

EL AUTO DE PROCESAMIENTO

RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ *

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El procesamiento (o auto de procesamiento) es una institución tradicional del derecho procesal penal español que fue recogido en la L.E.Cr. en los artículos dedicados a la instrucción de las causas por delitos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario.

A partir de la L.O. 7/1988 de 28 de Diciembre, que regula el denominado «procedimiento abreviado para determinados delitos», coexisten en el L.E.Cr. dos procedimientos por delitos:

- El procedimiento ordinario instaurado por la L.E.Cr. de 1882 y
- El procedimiento abreviado.

Con la promulgación y entrada en vigor de la Ley del Jurado (LO 5/1995, de 22 mayo, del Tribunal del Jurado, modificada por la LO 8/1995, de 16 de noviembre), se instaura un nuevo procedimiento, ante el Tribunal del Jurado.

Es sólo en el procedimiento ordinario, donde dentro de la fase de instrucción, el Juez debe dictar auto de procesamiento contra determinada persona, tan pronto como aparezcan respecto de la misma indicios racionales de criminalidad ¹.

* Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Sala Segunda.

¹ Vid. Art. 384, párraf. I de la L.E.Cr.

Se puede definir el procesamiento como el acto procesal del Juez instructor, que debe adoptar necesariamente la forma de auto, consistente en la declaración de presunta culpabilidad de la persona contra quien del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe del hecho punible por que se procede, y que le constituye en el estado de procesado, con las garantías inherentes a dicha posición ².

El auto de procesamiento aparece como una peculiar institución del ordenamiento procesal español, cuya naturaleza ha sido caracterizada como resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica, y aunque algún supuesto puede resultar, por consideraciones ajenas al proceso, dañino y perjudicial para el crédito y prestigio social del procesado, representa una garantía para el formalmente así inculpado, ya que permite un conocimiento previo de la imputación en fase de instrucción sumarial, posibilita la primera declaración indagatoria —art. 386 L.E.Cr.— y hace surgir la obligación judicial de proveer de abogado de oficio si el procesado estuviere detenido —art. 118.4 L.E.Cr.—, constituyendo así el procesamiento sólo una resolución que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación de los órganos judiciales ³.

El art. 384 de la L.E.Cr. ordena, no faculta, al Instructor a dictar auto de procesamiento contra aquellas personas acerca de las cuales resulte, en el sumario, algún indicio racional de criminalidad, es decir, no precisándose pruebas plenas, que serán necesarias en su día para dictar la oportuna sentencia, sino bastando para ello indicios que han de ser racionales, o sea, no consecuencia de vagas indagaciones o de livianas sospechas, sino el resultado lógico de un raciocinio serio y desapasionado sobre unos hechos que pueden, fundamentalmente, dar origen a responsabilidad para los que han de ser declarados procesados ⁴.

El origen histórico del procesamiento es discutido en la doctrina. Así, según COVIAN, tiene su origen en la «pronuncia» portuguesa ⁵: el

² Vid. GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, Dcho. Procesal Penal, 9ª edición, pag. 176.

³ TC S 70/1990, de 5 de abril (ponente Gimeno Sendra).

⁴ AP Bilbao A de 28 de enero de 1987.

⁵ Igualmente Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 1890.

despacho de «pronuncia» será decretado en el sumario de querrela luego que en él aparezca suficientemente indicado alguno de los querrellados, continuando aquél hasta recoger el número legal de testimonios y decretándose nuevas pronuncias a medida que se fueren descubriendo nuevos inculpados. Si alguno de los querrellados estuviere preso, la pronuncia será decretada contra él en el plazo de ocho días contados desde que hubiese sido preso ⁶.

La mayoría de la doctrina, no obstante, considera que el procesamiento es una institución netamente española. En este sentido, RUIZ GUTIÉRREZ ⁷ considera que su precedente se encuentra en la «confesión con cargos», momento al que se llega cuando los indicios se cargan sobre una persona determinada, la cual debe dar una exculpación de los mismos. La «confesión con cargos» era un determinado acto en el cual se atribuía la cualidad de presunto reo a una persona, para lo cual se requería la concurrencia de indicios de criminalidad resultantes de una investigación concluida. Carácter esencial de la confesión con cargos era la irrevocabilidad, en el sentido de que, una vez atribuida la cualidad de presunto reo, éste pasaba necesariamente a juicio con esa cualidad. Desde ese momento se convertía en parte del proceso, pudiendo realizar toda clase de actuaciones: nombrar Abogado y Procurador, formular alegaciones, proponer prueba, etc.

La mención al término procesado aparece por vez primera en la Real Cédula de 1740. A partir de la Constitución de Cádiz, en la medida en que se fueron reconociendo garantías al sujeto en la fase instructoria, fue disminuyendo la importancia de la confesión con cargos, sobre todo por la abolición del tormento ⁸.

En esta misma línea, el Decreto de 17 de Abril de 1821 declaró que en sumario debiera resultar acreditada la perpetración del delito, pero podía darse por concluido «aunque el procesado no esté plenamente conocido».

El Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 incorporó cambios que afectaron decisivamente al sistema de

⁶ Decreto portugués de 21 de Mayo de 1841, tit. XXI, cap. 8, arts. 987 y s.s.

⁷ Vid. RUIZ GUTIÉRREZ, «El procesamiento», en Actas del I Congreso Nacional de Dcho. Procesal, Madrid, 1950, pags. 385 y s.s.

⁸ Art. 303 de la Constitución de 1812 y Real Cédula de 25 de Julio de 1814.

procesamiento, que quedó desdibujado: el procesado no era ya el sujeto pasivo a la terminación del sumario, esta cualidad pasó a corresponderle al simple imputado.

El precedente directo del auto de procesamiento se encuentra en el R.D. de 22 de Diciembre de 1872 que promulgó la primera Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal: «...desde que resultare del sumario algún indicio de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándole procesada»⁹. La nueva regulación supuso una notable variación respecto del régimen anterior: la naturaleza del procesamiento no era una situación que se determinaba en la confesión con cargos, como en el sistema clásico, ni un hecho simplemente, como en el sistema intermedio, sino que pasó a ser una declaración de voluntad taxativa y documentada del órgano jurisdiccional y, por tanto, de fácil distinción.

Sin variación pasó por la compilación de 1879. La vigente Ley lo ha recogido con la modificación de exigir la «racionalidad» del indicio: «desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este Título y en los demás de esta Ley»¹⁰.

Afirman SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA¹¹, que aunque el auto de procesamiento no puede decirse que tenga su partida de nacimiento en España, lo que no puede negarse es que durante casi cerca de un siglo ha sido la pieza básica en la instrucción sumarial al objeto de asentar posibles responsabilidades penales, adquiriendo importancia trascendental, a la vez que carta de naturaleza e irradiándose a otras legislaciones, que en más o menos tomaron por ejemplo la nuestra.

La legislación anterior a la primitiva L.E.Cr. de 1872 desconoció este instituto procesal, en el que si desde luego no existió el auto de

⁹ Art. 280.

¹⁰ Art. 384, párraf. I.

¹¹ Vid. J. Saez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, *Compendio de Dcho. Procesal Civil y Penal*. Tomo IV, vol. II. Ed. Santillana, 1968, pags. 873 y ss.

procesamiento si se daba la diligencia de indagatoria, llamada así por su finalidad de indagar e inquerir el delito y el culpable.

Los legisladores del último tercio del siglo pasado, encabezados por ALONSO MARTÍNEZ, perfilan esta institución y la incorporan a nuestro ordenamiento procesal penal, como culminación de la evolución constante del sistema acusatorio, con cuya resolución judicial se fijaba perfectamente la entrada procesal del imputado como parte procesal, a la vez que podía disponer de unos derechos y medios de acción que le evitasen llegar al plenario o pudiendo adoptar mejor posición frente al mismo, así como que en dicho auto de procesamiento se podía y debía acordar cuando procediere la prisión provisional del procesado, y a la vez constituía fundada garantía de la libertad individual.

Lo cierto es que esta institución está en crisis como veremos a continuación.

II. FUNDAMENTO: EL PROCESAMIENTO COMO FORMALIDAD Y GARANTÍA

El procesamiento cumple una doble función: procesal y de garantía.

La función procesal del procedimiento estriba en determinar, mediante la imputación formal en que consiste, la persona contra la que ha de dirigirse el proceso decisorio, haciendo posible la iniciación de dicho proceso y la posterior sentencia de fondo; sin esta determinación se llegaría al juicio oral sin que resultara conocida concretamente la persona del acusado, indispensable para que pueda surtir efectos la forma acusatoria adoptada por nuestra Ley ¹².

El procesamiento supone garantía para el acusado por cuanto le pone a cubierto de las consecuencias perjudiciales que la mera existencia del proceso puede causarle, hasta tanto que formalmente no se le haya imputado la comisión de un hecho punible: el proceso no puede recaer sobre una persona determinada hasta tanto que concurren indicios racionales de criminalidad.

¹² Vid. FENECH, *El proceso penal*, 3ª ed., pags. 308 y ss.

De igual modo que la sentencia requiere un proceso para que sea castigado el culpable —función punitiva— y sea absuelto el inocente —función de garantía—, de igual modo el procesamiento cumple su misión de garantía en cuanto asegura a todo ciudadano que no llegará a la situación de procesado mientras no aparezcan contra él aquellos indicios racionales.

La declaración formal del procesamiento, en sus orígenes, traería consigo dos consecuencias de la mayor trascendencia:

— La primera es que dicha declaración formal permita conocer, con absoluta precisión en el tiempo, cuando una persona debía considerarse «procesada».

— La segunda, derivada de la anterior, es que señalaba el momento a partir del cual el procesado podía hacer uso de los derechos que como tal le estaban atribuidos —y, muy especialmente, del derecho de defensa—, con lo que partía la fase sumarial en dos momentos, antes y después del auto de procesamiento, consecuencia no prevista y causa de la incertidumbre que ha rodeado la figura del sujeto pasivo en la fase de instrucción en el proceso abreviado, en cuanto a los derechos y garantías de que debe gozar el imputado.

En materia de intervención necesaria del abogado defensor, nuestra L.E.Cr. de 1882 se inspiró en el criterio sustentado por el Código Penal francés, según el cual el derecho a la designación de abogado por parte del imputado venía concebido como un derecho potestativo del imputado, de cuyo ejercicio era absolutamente dueño dentro de la instrucción, de manera que si decidía no hacerlo valer el sumario permanecía absolutamente secreto para él y sin posibilidad alguna de contradecirlo hasta el momento del juicio oral en el que el Tribunal había de proceder a designarle un abogado de oficio.

El punto de partida de dicha concepción de la defensa técnica radicaba no sólo en una exigencia de la protección de la sociedad (vid. en este sentido el famoso «reequilibrio» del que habla la Exposición de Motivos de la L.E.Cr.), sino también en la creencia de que el imputado, una vez ilustrado de su derecho a la designación de abogado, podía ejercitar con eficacia su propia defensa privada, y así no es extraño que nuestra L.E.Cr. todavía consagre el derecho del detenido

a recurrir oralmente el auto del Juez elevando la detención a prisión provisional ¹³.

Con todo, dentro de esta filosofía liberal individualista, nuestra L.E.Cr. fue más avanzada que el Código procesal napoleónico: la redacción originaria del art. 118 de la L.E.Cr. ¹⁴, permitió a un importante sector de nuestra doctrina sostener la intervención obligatoria del abogado defensor a partir del auto de procesamiento fundamentalmente en base a que el «consejo» del abogado deviene necesario antes de su primer interrogatorio judicial y a que esta propia resolución judicial es susceptible de ser impugnada a través de los recursos de reforma y apelación, los cuales han de ser siempre firmados por Letrado ¹⁵.

Desde la entrada en vigor de la L.E.Cr. hasta la reforma de 1967 ¹⁶, el procesamiento constituyó el acto formal de inculpación para toda clase de delitos. A partir de esta fecha, el procesamiento se aplicó sólo en los procesos por delitos graves. Atribuidas tales garantías, a partir de la Ley 53/1978 de 4 de Diciembre al imputado ¹⁷, resta conocer si, hoy día, la declaración formal, en que el procesamiento consiste, debe o no ser mantenida.

Para poder enjuiciar el sistema del procesamiento hay que partir de la radical diferencia, en cuanto a la posición de los sujetos procesales, de los procesos penal y civil. En el proceso civil, demandado es aquél frente al que se dirige la demanda. En definitiva, puede ser demandado en el proceso civil cualquier persona por

¹³ Art. 501 L.E.Cr.

¹⁴ Hoy art. 118, parraf. 4º: «si el procesado no hubiese designado Procurador o Letrado, se le requerirá para que lo verifique, o le sea nombrado de oficio, si requerido no lo nombrase, cuando la causa llegue a un estado en que necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciera indispensable su actuación».

¹⁵ Art. 221 L.E.Cr.

¹⁶ Vid. Ley 3/1967 de 8 de Abril que creó el procedimiento de urgencia para determinados delitos.

¹⁷ Art. 118 parraf. I de la L.E.Cr.: Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que ésta sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

simple acto de voluntad de otro, y el proceso civil puede seguirse hasta su terminación sin que exista una relación previa entre demandante y demandado que justifique la demanda dirigida contra este último.

Pero esto «no debe» ni puede ocurrir en el proceso penal. Para que se inicie un proceso penal (cuestión que es distinta de la iniciación de la investigación preliminar) es necesario que se den ciertas condiciones o circunstancias que justifiquen, en principio, la celebración del juicio contra una persona.

Por eso, a partir del siglo pasado, en casi todos los regímenes jurídicos existe el instituto de la «clausura de la instrucción criminal», esto es, una sentencia o acuerdo previo necesario para entrar en la fase de juicio.

En España, el paso de la fase de instrucción a la de juicio oral y la consiguiente adquisición de la cualidad de «acusado» del sujeto pasivo del proceso penal supone un escalonamiento, para el que se precisan ciertos requisitos. Del mismo modo puede sostenerse que para llegar a la fase de instrucción deben darse, a su vez, determinadas condiciones. Si para ser acusado ante el Tribunal es preciso que existan motivos o cargos contra una persona, también para ser inculcado o sometido a un proceso, aunque sea en fase de instrucción preparatoria, deben darse determinados requisitos. Para que se decida la apertura de la fase decisoria o de plenario, es preciso que se den ciertas condiciones o circunstancias que justifiquen la celebración del juicio contra una, o varias, personas determinadas.

La cuestión, por tanto, está en concretar si la situación del sometido a un proceso en su fase de instrucción supone un status que deba ser declarado formalmente y al que se le atribuyan determinadas consecuencias jurídicas.

En este sentido, la doctrina española discute sobre la conveniencia o no de mantener el auto de procesamiento.

Algunos autores (VIADA, RUIZ GUTIÉRREZ, ARAGONESES,...) propugnaban la suspensión del mismo como una institución procesal innecesaria y nociva.

Así, en opinión de ARAGONESES¹⁸ la declaración formal del procesamiento, tal y como está regulada en nuestro sistema legal, es innecesaria, porque no comporta ventajas ni para los intereses del Estado en la persecución de los delitos y aseguramiento de los delincuentes ni presupone la concesión de específicas garantías, ya que las que la Ley concede al procesado debieran ser consideradas a todo imputado, considerando como tal a todo aquel contra el que se adopta alguna medida privativa de derechos o contra el que se dirija el procedimiento. No cree, afirma este autor, que sea preciso una declaración formal de la cualidad (llámese imputado, inculpado o procesado), ya que puede producir consecuencias gravosas de manera innecesaria.

VIADA, por su parte, afirma que puede ser una solución acertada que el juez declare el procesamiento al terminar la fase de instrucción en forma equivalente a la sentencia de reenvío del sistema italiano, o bien ampliar las facultades del Tribunal, concediéndole la posibilidad de la denegación del juicio, cuando las acusaciones resultasen infundadas, en vista de las actuaciones preparatorias realizadas, y concluye diciendo que la declaración formal de procesamiento, tal y como está regulado en nuestro sistema legal, produce consecuencias gravosas y es innecesario, ya que la garantía que la Ley concede al procesado deberían ser concedidas a todo imputado, considerando como tal a todo aquél contra el que se adopte alguna medida privativa de derechos o contra el que se dirija el procedimiento.

Como razones que se aducen para atacar a fondo el auto de procesamiento por los defensores de las tesis abolicionistas, podemos señalar los siguientes¹⁹:

1. No es preciso ni necesario para el procedimiento criminal.
2. No es imprescindible para adoptar medidas cautelares.
3. Presenta un aspecto incriminatorio.
4. Constituye un gravamen para el que lo sufre.

¹⁸ Vid. P. ARAGONESES, *Instituciones de Dcho. Procesal Penal*, 1976, pag. 389.

¹⁹ Vid. J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, Tomo IV, Vol II, Ed. Santillana, 1968, pags. 877 y s.s.

La generalidad de los autores (GÓMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA, JIMÉNEZ ASENJO, PASTOR LÓPEZ, FENECH, CHAMORRO, DE LA OLIVA, ESCUSOL,...), no obstante, son partidarios de la conservación del auto de procesamiento, considerándolo como una garantía para el inculpado y, en general, para todas las personas, ya que el juicio oral únicamente puede seguirse contra el procesado o procesados.

Así, JIMÉNEZ ASENJO²⁰, considera el auto de procesamiento como una garantía, si no personal, como la detención o prisión de otras leyes extranjeras o nacionales, si lo es formal o rituaría en sí, al que, aunque acompañen, pueden faltar aquellas dos.

Para FENECH²¹ el procesamiento supone garantía para el acusado por cuanto le pone a cubierto de las consecuencias perjudiciales que la mera existencia del proceso puedan causarle, hasta tanto que formalmente no se le tenga imputada la comisión de un hecho punible. El proceso penal, continua diciendo este autor, es ya una pena, se ha afirmado con paradójica certeza, en cuanto entraña un dolor, y el Derecho debe poner los medios precisos para evitar que este dolor sea sufrido por alguien injustamente; por esto el proceso no puede recaer sobre una persona determinada hasta tanto que concurren indicios racionales de criminalidad.

ARAGONESES MARTÍNEZ²² afirma que la declaración de procesamiento, mediante el cual el simple «sospechoso» aparece, desde luego, como el «probable» responsable de los hechos delictivos, puede llevar aparejadas consecuencias social y jurídicamente penosas. Es cierto también que la concesión de las garantías procesales al «imputado» puede poner en cuestión el mantenimiento de esta figura, pero creemos, afirma, que, con todo, comporta beneficios para el propio encausado²³.

²⁰ Vid. E. JIMÉNEZ ASENJO, Dcho. Procesal Penal, Vol II, Ed. Revista de Dcho. Privado, pag. 4.

²¹ Vid. M. FENECH, El proceso penal, 3ª edición, pag. 283.

²² A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, Dcho. Procesal Penal, 1993, pag. 405 y s.s.

²³ Continúa diciendo esta autora que: «quizás el mejor modo de demostrar esta afirmación sea considerar las consecuencias que su supresión puede suponer. Prescindiendo de la condición de «imputado» que puede surgir de la admisión a trámite de una denuncia, o de una querrela, o de la adopción de una medida cautelar, ex. art. 118, pensemos en el caso de que el Juez de instrucción

ESCUSOL ²⁴ considera que aunque se está cuestionando la constitucionalidad del auto de procesamiento, debe consignarse que el mismo es el acto procesal formal de inculpación, e indispensable soporte de todas las garantías del inculpado.

De manera similar en todos los sistemas procesales contemporáneos esa resolución judicial de inculpación, verdadero presupuesto de la apertura del juicio, viene a ser equivalente a nuestro auto de procesamiento. Así, el Código de Instrucción Criminal francés contempla la situación especial del «*prevenu*», persona sujeta a un proceso penal y contra la cual permite decretar los mandatos de detención y registro hasta llegar a la «puesta en acusación» por el acta que, con tal fin, presenta el Ministerio Público. El código de procedimiento penal italiano dispone que para poder emitir un mandato u orden (de comparecencia, de arresto o de captura) es necesario que existan suficientes indicios de culpabilidad a cargo de aquél contra el cual se emite el proveído ²⁵.

El TC (S 186/1990 de 15 de Noviembre ²⁶) llega a la conclusión, si bien relativa al procedimiento abreviado en el que no existe el auto

cite a una persona para tomarla declaración. ¿Basta la citación para que tal persona puede considerarse imputada? Si así fuera, y el citado no compareciera, la orden de comparecencia puede convertirse en orden de detención; si compareciera, no deberá prestar juramento, tendrá derecho a guardar silencio, a no declarar contar sí mismo y a ser asistido por Abogado. Si por el contrario, fuere citado como testigo, tendría obligación de comparecer (pudiendo ser perseguido, en su caso, por denegación de auxilio, ex. art. 420) y de declarar, prestando juramento (pudiendo incurrir, en su caso, en el delito de falso testimonio).

Pues bien, ¿qué ocurriría si un sujeto declara en la confianza de que lo hace en calidad de testigo y después el proceso se dirige frente a él, como resultado de su declaración? A nuestro juicio sólo cabría una repuesta: el instructor debería citarlo de nuevo, esta vez inequívocamente en calidad de imputado, dándole a conocer su condición de tal.

De lo anterior se deriva, finaliza la autora, la ineludible consecuencia de que ha de existir una declaración formal de imputación, como ocurre, a partir del siglo pasado, en casi todos los regímenes jurídicos, en los que se prevé algún tipo de actuación judicial equivalente a nuestro auto de procesamiento.

²⁴ Vid. E. ESCUSOL BARRA, El proceso penal por delitos, 3ª ed., pag, 29.

²⁵ Art. 252 C.P.P. italiano.

²⁶ Cuestión de inconstitucionalidad n° 1914/90. BOE de 3/12/90 y suplemento del B.O.E. n° 289 de 13/2/91. Ponente Sr. Gimeno Sendra.

de procesamiento, de que ha de existir una declaración formal de imputación. En síntesis afirma dicho Alto Tribunal ²⁷ que es indudable que al imputado no sólo no le está legalmente vedada la posibilidad de comparecer en las diligencias previas, sino que el examen del art. 789.4 de la L.E.Cr. a la luz del art. 24 de la Constitución Española, ha de llevar también a la siguiente conclusión: en primer lugar, la de que el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido o no «*ab initio*» las diligencias previas) quien sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts. 788 y 118.4 L.E.Cr.) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podría provocar, en la práctica, acusaciones sorpresivas de los ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral aun cuando no hubiera gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (arts. 299 y 789.3° L.E.Cr., en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar «las personas que en él hayan participado»), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir acusación contra cualquier ciudadano, confundiéndose el

²⁷ Vid. F.J. PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, Cuestiones de inconstitucionalidad: Jurisprudencia del Trib. Const. (1987-1990), tomo II, C.G.P.J., pag. 1737.

principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa. Se permitiría, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la «penalidad» de la publicidad del juicio oral.

Pese a los argumentos de los autores contrarios a mantener esta institución, entiendo que debe mantenerse y por la siguiente argumentación: El procesado, queda sometido a las resultas del proceso penal, y desde el momento de dictarse el auto de procesamiento adquieren significación las garantías que la Ley establece para el mismo, empezando por la presunción de inocencia. El auto de procesamiento es garantía del inculcado, garantía de la que no se le puede privar sin afectar de alguna manera al derecho de defensa. El denunciado o querrellado, interviene desde el inicio del proceso, pero el auto de procesamiento es el acto procesal en el que el Juez imparcial, concreta los hechos —que pueden ser distintos de los que expresa la denuncia o la querrela— y su calificación jurídico penal, así como los fundamentos jurídicos indicativos de la criminalidad del sujeto. Desde que se dicta y notifica el auto de procesamiento queda patente en el proceso (en la pieza principal o sumario) un planteamiento penal, del que nace el derecho del procesado a solicitar del Juez la diligencia concreta que a su derecho convengan; a parte, puede utilizar los recursos de reforma, y, en su caso, de apelación. Y avanzada la instrucción sumarial, cuyo contenido queda determinado por el auto de procesamiento y por las diligencias de investigación y de defensa, tiene sentido el derecho del procesado de recurrir en queja ante la Audiencia para instar la pronta terminación del sumario.

Si no se dicta el auto de procesamiento, cabe la distorsión de las diligencias de investigación, lo que, de suyo, dificulta una correcta instrucción o impide que el inculcado pueda fundamentar sus peticiones de defensa y, en su caso, el recurso de queja ante la Audiencia.

Argumenta ESCUSOL ²⁸ en este sentido diciendo que es deber del Ministerio Fiscal instar de la Autoridad Judicial —bien en el sumario, bien incluso interesando la revocación del mismo, en su caso— que el auto de procesamiento sea comprensivo de todos los hechos que la

²⁸ Vid. E. ESCUSOL, obra citada pag. 29 y s.s.

investigación haya puesto de relieve; ello tiene sentido por cuanto se facilita al inculpado, desde el momento más temprano posible, la preparación de su defensa, con posibilidad de petición de diligencias sumariales que, practicadas, puedan ser sometidas a debate en el plenario o juicio oral ²⁹.

Lejos de considerar el procesamiento como una institución inútil, innecesaria e imprescindible, entiendo que constituye una garantía para el inculpado: el juicio oral sólo podrá abrirse contra aquella persona que —siempre dentro del proceso ordinario por delitos— hubiere alcanzado la categoría de procesado; esto es, contra la persona sobre la que se hubiere dictado auto de procesamiento. Se trataría, en definitiva, de una medida protectora del imputado, por ser requisito previo e imprescindible para abrir el juicio oral contra el mismo.

III. ANÁLISIS DEL PROCESAMIENTO

El procesamiento, se repite, es el acto procesal del Juez de Instrucción consistente en la declaración de presunta culpabilidad de la/s persona/s contra quien/es del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe del hecho punible por el que se procede y que le constituye en el estado de procesado con las garantías inherentes a dicha posición.

²⁹ Según ESCUSOL, obra citada, pag. 30, la buena práctica, por ajustada plenamente a la Constitución, será que los Jueces de Instrucción actuaran de la siguiente manera: presentado que les sea un detenido, si apreciar a motivos bastantes para elevar la detención a prisión, deben dictar, simultáneamente, autos de procesamiento y prisión, consecuentemente, deben abrir la correspondiente pieza de situación y de responsabilidad civil (y, en su caso de responsabilidad civil subsidiaria), y deben actuar en la pieza principal o sumario y en las piezas separadas, atendiendo a los específicos fines de unas y de otras. Y esa buena práctica debe servir para orillar la corruptela de iniciar los procesos por los hechos graves mediante la incoación de «Diligencias Previas». (...) En efecto, la práctica abusiva de «diligencias previas» significa:

- Desvirtualizar el verdadero sentido de este procedimiento preliminar, y
- La substracción, «*ab initio*», del control de asuntos a la Audiencia Provincial puesto que solo cuando se incoan sumarios los Jueces deben dar cuenta al Presidente de la Audiencia, conforme a lo dispuesto en el art. 308 de la L.E.Cr.

La resolución por la cual se declara procesada a una persona debe revestir forma de auto, y ha de ser razonado, conforme a los arts. 141 L.E.Cr. y 248 L.O.P.J.

Por su importancia transcribiremos parte de la Real Orden Circular de 5 de septiembre de 1906 ³⁰ referida a estos extremos, que dispuso la motivación de los autos de procesamiento en los siguientes términos:

«1. Que, como terminantemente previene el art. 141 de la L.E.Cr., los autos declarando el procesamiento, o dejándole sin efecto, o no accediendo a tal declaración, que los Jueces hubiesen de acordar en las causas criminales, expresen por medio de resultandos y considerandos los razonamientos de hecho y fundamentos de derecho inductivos en cada caso de la criminalidad presunta del inculpado en el delito motivo de proceso, y que justifiquen la procedencia de declaración tan trascendente para la honra del ciudadano, quien tiene indiscutible derecho a encontrar en los Tribunales de Justicia refugio y seguro de amparo contra las malevolencias de la pasión unas veces y otras, acaso, contra las exaltaciones circunstanciales de las arterias e insidias de las luchas políticas.

2. Que no pudiendo quedar a merced de una resolución judicial injusta por la inmotivada, el respeto a la integridad de los derechos constitucionales que el procesamiento interdice y suspende, cuide V.I. de prevenir a los Jueces del territorio de su jurisdicción, que a resolución de tanta gravedad, así como a las resoluciones que la modifiquen o denieguen, proceda siempre un razonamiento detenido, expuesto en la forma rituarial que la Ley Procesal ordena, razonamiento que, dentro de la natural discreción impuesta a los funcionarios judiciales para no quebrantar el sigilo sumarial, permita no sólo abonar la justicia del acuerdo, sino la posibilidad de parte del agraciado de ejercitar debidamente los recursos de reforma y apelación contra una resolución que estima lesiva a su derecho.

3. Que procediendo contra tales autos el recurso de apelación en un solo efecto, y siendo indiscutible que para la viabilidad del

³⁰ Esta Real Orden desarrolla la Real Orden de 13 de Marzo de 1895, referente también a la redacción de autos de procesamiento.

recurso, aparte de la motivación de la resolución apelada, se requiere el testimonio escrito de aquellos particulares del sumario en los cuales el Juez creyó encontrar los hechos inductivos de criminalidad presunta, ordene V.I. que, dentro de los límites discrecionales prevenidos por el art. 225 de la L.E.Cr., sean tales testimonios lo suficientemente explícitos y bastantes a la discusión que en el Tribunal Superior habrá de proceder a la confirmación o revocación del auto apelado.

4. Que dado el innegable celo de V.I. y a fin de que la Administración de Justicia aparezca en el ejercicio del ministerio penal rodeada de aquellos saludables prestigios que le son debidos, espera confiadamente el Ministro que suscribe habrá de coadyuvar al cumplimiento de la presente soberana disposición haciendo que los Tribunales de ese territorio, tanto cuando de modo general conozcan en el trámite procesal correspondiente de los procesos, cuando en virtud de los recursos de apelación o queja vengan requeridos a resolver, usen de las facultades disciplinarias si, lo que no es de creer, fuesen necesarias, y que le están otorgadas por el art. 258 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal».

NOTAS CARACTERÍSTICAS

Pueden indicarse como sus notas características las siguientes:

a) Formales:

1. Es una resolución judicial interlocutoria. Lo primero porque emana de una autoridad de dicha clase e instructora; la interlocución es un término y concepto clásico en nuestra práctica judicial histórica que, no obstante haberse preterido en los vigentes Códigos Procesales, posee un significado claro: resolución dictada «andando el pleito» que, por tanto, no posee carácter definitivo.

2. Ha de ser fundada. Este requisito ha tenido que ser reiteradamente recordado, desde la promulgación de la L.E.Cr., mediante ordenes y circulares complementarias, prohibiéndose el uso de impresos con fórmulas estereotipadas, en donde se procuraba aludir de modo genérico a una abstracta responsabilidad de un presunto reo, cuyo nombre bastaba estampar en el hueco dejado al efecto para

cumplir mecánicamente la exigencia legal. A remediar esta corruptela descuidada o negligente vino la Real Orden de 13 de Marzo de 1985, que lo prohibió, y lo completó la Real Orden de 5 de Septiembre de 1906, en los términos ya vistos.

En este sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia 66/1989 de 17 de Abril ha afirmado que la exigencia de motivar el auto de procesamiento constituye hoy un deber constitucional.

b) Como notas internas se indican las siguientes:

1. Imputación provisional de un hecho punible a persona determinada. Esta nota se encuentra implícita en las palabras usadas por la Ley, «desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona», puesto que contiene en esencia la naturaleza de la llamada semiprueba o prueba indiciaria.

Este «carácter provisional» de esta resolución ha sido puesto de relieve en numerosas ocasiones por el TS2^a. Así, entre otras, destacamos la S de 2 de Abril de 1990: «el procesamiento viene a ser una especie de imputación formal de carácter provisional, al no poder verificarse aquélla con toda precisión y refrendo acreditativo deseable, lo que normalmente sólo será posible al término de las actuaciones; en efecto, el procesamiento marca un hito notable, constituyendo un presupuesto de la iniciación del proceso decisorio, a la vez que inviste al procesado de la plenitud de legitimación pasiva, con todos los derechos que, como parte procesal, le vienen conferidos a lo largo de la instrucción y de las ulteriores fases procedimentales, bastando para su pronunciamiento, según el art. 384 de la L.E.Cr., con la presencia de algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, lo que equivale a fundada sospecha, producto de un raciocinio lógico, serio y desapasionado, sospecha de participación, en cualquiera de sus grados, de una persona en un hecho punible, sin exigencia de un rotundo y absoluto acreditamiento de semejante implicación, o de una convicción intangible incapaz de ser sometida a revisión».

Igualmente este carácter ha sido recogido expresamente por el Tribunal Constitucional en sentencia 70/1990 de 5 de Abril al señalar que constituye el procesamiento «solo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspon-

diente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación de los órganos judiciales.

2. Con la sujeción directa e inmediata del presunto reo a las resultas del proceso, se expresa la nota específica de la diligencia que constituye su fin propio. Por sujeción directa e inmediata se pretende expresar que, por ser la responsabilidad personal e intransferible, la obligación de comparecer al llamamiento judicial que el auto implica ha de recaer sobre el mismo, por prisión o libertad provisional, a resultas de la resolución final, sea ésta sentencia condenatoria, absolutoria o un auto de sobreseimiento, puesto que cualquiera de ellos son «resultados definitivos» del proceso incoado.

3. Es subordinada. Ya que el procesamiento es una decisión del órgano judicial de la instrucción, sometida por vía del recurso al propio Tribunal competente para abrir el juicio o sobreseer.

NATURALEZA JURÍDICA

El auto de procesamiento significa en nuestra legalidad lo que en la extranjera se denomina «puesta en acusación» o más concretamente «la primera puesta en acusación», ya que posteriormente esta situación aparece también en el auto de apertura del juicio oral y fundamentalmente en el escrito acusatorio del Ministerio Fiscal. Se puede por tanto afirmar que se trata de una provisoria «acusación» judicial que justifica el principio jurídico de que el instructor es un acusador accidental, máxime cuando en otros sistemas esta resolución descansa sobre la querrela fiscal.

El auto de procesamiento es una resolución constitutiva, y que por él se crea el estado de procesado, a la que simultáneamente va ligada normalmente la adopción de medidas cautelares, personales y reales, como por ejemplo, la prisión provisional y la fianza o embargo ³¹.

Es erróneo pensar que el estatuto jurídico del inculpado no nace sino con el auto de procesamiento, porque su posición de sujeto de la

³¹ Vid. E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, *Dcho. Procesal Penal*, 9ª edic., pág. 179.

relación procesal, con mayores o menores garantías, queda ya creada por el hecho de dirigir contra él un acto de procedimiento, de cualquier clase que sea, como se indicó anteriormente. Así, el citado para ser oído, el detenido o el preso, son sujetos de la relación procesal con anterioridad al acto formal del procesamiento. Con el auto de procesamiento lo que sucede es que se robustece la posición formal de parte del inculpado, aumentando las garantías procesales del mismo. En tal sentido, la sent. de la Sala II del Tribunal Supremo de 5 de Septiembre de 1989 ha afirmado que «el principal efecto de la formalización del procesamiento estriba en marcar el momento en que el derecho de defensa formal del inculpado podía ejercitarse ampliamente, hoy adelantado en méritos a la regulación del art. 118 L.E.Cr., representando un paso en la determinación de la legitimación pasiva, merced a la imputación de carácter provisional que entraña, comportando, a la vez, un halo de garantías para el implicado».

FORMA

Ya hemos dicho que la resolución por la cual se declara procesado a un persona debe revestir la forma de auto, debiendo ser éste razonado conforme a los arts. 141 L.E.Cr. y 248.2 L.O.P.J.

En tal sentido, afirma el auto de 10 de Octubre de 1987 de la Audiencia Provincial de Bilbao que «el auto de procesamiento... debe ser debidamente motivado, como exige la Real Orden de 5 de Septiembre de 1906, en cuanto a los hechos, mediante una exposición objetiva de los que, atinentes al tipo penal atribuido, aparezcan acreditados con la *semiplena probatio* propia de la fase instructora y hasta el momento practicada, y, en cuanto a los fundamentos de derecho, siguiendo el proceso lógico, serio y desapasionado a que se refleja la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899.»

El auto deberá contener los requisitos generales de esta clase de resoluciones judiciales; esto es, se encabeza con el lugar y fecha y seguidamente se entra en los Hechos y Razonamientos Jurídicos que se estimen precisos para resolver completamente el asunto enjuiciado y, por último, la Parte Dispositiva. Así:

— En los Hechos se hará constar si la causa se inició por denuncia, querrela o de oficio, —expresándose, en su caso el denunciante y

denunciado, el querellante y querellado—, y sucintamente los hechos a que aquella se contrae. Seguidamente se expresará el hecho o hechos que se estimen probados como figura delictiva.

— En los Razonamientos Jurídicos se harán constar la clase de delito imputado y que existen indicios racionales de criminalidad contra determinada persona para deducir la necesidad de decretar su procesamiento, resolviéndose la libertad provisional o prisión en sus respectivos casos.

— En la Parte Dispositiva, finalmente, se declara procesado al que se considere procedente, citando su filiación completa o señas que le identifiquen, mandando que se entiendan con él las sucesivas diligencias en la forma prevenida en la Ley y haciéndole saber su derecho, mandando se le reciba declaración indagatoria y reclamar los datos estadísticos exigidos por la Ley (nacimiento, antecedentes, conducta), requiriéndole para que preste la fianza que el Juez fije para asegurar las responsabilidades de la causa bajo apercibimiento de apremio. Será firmado por el Juez que la dicte (es decir, el que se hallase encargado de la formación de sumario según las reglas generales de la competencia penal).

Al notificarse a las partes debe indicarse que esta resolución no es firme, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello ³².

El auto de procesamiento motiva la formación de dos piezas separadas, la pieza de situación personal y la pieza de responsabilidad personal. En la primera se hace constar todo lo referente a la prisión o libertad provisional del procesado así como la fianza que preste o la obligación «*apud acta*» de comparecer los días que se le señalen ³³. Su formación se halla ordenada en la Ley al disponer que la diligen-

³² Vid. art. 248.4 L.O.P.J.

³³ La comparecencia suele fijarse con una perioricidad quincenal. El procesado puede solicitar realizarla en el Juzgado de otra localidad, por razón de su domicilio o trabajo. En caso de ausencia o ausencia injustificada puede cambiarse la situación por prisión y, si no es habido el procesado, acordar la requisitoria, la búsqueda y captura. Al margen de esta comparecencia periódica debe presentarse siempre que le cite el Juez o Tribunal a cuya disposición se encuentre.

cia de prisión y libertad provisional y la fianza se substanciarán en pieza separada³⁴. En la segunda, se hacen constar todas las diligencias sobre fianzas y embargos decretados para asegurar las responsabilidades pecuniarias del procesado que en definitiva puedan declararse procedentes³⁵.

La Ley de 24 de abril de 1958 introduce en la L.E.Cr.³⁶ una nueva medida cautelar consistente en la privación del permiso de conducir si el procedimiento derivase de un delito cometido con motivo de su conducción y el procesado quedase en libertad. Esta medida, en congruencia con el abono del tiempo de duración de tal medida como cumplimiento de la futura pena de privación del permiso de conducir que prevé el art. 58.1 del C.P., sólo procederá en procesamientos por delitos que tengan prevista dicha pena.

MOMENTO EN QUE DEBE DICTARSE

La L.E.Cr., respecto al momento en que ha de dictarse esta resolución, sólo dice, conforme al art. 384, «...desde que resultare del sumario algún indicio racional», lo que deja indefinido aquel momento al criterio judicial. En algún caso, por tanto, será inmediata la adopción de tal medida, si la claridad de los hechos así lo acredita sobre un sujeto determinado, o cabe que se concluya la instrucción sin haber encontrado persona alguna sobre la que recaigan esos indicios, siendo incluso la Sala de la Audiencia la que pueda ordenar el procesamiento, como veremos, revocando el auto de conclusión del sumario.

Resulta evidente, por tanto, que el procesamiento no está sometido a límite temporal, ya que el auto puede dictarse en cualquier momento del sumario. No obstante, es práctica relativamente frecuente esperar a los momentos finales de la instrucción. Lo que si es cierto e incuestionado es que, en el procedimiento ordinario por delitos, el auto de procesamiento supone un presupuesto de la fase decisoria, en el sentido de que sin él no podrá acordarse la apertura del juicio oral.

³⁴ Vid. Art. 544 L.E.Cr.

³⁵ Vid. Art. 590 L.E.Cr.

³⁶ Vid. Art. 529 bis L.E.Cr.

El auto de procesamiento puede dictarse de oficio por el Juez cuando concurren elementos racionales de criminalidad, o a petición del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes acusadoras, cuando no habiéndolo hecho el Instructor, aquéllas estimen que se dan tales indicios y que es procedente.

Ahora bien, las acusaciones cuando presentasen el escrito de conclusiones provisionales, pueden calificar los hechos bajo figura penal distinta de la que hizo constar el Instructor en el auto de procesamiento, sin necesidad de solicitar la revocación del auto de conclusión del sumario para que se haga un nuevo procesamiento, lo que en definitiva viene a convertir el auto de procesamiento en una pieza básica para continuar el proceso y con ella la acusación, pero sin que su calificación tenga ningún valor jurídico, sino simplemente la de demostrar que contra el inculpado existen indicios racionales de criminalidad y por tanto de culpabilidad que justifican tal resolución y que el procesado quedase sometido a la jurisdicción del Tribunal ³⁷. Así lo ha reconocido la Sala II del Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de Diciembre de 1990 al afirmar que «el procesamiento supone una imputación formal de carácter provisional, dado que la misma no podrá determinarse en su extensión y necesaria precisión hasta el término del sumario, constituyendo un presupuesto de iniciación del proceso decisorio con determinación de la legitimación pasiva y definición del cerco de garantías con que la ley rodea al sujeto imputado como parte procesal señalada; el auto de procesamiento no delimita definitivamente el objeto procesal, es decir, el hecho o hechos que han de ser objeto de discusión y fallo en el juicio oral; conforme al art. 650 de la L.E.Cr. los hechos que han de reflejarse en los escritos de calificación provisional son los que «resulten del sumario» y no necesariamente los que diesen lugar al procesamiento; el hecho del juicio oral queda determinado en los escritos de calificación provisional».

Con idéntica ausencia de los límites temporales hay que entender la posibilidad de revocar el procesamiento en cualquier momento en que los indicios resulten posteriormente desvirtuados ³⁸.

³⁷ J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FDEZ. DE GAMBOA, obra citada, pag. 867.

³⁸ Vid. Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1899.

En un principio, al promulgarse la L.E.Cr., se estimó que el auto de procesamiento dictado por el Juez competente, no podría ser dejado sin efecto, de oficio, posteriormente. Así lo explica GARCÍA VALDÉS³⁹: Se entiende que, no habiéndose interpuesto en tiempo hábil recurso alguno contra el mismo o habiéndose denegado la reforma contra él solicitada, no existían moldes procesales que autorizaran a dejarlo sin efecto o a modificarle; debiendo subsistir, aun desapareciendo los motivos que dieron origen a que aquel se dictase, teniendo que arrastrar la persona que por aquel quedase sujeta, las consecuencias que aquel lleva consigo hasta que, ya el sumario en el Tribunal Superior, éste dictase la resolución definitiva de carácter absolutorio, o terminase el proceso por un auto de sobreseimiento, que vuelve al procesado al seno de la sociedad, libre del peso de la sospecha en que el Instructor lo envolvió.

Los criterios rigoristas y restrictivos que sostenían tal doctrina aducen como fundamento la inexistencia en la Ley de un precepto concreto y determinado que estableciera tal facultad. Añadían que, si así lo hubiera pensado y querido el legislador, claramente lo hubiese dispuesto, como lo hizo en lo referente a la libertad del procesado, que ha de decretarse tan pronto resulte comprobada su inocencia, sin que pueda dilatarse la detención o prisión provisional de los inculcados que se encuentran en aquella situación⁴⁰; y que el dejar sin efecto el procesamiento en el período sumarial restaba competencia y atribuciones al Tribunal superior, que es quien ha de resolver en definitiva todas las cuestiones que abarca el proceso, con plena y absoluta jurisdicción.

Esta cuestión de la reforma de oficio, por el propio Instructor, de los autos de procesamiento por él dictados fue resuelta en sentido afirmativo por la Fiscalía del Tribunal Supremo, señalando que, por aquel sabido principio «*eius est tollere cuius est condere*», si los indicios de criminalidad contra determinada persona han sido el motivo que ha dado lugar a su procesamiento, desvirtuados posteriormente aquéllos, el Juzgador no sólo puede alzar el procesamiento que fue consecuencia de la existencia de aquéllos, sino que debe hacerlo así,

³⁹ Vid. R. GARCÍA VALDÉS, *Dcho. Procesal Criminal*, Ed. Reus, 1944 págs. 226 y ss.

⁴⁰ Vid. Art. 528 L.E.Cr.

pues obrar de otro modo sería tan contrario a la lógica como a la Justicia y a la propia Ley.

Hoy día nadie discute la posibilidad de reforma de oficio por el propio Instructor del auto de procesamiento por él dictado.

La revisión del procesamiento o de su denegación pueden hacerse por el Juez, y por el Tribunal juzgador no sólo de oficio, sino también a instancia de parte, mediante la interposición de los recursos correspondientes, como se verá a continuación.

ÓRGANO COMPETENTE PARA DICTAR EL AUTO DE PROCESAMIENTO

Órgano jurisdiccional competente para dictar el auto de procesamiento es el Juez de Instrucción encargado de la formación del sumario conforme a las reglas generales de la competencia penal, (criterio que aparece recogido en forma implícita en el art. 384 de la L.E.Cr.) con la sola excepción de los Tribunales encargados, por disposición de la L.O.P.J. (arts. 57.2º y 3º y 73.3º) o de determinadas Leyes especiales, de pronunciar el procesamiento contra las personas aforadas.

Se discutió si los Jueces de Distrito podrían decretar el procesamiento cuando intervenían en la práctica de diligencias sumariales, ya que el art. 516 de la L.E.Cr. facultaba a tales Jueces a elevar la detención a prisión y, siendo el procesamiento un requisito previo de la prisión, algunos actores sostenían que los Jueces de Distrito podrían dictar el procesamiento. La mayoría de los autores, no obstante, afirmaban que existían dos autos de prisión, el de elevación y el de ratificación operando el procesamiento únicamente como requisito previo del auto de ratificación, los que les llevaba a la conclusión de que no era posible dictar por el Juez de Distrito el auto de procesamiento. Esta polémica ha quedado sin efecto al suprimirse al Justicia de Distrito, de acuerdo con la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial (Disposición Transitoria 3ª).

EFFECTOS

El procesamiento supone ⁴¹, en esencia, un cambio de la situación procesal del encausado que deja de ser el «posible» responsable de los hechos delictivos, para convertirse en el «probable» culpable de los mismos, habida cuenta de los indicios racionales de criminalidad que pesan sobre él.

Esta nueva situación lleva aparejada una serie de garantías para el imputado, entre las que podemos señalar:

a) El procesamiento permite un cierto conocimiento previo de la acusación en fase sumarial.

Es jurisprudencia constante ⁴² que el procesamiento no delimita definitivamente el objeto procesal, así como que la calificación jurídica contenida en el auto de procesamiento no es vinculante ni para las partes ni para el Tribunal sentenciador. Así, ha declarado el TS^{2a} que: «el auto de procesamiento no es vinculante para las partes ni para el Tribunal sentenciador; el cual debe, precisamente, formar su conclusión sin tener en cuenta las decisiones tomadas por otros órganos de la Administración de Justicia» ⁴³, que «el auto de procesamiento no es asimilable al acto de acusación, dado que ello atentaría al principio formal que rige el ordenamiento penal, no siendo más que una resolución judicial constitutiva por la que se crea el estado o la situación de procesado, a lo que normalmente va ligada la adopción de medidas cautelares, pero sí es un instrumento indispensable en el tipo de proceso en que aparece, para la apertura del juicio oral, lo que constituye una garantía para el inculpado, ya que el juicio oral, y por ende la acusación, solo podrá dirigirse contra los que en la resolución correspondiente aparezcan configurados como tales, siendo el verdadero instrumento procesal de la acusación el escrito de conclusiones definitivas, y a él debe ser referida la relación o juicio de congruencia del fallo, ya que nadie puede ser considerada sin que pueda alcanzarse el pleno conocimiento de la imputación que efectúe, dán-

⁴¹ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS, obra citada, pags. 408 y s.s.

⁴² Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1987 y de 26 de Julio de 1988

⁴³ Tribunal Supremo, Sala II, Sentencia 8 de septiembre de 1989.

dole la oportunidad de protegerse mediante la adecuada defensa, y así el Tribunal sentenciador no puede introducir elementos de cargo nuevos, ni siquiera cambiar el punto de vista jurídico, olvidando la correlación entre acusación; el auto de procesamiento, como medida cautelar pues, no fija definitivamente el tema decidendi, sino que este queda delimitado en el acta de acusación tanto del Ministerio Fiscal como de las acusaciones particulares, pues es entonces cuando realmente se ejercita la acción contra el imputado, quien conocedor de la acusación, puede replicar a la misma en todos sus extremos y preparar su defensa sin sorpresa alguna, quedando así indemne el principio de no indefensión»⁴⁴.

Sin embargo es en el auto de procesamiento donde deben quedar reflejada la base fáctica de donde deriven otras posibles infracciones no recogidas en éste, para poder ser incriminadas a los responsables en el plenario, habiendo declarado el TS²^a en S de 17 de Octubre de 1980 que «la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Juez de Instrucción en el auto de procesamiento tiene carácter provisional y está siempre supeditada a lo que las partes y el Tribunal, durante la fase plenaria del proceso, realicen en sus escritos de calificación y en la sentencia, siendo perfectamente válida y lícita cualquier discrepancia respecto a lo realizado por el Instructor, pero, si el referido procesamiento, se funda en la existencia de indicio o indicios racionales de criminalidad respecto a la perpetración de ciertos hechos que sirven para fundamentar que el procedimiento se dirija contra determinada o determinadas personas, la posibilidad de incriminar, a éstas, en la fase plenaria, otra infracciones basadas en hechos distintos que no constituyen la fase fáctica del procesamiento, es más que dudosa hasta el punto de que la *communis opinio* rechaza enérgicamente tal posibilidad que no admite sino mediante una ampliación del procesamiento que lo extiende a esos hechos con los que se intenta construir y fundamentar una acusación más amplia».

b) El procesamiento posibilita la declaración indagatoria. Así dispone la L.E.Cr.⁴⁵ que «en la primera declaración será preguntado el procesado por su nombre, apellidos paterno y materno, apodo, si lo tuviera, edad, naturaleza, vecindad, estado, profesión, arte, oficio o

⁴⁴ TS²^a S 17 de abril de 1991.

⁴⁵ Art. 388 L.E.Cr.

modo de vivir, si tiene hijos, si fue procesado anteriormente, por qué delito, ante qué Juez o Tribunal, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo por el que se le ha procesado».

En la actualidad ⁴⁶, la indagatoria ha venido por imperativo de la mecánica y función procesal a perder su verdadero valor para convertirse en un simple trámite que por precepto legal se ha de cumplir, ya que en la mayor parte de los casos, la experiencia nos lo enseña, el procesado ha declarado con anterioridad una o varias veces en las cuales ha expuesto ya aquello que a su derecho convenga o a justificar su actuación, por lo que en gran número de ocasiones vemos que el contenido de la respuesta del procesado en la indagatoria se limita a decir: «es cierto»; «no es cierto»; «me atengo a lo declarado»; etc. De todas formas puede ser de gran utilidad, tanto cuando por no haber sido habido con anterioridad el inculpado se había dictado auto de procesamiento contra él, pues no obstante su incomparecencia los indicios racionales de criminalidad eran suficientes para adoptar tal resolución, y constituye la declaración de indagatoria su primer contacto con el Órgano Jurisdiccional, cuando en otras ocasiones sirve o para rectificar declaraciones anteriores, o aclarar conceptos oscuros.

c) Hace surgir la obligación judicial de proveer la designación de Abogado de oficio si el procesado estuviere desasistido ⁴⁷.

d) Confiere al procesado la condición de parte —determinación de la «legitimación pasiva»— convirtiéndose en requisito previo de la acusación conforme al axioma de que «nadie será acusado sin ser previamente declarado procesado», contribuyendo de esta manera el procesamiento a evitar las acusaciones «sorpresivas» y a robustecer, en definitiva, el derecho que todo ciudadano tiene al conocimiento previo de la acusación» (art. 24.2 CE). Así establece la L.E.Cr. que ⁴⁸ «el procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de Letrado, mientras no estuviere incomunicado, y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la

⁴⁶ Vid. J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, obra citada, pag. 881.

⁴⁷ Vid, art. 384, II L.E.Cr., en relación con el art. 118 L.E.Cr.

⁴⁸ Art. 384, párraf. 2º L.E.Cr.

práctica de diligencias que le interesen, y para formular pretensiones que afecten a su situación. En el primer caso podrá recurrir en queja ante la Audiencia, y en los otros dos apelar ante la misma si el Juez Instructor no accediese a sus deseos».

El auto de procesamiento produce también una serie de importantes efectos sobre las medidas cautelares y de seguridad ⁴⁹. Así, con respecto a la primera, el efecto que genera es el de constituir el «*fumus bonni iuris*» (imputación suficiente para justificar la adopción de medidas cautelares de carácter provisional): el procesamiento se convierte en requisito previo del auto de ratificación de la prisión provisional ⁵⁰, de la libertad provisional ⁵¹, de las fianzas y embargos aseguratorios de la responsabilidad civil ⁵², y de la requisitoria de búsqueda y captura.

Respecto de las segundas, las medidas de seguridad, destacan la privación del permiso de conducción ⁵³ (aunque también puede adoptar esta medida los funcionarios de la policía judicial ⁵⁴ y la suspensión provisional de la función o cargo público mientras dure la situación de prisión, establecido en la oportuna legislación especial administrativa y en materia de terrorismo ⁵⁵.

⁴⁹ Vid. GIMENO SENDRA y otros, obra citada, pags. 500 y s.s.

⁵⁰ Vid. art. 516 L.E.Cr.

⁵¹ Vid. art. 529 y s.s de la L.E.Cr.

⁵² Vid. arts. 589 y s.s. L.E.Cr.

⁵³ Vid. art. 529 bis L.E.Cr.

⁵⁴ Vid. art. 786.2 c) introducido por la L.O. 7/1988 de 28 de Diciembre.

⁵⁵ Art. 384 bis L.E.Cr., «firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con banda armada o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedaría automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dure la situación de prisión».

Es criticable este precepto entendiéndose que se está aplicando una privación de derechos que solo puede acordarse por sentencia firme y nunca con carácter precautorio, ya que si la Constitución Española hubiese querido permitir la suspensión de los derechos reconocidos en el art. 23, lo hubiese previsto ya en el 55.2 y no lo ha hecho.

Como dice F. RAMOS MÉNDEZ (El proceso penal,... Ed. Bach, 1991, pag. 247) «se promovió esta reforma legislativa para evitar que se repitiera el espectáculo de un candidato, procesado y preso por supuestos delitos de terrorismo, a la máxima representación autonómica del País Vasco».

Consecuencia derivada del auto de procesamiento es la formación de dos piezas separadas:

— La primera relativa a la situación del procesado, en la que se hace constar todo lo referente a la prisión o libertad del procesado (libertad, fianza carcelaria, prisión, etc.).

— La segunda, donde se hacen constar todas las diligencias sobre fianzas y embargos decretados para asegurar las responsabilidades pecuniarias del procesado. Dentro de estas responsabilidades pecuniarias se comprende tanto la indemnización que se ha de satisfacer a un tercero perjudicado, como los gastos, y costas.

Puede, también, existir una pieza separada, accesoria o subsidiaria: «pieza del responsable civil subsidiario». No se da en todos los casos, sino en aquellos en que concurren dos circunstancias:

1° que el procesado sea declarado insolvente;

2° que entre el procesado y el tercero existe alguna de las relaciones que señale el Código Penal y que justifican tal declaración (arts. 21 y 22).

RECURSOS

La L.E.Cr. en su primera redacción, no estableció los recursos que en esta materia podrían admitirse, dudándose incluso que cupiera el de apelación. Por eso, fue necesario que la Fiscalía del Tribunal Supremo diera normas sobre el particular, declarando que «parece asimismo procedente el recurso general de reforma y podrá apelarse ante la Audiencia» porque la apelación se concedía en los casos expresamente determinados en la Ley y el párrafo 2° del art. 384 de la L.E.Cr. faculta al procesado «para formular pretensiones que afecten a su situación». El TS ha sentado la doctrina de que contra los autos que declaren haber lugar al procesamiento no procede el recurso de casación.

La confusión de que adolecía la declaración legal fue resuelta por el Real Decreto de 14 de Diciembre de 1925, adicionando al art. 384 los tres últimos párrafos.

Tras la reforma, la L.E.Cr. establece un sistema de recursos particularmente complejo («propio de un trabalenguas» dice RAMOS MÉN-

DEZ ⁵⁶) pudiendo distinguirse entre recursos que pueden interponerse contra el auto que acuerde el procesamiento y los que son contra el auto que lo deniegue. Así:

A) Contra el auto que decrete el procesamiento puede interponerse el recurso de reforma, dentro de los tres días siguientes al de haberle sido notificada la resolución.

Si se desestimase, cabrá el recurso de apelación en un efecto (en el plazo de cinco días). Este recurso podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma, en cuyo caso, el Juez Instructor declarará admitido aquel al denegar éste.

Si se estimase, quedando sin efecto el procesamiento antes acordado, únicamente cabrá reproducir la solicitud ante la Audiencia al evacuar el traslado a que se refiere el art. 627 (en la fase intermedia o de preparación del juicio oral). En tales casos, la Audiencia decidirá lo que corresponda y si considera procedente la declaración de procesamiento, mandará al Instructor que lo haga. Los procesados a quienes estas resoluciones del Instructor se refieran podrán utilizar directamente el recurso de apelación en un efecto, sin necesidad de que utilicen previamente el de reforma.

Se plantea aquí un doble problema: El primero de si es contrario al derecho a un Tribunal imparcial el que la Sala que dictó la sentencia de instancia estuviera compuesta por algún Magistrado que hubiese dictado el auto de procesamiento: es decir, si cabe o no la recusación de tal Magistrado; el segundo, de si podría entenderse que la disposición citada (art. 384, párraf. IV de la L.E.Cr.) vulnera el principio de imparcialidad, por aplicación de la doctrina según la cual ha de separarse la función de instrucción y decisión.

Ambos problemas han sido objeto de estudio por la doctrina y tratados jurisprudencialmente. Así,

A) Respecto al problema de si procede la recusación de algún Magistrado que forma parte de la Sala encargada del enjuiciamiento, y por tanto, encargada de dictar sentencia, y que en la fase sumarial ha dictado el auto de procesamiento del que derivan las actuaciones,

⁵⁶ Vid. F. RAMOS MÉNDEZ, obra citada, pag. 248.

ha aclarado el Tribunal Supremo ⁵⁷ que «el Juez que ha dictado el auto de procesamiento después de haber investigado e instruido y debe dictar sentencia puede ser recusado, porque en sus decisiones pudo haber ya mostrado un criterio inequívoco de culpabilidad», añadiendo que la vulneración del principio de imparcialidad se produce no en el momento de la deliberación y votación de la sentencia sino en el mismo momento de constituirse el Tribunal, a afirmar que ⁵⁸ «no puede enervar la decisión de declarar la nulidad de actuaciones del caso —por haberse vulnerado el derecho del recurrente a un Juez imparcial, al haberse integrado el Tribunal que le condenó un Magistrado que dictó contra él auto de procesamiento—, el argumento de que, como hubo unanimidad en la votación del fallo condenatorio, no se produjo la violación por el Tribunal sentenciador del principio de imparcialidad judicial, desde el momento en que, si se eliminase el voto de dicho Magistrado, los otros dos eran bastantes para dar respaldo a la Sentencia dictada, ya que la infracción del principio de imparcialidad se produjo no en la deliberación y votación de la sentencia dictada, sino en el instante mismo en que se constituyó el Tribunal con persona afectada de parcialidad, que es momento distinto y anterior...».

B) Respecto al segundo problema planteado (si vulnera el principio de imparcialidad el art. 384, párraf. VI de la L.E.Cr.) RAMOS MÉNDEZ ⁵⁹ entiende que esta disposición plantea serias dudas sobre su constitucionalidad al incidir de nuevo en la confusión o simultaneidad de funciones instructoras y de enjuiciamiento, vedadas constitucionalmente.

Al ser la Audiencia el órgano competente para conocer del Juicio Oral, podría entenderse vulnerado el principio de imparcialidad, por la aplicación de la doctrina según la cual han de separarse las funciones de instrucción y decisión. En este sentido, el TC, en numerosas resoluciones ⁶⁰ ha entendido que dentro del derecho a un proceso con todas las garantías se incluye el derecho a un Juez imparcial, lo que excluye, también como exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funcio-

⁵⁷ Vid. Sentencia de 25 de Junio de 1990.

⁵⁸ Vid. TS2ª A 8 de Febrero de 1993.

⁵⁹ Vid. F. RAMOS MÉNDEZ, obra citada, pag. 249.

⁶⁰ Vid. entre otras, S 55/1990 de 28 de Marzo.

nes instructoras (como es dictar el auto de procesamiento) y decisorias.

Igualmente, el TS ⁶¹ ha entendido el auto de procesamiento «como una actuación procesal a secas, que es presupuesto en los procesos ordinarios y de urgencia para la apertura del juicio oral, adoptable tanto en el período de instrucción como en el intermedio y por ello mismo por los Jueces instructores como por la Sala juzgadora, su propia esencia de constituir una declaración formal del órgano jurisdiccional que lo profiera por la que, tras un juicio anticipado de culpabilidad, imputa a una persona concreta y determinada la ejecución de unos hechos que en un principio constituyen una infracción delictiva, le dota de unas características predeterminantes del fallo, por muy provisionales que se quiera, que indudablemente pueden motivar en el sujeto sometido a tal medida, la preocupación de no ser imparcialmente juzgado por quien, con anterioridad, al procesarle, le ha considerado ya culpable».

El TS² ⁶², en esta materia, ha llegado todavía más allá en la protección al principio de imparcialidad del Tribunal Sentenciador ⁶³, declarando la nulidad de lo actuado cuando un Magistrado ha formado parte de un Tribunal que, conforme al art. 384, párraf. VI de la L.E.Cr. ha ordenado al Instructor que dicte el auto de procesamiento (sin dejarle para ello libertad de criterio, siendo la decisión de la Sala imperativa) posteriormente este mismo Magistrado forma parte del Tribunal (formado por Magistrados distintos, a excepción de él mismo) encargado de juzgar y fallar, al afirmar que «si un Juez, después de haber dictado, formando parte de un Tribunal colegiado, un auto de procesamiento contra una persona —cuya naturaleza indudablemente entraña un juicio de culpabilidad, por provisional que se quiera, en cuanto que de modo forzoso tuvo para decretarlo que oír previamente al imputado o examinar concienzudamente las actuaciones practicadas, para deducir de ellas la atribución provisoria de responsabilidad criminal que hace— interviene posteriormente como

⁶¹ Vid. TS² A 8 de Febrero de 1993.

⁶² Vid. de 1993.

⁶³ Sobre las actividades instructoras que pueden afectar al derecho a un juez imparcial y, por consiguiente, ser causa de abstención o recusación, vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., «Ley de Enjuiciamiento Criminal» (comentarios a los arts. 52 y ss.), Ed. Comares, 2^a ed., 1999.

integrante del Tribunal que ha de juzgar y fallar en el fondo el mismo asunto en que tal medida se adoptó, es humano pensar que el procesado y después juzgado por él tenga la preocupación de que su causa no va a ser vista y sentenciada con las máximas garantías de imparcialidad, que es en concreto lo que repudia el art. 6.1 Convenio de Roma 4 Noviembre de 1950 (protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales). Y como eso fue lo que ocurrió en el supuesto legítimo, en el que el auto de procesamiento dictado contra el recurrente en un puro juicio anticipado de culpabilidad cuyo antecedente fáctico fue llevado además casi íntegro a la sentencia condenatoria proferida contra él, y tanto en aquel como en éste intervino el mismo Magistrado —al que, dicho sea de paso, recusó sin éxito—, es lógico pensar que su temor entonces a ser juzgado por un Tribunal parcial y su seguridad, ahora, de haber sido sentenciado con quiebra del principio de imparcialidad puede considerarse justificado, y siendo ello así, no queda otro remedio que declarar la nulidad de todo lo actuado».

Ahora bien, si la actuación del Tribunal encargado del enjuiciamiento y fallo al pronunciarse sobre el procesamiento es a los solos efectos de dar oportunidad a la acusación de obtener la tutela judicial efectiva, habiendo un mínimo de razonabilidad en tal pretensión, no afecta al principio de imparcialidad. Así lo expresa el propio TS^{2a} 64: «la provisionalidad del auto de procesamiento hace que no afecte al principio de imparcialidad que proclama el art. 117.1 de la L.E.Cr. ni a las exigencias del art. 6.1 del Convenio Europeo de 4 de Noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (ratificado por Instrumento de 26 de Septiembre de 1979), en cuanto que el Tribunal que dicta sentencia no deja de ser independiente ni imparcial por el hecho de pronunciarse sobre el procesamiento a los solos efectos de dar oportunidad a la acusación de obtener la tutela judicial efectiva, si en su pretensión hay un mínimo de razonabilidad».

Analizando la jurisprudencia, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, se llega a la conclusión de que una cosa es tomar la iniciativa en la averiguación y práctica de pruebas y otra muy distinta que sobre el material que ha ordenado e importado otro Juez, se compruebe si tal efectividad, absolutamente provisional, per-

64 Vid. TS^{2a} S 27 de Mayo de 1988.

mite entrar en el proceso penal propiamente dicho. Lo que incompatibiliza con el hecho de juzgar es la averiguación y constatación de la perpetración del delito y de las circunstancias que pueden influir en su calificación y de la culpabilidad de los delincuentes ⁶⁵ por vulneración del derecho a un Tribunal imparcial ⁶⁶.

B) Contra el auto que deniega el procesamiento, sólo se concederá a quien haya solicitado esto el recurso de reforma.

Si se desestimase, podrá reproducirse ante la Audiencia en los términos ya vistos (no cabe, por tanto, recurso de apelación).

Si se estimase podrá, la representación del procesado a quien afecte, utilizar los mismos recursos de reforma y apelación otorgados a los procesados directamente.

IV. LOS INDICIOS RACIONALES DE CRIMINALIDAD

El art. 384 de la L.E.Cr. ha sufrido, desde su redacción originaria hasta la presente, una gran reforma, fundamentalmente por el Decreto de 14 de Diciembre de 1925, que adicionó los tres últimos párrafos referentes al sistema de recursos, quedando el núcleo fundamental invariable. Según la fórmula declarativa de la L.E.Cr., «desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándole procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y el modo dispuesto en la ley».

El indicio puede descomponerse en tres elementos:

— Uno, puramente fáctico, consistente en un hacer u omitir realizado por persona humana que se deduce de indicaciones de sólido contenido lógico.

— Otro, de carácter racional, por el que estas indicaciones, mediante el discurso lógico, adquieren la densidad y contenido suficiente para servir de base a la racionalidad que la Ley exige.

⁶⁵ Vid. art. 299 L.E.Cr.

⁶⁶ Para profundizar más en esta materia vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., «La contaminación procesal: el derecho al juez imparcial (...)», Ed. Comares, 1999.

— Un tercero, finalmente, de naturaleza jurídica, mediante el cual dichas indicaciones, de contenido racional, se refieren a un hecho jurídicamente encuadrado en las tablas penales como figura típica delictiva⁶⁷.

4.1. LOS INDICIOS: INDICIO PROCEDIMENTAL-INDICIO PROBATORIO

Corrientemente se usan como equivalentes las palabras, indicio, conjetura, sospecha y presunción no siéndolo. Indicio o indicación o índice es la circunstancia de lugar, modo, tiempo o persona que se muestra, según señal, huella, marca o vestigio, como un principio de prueba de la realización de un hecho —indicio de existencia—, o de quien, o cual fue su causa creadora —indicio de relación—. De los indicios nacen la presunción, la sospecha o la creencia mas o menos fundada, de la relación de concomitancia o causalidad, etc. de un hecho con otro o con una persona. Son éstos, pues, movimientos o estados subjetivos provocados por los indicios de prueba material que existen en el sumario.

La conjetura, sin embargo, sólo nos ofrece una vaga y presentida idea de conexión entre dos hechos apoyada sólo en una vaga probabilidad de existencia no fundada.

Según la doctrina procesalista tradicional, la teoría de los indicios se reduce en último término a graduar la probabilidad o probabilidades de la casualidad material pura y simplemente y determinar sobre ella la resolución pertinente.

De aquí se deduce que el instructor, trabajando como si fuera acusador, posee limitado su campo jurisdiccional por esta razón de eficiencia, por lo que todos los problemas referentes a la llamada casualidad moral o subjetiva, esto es, causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, atenuación, etc. deben quedar soslayadas en este momento procesal en el que sólo interesa demostrar la existencia real del hecho punible y la relación causal material que autoriza a decir al presunto culpable: tú lo hiciste. El porqué, cómo y para qué lo hicis-

⁶⁷ Vid. J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ DE GAMBOA, obra citada, pag. 863.

te, se reserva al Tribunal del plenario. De lo expuesto se deduce el preponderante papel que juega la teoría de la tipicidad penal a los efectos del procesamiento, etc., puesto que es la nota que debe tenerse en cuenta para adoptar semejante resolución y de la prueba «*prima facie*» que informa la resolución ⁶⁸.

Actualmente debe valorarse el hecho de que sería antieconómico e injusto mantener a una persona sometida a un proceso cuando está claro que resultará penalmente irresponsable. En este sentido, la jurisprudencia ha admitido el reconocimiento, por el Instructor, de la fuerza irresistible, el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo y el parentesco del art. 268 del Código Penal ⁶⁹. En resumen, la adopción o no de la medida de procesamiento dependerá de la calidad de eximentes que se aleguen. Repetidamente se observa en la práctica de los Tribunales que existen determinadas circunstancias eximentes (p. ej., la legítima defensa) en que, decretándose el procesamiento, se remite la apreciación de la circunstancia eximente a la Sala sentenciadora ⁷⁰.

Afirma ASECIO MELLADO ⁷¹ que para acordar el procesamiento (art. 384 L.E.Cr.) basta con la concurrencia de elementos de hecho que autoricen «racionalmente a relacionar» una persona con el hecho imputado, sin que, evidentemente, sea revisable el proceso deductivo en términos de certeza, ya que lo contrario significaría anticipar el juicio oral a la fase de investigación cuando la finalidad de ésta última no está preordenada a la condena, sino a la simple preparación de la acusación, la cual no es otra cosa que una afirmación de «parte».

En definitiva, basta en la fase de investigación un indicio, entendido éste como hecho objetivo que relaciona racionalmente a una persona con la imputación que frente a ella se formula, para que se pueda adoptar la resolución de que se trata.

El indicio (que apunta a la culpabilidad) procedimental basta indicarlo; para dictar el auto de procesamiento este indicio ha de ser,

⁶⁸ Vid. E. GÓMEZ ASENJO, Dcho. Procesal Penal Vol. II, pag. 7.

⁶⁹ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, Dcho. Procesal Penal, pag. 407.

⁷⁰ Vid. Instituciones de Dcho. Procesal Penal, pag. 391.

⁷¹ Vid. J.M^a. ASECIO MELLADO «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», pag. 170, en *Los principios del proceso Penal*, C.G.P.J., Madrid, 1992.

como queda dicho y luego se verá, racional y justificado; si además se acuerda la prisión provisional ha de estar más justificado.

El indicio probatorio, por el contrario, es el conjunto de ellos que conduce a la convicción de culpabilidad o inocencia. La convicción es una operación lógica o argumentativa (persuasión personal o sentido común): es el enlace preciso y directo, según el razonamiento humano, por el que se llega a una conclusión.

La prueba indiciaria requiere, por tanto, de un proceso deductivo que aúne el indicio al hecho que se necesita probar, pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea «directa»⁷², esto es, que el enlace entre ambos elementos de la presunción sea «preciso» y «directo»⁷³ y que la conclusión así obtenida sea fruto de una deducción, no mera suposición⁷⁴ o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria⁷⁵ y el mencionado enlace racional, coherente⁷⁶ y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia⁷⁷. Esta serie de requisitos son, precisamente, los que vienen a diferenciar la prueba indiciaria de las simples conjeturas o meras sospechas, lo que la cualifica como prueba susceptible de formar una sentencia condenatoria, de tal manera que como afirma el Tribunal Constitucional⁷⁸ si el proceso deductivo es irracional o no cumple las prescripciones arriba expuestas, la prueba indiciaria no puede ser calificada como de auténtica prueba.

4.2. LA «RACIONALIDAD»: DE LA PRUEBA TASADA (PROCESO INQUISITIVO) A LA VALORACIÓN LIBRE («EN CONCIENCIA») DE LA PRUEBA

La doctrina, haciéndose cargo de las dificultades que entraña el problema de discernir el valor procesal de los indicios, ha tratado de graduarlo combinando sus elementos típicos, base de su división.

⁷² TS2ª S 2 de junio de 1991.

⁷³ TS2ª SS 11 de marzo y 15 de abril de 1991.

⁷⁴ TS2ª S 17 de diciembre de 1990.

⁷⁵ TS2ª SS de 15 de abril y 18 de septiembre de 1991.

⁷⁶ TC S 256/88, de 21 de diciembre.

⁷⁷ TS2ª SS 11 de marzo y 15 de abril de 1991.

⁷⁸ TCS 256/88, de 21 de Diciembre.

Así, atendiendo a su relación con el hecho, pueden clasificarse en próximos y remotos; en el grado de su convicción, vehementes o violentos y equívocos o medianos; en su certeza, en claros o indiscutibles y oscuros o dudosos; por su materialidad, en leves o graves. Es indudable que con las diversas combinaciones que pueden hacerse de todos los términos de estas clasificaciones, resultan potencialmente irrecusables situaciones espirituales que oscilarán entre la certeza clara que se forma por la acumulación de todos los términos positivos —próximos, graves, vehementes, indubitados— y la duda provocada por la concurrencia de los negativos ⁷⁹.

Históricamente se ha tenido siempre en cuenta, para graduar su eficacia, la condición de que los indicios fueran vehementes o al menos probables, estableciéndose, en este orden, incluso presunciones legales de culpabilidad ⁸⁰.

Nuestra Ley Procesal, haciéndose eco de la dificultad expuesta, afirma que no es posible fijar en concreto el valor real de los indicios simples o de los combinados, pudiendo a veces ser un indicio de mucha mayor fuerza probatoria que varios de entidad menor. Por ello la L.E.Cr. exige que resulte algún indicio para evitar la arbitrariedad fundada en la pasión profesional sin base real alguna y además que sea racional, adjetivo adicionado por primera vez por la ley vigente ⁸¹, lo que significa no arbitrario, o sea, que no debe dejarse llevar el juez por ninguna impresión ligera o momentánea, sino que será dictado después de un «raciocinio lógico, serio y desapasionado, pudiéndose, sólo mediante él, poner en entredicho la reputación y libertad del ciudadano» ⁸².

⁷⁹ Vid. E. JIMÉNEZ ASENJO, obra citada, pag. 7.

⁸⁰ Vid. NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, Ley XVI, Tit. XXI, Lib. XII, que hace responsable al morador de la casa del muerto o herido en ella por indicio vehemente contra él, sino demuestra su inocencia. Art. 465 C.P. de 1932, al declarar que se presume haber estado presente en los atentados cometidos por una caudible al malhechor que anda habitualmente en ella.

⁸¹ La L.E.Cr. en su redacción primitiva no exigía el requisito de la racionalidad («desde que resultare del sumario algún indicio de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándole procesada» art. 280). Sin variaciones pasó por la compilación de 1879. La L.E.Cr. vigente lo ha recogido con la modificación de exigir la «racionalidad» del indicio en los términos ya vistos en el art. 384.

⁸² Vid. Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1889.

El sistema de la prueba tasada se caracterizó, afirma ASENCIO MELLADO ⁸³, por el establecimiento por parte del legislador de un conjunto de reglas vinculantes para el Juez mediante las cuales se limitaban los medios de prueba útiles para formar la convicción, esto es, se estableció un «*numerus clausus*» de tales medios, sancionándose además, de manera previa, el valor que había de atribuirse a cada instrumento probatorio, así como las condiciones y requisitos necesarios para que el mismo alcanzase un determinado valor absoluto o parcial.

El sistema de valoración libre («en conciencia») de la prueba o prueba libre, se entendió, en un principio, como facultad omnimoda de valoración sin sujeción a requisitos de ningún tipo en cuanto a tratarse de auténticas pruebas y practicadas regularmente, inmotivación de la sentencia y ausencia de recursos frente a la apreciación probatoria ⁸⁴.

Actualmente debe entenderse de forma diferente, hasta el punto de que puede afirmarse una similitud de este sistema con el de la prueba tasada: la convicción sólo puede surgir sobre la base de los medios de prueba que la Ley establece en cuanto a su carácter mismo de medio de prueba y sus requisitos. La exigencia, confirmada constitucional, legal y jurisprudencialmente, de criterios externos a los que debe ajustarse la formación de la convicción del Juez, lleva consecuentemente a concluir, como indica LÓPEZ GUERRA ⁸⁵, que la tutela judicial mediante resoluciones fundadas en Derecho excluye la apreciación arbitraria.

La medida del procesamiento tiene, pues, que basarse en datos fácticos que, representando más que una mera posibilidad, y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito ⁸⁶. Esta apreciación es discrecional, pero, en ningún caso, puede carecer de una explícita motivación —so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva— ⁸⁷.

⁸³ Vid. J. M^a. ASENCIO MELLADO, artículo citado, pag. 165.

⁸⁴ Vid. J.L. VÁZQUEZ SOTELO, «Presunción de inocencia o íntima convicción del Tribunal» pags. 359 y 360, Barcelona, 1984.

⁸⁵ Vid. L. LÓPEZ GUERRA, «Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales», pag. 144 «Principios del proceso penal» C.G.P.J., 1992.

⁸⁶ Vid. TC A 289/1984 de 16 de mayo.

⁸⁷ Vid. TC A 324/1982 de 25 de octubre.

4.3. LA «CRIMINALIDAD»:

Criminalidad en su más natural sentido, significa: cualidad o circunstancia que se refiere a una acción que es criminosa o delictiva. Concentrada a la materia procesal, principio de prueba que atribuye a un sujeto un crimen o delito haciéndole culpable. Criminalidad supone casualidad material o efectiva de un crimen, de donde se infiere que se precisa un mero proceso de conocimiento de atribución del hecho o delito a una persona determinada como presunto culpable del mismo a título de autor, cómplice o encubridor.

Según el TC ⁸⁸ en la resolución por la que se declare el procesamiento ha de apreciarse:

1. La presencia de unos hechos o datos básicos;
2. que tales hechos sirvan racionalmente de indicios de una conducta; y
3. que la conducta esté calificada como delictiva.

Podemos finalizar este apartado sobre los indicios racionales de criminalidad afirmando con JOSÉ ALMAGRO NOSETE y JOSÉ TOME PAULE ⁸⁹ que éstos son indicaciones o señales, o sea, datos externos, que apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible, objeto de enjuiciamiento. Los intentos de conducir los indicios racionales de criminalidad a la comprobación de determinados elementos objetivos (tales como los relativos al tipo delictivo o análogos) son gratuitos y están condenados a la esterilidad, pues el carácter subjetivo de la decisión (aunque tenga el control del recurso) excluye cualquier referencia a elementos normativos de carácter jurídico. E incluso conviene que así sea, pues, lo contrario, significaría conceder mayor importancia al procesamiento, configurándolo como un prejuicio o sentencia preliminar.

⁸⁸ Vid. TC S 66/1989 de 17 de abril.

⁸⁹ Vid. J. ALMAGRO NOSETE y J. TOMÉ PAULE, *Instituciones de Derecho Procesal*, Penal 1, pag. 178.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL AUTO DE PROCESAMIENTO

¿UNA MAYOR INTENSIDAD INDICIARIA PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL?

Todo proceso se desenvuelve a través de un procedimiento, siendo indiscutible que desde su iniciación hasta su conclusión ha de mediar un período de tiempo de duración indeterminada. Por ello, como afirman ALMAGRO NOSETE y TOME PAULE ⁹⁰ el proceso penal exige la adopción de determinadas medidas cautelares que pretenden asegurar la eficacia del fallo de la sentencia que puede dictarse e impedir las consecuencias que para los fines del proceso pueda originar la duración del mismo.

Las medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del «*ius puniendi*» del Estado. Estas medidas tratan de evitar la fuga del presunto culpable impidiendo la acción de la justicia, o quedar éste insolvente, impidiendo que los daños y perjuicios derivados del delito puedan hacerse efectivos, o, incluso las cosas afectadas por el delito puedan quedar inutilizadas, o con imposibilidad de ser devueltas.

Estas medidas, decretadas de oficio por el Juez instructor, pueden ser clasificadas en personales (citación cautelar, detención, prisión provisional, libertad provisional y privación temporal del uso del carnet de conducir) y reales (aprehensión y conservación de las cosas que presuntamente deben ser restituidas, fianza, embargo, y la denominada «responsabilidad civil de terceras personas»).

Ya se dijo anteriormente que, al dictar el auto de procesamiento, se deben abrir dos piezas separadas, la primera de situación personal; la segunda de responsabilidad civil; puede abrirse, como dijimos, una tercera de «responsabilidad civil de terceras personas» o subsidiaria. En estas piezas quedan reflejadas la adopción de alguna/s de esta/s medida/s (a excepción, lógicamente, de la detención, que debe, en su caso y en el proceso lógico, ser anterior).

⁹⁰ Vid. J. ALMAGRO NOSETE y J. TOMÉ PAULE, obra citada, pag. 245.

Analizaremos aquí, la prisión provisional en la medida en que exige la existencia de una mayor intensidad indiciaria para su adopción⁹¹.

A) Una apariencia razonable de participación culpable en un hecho delictivo («*fumus boni iuris*», en cuanto «*fumus delicti commissi*»), que se desglosa en dos exigencias, a saber,

1. Imputación de un hecho constitutivo de delito.

La mayoría de los especialistas, tomando como punto de partida el tenor literal del art. 503, y, a mayor abundamiento, del 495 (que proscribire, como regla general, la detención preventiva por simples faltas⁹²) estima que la infracción imputada ha de ser precisamente un delito, y nunca una falta⁹³.

La constancia de este hecho supuestamente delictivo no implica su certeza. La estrecha relación, que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre procesamiento y prisión, y la referencia ulterior a los motivos bastantes para hipotetizar la responsabilidad penal del imputado, permite concluir que aquélla equivaldrá a los «indicios racionales» requeridos por el art. 384, o, mejor aún, a los «motivos bastantes», exigidos por el 503.3^a, siempre, de aquella Ley procesal penal.

2. Motivos bastantes para creer responsable penalmente de ese delito a la persona contra la que haya de dictarse auto de prisión.

⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., «La prisión provisional y otras medidas cautelares personales (citación, detención y libertad provisional)», Ed. Comares, 1999.

⁹² MATTES, H.; «La prisión preventiva en España», Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU), Madrid, 1975, pag. 33-34, aplicando por analogía el art. 494.

⁹³ ASENSIO MELLADO. «La prisión provisional», Madrid, Civitas, 1987, pag. 110-113; ORTELLS RAMOS, en MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, ORTELLS RAMOS y MONTÓN REDONDO, «Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal, Librería Bosch, Barcelona, 1991, pag. 555; BARONA VILLAR, «Prisión provisional y medidas alternativas», Librería Bosch, Barcelona, 1988, pag. 55; PRIETO RODRÍGUEZ, «La medida de prisión provisional: privación de libertad sin condena», en «Actualidad Penal», 1988-1, pag. 498, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., «Ley de Enjuiciamiento Criminal», (comentarios a los arts. 502 y 22.), Ed. Comares, 2^a edición, 1999.

Está muy extendida la opinión que recaba, para la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, un mayor grado de probabilidad de culpabilidad que el demandado para el procesamiento.

Esta interpretación está en la línea de aquellas legislaciones extranjeras que exigen la existencia de «indicios graves» (art. 273.1 del Código italiano de Procedimiento Penal) o «fuertes» (art. 202, 1, a, del portugués) de culpabilidad, o el inculpado fuere «muy fundadamente sospechoso» (arts. 112 y 112, a, de la StPO de la República Federal de Alemania).

B) El peligro justificativo de la cautela procesal «*periculum in mora*».

1. La situación de libertad provisional es la regla general durante el procedimiento penal por delitos de menor gravedad.

Cuando la pena conminada no excede de prisión menor, la imposición de la prisión menor ha de estar debidamente justificada.

Un autorizado sector de procesalistas atiende a la pena abstractamente prevista para el delito⁹⁴.

Sin embargo, razones de equidad y de proporcionalidad han sido invocadas para justificar que se tomen en consideración las circunstancias objetivas o subjetivas de individualización de la pena, esto es, para atender. A la hora de optar por la prisión o la libertad provisionales, a la pena aplicable en el caso concreto⁹⁵. Parece conforme con esta interpretación la Circular de 4 de Noviembre de 1982, de la Fiscalía General del Estado.

Esta interpretación más flexible permitirá además resolver satisfactoriamente los casos (típicamente, en materia de delitos de tráfico de drogas prohibidas: art. 344 del Código Penal) en la que la pena genéricamente fijada exceda parcialmente de la prisión menor.

⁹⁴ Vid. ASENCIO MELLADO, obra citada, pag. 75; el art. 278 del Código italiano de Procedimiento Penal sintoniza —con correcciones— con este criterio.

⁹⁵ Vid. BARONA VILLAR, obra citada, pag. 58 y bibliografía allí citada; ORTELLS, obra citada, pag. 556; PRIETO RODRIGUEZ, obra citada, pag. 1357.

2. La situación de prisión provisional es la regla general cuando el delito conminado exceda de prisión menor.

El artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece las condiciones por las que esa regla general puede alzarse, decretando la libertad bajo fianza.

El TC ⁹⁶ que mantiene la excepcionalidad de la prisión provisional frente a la normalidad de la libertad, con o sin fianza, obliga a exigir la máxima prudencia a la hora de decretar la prisión provisional y a mantener que en los casos de duda se ha de aplicar el principio «*in dubio pro libertate*».

Corresponde al Juez de instrucción la determinación de los requisitos necesarios para decretar la prisión provisional. Pueden recurrir tal resolución, ante la Audiencia Provincial, no sólo el preso provisional sino también el Ministerio Fiscal. El propio Juez instructor, de oficio, está obligado a dejarla sin efecto tan pronto desaparezcan las razones que tuviera en cuenta para decretarla.

VI. LA PETICIÓN DE SUPPLICATORIO Y EL AUTO DE PROCESAMIENTO: ¿CUÁNDO HA DE PEDIRSE EL SUPPLICATORIO? ⁹⁷

Supone el suplicatorio la autorización necesaria para proceder contra Diputados y Senadores del Parlamento Nacional.

La Constitución Española en su art. 71 establece que «1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. 2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán, asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

⁹⁶ TC SS 2 de julio de 1982 y 12 de marzo de 1987.

⁹⁷ Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., «Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores. Especial consideración del suplicatorio y del momento para solicitarlo. Diferencias entre la petición de suplicatorio y el auto de procesamiento» en la *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 317, de 13 de noviembre de 1997.

Esta materia está regulada, además de por el citado artículo de la Constitución Española, por el art. 57.1.2º y 2 de la L.O.P.J., por el Lib. IV, Tit. I de la L.E.Cr. (arts. 750-756), arts. 10 a 14 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10/2/82 y arts. 21 y 22 del Reglamento del Senado de 26/5/82. Además, según la doctrina mayoritaria (y así lo ha entendido el TS en numerosas resoluciones)⁹⁸, es de aplicación la Ley de 9/2/12 en todo aquello que no se contradiga con leyes posteriores. No obstante esta materia, dada la defectuosa regulación de la misma, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial.

La especialidad del enjuiciamiento de Diputados y Senadores son de dos tipos: procedimental (son dos: 1º sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito —art. 71.2 de la Constitución Española—, que habrá de ponerse en conocimiento, a través del Tribunal Supremo, en su caso, al Cuerpo Colegislador a que corresponde —art. 751.1 L.E.Cr. y 2.4 y 9 de la Ley 9/2/12— y 2º se exige la solicitud de una autorización para proceder contra ellos a la Cámara respectiva —el suplicatorio que es aquí lo que nos interesa—) y competencial (que corresponde al Tribunal Supremo —arts. 57 1º— 2º y 2 L.O.P.J.).

¿CUANDO HA DE PEDIRSE EL SUPLICATORIO?

Ni la L. E. Cr. ni la Ley de 9/2/12 precisa cuando ha de pedirse el suplicatorio; únicamente el art. 71.2 de la Constitución Española dice que los Diputados y Senadores «no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

Hemos de definir, por tanto, los términos «inculcado» y «procesado».

La «imputación» es la atribución de un hecho u omisión a una persona humana, como autor o partícipe.

Si esa atribución del hecho a una persona se efectúa para hacerla sufrir consecuencias determinadas previstas en el Código Penal apa-

⁹⁸ Vid., entre otros, TS²ª AA 15 de noviembre y 15 de diciembre de 1993.

rece la inculpación. Inculpado, por tanto, es la persona contra quien se dirige el proceso penal. Existe un inculpado desde el momento mismo que haya una persona individualizada —nombrada o no— a quien, con mayor o menor grado de probabilidad, se atribuya participación criminal en el hecho punible por el que se proceda.

Existe imputación penal contra una determinada persona (lo que le da el carácter de «imputada») desde que recaen sobre ella sospechas acerca de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, dando lugar a la práctica de diligencias policiales o judiciales (citación —art. 486 L.E.Cr.—, detención —art. 489 y s.s. L.E.Cr.—, prisión provisional —arts. 502 y s.s L.E.Cr.—, así como cuando se admite a trámite una denuncia o querrela).

El art. 118 L.E.Cr.⁹⁹ ha venido a colmar vacíos en cuanto a la calidad de ciertos actos como de imputación al afirmar que «toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que este sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».

Según el TC¹⁰⁰ este precepto «reconoce la nueva categoría de imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundamentalmente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de la denuncia o querrela (no de la simple interposición de una u otra) o cualquiera otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».

Afirma FAIREN¹⁰¹ que la imputación simple, la más elemental, informal en el proceso, no precisa que tenga consecuencias lógicas

⁹⁹ En la redacción dada por la Ley 53/78 de 4 de Diciembre.

¹⁰⁰ Vid. TC 5 135/1989, de 19 de mayo.

¹⁰¹ Vid V. FAIRÉN GUILLÉN, «¿Hacia la desaparición definitiva del auto de procesamiento? (el art. 488 del Proyecto del Código Penal)», en *Revista de Derecho Procesal*, n° 2, año 1993.

explícitas —estas pertenecen al Juez, en su iter de raciocinio, de razonamiento—; en tanto que la inculpación ya exige esta explicitud. Y cuanto más grave en el proceso, más formas debe reunir —entendiendo «forma» en el sentido racional de «garantía»—.

Las inculpaciones formales han de ser explícitas, razonadas —fundamentadas— en una resolución judicial, estando sujeta, además, a una serie de garantías (los recursos). A este tipo de inculpación formal pertenece el procesamiento.

En consecuencia, podemos decir que procesado es la persona física mayor de 16 años contra el que se dirige el proceso penal por delito grave por apreciar el Juez de Instrucción, en resolución motivada, que existen indicios racionales de haber participado en concepto de autor, cómplice o encubridor en la comisión del hecho criminal enjuiciado ¹⁰².

Existen las siguientes tesis para determinar cuando ha de solicitarse el suplicatorio:

A) La que sostiene que el suplicatorio ha de solicitarse antes de admitir a trámite la denuncia o querrela. Así el TS ¹⁰³ ha afirmado que «... En tal sentido, y salvando de manera incondicionada y total todo juicio de valor sobre los citados hechos y las correspondientes participaciones, a fin de salvaguardar también la imparcialidad objetiva de la Sala, y sin otra finalidad que, dados los términos de las denuncias y querellas, prestar a las partes acusadoras la correspondiente tutela judicial efectiva, en los términos que a esta expresión se da por el Tribunal Constitucional y esta Sala, procede dirigir, como enseguida se dirá, el correspondiente Supplicatorio a las Cámaras Legislativas.

Estima la Sala que de esta manera se cumplen mejor las previsiones legislativas (cfr. Ley 28 de Diciembre de 1988) y, en general, los principios que informan las leyes procesales, así como las normas que completan las específicas garantías de los Parlamentarios, directos representantes del Pueblo, en el sentido de no practicar ninguna

¹⁰² Vid. J. ALMAGRO NOSETE y JOSÉ TOMÉ PAULE, obra citada, pag. 98.

¹⁰³ Vid. TS²^a A 8 de octubre de 1991. Causa Especial 880/91 (caso Filesa).

diligencia, por elemental que parezca y cualquiera que sea su interés, para evitar las consecuencias que para las personas aforadas supondría su realización (citación y recibirle declaración, oír a los testigos, peritos, etc.) cuando se ignora la decisión que en el uso legítimo de sus facultades hayan de tomar la Cámara legislativa.

Es por ello por lo que la decisión que se toma, como ya se anticipó, en este y en cualquier otro supuesto análogo, como desde hace años viene haciendo y diciendo esta Sala, no prejuzga ni la existencia o inexistencia de los hechos que se denuncian ni su significación jurídico-penal ni la participación que en ella hayan podido tener las personas denunciadas».

B) Tesis que sostiene que el suplicatorio ha de pedirse una vez admitida trámite la denuncia o querella.

Se basa esta tesis en lo dispuesto en el art. 118 L.E.Cr. según el cual el status de parte procesal se adquiere desde el momento en que se admite una denuncia o una querella o de cualquier actuación procesal de la que resulta la imputación de un delito, así como en el art. 24.2 de la Constitución. De acuerdo con esta tesis, desde el momento mismo en que se admite la denuncia o la querella, es aconsejable la solicitud del suplicatorio, toda vez que la inculpación no es un acto formal del órgano jurisdiccional, sino una consecuencia de la admisión de la denuncia o de la querella, sin que sea preciso que la causa llegue hasta el momento de dictar auto de procesamiento (en su caso). El suplicatorio protege la inmunidad parlamentaria frente a las amenazas de tipo político que pudieran cubrirse bajo falsa imputación delictiva, con la intención de interferirse en la vida parlamentaria o con la pretensión de alterar la composición numérica de las Cámaras (el llamado «*fumus persequutionis*»), las cuales deben valorar si existe esa intencionalidad y, en su caso, impedir que prosperen acciones penales contra sus miembros. Lo que permite la institución de la inmunidad en que las propias Cámaras realicen algo que no puedan llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional, como es una valoración sobre el significado político de tales acciones. Para cumplir con esta misión y efectuar un acto de pura voluntad política, a las Cámaras les basta con conocer la existencia de una acción penal contra alguno de sus miembros en la confianza de que las autoridades judiciales se hacen garantes de su seguridad jurídica y de sus derechos funda-

mentales. El juicio de culpabilidad pertenece exclusivamente a los órganos jurisdiccionales mientras que el juicio político o de oportunidad es de incumbencia exclusiva de las Cámaras y, para éste juicio político, no es necesario conocer la totalidad de las actuaciones realizadas hasta el momento de dictar el auto de procesamiento y de llevar adelante un acta de acusación en el procedimiento abreviado ¹⁰⁴.

C) Teoría que sostiene, respecto de las causas contra aforados que se sigan por los trámites del procedimiento abreviado (en las que, como se ha visto, no existe el auto de procesamiento), que el suplicatorio debe solicitarse cuando se lleve a cabo la imputación formal.

Sostiene esta tesis que si se interpreta el término «procesado» en el sentido estricto y por tanto el suplicatorio no debe solicitarse antes, teniendo en cuenta la doctrina del TC ¹⁰⁵ según la cual «tan pronto como el Juez Instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción», en el procedimiento abreviado el suplicatorio debería solicitarse cuando se lleve a cabo tal imputación formal ¹⁰⁶.

D) Tesis que sostiene que el suplicatorio ha de pedirse cuando se deduzcan de las investigaciones practicadas indicios racionales de criminalidad.

Esta tesis es la mantenida por el TS, al afirmar que ¹⁰⁷ «...En este sentido la Sala estima procedente destacar que el propio Instructor, en el preceptivo y extenso informe de este recurso, dice que —en la

¹⁰⁴ Vid. J.A. MARTÍN PALLÍN, «Momento procesal para pedir el suplicatorio en las causas contra Diputados y Senadores». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 22 de Noviembre de 1991, pags. 1 y 2.

¹⁰⁵ Vid. TC S 1886/1990, de 15 de noviembre.

¹⁰⁶ Vid. A. DE LA OLIVA y otros, obra citada, pag. 686.

¹⁰⁷ Vid. TS2^a A 3 de febrero de 1993. Causa Especial 880/91 («caso Filesa»).

actividad de este Instructor ha sido decisivo... una vez que existen en lo precedentemente actuado indicios racionales de criminalidad, la consideración del particular valor que tal carácter de aforados los querellados poseen...». Por consiguiente, de existir tales indicios, parece incontestable la necesidad de pedir ya el correspondiente suplicatorio, por cuanto aquellos, como se anticipó, darían lugar a que fuera procedente dictar el correspondiente auto de procesamiento (art. 384 de la L.E.Cr.), de seguirse esta instrucción por los trámites del procedimiento ordinario, —para lo cual es necesario agotar previamente la investigación de los hechos denunciados— y, por consiguiente, concurriría el presupuesto obligado para pedir el suplicatorio...». En resumen y como señala la doctrina científica, si el órgano jurisdiccional encuentra motivos para proceder o inculpar (y estos existen cuando se constatan indicios racionales de criminalidad) a un Diputado o Senador, se abstendrá de dirigir o continuar dirigiendo el procedimiento contra él, según los casos, hasta obtener la autorización de la Cámara Legislativa a la que pertenezca (ver art. 750 L.E.Cr.); y mientras el Congreso o el Senado no resuelvan sobre la autorización pedida, han de suspenderse las diligencias, excepto las relativas a detención, prisión o procesamiento.

El procesamiento encierra, en efecto, una resolución formal de imputación porque a su través, es un órgano jurisdiccional quien asume la acusación con el objeto, precisamente, de posibilitar un eficaz ejercicio del derecho de defensa. Por ello, cuando en los supuestos de aforamiento aparecen los indicios racionales de criminalidad, esto es, la fundada sospecha de participación, en cualquiera de sus formas, de una persona en un hecho penal, en vez de conducir tales circunstancias al auto de procesamiento (que se prevé en el art. 384 de la L.E.Cr.), lo procedente es esperar que, por los trámites legalmente establecidos, se conceda la autorización correspondiente.»

E/ Tesis que sostiene que la petición de suplicatorio debe fundarse en base más sólida que los indicios racionales de criminalidad necesarios para dictar auto de procesamiento.

Sostiene esta tesis que cuantitativa y cualitativamente los indicios racionales de criminalidad pueden no ser suficientes, según la razón (indicios «racionales») del Juez Instructor. Por muy intensos que sean esos indicios pueden ser de importancia pasajera y el Juez prudente debe instruir más y esperar.

Afirma FAIREN ¹⁰⁸ que si el Instructor no logra obtener —elaborar— indicios suficientes su petición fracasará. De ahí la necesidad de rellenar el tipo o modelo procesal con una cantidad de datos reales que exceden de lo ordinario.

BARBERO SANTOS ¹⁰⁹, diferencia entre los indicios racionales de criminalidad que otorgan soporte al procesamiento y los que fundamentar la solicitud de suplicatorio a las Cámaras respecto de un parlamentario. Las razones en las que basa su diferenciación son las siguientes:

a) El auto de procesamiento constituye una decisión interina y provisional, necesaria para continuar la investigación, por constituir una declaración de inculpación que puede afectar, en consecuencia, a derechos fundamentales. Por tratarse de una decisión provisional el propio Instructor puede dejarla sin efecto, en su caso, si la ulterior investigación hace desaparecer los motivos que la fundamentan. Con el auto de procesamiento la investigación no se cierra: se impulsa.

b) La petición del suplicatorio o autorización para proceder contra un Senador o Diputado a Cortes interrumpe por entero la investigación, suspende toda clase de diligencias. Las expresiones que emplea la Ley Procesal Penal básica son terminantes: el Juez o Tribunal se abstendrá de dirigir el procedimiento contra uno u otro hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Legislativo al que pertenezca (art. 750 de la L.E.Cr.).

La investigación, por ende, se clausura, con independencia de que pueda proseguir si la autorización pedida se otorga. No en otro caso. Es evidente que la decisión de dictar auto de procesamiento y de solicitar el suplicatorio no pueden equipararse. El auto de procesamiento fundamenta una decisión propia sobre una persona «no jurídicamente cualificada» es decir, sobre cualquier persona. Por el contrario, la solicitud del suplicatorio ha de fundamentar una decisión del máximo Poder del Estado, las Cámaras, sobre uno de sus integrantes

¹⁰⁸ Vid. V. FAIRÉN GUILLÉN, obra citada.

¹⁰⁹ Vid. M. BARBERO SANTOS, Magistrado-Instructor de la Causa Especial 880/91, en Informe de 7/4/93 interesado por la Sala en la tramitación de un recurso de queja interpuesto por una de las defensas (Art. 233 J.E.Cr.) y en Auto del Instructor de 14/9/93, elevando el suplicatorio.

para que la instrucción pueda continuar, lo que cae fuera por entero de la capacidad de decisión del Instructor.

c) A mayor abundamiento el legislador, cuando regula los procedimientos especiales contra un Senador o Diputado a Cortes, no emplea el término indicios racionales de criminalidad sino el de encontrar «méritos» para procesar (art. 750 L.E.Cr.).

F) Por último, la teoría que se basa en la diferencia entre «inculpación» e imputación»: sólo para aquélla hace falta solicitar el correspondiente suplicatorio.

«Cuando un procedimiento ordinario afecte a un aforado, la L 9 de febrero de 1912, todavía vigente, regula la competencia para conocer de las causas contra Senadores y Diputados. Esta disposición legal, en su art. 3, dispone que el Tribunal Supremo procederá de conformidad con lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la instrucción de las causas que le competen, mientras el art. 5 impone la necesidad de pedir autorización al Senado o al Congreso para procesar a un Senador o Diputado. De manera más precisa el art. 750 de la Ley Procesal Penal establece que cuando el Juez o Tribunal encuentre méritos para procesar a un Senador o Diputado a Cortes, se abstendrá de dirigir el Procedimiento contra él hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Legislativo.

Afirma esta tesis que para que nos encontremos ante el supuesto previsto por ambas disposiciones legales es necesario que la causa se encuentre en una fase de desarrollo que permita o aconseje acordar el procesamiento de una persona aforada que ostenta la condición de Senador o Diputado. Esto sólo es posible cuando se han acumulado datos o indicios racionales de culpabilidad que lleven al Juez Instructor al convencimiento de la inaplazable necesidad de acordar el procesamiento que deberá plasmarse en una resolución judicial valorativa de toda la prueba acumulada hasta ese momento. En los casos, en que la declaración previa de una persona involucrada en un hecho delictivo es posible por hallarse presente y encontrarse en condiciones de dar su versión de los hechos, el mínimo respeto al principio de audiencia y defensa exige que el afectado preste previa declaración. Queda netamente separado, en el procedimiento ordinario, el concepto de imputado, situación que se adquiere por la actividad acusatorio de terceros y el de procesado, condición que necesita de deci-

sión judicial en forma de auto razonado en el que se atribuya a persona determinada la probable comisión de un hecho delictivo.

La reforma del art. 118 LECrim., realizada dos días antes de la fecha de la Constitución, modifica estas conclusiones en cuanto que se limita a disponer, por exigencias de los textos internacionales de derechos humanos, que la admisión de la denuncia o la querrela o la existencia de cualquier otra actuación procesal de la que resulte una imputación contra persona o personas determinadas será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente imputados. Esta puesta en conocimiento se realiza mediante la simple citación cumpliendo con las previsiones del art. 486 LECrim. en el que se establece que toda persona a la que se impute un acto punible deberá ser citada, sólo para ser oída. Recalcamos que lo que se pretende con esta citación es conocer la versión del imputado, eso si con las debidas garantías de defensa y asistencia letrada para que, en ningún momento, su condición de aforado se resienta por alguna decisión judicial que vaya más allá de la simple toma de conocimiento de su interpretación de los hechos.

Los arts. 71.2 CE, 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 22 del Reglamento del Senado, subordinan la inculpación o el procesamiento de los Diputados y Senadores a la previa autorización de la Cámara respectiva. En el sumario ordinario sólo cabe como decisión judicial inculpatoria la fórmula del procesamiento y en el Procedimiento Abreviado, a pesar de algunas opiniones contrarias, creemos que se puede y se debe distinguir perfectamente entre inculpado e imputado por su diferente naturaleza como ya ha quedado expuesto. No entraremos en este último debate porque nos encontramos en procedimiento ordinario y alargariamos innecesariamente el contenido de esta resolución.

Por si quedaba alguna duda sobre este último extremo el vigente Código Penal de 1995, en su art. 501, ha venido a consagrar la distinción entre imputado, inculpado y procesado al castigar con la pena de inhabilitación especial de diez a veinte años solamente a la autoridad judicial que inculpare o procesara a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, sin observar las previsiones legales. De forma clara y rotunda la imputación simple se puede realizar sin cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente y nadie puede solicitar reproche

penal a un Juez o Tribunal que cite a un aforado como imputado sin solicitar el Suplicatorio.

Dicho en otras palabras los requisitos legales del suplicatorio sólo existen para inculpar o procesar y nunca para imputar» (TS² A 14 nov. 1996).

Como puede apreciarse esta es una materia en la que existe una gran controversia, debida, fundamentalmente, a la deficiente regulación legislativa, a lo que podría añadirse la imprecisión terminológica y conceptual, lo que contribuye a una situación de incertidumbre contraria a las más elementales exigencias del derecho. Así lo puso de manifiesto el propio TS (A 15 de diciembre de 1993) al afirmar que «uno de los temas sobre los que existe una mayor disparidad de criterios, respecto a las correspondientes soluciones jurídicas, es el que afecta a lo que podría denominarse derecho penal parlamentario. Se discute cuando es el momento procesal adecuado para solicitar el suplicatorio, la naturaleza misma de éste, los límites a la decisión que puedan adoptar las Cámaras, el efecto de la autorización para proceder, si los delitos que aparezcan como indiciarios en el suplicatorio son o no los únicos que pueden ser objeto de enjuiciamiento, cuando cesa la competencia de la Sala para conocer de las causas contra personas aforadas, si, iniciado un procesamiento, debe terminarse por esta Sala aunque el inculpado haya perdido la condición de parlamentario, si se debe distinguir entre aquellas situaciones en las que el suplicatorio se concedió de aquéllas en que no llegó a producirse la correspondiente autorización, si deben tomarse en consideración los supuestos de situaciones transitorias, etc.

Sin duda demasiadas incertidumbres e imprecisiones respecto de un tema que ofrece la mayor transcendencia para salvaguardar y garantizar el ejercicio libre de tan importante tarea en todo Estado de Derecho democrático por referirse a los Diputados y Senadores que, como representantes del Pueblo Español, forman las Cortes Generales y ejercen la potestad legislativa del Estado, además del resto de las funciones que les encomienda el art. 66 de la Constitución».

En el «procedimiento ordinario por delitos» (hoy cuantitativamente especial) parece no haber problema en cuanto al momento límite de solicitar el suplicatorio: antes de dictar el auto de procesamiento. En el «procedimiento abreviado para determinados delitos» (el más generalizado), en el que no existe ni el auto de procesamiento del art.

384 de la L.E.Cr. ni siquiera ese otro auto denominado en el «*usus fori*» de inculpación (que ha sido objeto de creación judicial ¹¹⁰), la inculpación o procesamiento a la que alude el art. 71.2 de la Constitución Española podría identificarse con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y/o de otra parte acusadora, por lo que el período de instrucción podría finalizarse sin vulneración del precepto constitucional.

Debe ser, por tanto, el propio legislador quien debe buscar una fórmula equilibrada que ponga fin a situaciones equívocas que a nadie favorecen, como ya puso de manifiesto la propia Presidencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Informe de 30 de noviembre de 1992 dirigido al Excmo. Sr. Presidente del mismo Alto Tribunal. En la práctica del Tribunal Supremo no se ha seguido un criterio único: unas veces, presentada una denuncia o querrela, en la que se aprecia un principio de prueba de los hechos, se ha pedido el suplicatorio; en otras, se ha realizado una determinada investigación, en mayor o menor medida, antes de instar el correspondiente suplicatorio; por último, en algunos casos, han llegado las actuaciones al Tribunal Supremo ya calificadas por el Ministerio Fiscal, para que, recibidas, se solicite el mismo.

Si se admite, como parece ser que está claro, que el Instructor de una Causa Especial pueda realizar una determinada actividad investigadora, el problema surge al intentar acotar la investigación que pueda realizarse antes de solicitar el correspondiente suplicatorio. Decisión que, en buena lógica corresponde al Instructor.

Así, el Tribunal Supremo en Auto de 18 de noviembre de 1992 afirma que «es incuestionable que la determinación de las diligencias esenciales... es decisión que corresponde al Instructor, porque sólo él, de manera objetiva, serena e imparcial está en condiciones de conocer (aunque siempre sobre la base de los principios de simplificación y celeridad) cuando es posible (en razón a criterios de legalidad, que tanto es posible que favorezcan o perjudiquen al imputado o imputados) resolver sobre la apertura del juicio oral, sobreseimiento o archivo (art. 789 y s.s. de la L.E.Cr.) y, por supuesto, entendemos, instar de la Sala la petición de suplicatorio a la Cámara respectiva».

¹¹⁰ Vid. TC S 185/90, de 15 de noviembre.

Se ha propuesto que, para evitar el problema de determinar cuando ha de pedirse el suplicatorio en las Causas Especiales seguidas por el trámite del procedimiento abreviado, la mejor solución sería que a estas Causas se les aplicara siempre el procedimiento ordinario, con independencia de la pena prevista o que pudiera imponerse (criterio único de delimitación entre ambos procedimientos, y no, como sería más lógico, teniendo en cuenta además otro tipo de criterios como la complejidad de la infracción presuntamente cometida), ya que en este tipo de procedimiento se sabe, por lo menos, el límite máximo de cuando debe pedirse el suplicatorio: antes de dictar el auto de procesamiento, como ya se ha dicho. No obstante este criterio no es unánimemente aceptado, al objetar algunos que la supresión de la aplicación de un determinado procedimiento es función que corresponde al legislativo.

Vista la actual confusión reinante en esta materia, y dada la importancia y trascendencia pública de los sujetos intervinientes (esto es, parlamentarios) corresponde al Legislador —y cuanto antes— regular de forma clara y precisa la solicitud de suplicatorio a las respectivas Cámaras, adoptando alguna de las medidas aquí propuestas u otras similares.

VII. AUTO DE PROCESAMIENTO EN EL DERECHO COMUNITARIO ¹¹¹

El auto de procesamiento es una resolución desconocida en la legislación comunitaria, teniendo su más próximo antecedente en la legislación procesal portuguesa.

SISTEMA PORTUGUÉS

El Código Procesal Portugués dedica un título, el XXI, a la institución llamada «*de pronuncia*», regulándose en ella una resolución, semejante a la nuestra, no firme que se dirige contra toda persona calificada de «pronunciada».

¹¹¹ Vid. E. JIMÉNEZ ASENJO, obra citada, pags. 4 y s.s. y J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, obra citada, pags. 848 y s.s.

En el mismo se dispone que el despacho de «*pronuncia*» será lanzado en el sumario de querrela luego que en él aparezca suficientemente indicado alguno de los querrellados, continuando aquél hasta recoger el número legal de testimonios y decretándose nuevas pronuncias, según se fueran descubriendo nuevos inculpadados.

Algún autor (p. ej. COVIAN) considera esta institución portuguesa como origen de nuestro procesamiento.

SISTEMA FRANCÉS

En este sistema, el inculpadado es aquél contra quien se dirige el procedimiento, pero sin declaración expresa de culpabilidad: el «*prevenu*» o prevenido es una situación procesal que permite lanzar contra él los mandatos de detención y registro, sin que exista resolución semejante en nuestro auto de procesamiento, llegándose directamente a la «puesta en acusación» por el acta que presenta el Ministerio Fiscal.

SISTEMA ITALIANO

En este sistema, no existe el auto de procesamiento, por lo que la acusación, ante la falta de una declaración judicial que le sirva de punto de arranque se apoya en el interrogatorio del inculpadado en el que «ha de expresarse de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye».

La acusación puede tener lugar en los siguientes momentos:

- a) Durante las actuaciones preparatorias del debate en las conclusiones del Fiscal, en la instrucción formal.
- b) En la instrucción sumaria, por la petición fiscal de apertura de juicio; y
- c) En la citación del «*pretore*», en la instrucción sumaria del mismo.

En el debate puede tener lugar una acusación cuando existan elementos nuevos.

SISTEMA ALEMÁN

El proceso alemán se caracteriza en su primera fase por establecerse el «procedimiento fiscal», llamado por ley también «procedimiento preparatorio» o «de inquisición». La fase siguiente la constituye el «procedimiento judicial», que se encuentra condicionado por la intervención de la «querrela formal». El Tribunal ordinario examina la querrela y decide si el asunto es digno de llevarse al juicio oral. En los procesos en que existe «sumario», de característica judicial, éste se inicia en base a la «querrela fiscal» también.

En este sistema, por tanto, hay que distinguir entre procesos en que existe sumario y procesos sin sumario:

A) El procedimiento sin sumario, la fase preliminar fiscal, desemboca en una providencia «fiscal» de sobreseimiento, o si descubre elementos inculpatórios procede a interponer la querrela.

B) Si se tratase de delitos que requieren la formación de sumario, se exige que el Fiscal presente querrela, ya que constituye una «inquisición judicial» y no debe abrirse «*ex officio iudicis*». La presentación de la querrela a este efecto puede hacerla espontáneamente el Fiscal o que solicite el acusado la apertura del sumario. Solo en casos taxativos (art. 180 de la Ley) puede estimar el Juez inadmisibles la querrela fiscal. Contra la providencia de apertura se da al inculpado el derecho a la objeción «*einwand*» (similar en cierta forma a nuestro recurso de apelación). En este caso, si el Juez la estima, remite los autos al Tribunal de estimación quien puede confirmar o revocar el acuerdo judicial, ordenándose incoar sumario. Si el Tribunal, no obstante la objeción, ordena la formación del sumario, cuando éste se termine, lo remite al Fiscal, quien, si considera que existen suficientes elementos de inculpación y fundamentación fáctica y judicial para ello, presenta el escrito pertinente ante el Tribunal.

SISTEMA ANGLOSAJÓN

Este sistema resulta aleccionador por su casuismo y sentido práctico, y aun, a pesar de resultar prolijo, merece su exposición:

En la instrucción inglesa, cuando los testigos han signado su declaración, el Juez indica al acusado los cargos que pesan sobre él,

le explica la naturaleza y el informe que tiene derecho a conocer y oír los testigos, y si quiere, puede hacer todas las declaraciones que crea útiles a su defensa. El se expresa así: «¿Deseáis hacer alguna aclaración? No estáis obligados a decir nada; pero podéis hacerlo si tenéis ese deseo, más todo lo que digáis será recogido por escrito y podrá deducir testimonio contra vos en el juicio. Debéis saber también que no tenéis nada que esperar de ninguna promesa o favor, ni en la creencia de ninguna amenaza que podrían haberos hecho para conducirnos a confesar vuestra culpabilidad; pero todo lo que podéis decir, sin embargo, podrá ser reproducido contra vos en la Audiencia, a pesar de toda promesa o amenaza» ¹¹².

El Juez pregunta al acusado en seguida si desea exponer algo en su defensa o presentar testigos de descargo («*togire evidence on his own behalf*»). Si el acusado guarda silencio se dice que «reserva su defensa». Si explica sin testigos, toman nota de sus argumentos; si asigna testigos de descargo, pueden ser interrogados por la acusación. Todas estas diligencias, con las de normalidad, son también tomadas por escrito y transmitidas a la corte del juicio, con las declaraciones de los testigos de cargo.

Cuando después de las diligencias expuestas, los Jueces de Instrucción estimen existir fuertes indicios de culpabilidad, remiten al acusado ante la Corte de sesiones trimestrales o ante los «*Assisers*». Estos deciden entonces si el acusado debe quedar detenido o en libertad provisoria, bajo caución, salvo traición, o en otros casos.

Una tercera alternativa se puede acordar por los Jueces: pronunciar ellos mismos una pena cuando el «inculpado se hace culpable y acepta su condena».

La instrucción acaba desde que la Corte acuerda la remisión al Gran Jurado, siendo «*solicitor*» el encargado de dar fin a la instrucción.

La «puesta en acusación» tiene entonces lugar por los modos siguientes: Por «*indictment*», que es el medio ordinario, y puede hacerse por presentación, que es el «*indictment*» realizado por un

¹¹² Vid. JERVIS act., 11 y 12; Victoria, cap. 42.

gran jurado o un jurado de encuesta, o sin presentación, que es el proceso de información criminal. El «*indictment*» o acta de acusación es el único documento escrito del proceso ¹¹³.

El «*indictment*» no es presentado directamente ante la corte de «*judgement*». Este no es más que un proyecto, un «*bill*» y no se hará acta de acusación definitiva más que cuando se someta al gran jurado y declarado probado «*treve bill*». El Gran Jurado, en efecto, posee sólo poder para pronunciar la puesta en acusación. Conviene indicar que, según la gravedad del caso, el lugar y el acto que ha sido cometido, un acusado puede ser llevado ante la Corte de sesiones trimestrales del burgo del condenado, para los actos menos graves, o ante la Corte de Assises del condado, la Corte Central Criminal o de la División del Banco del Rey para los actos más graves. En todo caso el procedimiento es idéntico.

Reunido el gran Jurado bajo la presidencia del Jefe del Jurado —«*foreman*»—, Magistrado de la Corte de Assises, que es quien dirige las sesiones. Si después de examinar los «proyectos» de las actas de acusación, las estima fundadas, tras la deliberación, escriben al dorso la palabra: «*a true bill*» (certeza del acta de acusación). Si estiman lo contrario, escriben «*no true bill*» (ignorancia) o «*no founded*» (falta de documentación), y en otro tiempo «*ignoramus*».

Aunque la exposición hecha del período procesal rebasa la fase o período de la instrucción, en ella se muestra, sin embargo, claramente que el proceso inglés carece de una diligencia semejante a nuestro auto de procesamiento y que la llamada «puesta en acusación», que es la característica de dicho auto, no aparece en él hasta la entrada del plenario, como nuestro escrito de conclusiones provisionales.

¹¹³ El acta sobre los «*indictment*» de 1915 ha simplificado su forma. El art. 3 declara que en todo «*indictment*» será suficiente que se indique la infracción o las infracciones atribuidas al acusado y los detalles necesarios para que pueda ser hecha una calificación con conocimiento de causa. Al dorso se inscriben los nombres de los testigos (interpuestos) interrogados, o que deben serlo por el gran jurado. Esta pieza contiene tres partes: el preámbulo, la naturaleza de la infracción y la exposición de detalles. La infracción debe ser brevemente descrita y en lenguaje usual.