionado sin previa ley penal y respetando las garantías procesales, no desatiende sin embargo el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ni deja sin sanción las conductas delictivas puesto que, siendo provisional el cierre de la instrucción, si con posterioridad aparecieran nuevos indicios sobre los hechos o sobre la responsabilidad, podría volverse a abrir sin dificultad alguna el procedimiento penal. Eso sí, entonces la gestión procesal de los procedimientos podría ser más engorrosa; sin embargo, esa dificultad no puede amparar ni justificar que padezcan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En todo caso, sea a través de un cambio de actitud —asumido o impuesto por la jurisprudencia— sea mediante una intervención legislativa, las imputaciones realizadas por el juez de instrucción con todo el rigor formal exigido por las leyes procesales —con lo que por supuesto eso supone también de garantía para el imputado— deben corresponderse con una resolución judicial expresa de desimputación en el preciso instante en que de las diligencias practicadas se desprenda la ausencia de responsabilidad.

En la inmensa mayoría de las ocasiones la separación del imputado del procedimiento solamente aparece al final de las diligencias previas del procedimiento abreviado, o durante la fase intermedia del ordinario, momento en que la desimputación se debe inferir muchas veces de la simple omisión del nombre del imputado en el auto de transformación de las diligencias previas, o de la falta de acusación a esa persona en los escritos de calificaciones.

Así las cosas, si el imputado ha padecido un inicial sometimiento al proceso penal, que en muchos casos ha durado varios

años, merece cuando menos la reparación de un pronunciamiento expreso que reconozca lo indebido de su situación procesal hasta ese momento.

C) *La procedencia de la apertura del juicio*

En la inmensa mayoría de los procesos penales por delito que se sustancian en España, en el llamado procedimiento abreviado, el juez de instrucción, además de las actuaciones encaminadas a la investigación de los hechos y al aseguramiento de las responsabilidades derivadas de los mismos, tiene encomendada una decisión esencial al término de la instrucción: la que se refiere a la procedencia de que se abra el juicio oral.

Esta resolución encierra en realidad dos valoraciones simultáneas, pues por un lado el juez habrá de ponderar la suficiencia de las diligencias practicadas en la instrucción para abrir el juicio y, por otro lado, habrá de concretar la imputación que el propio juez debe plantear en ese momento, pues el juicio sólo puede abrirse contra una persona determinada que ha sido señalada por el juez como imputado, y es esa resolución judicial la que autoriza al acusador para presentar su escrito de acusación.

La LECRIM diseña para el proceso ordinario una intervención diferente del instructor, pues siendo él quien formula el acto de imputación a través del auto de procesamiento (según la ley, en un momento inicial), se limita luego a concluir el sumario cuando entiende que ha cumplido las finalidades legalmente previstas, siendo la Audiencia quien manda abrir el juicio de acuerdo con la ley. A diferencia de este reparto de facultades y de papeles, en el procedimiento abreviado se concentran todas ellas en el instructor, sin reparar en que la decisión sobre la apertura del juicio debe considerarse una resolución jurisdiccional que exige la garantía de la imparcialidad, puesto que supone una delimitación subjetiva y objetiva del acto del juicio y de la sentencia y, sobre todo, por su trascendencia para el imputado, que ve modificado su status procesal, al convertirse en un acusado para quien se pide la imposición de una pena y va a sufrir la llamada

"pena de banquillo", apareciendo como sujeto pasivo del juicio oral y público.

La finalización de las diligencias previas y la apertura de la fase intermedia en el procedimiento abreviado no es un puro acto de parte que contenga la pretensión punitiva y deba ser admitido o rechazado por el juez, como sin duda sucedería en un proceso acusatorio en que el objeto viniera definido por la parte actora, sino que es una resolución que se adopta de oficio, de acuerdo con la apreciación del instructor. Así pues, el juez de instrucción, que actúa de oficio a lo largo de toda esta fase del procedimiento, salvo para ordenar medidas cautelares personales, debe desempeñar en ella tanto facultades estrictamente jurisdiccionales, cual es la decisión de dar paso al juicio oral (es el juez de la apertura del juicio), como facultades propias de un órgano concernido por la tarea investigadora y, precisamente en esa condición, se presenta como órgano parcial —puesto que ha de tomar partido, desechando determinadas líneas de investigación e impulsando otras—.

Esta doble condición supone una merma de garantías en la medida en que se confía la soberana valoración de los resultados de la investigación al mismo juez que la ha dirigido, máxime cuando la consideración general en la judicatura española, como antes se decía, es la provisionalidad de la instrucción frente al juicio y la sentencia, de modo que es excepcional la revocación de las decisiones judiciales sobre el desarrollo de esta fase del procedimiento, muy especialmente las que mandan proseguirlo.

Posiblemente no merezca este modelo un reproche frontal de inconstitucionalidad, pero es indudable que la condición de juez prevenido, que puede pretender hacer valer al final de la instrucción el criterio que ha venido sustentando durante la misma, así como la corrección de las medidas adoptadas, aconseja un profundo replanteamiento de nuestro sistema y, muy especialmente, las facultades y responsabilidades del juez de instrucción.

La propia LOTJ ha incidido en esta materia, sustrayendo al instructor la facultad para ordenar de oficio en cualquier proceso penal las medidas cautelares personales de prisión provisional y libertad provisional; y precisamente en esta misma línea se han de entender inscritas las modificaciones introducidas en la instrucción

de los procesos ante el tribunal del jurado: para preservar lo más rigurosamente posible la imparcialidad del juez, reservándole exclusivamente las actuaciones que sólo pueda realizar un órgano judicial, las de juzgar, ejecutar lo juzgado e intervenir en garantía de cualquier derecho, y cediendo el resto de su actual actividad a otros órganos públicos que, probablemente con mayor ventaja, pueden desempeñarla.

Sin embargo, la LOTJ no ha dado el paso decisivo de extender el modelo a todos los procesos penales, circunscribiendo estas novedades exclusivamente al enjuiciamiento por jurados, y confiando a una futura reforma de las leyes procesales la modificación general de este modelo de proceso que presenta los graves reproches e inconvenientes que se dejan apuntados.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES EN LA INSTRUCCIÓN EN EL JUICIO POR JURADOS

Uno de los extremos de la LOTJ que más críticas ha merecido ha sido su "incursión" en las normas que disciplinan la fase de instrucción, que finalmente resulta modificado en exclusiva para este proceso, por más que en el texto proyectado se afectaba también la LECRIM. Viene justificada esta innovación en la Exposición de Motivos de la LOTJ por el sistema que el legislador entiende necesario para poder adoptar la decisión que remite a juicio oral en el juicio por jurados, y se pretende refutar la objeción de que sólo serían aceptables las modificaciones en el procedimiento desde el momento en que intervenga el tribunal del jurado, es decir, desde el juicio oral.

Los argumentos de la E. de M. no pueden ser acogidos porque, aun cuando suponen una deseable revisión de las normas procesales vigentes, el reducido ámbito de aplicación del proceso ante el tribunal del jurado —sobre todo desde el punto de vista cuantitativo— provoca tales disfunciones que en realidad impiden un correcto entendimiento de las propias reformas procesales que la LOTJ introduce, como se intentará explicar, porque ahora conviven en nuestro sistema penal dos lógicas procesales en la instrucción que son absolutamente diferentes y no compatibles.

Si se diseña la convivencia normativa de un novedoso sistema que se aplica a menos de cuatrocientos cincuenta asuntos por año, frente al resto de los modelos procesales que han de aplicarse a unos seis millones de procedimientos, es obvio que la lectura de los primeros no puede tomarse como referente para el resto.

Precisamente por eso, algunas consideraciones que se han hecho sobre la instrucción en la LOTJ puede que pequen de un análisis que parte de la lógica exclusiva del sistema de instrucción propio de la LECRIM, en donde se encomienda al juez la iniciativa y la responsabilidad del descubrimiento de los hechos delictivos, sin reparar suficientemente en que en el proceso por jurados se ha introducido una concepción diferente de esta fase del proceso, pero con vocación además de replicarse en los demás procesos penales.

Ahora bien, sin entrar en este punto en la bondad de este nuevo sistema o en el acierto de la articulación de la LOTJ, debe estudiarse si las razones que aduce el legislador para transformar la instrucción vienen exigidas por el proceso ante el tribunal del jurado y tienen su fundamento en él, o se trata más bien de una suerte de "ensayo" en un proceso que se ha concebido con un reducido ámbito de aplicación, con el fin de extender luego el modelo al resto de los procesos penales.

Si bien se mira ninguna de las innovaciones de la LOTJ en la instrucción son imprescindibles para un adecuado funcionamiento del tribunal del jurado: ni la resolución en donde se ordene la incoación; ni el traslado de la imputación y la celebración de una comparecencia para concretarla; ni la decisión de sobreseimiento; ni la procedencia de las diligencias de investigación, o los escritos de calificaciones, presentan especialidades que no pudieran ser igualmente de aplicación para todos los procesos penales.

El juez de instrucción cambia de papel en el juicio por jurado, pero su nueva posición no responde a las especialidades propias de este modo de enjuiciar, sino a una concepción diferente de las funciones que los sujetos procesales deben desempeñar. En el diseño de la LOTJ se aparta al juez de su tradicional posición inquisitiva que, junto con la facultad que se le reconocía para ordenar de oficio todo tipo de medidas cautelares, le convertía en el dueño absoluto de la instrucción con poderes cuasi omnímodos pues, habida

cuenta de la dificultad de una rápida revisión de sus decisiones y contando con la relativa pasividad del Ministerio Fiscal, el juez de instrucción reinaba sobre la instrucción. Exige ahora la LECRIM, con la reforma introducida precisamente por la LOTJ, que las medidas cautelares que afecten a la libertad del imputado —la libertad provisional y la prisión provisional— sólo se adopten a instancia de la acusación, evitando que el instructor las decrete de oficio y pueda perseguir con ellas finalidades ajenas a las que constitucionalmente pueden desempeñar

La instrucción se había diseñado como una actividad de mera preparación del juicio oral y, por tanto, subordinada a este momento culminante del procedimiento; como dispone el art. 299 de la 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 de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Se trata, pues, de diferentes finalidades que en todo caso tienden a la preparación del juicio oral. Desde esta perspectiva, la instrucción había de ser rápida (el art. 324 de la LECRIM prevé que el sumario no dure por regla general más de un mes) y secreta, para respetar la presunción de inocencia de quienes, en muchos casos sin imputación judicial, se hallan sometidos a un proceso penal.

La LOTJ rompe con ese modelo de instrucción, de un juez inquisidor y de un acusador público que se nutría de la labor judicial e debía inspeccionar la actuación del juez, y las razones que esgrime el legislador para esta trascendental mutación, partiendo de que se encomienda al instructor la decisión de remitir a juicio, son esencialmente dos: por una parte, se intenta preservar y reforzar la imparcialidad del juez; por otra parte, se aduce la exigencia de una imputación judicial previa a la acusación de parte.

1. El reforzamiento de la imparcialidad del juez en la instrucción

Si bien se mira las dos razones que esgrime el legislador para este cambio serían directamente aplicables al resto de los procesos

penales y, desde luego, al proceso abreviado, pues allí es el propio juez de instrucción quien ordena transformar las diligencias previas, pasando a la fase de preparación del juicio y luego, una vez que ha recibido los escritos de acusación y eventualmente de defensa, es quien manda abrir el juicio oral, y aun cuando queda inhabilitado para el enjuiciamiento por haber perdido su imparcialidad, ello no empece para que constitucionalmente su actuación haya de considerarse como rigurosamente válida.

La cuestión radica entonces en determinar si se ajusta al modelo constitucional la figura misma del juez de instrucción tal y como viene establecida por nuestro ordenamiento jurídico; es decir, si sólo la existencia de un órgano del poder judicial, por tanto, independiente, cumple las exigencias constitucionales de la instrucción penal, o si se separa de ellas el modelo que coloca a un juez como encargado de la investigación penal, como inquisidor, encomendándole que los hechos delictivos se esclarezcan y se aseguren las responsabilidades penales y civiles derivadas de los mismos. Parece que no cabe sostener la inconstitucionalidad de nuestro tradicional modelo de proceso penal, con un juez dirigiendo la instrucción, por lo cual, si la Constitución permite que sea un juez el responsable de la instrucción, las "mejoras en la imparcialidad" que la LOTJ introduce no resultaban indefectiblemente reclamadas por la norma fundamental, puesto que ambos modelos tendrían cabida en la Constitución. En estos términos, difícilmente cabrá sostener que una de las alternativas es "más constitucional" que la otra, de donde se trataría de opciones legislativas todas ellas legítimas, si bien no cabe olvidar que nuestro viejo modelo acusatorio formal puede presentar algunos problemas de aplicación conforme a la Constitución, como ha tenido necesidad de advertir en más de una resolución nuestro Tribunal Constitucional.

Sin embargo, eso no puede hacernos olvidar, como ha quedado expuesto en el apartado anterior, que el modelo acusatorio satisface mejor las garantías reconocidas en la Constitución, y que resulta de todo punto preferible un cambio en el papel que el juez debe desempeñar en esta fase del proceso, por cuanto las implicaciones inquisitivas del instructor pueden poner en un riesgo cierto las

decisiones jurisdiccionales que se le encomienden. Sin perjuicio de considerar que se da un mejor cumplimiento al principio constitucional de la exclusividad de la jurisdicción en el marco de un modelo de proceso penal acusatorio o "controversial", puesto que las funciones inquisitivas encajan con dificultad en la esencia de este poder del Estado, es lo cierto que el desempeño de la tarea investigadora desfigura los contornos propios de los órganos judiciales y cuando se acumulan en el mismo órgano cometidos dispares se generan disfunciones relevantes que aconsejan su modificación. Esto es lo que ha sucedido en el diseño del procedimiento abreviado, en que se atribuye al juez de instrucción no sólo la función investigadora de los hechos y cautelar de las responsabilidades, sino la competencia para decidir en la llamada fase intermedia, que comprende tanto la decisión de sobreseimiento como la de apertura del juicio oral.

Como quiera que, a pesar de lo dicho, la deseable modificación en los papeles del juez y de las partes antes del juicio no viene exigida por la satisfacción de garantías constitucionales generales, cabe preguntarse si es que la particular estructura del enjuiciamiento por jurados requiere de una instrucción diferente, y demanda la presencia de un juez que, al ordenar la apertura del juicio, carezca de facultades de oficio para investigar los hechos delictivos. Parece necesario responder negativamente a esa cuestión, pues el hecho de que la resolución del proceso se conforme a partir del veredicto del jurado no condiciona estructuralmente el diseño de las anteriores fases del proceso, sino que afecta a la actuación de los jurados desde el momento en que se constituyen, por más que este modo de proceder haya de condicionar la aportación y la presentación de la prueba en el juicio, especialmente en lo que se refiere a las diligencias practicadas durante la instrucción.

Por consiguiente, ese reforzamiento de la imparcialidad del juez en la instrucción, que precisamente por eso puede decirse que deja de ser un juez de instrucción, supone introducir un mayor perfeccionamiento en el sistema de enjuiciamiento criminal, o de adoptar un mejor sistema procesal penal, que no viene directa e inmediatamente exigido por el juicio por jurados.

2. *La necesaria imputación judicial previa a la acusación*

La segunda de las razones que abonaron el cambio de modelo en la instrucción, según la E. de M. de la LOTJ, era que el juez instructor debía realizar una imputación previa a la presentación de las acusaciones, por lo cual era imprescindible reforzar su imparcialidad.

Como fácilmente puede comprenderse, esa misma exigencia está presente en la actualidad en todos los procesos penales, pues el juez de instrucción debe dictar un auto de procesamiento en el proceso ordinario, y en el proceso abreviado, aunque inicialmente la LO 7/1988 no estableció imperativamente un acto de imputación judicial, muy poco tiempo después la STC 135/1989 lo exigió de un modo concluyente, pues en el criterio del alto tribunal no tienen cabida en la Constitución las acusaciones sorpresivas y por eso no puede ser acusada una persona que nunca tuvo intervención anterior en el proceso, y que había carecido por tanto de oportunidades de ser oída y defenderse durante la instrucción. Tras la reforma de la LECRIM por la ley 38/2002, el art. 779.1.5.^a establece ahora que la conclusión de las diligencias previas, mandando el juez seguir el procedimiento abreviado, debe contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, pero no podrá adoptarse esta decisión sin haberle tomado declaración, momento en que el juez le habrá de informar en la forma más comprensible de los hechos que se le imputan.

Por consiguiente la necesidad de que el instructor formule una imputación contra persona determinada con carácter previo a la acusación no es una especialidad propia y exclusiva del juicio por jurados, sino que resulta común a todos los procesos penales y, aunque se comparte la mejora que supone, no es una reforma obligada por este especial modo de enjuiciamiento ni por exigencias constitucionales.

IV. LAS LÍNEAS BÁSICAS DE LA INSTRUCCIÓN EN EL JUICIO POR JURADOS

La LOTJ pretende de una forma velada dar un mayor protagonismo al Ministerio Fiscal —a la acusación, más genéricamente—

en la instrucción de juicio por jurados e implicarlo en la formulación y sostenimiento de la imputación, sin apartar al juez de las tareas esenciales de esta fase del procedimiento, señaladamente las funciones jurisdiccionales.

De acuerdo con estos principios, el juez de instrucción se ha de limitar a valorar la verosimilitud de la imputación inicial realizada por otro, se deberá pronunciar sobre la fundamentación de la imputación, etc., pero no la podrá formular. Es decir, se produce una sensible modificación en el reparto de las responsabilidades, y al juez no sólo se le impide que formule la imputación —que es esencial en el resto de los procesos penales— sino que se le despoja de la iniciativa investigadora, adquiriendo como mucho una posición de complementariedad de la iniciativa de las partes.

Se trata de una modificación de gran calado que, como se ha dicho antes, no guarda relación directa ni indirecta con el tipo de enjuiciamiento ante el jurado pero que encarna una concepción más moderna y respetuosa con los principios y garantías constitucionales. La instrucción planteada en la LOTJ representa una particular posición que intenta equilibrar los dos grandes modelos procesales de nuestro entorno: pretende superar los problemas de garantías fundamentales que se habían presentado en el proceso acusatorio formal y, al propio tiempo, mantiene en primera persona al juez de instrucción en la tutela de la instrucción penal.

Tal relevancia viene luego reconocida en la Disp. Final 4.^a de la LOTJ, rubricada "futuras reformas procesales", cuando se ordena al Gobierno que presente un proyecto de modificación de la LECRIM "generalizando los criterios procesales instaurados en esta ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva". Con el mismo criterio se sigue disponiendo que se deben adoptar las reformas legales necesarias para adaptar a ese procedimiento el Estatuto y las funciones del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, ni el traslado de la imputación y la celebración de una comparecencia para concretarla; ni la decisión de sobreseimiento; ni la procedencia de las diligencias de investigación, o los

escritos de calificaciones, presentan especialidades inexcusablemente exigidas por este modo especial de enjuiciar que, por tanto, no pudieran o debieran ser igualmente de aplicación para todos los procesos penales.

Es claro que el juez de instrucción ha visto "erosionada" su posición hegemónica con la entrada en vigor de la LOTJ: en estos procesos se le ha desplazado del status de investigador todopoderoso, y con carácter general, ha sido despojado de la facultad de ordenar de oficio las medidas cautelares que considerase oportunas. Desde 1995 por una parte se exige en todos los procesos penales que las medidas privativas o restrictivas de la libertad hayan de pedirse siempre por la acusación (arts. 504 bis 2 y 539 LECRIM, modificados por la LOTJ), y por otra parte específicamente en el proceso por jurados la decisión de ordenar diligencias de investigación de oficio se contempla sólo con carácter residual o complementario de las pedidas por las partes.

En resumen, puede decirse que especialmente en el proceso por jurados el juez de instrucción ha dejado de serlo; ya no es el juez instructor sino el juez de la instrucción, quien interviene a lo largo de esta fase del procedimiento en la posición de tercero imparcial y actúa a instancias de las partes acusadoras y del imputado con dos funciones esenciales: por un lado, garantizar los derechos de todos los sujetos que intervienen en el procedimiento —y señaladamente al imputado y a la víctima—; por otro lado, actuar no tanto con el objetivo de que se esclarezcan los hechos, sino de poder pronunciarse sobre la petición de apertura de juicio oral o de sobreseimiento.

El juez de instrucción asume en el proceso por jurados un papel sin duda diferente al que tradicionalmente tenía encomendado, pues se ha de centrar en las decisiones jurisdiccionales acerca de lo que las partes vayan planteando, y tiene vedado adoptar de oficio medidas u ordenar diligencias al situarse en una posición *super partes*. El instructor recibe la *notitia criminis* que ha de contener una imputación contra persona determinada (art. 24); da traslado de la misma al imputado y cita a una comparecencia para concretarla, en donde se podrán solicitar diligencias de investigación y pedir el sobreseimiento (art. 25); el instructor decide sobre

la continuación del procedimiento o el sobreseimiento (art. 26); se llevarán a efecto las diligencias de investigación pertinentes solicitadas por las partes y las que el juez ordene de oficio, limitadas a la comprobación del hecho y respecto de las personas imputadas por la acusación, confirmando traslado a las partes para que insten lo que estimen oportuno respecto de la apertura del juicio oral (art. 27); si aparecen indicios de otro delito o de participación de otras personas se citará a una comparecencia para concretar la imputación (art. 28); cuando se solicite la apertura del juicio se formulará el escrito de calificación provisional, del que se dará traslado a la defensa, pudiendo las partes proponer diligencias complementarias a practicar en la audiencia preliminar (art. 29); el juez convocará a audiencia preliminar sobre la procedencia de abrir el juicio oral (art. 30); en dicha audiencia se practicarán las diligencias propuestas y admitidas y se oír a las partes sobre la apertura del juicio oral, pudiendo modificar los términos de su petición inicial (art. 31); el juez dictará auto de sobreseimiento o de apertura del juicio, y podrá ordenar alguna diligencia complementaria de resultados de lo actuado en la audiencia (art. 32); en el auto de apertura el juez determinará el hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación, la persona o personas que podrán ser juzgadas, la fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio y el órgano competente (art. 33).

En definitiva, todas estas consideraciones resultan cruciales para entender correctamente el funcionamiento del proceso por jurados hasta el momento del juicio, que la LOTJ ha incorporado a nuestro ordenamiento, pues si se sigue mirando desde la óptica tradicional del modelo acusatorio formal muy probablemente se producirá un notable desenfoque en la comprensión de la regulación contenida en la LOTJ. Claro es que la propia ley se ha encargado de alimentar el equívoco, o no se ha cuidado de disipar las dudas que estas novedades suponen, al establecer la supletoriedad en bloque de la LECRIM en lo que no se oponga a los preceptos de la LOTJ (art. 24.1) por más que aquélla, según se acaba de decir, responda a un modelo sensiblemente distinto tanto en el enjuiciamiento como desde luego en la concepción de la fase de instrucción.

V. LOS MODOS DE INICIACIÓN DEL PROCESO

1. Presupuestos

De acuerdo con el art. 24 de la LOTJ, para ordenar la incoación de un proceso por jurados se requiere que exista una *notitia criminis* sobre unos hechos delictivos cuyo enjuiciamiento corresponda al tribunal del jurado, y figure una persona determinada como imputada. Por tanto, es preciso que aparezca una imputación, lo que comprende tanto la vertiente objetiva, es decir, que resulten unos hechos delictivos, como la subjetiva, esto es, que venga señalada una persona como presunto responsable de los mismos. Sólo cuando se den estos presupuestos procederá la incoación del procedimiento ante el tribunal del jurado, y siempre que se trate de alguno de los hechos comprendidos en el art. 1 de la LOTJ.

Aunque resulta censurable, este procedimiento no puede incoarse si no se ha concretado la imputación, dirigiéndose contra una determinada persona. La LOTJ se desentiende de las investigaciones que se puedan realizar en el curso de una instrucción, sea como sumario o como diligencias previas, hasta el momento en que aparezca una persona imputada. Por lo tanto, cuando el juez reciba una *notitia criminis* de hechos que deban ser enjuiciados por un jurado, si no se hubiera concretado la imputación contra determinada persona, deberá sin duda incoar el procedimiento que corresponda de acuerdo con la gravedad de los hechos, pero se abstendrá de abrir este proceso por jurados.

Quiere cuidar la LOTJ de la rapidez en la instrucción, impidiendo que las pesquisas generales, inacabables en el tiempo, hagan fracasar el juicio por jurados (como se dice en la E. de M.), pero se desentiende de lo que suceda en la instrucción de los hechos delictivos aunque hayan de ser finalmente resueltos por el jurado porque se subsuman en alguno de los delitos del art. 1 LOTJ, hasta que la imputación se concrete.

Precisamente esta decisión de política legislativa, que debe considerarse poco acertada, ha propiciado la postura de la práctica forense, y muy especialmente de la Fiscalía General del Estado, que en sus Circulares 3/1995 y 4/1995 manifiesta una desconfian-

za hacia el juicio por jurado, probablemente porque representa no sólo un modelo nuevo (y la inercia es una fuerza difícilmente resistible) sino porque es un modelo más complicado y más exigente para todos los sujetos que intervienen en él.

2. Denuncia, querrela y actuaciones procesales de las que resulte una imputación

Por lo que se refiere al modo de transmitir la imputación, el art. 24 hace referencia en concreto a la querrela y a la denuncia, es decir, a los actos procesales típicos para que los particulares pongan en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de unos hechos delictivos. Por su parte el Ministerio Fiscal habrá de utilizar la forma de querrela para el ejercicio de las acciones penales que estuvieran obligados a plantear (art. 271 LECRIM), si bien es práctica tradicional consolidada desde finales del siglo XIX que el Fiscal pueda emplear también la denuncia. Finalmente, a la denuncia debe equipararse el atestado policial, pues conforme previene el art. 297 de la LECRIM tendrá la consideración de denuncias para los efectos legales.

Junto con esas formas típicas de traslado de la noticia al juez e iniciación del procedimiento penal, se refiere la LOTJ —y el art. 309 bis de la LECRIM— a cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito del art. 1 de la LOTJ contra persona determinada, lo que se considera como medio hábil para que el juez incoe el procedimiento por jurados.

Es evidente que se refiere la ley con estas actuaciones procesales a la transformación o conversión de un sumario o unas diligencias previas en una instrucción para el juicio por jurados. Eso significa que en el curso de una instrucción penal, que se sigue por unos hechos presuntamente delictivos que deban ser enjuiciados por un jurado por el cauce del sumario o de las diligencias previas porque se desconoce el responsable, tan pronto como se desprenda de las actuaciones la imputación contra una persona, la ley obliga al instructor a incoar este nuevo proceso. De ese modo, las diligencias previas o el sumario ordinario se convierten desde entonces en una instrucción del juicio por jurados.

Además de lo dicho, la conversión no sólo se produce cuando la instrucción no ha seguido el cauce de la LOTJ por falta de imputado, sino también cuando en el curso de una instrucción por hechos ajenos al enjuiciamiento de un jurado aparezcan otros hechos que caigan en el ámbito de aplicación de la LOTJ, sean o no conexos con los que se estaban investigando. Esto comprende también la incoación de una instrucción para el jurado cuando se cometa un delito de la lista del art. 1 de la LOTJ en el curso de unas actuaciones instructoras de cualquier orden, sea en un sumario, en unas diligencias previas o en la propia instrucción del jurado.

La referencia legal a una actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona determinada cuyo enjuiciamiento venga atribuido al tribunal del jurado (art. 24.1 LOTJ y art. 309 bis LECRIM) no puede entenderse como excluyente de la incoación de oficio, ni cabe considerar que no procede la aplicación del art. 308 de la LECRIM cuando se trata de un juicio por jurados. Por el contrario, parece más ajustado a los fines del proceso penal, a los principios de la LOTJ y a la lógica de la propia ley, interpretar que efectivamente no se autorizan actuaciones inquisitivas al instructor en el juicio por jurados; sin embargo, eso no quita para que el juez de instrucción que esté tramitando un sumario o unas diligencias previas no haya de mandar que se incoe procedimiento penal ante el jurado cuando tuviere noticia de la perpetración de un delito (art. 308 LECRIM) que se encuentre incluido en la relación del art. 1.2 de la LOTJ (v.gr., homicidio, amenaza, cohecho, etc.). Como es natural, la *notitia criminis* puede desprenderse de las propias actuaciones procesales, incluso aunque éstas se hubieran abierto para depurar conductas extrañas al enjuiciamiento por jurado, o incluso durante una actuación de cualquier órgano jurisdiccional, sea o no del orden civil.

Tal eventualidad no supone el ejercicio de facultades inquisitivas ni encierra derogación del principio acusatorio, en la medida en que el instructor no ejercita la acción penal, sino que deduce el correspondiente tanto de culpa en razón de lo que se desprende de las propias actuaciones procesales, de modo que el procedimiento se incoará por el juez que resulte competente de acuerdo con las normas de reparto (con el mismo argumento pero llegando a con-

clusión contraria, GIMENO) y en todo caso dará lugar a una instrucción que se sustanciará de forma separada, salvo que se trate de delitos conexos, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el art. 5.2 de la LOTJ.

Por tanto, el proceso ante el tribunal del jurado debe incoarse, cumplidos los presupuestos de una noticia sobre hechos con encaje en el art. 1.2 de la LOTJ y la existencia de una imputación contra persona determinada, desde el momento en que el juez de instrucción haya tenido noticia de ellos, cualquiera que fuere el origen o la fuente de la noticia, incluso cuando derive de actuaciones procesales que se estuvieran siguiendo en el propio Juzgado, en aplicación del art. 308 de la LECRIM, que resulta de plena aplicabilidad en el juicio por jurados.