

LA IMPUTACIÓN COMO ELEMENTO DETERMINANTE DEL MODELO PROCESAL DE INVESTIGACIÓN

Por

JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 40 (2016)

RESUMEN: El concepto de imputación debe vincularse a la aparición de hechos con apariencia delictiva en los que la tipicidad se haya concretado desde el inicio de la instrucción judicial. No hay imputación si los hechos no tienen apariencia delictiva, si solo se presumen los elementos o algunos de ellos, que conforman un hecho en su relevancia penal.

La instrucción, cuando se dirige a investigar la posible tipicidad de hechos que no presentan dicho carácter delictivo inicialmente, pierde su naturaleza judicial y contradictoria, para convertirse en un acto administrativo o policial en el que la defensa es imposible en un sentido material.

Y esa exigencia legal debe tener un reflejo en la regulación de una fase de instrucción que ha perdido su carácter jurisdiccional y se ha tornado prospectiva en consonancia al papel adquirido por la policía, cuya función, indiscutible y necesaria, no puede trasladarse al seno del proceso penal.

PALABRAS CLAVE: Imputación. Instrucción. Investigación. Derechos fundamentales. Información de la imputación. Derecho de defensa. Intervención de las comunicaciones. Prueba ilícita. Juez de Instrucción. Ministerio Fiscal. Policía. Conexión.

ABSTRACT: The concept of criminal charge should be linked to the emergence of facts with criminal appearance in which the crime stated in law has been specified at the beginning of the judicial investigation. There is no criminal charge if the facts do not have criminal appearance, if only their elements or some of them could be presumed, which make up a fact in his criminal relevance.

The investigation stage, when is aimed to investigate the possible criminality of facts that do not present this criminal nature initially loses its judicial and contradictory nature to become an administrative or police act, in relation to which the suspect's fundamental rights, as to the right to legal advice, are no possible to achieve.

In addition, that legal requirement must have a reflection in the regulation of the investigative stage that has lost its jurisdictional nature, and has become in harmony with the prospective role assumed by the police, whose function, indisputable and necessary, cannot be transferred to the core of the criminal process.

KEY WORDS: Criminal charge. Criminal investigation. Fundamental Rights. Information of the charge. Right to have legal advice. Interception of Communications. Unlawful evidence. Investigating Judge. Public Prosecutions Office. Police. Connection.

I. REFLEXIÓN GENERAL

Pocos conceptos son tan complejos como el de imputación y pocos, a su vez, han adquirido una relevancia, procesal y extraprocesal, tan determinante. Tal vez esa característica, los efectos que provoca y las repercusiones que tiene en materias tan sensibles, como el derecho de defensa, nos han llevado a una cierta indeterminación, a análisis que se limitan a medidas de choque ante la importancia del concepto y su desatención reiterada, a propuestas nominales o a declaraciones legales que solo pueden ser eficaces si se analiza el sentido del concepto en su significación actual como derivación del modelo de investigación vigente. Y es que dicho modelo influye tanto en la conformación de la noción de imputación, que desatenderla o no entrar a considerarla bajo grandes declaraciones, necesarias, pero insuficientes y en ocasiones incompatibles con la realidad forense, comporta una gran confusión que resulta inservible para responder con eficacia a los retos que el derecho de defensa plantea si se quiere eficaz. El distanciamiento entre la legalidad y la realidad es tal, que la regulación que se haga de la imputación ha de ser coherente con el funcionamiento del proceso y de lo que debe ser previo al mismo, eminentemente administrativo o policial, sin confundir ambos momentos, pues esa confusión, que expresa más un deseo que una certeza o posibilidad, lleva a consecuencias muchas veces incluso perversas. Cuando se confunden actuaciones que no pueden compatibilizarse, incluso si la intención es justificada, los resultados suelen ser negativos y la práctica, que tiende siempre a la restricción de derechos cual si se tratara de una tendencia natural inevitable, aprovecha los resquicios dejados para imponer realidades ancladas en métodos aparentemente superados, pero siempre presentes aunque se revistan de ropajes que disimulan su propia esencia.

La imputación se ha abordado siempre desde perspectivas que atienden a sus efectos, tales como la defensa en un sentido amplio, la posición del imputado en la investigación, la contradicción en la fase inicial del proceso, el valor probatorio de esta última etc... Pero, se ha olvidado o ignorado, por las consecuencias que supone entrar de lleno en esta materia, analizar su contenido y exigencias, es decir, qué ha de entenderse por imputación, cuándo ha de considerarse que la misma debe surgir y producir efectos en el proceso, cuándo es suficiente para que implique la constitución de un sujeto como parte pasiva de un proceso, que es penal y cuándo es ineficaz o debería serlo para generar tales consecuencias. En suma, dónde hay que poner la frontera entre lo meramente policial y lo procesal y cuál debe ser el régimen aplicable a cada uno de estos momentos diferenciados, pero hoy entremezclados en la práctica causando los efectos perniciosos de una delegación judicial en la policía de la misma fase de instrucción. Y la respuesta a esta pregunta nos sitúa, directamente, en la referida a los fines del proceso, de la actividad jurisdiccional, de la intervención del Estado ante el

fenómeno de la prevención y la investigación del delito. Esto es, si el proceso sirve o debe servir para investigar conductas sin relevancia penal inicial suficiente o si, por el contrario, ésta es una actividad estrictamente policial o administrativa previa y el proceso solo ha de ponerse en marcha una vez constatado que un hecho presenta los caracteres de delito y se ha determinado su autor. Aunque sea, evidentemente, a nivel indiciario, entendiendo este término no en su sentido técnico, sino como presencia en el caso de elementos que sirvan para calificar unos hechos como delito.

Se trata de discernir si al Poder Judicial compete la investigación acerca de si unos hechos, en los que no consta su tipicidad y en los que solo coinciden elementos que permiten una sospecha, una valoración subjetiva, una hipótesis que ni siquiera serviría para constituirse en prueba indiciaria, sobre su posible carácter delictivo, deben investigarse mediante un procedimiento, que ha de ser contradictorio o si, por el contrario, la intervención judicial y de unas partes constituidas como tales solo debe producirse concluida una actividad administrativa o policial, aunque en ella participe, dirigiéndola, el Ministerio Fiscal.

Porque, como es sabido aunque se interprete de manera extensiva, la Ley de Enjuiciamiento, vincula la apertura del sumario, en sentido amplio, a la noción de delito¹, en grado incipiente, pero de un delito, no de una conducta que no puede ser precisada en esta calidad².

No se aborda en este trabajo la diferencia entre lo que se suele llamar imputación material y la formal, derivada de un acto expreso motivado, que se aplica al auto de procesamiento o al auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado³. Este trabajo versa sobre la primera imputación, la que debe surgir de los momentos que establece el art. 118 LECrim, así como las modificaciones en ella que se producen sucesivamente con anterioridad a la emisión de la decisión que contempla el art. 779 LECrim. Una imputación, no formal, pero que produce los efectos de someter a una persona al proceso y que abre la fase de instrucción.

¹ Y por delito hay que entender una conducta tipificada como tal por el Código Penal, punible. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A; Derecho Penal. Parte General. Reedición en Lima. 2012. Pág. 79. Una acción penada por la ley conforme al art. 10 CP, cuyo origen cabe hallar en el CP de 1848. Vide IÑESTA PASTOR, E; El Código Penal Español de 1848. Valencia 2011. Págs. 328 y ss.

² Así, cabe citar los arts. 308, 309 bis, 757, 758 (que precisan de una calificación para determinar el procedimiento aplicable) y 795 entre otros. Vide REVILLA GONZÁLEZ, JA; El interrogatorio del imputado. Valencia 2000. Pág.25. LÓPEZ YAGÜES, V; La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma. En "La reforma del proceso penal. Obra colectiva. Madrid 2011. Pág. 27.

³ Sobre las diferentes imputaciones o estadios de la imputación, vide RAMOS MÉNDEZ, F; Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional. Barcelona 2010. Pág. 132. MUERZA ESPARZA, J; Derecho Procesal Penal. Varios autores. Madrid 2007. Pág. 161-162. FERREIRO BAAMONDE, X; Derecho Procesal Penal. Varios autores. Navarra 2010. Págs. 141 y ss. GIMENO SENDRA, V; Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid 2015. Págs. 290 y ss.

En definitiva, uniendo ambas reflexiones, si por imputación ha de entenderse únicamente aquella que es suficiente para producir efectos procesales, no una mera sospecha acerca de hechos que carecen de entidad para inicialmente ser considerados delictivos en un sentido concreto. Porque, se afirma desde este momento, aunque esta cuestión no se haya resuelto, ni siquiera abordado salvo mediante reflexiones muy genéricas, una imputación delictiva ha de serlo siempre de un hecho con relevancia penal, no de un acontecimiento del que se desconoce si la tiene, aunque pudiera tenerla. Un hecho punible según el art. 118 LECrim⁴. Una cosa es investigar un hecho que hipotéticamente puede ser delictivo; otra, muy diferente, que se pueda entender suficiente esa mera hipótesis para constituir a un sujeto en parte de un proceso penal, imputarlo y dotarlo de un derecho de defensa sin objeto penal definido, sin que consten sus elementos típicos esenciales. Más aún, que esa imputación de un hecho no delictivo sirva para interrumpir, entre otros extremos, la prescripción (art. 132 CP). No cabe duda de que aceptar que una mera inculpación de hechos no punibles sirve a efectos de interrumpir la prescripción, se traduce en poco más que admitir lo propio de una denuncia o una querrela sin fundamento. Poco se habría avanzado si no se acude a una interpretación material, no formal de una cuestión tan esencial.

Como manifiesta CORTÉS DOMÍNGUEZ⁵ se imputa inicialmente la comisión de unos hechos con apariencia delictiva. Es decir, se exige esa apariencia en todo caso, lo que no puede ser equiparado a la sospecha sobre una posible ilicitud penal. Sospecha sobre un futuro no equivale a esa apariencia delictiva necesaria. Con tan escaso bagaje fáctico no es posible ordenar una imputación delictiva, ni incoar un proceso⁶.

El propio TS se ha manifestado al respecto de forma clara en su auto de 24 de julio de 2013:

“En el caso, no concurren todos los elementos de la tipicidad delictiva lo que impide la consideración de hecho delictivo, y por lo tanto, la incoación de un proceso penal”

En definitiva, se han de adoptar decisiones acerca de si puede considerarse imputación y generar los efectos que la ley reconoce a quien se ve afectado por ella, una mera relación de hechos no concretados en su significación delictiva, pero que pudieran hipotéticamente ser delictivos; una mera sospecha que excede a la autoría ya que tiene

⁴ La doctrina y la jurisprudencia, de modo unánime, se refiere a esta exigencia de que lo imputado sea un hecho que reúna los caracteres de delito. Vide MUERZA ESPARZA, op. Cit, pág. 161. FERREIRO BAAMONDE, op. cit.pág. 141.

⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; Derecho Procesal Penal. Con MORENO CATENA. Valencia2004, pág. 139.

⁶ GIMENO SENDRA, V; Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid 2015.

como objeto el mismo carácter delictivo de la conducta imputada. Si una mera sospecha debe abrir un proceso penal, producir una imputación precedida de una resolución judicial, determinar el nacimiento del derecho de defensa sin que el mismo pueda recaer sobre hechos punibles determinados y, en fin, generar efectos extraprocesales en diversos ámbitos de la vida que pueden llegar a ser más graves que la pena que en su día se pueda imponer.

No se trata, naturalmente, de negar un efecto determinado al hecho de dirigir una investigación frente a su sujeto aun cuando ese hecho no pueda ser considerado aún punible por estar indagándose acerca de su existencia y la de sus elementos típicos y autoría. Ese efecto tiene que existir. Lo que se plantea es si esa imputación genérica, cuyo contenido y función no es asimilable a la que se deriva de una concreta, puede ser equiparada al mismo nivel, producir los mismos efectos, generar la intervención judicial, siendo el Juez el que dirija una actuación que no es estrictamente procesal y, correlativamente, engendrar los mismos derechos aun cuando, es obvio, la defensa, en un sentido material, no puede ser eficaz ante un hecho sin relevancia jurídica, pues solo puede limitarse a aspectos fácticos inconcretos, indeterminados, abiertos, nunca de carácter jurídico y, en todo caso, podría afirmarse que imposible desde la negación de una tipicidad que se desconoce.

Y no sirve apuntar una hipotética calificación si en el hecho no coinciden los elementos de hecho que constituyen ese tipo, pues no es defensa oponerse a una norma cuya causa petendi no consta basada en hechos jurídicamente relevantes, pues son inexistentes o no son conocidos. La defensa no puede ser ejercitada en igualdad de condiciones ante una imputación concreta o ante una mera inculpación de conductas no típicas por no saberse si el hecho es como tal delictivo. Ni siquiera, si se desconoce el delito imputado, cabe hablar de carga de la prueba, pues el conocimiento de los elementos del hecho, del carácter constitutivo o no de los constatados, determina esa carga incluso en el proceso penal. Afirmar que existe defensa cuando se ignoran los hechos a probar, significa, cual sucede muchas veces, que el afectado deba renunciar a toda actividad, so pena de verse expuesto a tener que acreditar lo contrario, a probar el hecho negativo, la no participación, dando argumentos a la parte acusadora para que profundice en su actuación acusatoria. Un dato éste que no se puede analizar en esta aportación, pero que explica la pasividad en muchos casos de la defensa en esta crucial fase.

La cuestión planteada, como se ha dicho, afecta directamente a la configuración de la fase de investigación, a los sujetos que deben dirigirla o ejecutarla, pues es evidente que, si en realidad es la policía la que determina si unos hechos son delictivos en sus elementos básicos y típicos, no puede ser un tribunal el que dirija esta actividad en el

seno de un proceso. Y cuando así se actúa, el papel del Juez queda difuminado y en ocasiones supeditado a la voluntad de la policía que adquiere una relevancia en el seno del proceso que no le es propia. El proceso no tiene o no debe tener -pues se trata ésta de una cuestión discutible y discutida-, como objeto la búsqueda de posibles delitos, sino la investigación de hechos con apariencia delictiva. Un objeto mucho más concreto y reducido. No se puede convertir el proceso en un mecanismo ajeno, más policial que jurídico, ni al Juez en un director de las investigaciones prospectivas a que conduce la actividad que indaga en sospechas sobre hechos no configurados como delito. Es necesario, pues, señalar lo que debe ser objeto de una imputación penal, pues, a partir de ahí, se deberá atribuir su investigación no sólo a quien corresponda conforme a su función, sino, a la vez, la posición procesal del sujeto afectado. Y ésta no puede equipararse confundiendo bajo el mismo término de imputado a quien sufre una investigación sin base en hechos que pueden ser calificados de delito por reunir todos los elementos de una conducta típica y al que es el destinatario de una auténtica inculpación penal, sin confirmarse plenamente o sin ser analizada contradictoriamente, pero sí de forma concreta y definida.

Como manifiesta el TS en su auto de 16 de julio de 2013), considerando los riesgos derivados de actuaciones de esta naturaleza:

“La responsabilidad penal, obvio es recordarlo, se articula sobre un hecho con relevancia penal, subsumido en una figura típica, que es imputable, objetiva y subjetivamente, a una persona. De esta consideración surge que la responsabilidad penal requiere, como elementos necesarios, una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. Quedan al margen de esta responsabilidad, por lo tanto, aquellas conductas que, pudiendo generar otro tipo de reproche, moral, ético o político aparecen sujetas a otras exigencias distintas del principio de legalidad que caracteriza el sistema penal.....la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación....”.

La instrucción no es investigación sobre presuntas conductas delictivas, sino que, puesta en relación con el juicio oral, tiene la finalidad, manifiesta MORENO CATENA⁷ de constatar si se dan los presupuestos necesarios para abrir dicha fase y si se presentan con la intensidad necesaria como para imponer al inculpado tal carga. “La instrucción sirve para propiciar un adecuado “juicio de acusación”.

⁷ MORENO CATENA, V; El proceso penal. (Obra colectiva). Volumen II. Valencia 2000. Págs. 870-871.

Es evidente que la respuesta que se ofrezca será consecuencia de la posición que se mantenga acerca de cuestiones centrales del proceso penal y del papel del juez. Y, en todo caso, cualquiera que sea la conclusión, las razones que se sostengan se podrán mantener con argumentos sólidos. Que toda sospecha deba ser trasladada al Juez a efectos de que éste ordene su investigación, tiene la ventaja de evitar que sea el Poder Ejecutivo el que decida acerca de lo que se debe o no investigar. Pero, tiene el inconveniente de producir una instrucción judicial meramente administrativa aunque no se quiera, con un papel policial determinante que la propia jurisprudencia se ha ido encargando de reforzar contra la letra de la ley⁸. Por ejemplo, autorizando a la policía y al Ministerio Fiscal una investigación autónoma una vez incoado el proceso⁹. Y, del mismo modo, genera el efecto de admitir una imputación presuntamente garantista, pero en la práctica demoledora ante el hecho de la presión mediática existente en ciertos casos, el uso político del proceso y la duración insoportable de algunas instrucciones.

Que la concreción de la imputación se confiera a policía y fiscalía, como se va a sostener en este trabajo, implica dotar a estas instituciones de un poder de determinación de lo que debe ser investigado. No obstante, frente a ello existe en España la acción popular y cabría siempre articular un recurso ante los tribunales por los ofendidos en general. La defensa habría, naturalmente, de matizarse, que no negarse, en esta fase, adaptándola a su contenido real. No desaparecería, pero tampoco podría afirmarse plena, pues la contradicción no puede existir cuando no existe un objeto jurídicamente relevante sobre el cual confrontar dos posiciones opuestas. Una mera atribución de hechos genéricos no constituye suficiente criterio objetivo sobre el cual ejercitar una defensa eficaz.

En definitiva, no parece sostenible ninguna posición extrema para dar respuesta a lo que aquí se plantea, especialmente lo que debe considerarse imputación a los fines de permitir una defensa eficaz y producir los efectos que se demandan de ese estado.

No parece que sirva una mera investigación policial y fiscal que agote lo que se debe considerar una instrucción en su sentido técnico y procesal, pues el contradictorio se opone a la desigualdad entre las partes y cuando es el Fiscal el que dirige la totalidad de la instrucción, aunque exista un Juez de Garantías, esa situación de desigualdad o el

⁸ Sostiene GÓMEZ COLOMER, JL. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Valencia 2015, pág. 132, que ese papel predominante de la policía en la instrucción deriva de la misma ley, que desde 2002 ha procedido a una modificación sustancial de nuestra instrucción, cada vez más "anglosajonizada".

⁹ Una autorización que ninguna norma prevé, ni la LECrim (art. 286), ni siquiera el RDPJ 796/1987, de 19 de junio que solo les confiere autónomamente las diligencias de prevención. Ello no obstante, la AP de Alicante, en auto de fecha...entiende, sin norma alguna de referencia, que no cita, que la policía puede desarrollar, constantes las Diligencias Previas, una actividad de investigación autónoma. En este sentido de negar tal actividad vide MORENO CATENA, op.cit, pág. 835.

riesgo de privatización de la investigación que lleva al mismo resultado es difícilmente rebatible con razonamientos materiales. Y no vale alegar la imparcialidad objetiva del Ministerio Fiscal, en tanto la realidad no se compadece con esta afirmación.

Tampoco es útil una instrucción dirigida por el Juez si el hecho no ha sido concretado en su significación sustancial y básica para ser considerado típico. Pues en tales casos, ni la defensa es eficaz, ni el Juez dirige la investigación, convirtiéndose en un mero ratificador de diligencias policiales. Si a ello se une la facultad concedida a la policía de desarrollar una actividad investigadora autónoma constante la instrucción, la situación aparece incompatible con una fase contradictoria y jurisdiccional, difuminada en su misma caracterización.

Y, en fin, tampoco sirve una solución adversarial en la que cada cual lleve a cabo su actuación con independencia y medios propios. La igualdad que se predica por ciertos autores solo afecta a quien posee los medios para hacerla efectiva.

La solución debe ser otra, que elimine en la medida de lo posible los perjuicios propios de las anteriores, jurídicos y prácticos.

Pero, en todo caso, cualquiera que sea la que se adopte, tampoco debe olvidarse que sirve en los casos simples, no tanto en los complejos, en los que la crisis es inevitable. La pluralidad de hechos, unos concretos y otros hipotéticos y la de sujetos, unos determinados y otros no, hace muy difícil trasladar las respuestas comunes a estos casos, que exigen una mayor meditación que supere la actual aceptación de un devenir sin base legal y que atenta derechamente a la seguridad jurídica.

Estas cuestiones o la que se presenta como esencial han sido solo tangencialmente abordados por la doctrina en la orientación que se propone, conectando el contenido de la imputación y la necesaria diferenciación entre investigación e instrucción. Seguramente porque la respuesta a la misma lleva consigo consecuencias que es difícil asumir. Es evidente que si se sostiene que la imputación es una garantía, la misma se reclamará desde un principio aunque tal afirmación devenga en pura retórica en muchas ocasiones, ya que los efectos extraprocesales de la imputación y el ámbito inconcreto de los hechos que inicialmente se imputan cuando el proceso se abre a meras especulaciones policiales y los jueces asumen una posición que no les compete genera consecuencias indeseables. La función policial y la judicial no son equivalentes y el Juez de Instrucción no puede convertirse en un órgano investigador asimilado a la policía. El Juez de Instrucción debe averiguar y hacer constar la perpetración de delitos (art. 299 LECrim), no indagar en conductas que solo aparentemente pudieran serlo, es decir, en la hipotética ilicitud de una conducta que no aparece como tal.

Cierto es que esta división no es clara, pero se debe hacer el esfuerzo de diferenciar entre una imputación penal, de un hecho típico y la mera atribución de conductas que no

presentan inicialmente estos caracteres, es decir, que constituyen conductas moral o éticamente reprobables pero que solo tienen la entidad de constituir la base de una sospecha, una sospecha que ni siquiera reuniría las condiciones para completar el mecanismo de una presunción. La excepcionalidad del Derecho penal implica que no todo acto, aunque sea éticamente reprochable, sea delictivo y el proceso ha de limitarse a la determinación de los hechos que tengan dicho carácter. Por tanto, antes de producirse una imputación por parte del Juez de Instrucción y de que nazca el derecho de defensa, la policía o el Ministerio Fiscal deben reunir los elementos suficientes que evidencien *prima facie* la concurrencia de todos los elementos típicos de la acción. Si no se concretan, no cabe imputar y ordenar una instrucción procesal que, sobre la base de los oportunos actos que la ley determina, individualice los hechos a los efectos de la apertura del juicio oral.

La extrema duración de las instrucciones penales tiene como origen, precisamente, esta indefinición en los hechos imputados. La sobrecarga de los Juzgados, la misma causa. No hay soluciones válidas si no se afronta esta cuestión.

El objeto de este breve trabajo, que es de reflexión, de pensamientos en voz alta, sin avanzar en propuestas que requerirían un esfuerzo incompatible con la extensión del que se aporta, es solo éste, el de mover a meditar acerca de la suficiencia de la imputación, en su ámbito objetivo, para constituirse en tal, así como la relación que debe tener con la misma función de la instrucción y el papel del Juez que la dirige, teniendo en cuenta que este último dirige un acto que debe ser procesal, no policial o administrativo. Ni es su función, ni tiene la preparación suficiente. Es más, solo delimitando claramente esta fase se evitará que la policía la domine, que la invada, que las funciones judiciales se diluyan en actos delegados o que se sometan a las directrices policiales y todo ello otorgando un valor probatorio a las investigaciones policiales, directa o indirectamente, derivado de la presunción de que adquieren carácter judicial, cuando el Juez no ha participado más allá de su ordenación casi automática en el marco de una actuación que, de hecho, no controla.

Frente a posiciones sostenidas anteriormente, que instaban a una imputación inmediata, la realidad y la consideración de la imputación como una condena social, obligan a replantearse posiciones cuyos fundamentos garantistas han sido dilapidados por una sociedad en la que determinados sentimientos inquisitivos han ido calando en las instituciones y los medios de comunicación. Cuando se producen estas situaciones es obligado buscar remedios que eviten la pena de la imputación, más grave que la misma condena por su duración y efectos. Cuando los principios conducen a resultados opuestos a su naturaleza, deben ser adaptados a la realidad, aunque cueste abandonar lo que en esencia no debería ser alterado.

II. CONTENIDO DE LA IMPUTACIÓN

Todas las normas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin excepción, vinculan la imputación a hechos con relevancia jurídica penal desde el momento mismo en que la misma se formula y dirige frente a una persona determinada. No obstante, a la vez que esto sucede, diferentes normas parecen encomendar a la instrucción la investigación de los hechos a los efectos de averiguar la perpetración de los delitos (art. 299 LECrim). Y, en fin, de forma paralela, otras disposiciones obligan a desestimar los actos de iniciación del proceso si el hecho no es constitutivo de delito, lo que no parece que pueda quedar reducido a una mera contemplación de la atipicidad desde planteamientos abstractos, sino que exige analizar los hechos que coinciden en un caso concreto (arts. 269 y 313 LECrim).

En definitiva, pues, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es técnicamente, tras las reformas que se han ido produciendo en la misma que han complicado su inicial dirección, un modelo de claridad en una materia muy compleja. Y la doctrina tampoco es excesivamente rigurosa cuando analiza las disposiciones legales.

A ello hay que sumar la paulatina criminalización de un Código Penal en el que se han introducido delitos que anteriormente no lo eran, delitos basados en cuestiones prejudiciales que exigen un análisis extrapenal para su valoración y que complican extraordinariamente la decisión acerca de la tipicidad de los hechos que dan lugar a la apertura del proceso penal.

La imputación, de este modo, en la realidad y salvo los casos simples de sucesos cometidos por una persona determinada y referidos a un hecho penal puro, no se basa en un ilícito penal concretado en sus elementos típicos, sino en la mera aparición de sospechas cuyo fundamento es la existencia de datos por sí mismos incapaces de fundamentar la sujeción cierta de una persona a un proceso, pues es la sospecha o la mera posibilidad de que el delito exista, lo que determina la apertura y mantenimiento, en ocasiones durante años, de investigaciones prospectivas e ilimitadas.

El art. 118 LECrim, norma esencial en la materia, ya desde la reforma de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre se refiere a la imputación de un “hecho punible”, hecho punible cuya información, mantiene hoy la norma, debe permitir una “defensa eficaz”.

En este mismo sentido, se expresa el clásico art. 384 LECrim, que vincula la condición de procesado a la aparición de “indicios racionales de criminalidad”¹⁰.

En ambos casos, no parece arriesgado afirmar que viene exigido un hecho que presente los caracteres de delito. Punible es tanto como típico, pues solo puede ser tal el

¹⁰ Para GIMENO SENDRA, V; Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid 2015, dicho auto debe contener una relación de hechos típicos. Pág. 300.

que tenga el carácter de delito. Solo es punible aquello que puede ser castigado con una pena y solo puede serlo lo que constituye un delito, no hechos que no tienen esa consideración salvo meros aspectos parciales de una acción que, inicialmente, no pueden ser considerados delictivos ni siquiera en su apariencia. Si la ley exige que la imputación se refiera a un acto típico, es evidente que no puede ser objeto de la misma una conducta que no lo sea, que lo puede ser hipotéticamente, pero que se desconoce en su actual significación porque el hecho que se investiga en sí mismo no puede ser considerado delito, salvo con base en una abstracción o creencia. Debe ser investigada dicha conducta, pero no en el seno de un proceso penal, ni generar el estado de imputación.

No parece arriesgado afirmar que si lo que se pretende, entre otros extremos, es facilitar la defensa, ésta, cuando ha de ejercitarse en un proceso cuyo objeto es un hecho jurídicamente relevante, solo puede ser eficaz si se dirige a rebatir un hecho de estas características, no un hecho que en el momento en que nace la imputación no puede ser calificado de delito más allá de la sospecha que mueve a quien pone en marcha la investigación. La intuición o la creencia no puede ser la base de un acto procesal como es la imputación cuando la misma es considerada públicamente una suerte de condena, que opera generando efectos anticipados. Y la realidad social debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar las normas, que no pueden ser apreciadas al margen de su sentido en la sociedad en la que deben operar (art. 3 CC).

Una imputación solo puede tener como objeto una mera relación de conductas que no encajan en un tipo penal, pues faltando elementos esenciales de ese tipo, el hecho no sería punible. No basta, pues, con la aparición de elementos del hecho típico si algunos de ellos solo se presumen. Esta exigencia deberá constar con el grado de concreción propio desde el momento inicial. No hay imputación si no existe un delito y no hay delito si los hechos que fundamentan la imputación no constituyen la totalidad de los contenidos en la norma penal.

Que el hecho deba ser investigado, no puede negarse; pero, que esa investigación previa engendre una imputación penal en el sentido de esta palabra en la sociedad en que opera, es una consecuencia que no puede aceptarse sin reserva alguna y que precisa de respuestas diferentes a las que hoy se proporcionan por la doctrina y la jurisprudencia.

1. Las formas de adquisición de la imputación

A idéntica conclusión, es decir, a la exigencia de que lo imputado sea un delito se llega observando las distintas formas de adquisición de tal estatuto previstas en el art. 118 LECrim, las cuales no permiten admitir que dicha condición pueda atribuirse por la

mera existencia de hechos sin consideración delictiva concreta, por simple creencia de que pudieran serlo.

Conforme a aquel precepto, tres son las formas de atribución de la imputación: la admisión de una denuncia o querrela, cualquier actuación procesal de la que resulte la misma; y, la adopción de una medida cautelar. La respuesta que la ley ofrece es la misma en todos los casos.

a) La admisión de la denuncia o querrela

Conforme a los arts. 269 y 313 LECrim, la denuncia o querrela debe desestimarse “ad limine” si los hechos no son constitutivos de delito, sin que sea posible acordar acto de investigación alguno a los fines de acreditar tal carácter. El art. 24 LJ, adicionalmente, pero sin modificar tales preceptos, permite a los fines de valorar la admisión una labor de análisis de la verosimilitud, pero tampoco autoriza una labor de investigación tendente a concretar el carácter delictivo de lo que aparezca huérfano de dicha calificación con anterioridad a dicho acto que comporta la atribución de la condición de imputado.

Para admitir, pues una denuncia o querrela, el hecho que constituya su objeto ha de reunir los caracteres de delito, siendo así que, coherentemente con el art. 118 LECrim, la imputación solo puede consistir en la atribución de un hecho punible.

A la vista de estos preceptos, no parece que pueda incoarse un proceso penal sobre la base de hechos que se traduzcan en indicios que en sí mismos no permitan calificar un hecho como delictivo, que se trate, pues, de un acontecimiento que, presentando alguno de los “caracteres” de un delito, no contemple la totalidad del mismo, no siendo, pues, típico, aunque pudiendo en hipótesis serlo. Y si no cabe ordenar actos de iniciación a tales efectos, tampoco es posible imputar ante idénticas situaciones. Investigar previamente a la admisión es similar a imputar e investigar lo que no es delictivo. Ciertamente es que se salvaguarda la defensa en este último caso, pero solo de manera formal, dada la ambigüedad de dicha imputación, su conformación abstracta e indeterminación.

Abrir el proceso e imputar en estos casos implica hacerlo para investigar hechos no punibles, lo que permite, dada la amplitud e inconcreción de la conducta, no limitada objetivamente, una investigación prospectiva que infringe el derecho de defensa.

Aunque, a su vez, no hacerlo y continuar una investigación policial sin participación del afectado, infringe igualmente ese derecho.

La solución, pues, no parece que deba ser ninguna de las dos que se barajan en la práctica. Ni la plena participación de quien no puede ser considerado imputado, ni la negativa a que goce de determinados derechos en una investigación que, no pudiendo

ser judicial, ha de ser llevada a cabo en otras instancias, pero con alguna intervención de quien puede verse afectado por ella.

Pero, en todo caso, lo que queda claro a la luz de los preceptos citados puestos en relación es que el proceso penal solo puede abrirse cuando el hecho denunciado u objeto de querrela presente los caracteres de delito, no una parte de ellos y que la imputación, de este modo coherente con los actos que la evidencian, ha de ser de un hecho punible.

b) Cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación

Nada dice el art. 118 LECrim sobre qué debe entenderse por “cualquier actuación”, abriendo, pues, la puerta a toda situación que revela la posible comisión de un hecho punible atribuida a una persona. Y ha de tratarse, al igual que en el caso anterior, de un hecho punible. Así se expresa el art. 24 LJ que habla de atribución de un delito. De igual modo, el TC, en sentencia 135/1989, se refirió a un hecho punible. Tal imputación de un delito o hecho punible debe ser judicialmente valorada a efectos de analizar su verosimilitud, sin que sea posible, tampoco, investigar previamente sin proceder a la imputación del afectado. Pero, en todo caso, la noticia que genera la atribución de la condición de imputado debe contener un hecho punible, un delito, no meros indicios aislados de una conducta que, globalmente, no tiene esa consideración.

c) La adopción de medidas cautelares

Si los casos anteriormente expuestos suscitan las pertinentes dudas acerca de la legalidad de abrir investigaciones procesales sin que éstas se asienten sobre indicios de hechos que presenten, inicialmente, los caracteres de un delito, cuando se trata de una imputación derivada de la adopción de medidas cautelares, la cuestión deja menos espacio a la incertidumbre. Tanto en el caso de la detención, como en el de la prisión provisional, se exige la presencia de hechos delictivos, incluso se requiere la valoración jurídica de los mismos, traducida en una calificación del hecho, pues solo ésta proporciona los elementos necesarios para comprender la penalidad que comporta, presupuesto para la viabilidad de algunas restricciones del derecho a la libertad.

Se comprende, pues, que no es posible la adopción de medidas cautelares con la sola presencia de una hipótesis, de un hecho de la vida que, sin reunir los caracteres de delito, solo puede ser calificado de delito determinado en un ejercicio de mero voluntarismo. Si no consta, por ejemplo, la violencia en un atentado contra el derecho a la propiedad, imposible será calificar de robo. Lo mismo cabe decir de delitos más complejos en los que el mecanismo debe ser el mismo aunque se trate de conductas

más amplias. No es posible aplicar tratamientos distintos sobre la base de la complejidad, pues el riesgo de alterar el esquema legal es evidente.

El art. 492 LECrim, que regula la detención policial, fuera de los casos en que la autoriza de ya procesados y por tanto imputados por un hecho punible, permite esta medida restrictiva de la libertad cuando, entre otros extremos, haya motivos bastantes “para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito”.

Que no sea necesario que se acrediten los hechos, no es obstáculo para que sea imperativo que el hecho reúna los caracteres de delito, no solo una parte de los mismos. La creencia viene referida a la convicción sobre la realidad de tales hechos, sin que abarque a la coincidencia de tales caracteres, que no se pueden presumir o entender posibles sin una base fáctica suficiente. No se puede presumir la violencia a título de ejemplo si no consta un hecho del que pueda inferirse.

De no ser así, es evidente que la regla de la proporcionalidad se vería afectada por cuanto la privación de libertad procedería o sería posible sin que los hechos que la justifican pudieran ser calificados de delito, abriéndose la puerta a arbitrariedades basadas en la mera sospecha policial. Una sospecha lícita y que debe permitir una investigación, pero policial, no en el seno de un proceso, ante un Juez pasivo y en el que la policía mantiene una actividad autónoma, cual hoy sucede.

Más significativo es el art. 503 que exige, para que proceda la prisión provisional, que conste en la causa la existencia de hechos que presenten caracteres de delito, debiendo, adicionalmente, tales hechos comportar una pena igual o superior a los dos años de privación de libertad.

No es suficiente, por tanto, con que el hecho presente aquellos caracteres para considerarlo típico, sino que, además, ha de realizarse una calificación provisional del mismo, pues solo es posible conocer la penalidad asignada a tal acontecimiento si se determina el delito imputado.

Es evidente, pues, que la imputación solo procederá cuando el hecho sea típico, ya que solo en el terreno de la abstracción o de la pura arbitrariedad podría aceptarse que una medida de tal gravedad se adoptara sobre la base de indicios parciales y la presunción de que los restantes pueden eventualmente existir.

2. El derecho a la información de la imputación

Este derecho es de vital importancia para la defensa, siendo determinante del contenido de la imputación, pues solo es posible oponerse y realizar una actividad concreta, en el marco de un proceso, frente a un hecho que sea susceptible de constituirse en objeto del proceso penal. La información de la imputación no es solo una mera formalidad, sino que debe garantizar una defensa eficaz, siendo así que ésta solo

puede surgir de un hecho jurídicamente relevante, acotado en sus elementos, que sirva para delimitar la actuación del Estado, que impida prospecciones y que garantice una actividad del imputado no sólo de oposición a elementos fácticos aislados cuya relevancia se desconoce, pues ni siquiera es posible saber si los actos de investigación son pertinentes, sino a un hecho delictivo que pueda ser rebatido con argumentos jurídicos. Una defensa procesal no puede ser meramente fáctica, sino que ha de ser jurídica.

No basta, por tanto, con una mera información parcial que no revele un delito, pues en tales casos hablar de defensa es una mera formalidad. Máxime cuando tales hechos, no definidos, ni constreñidos por una norma, son tan ampliamente considerados que ni siquiera el objeto de la instrucción puede conocerse.

La necesidad de una instrucción concretada a unos hechos punibles, aunque no sean indivisibles, deriva del derecho de defensa y específicamente contiene el derecho a ser informado de la imputación. Tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que transpone la Directiva Comunitaria 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 se pone el acento en la necesidad de garantizar, desde el inicio de la instrucción, el conocimiento por parte del ahora llamado investigado de la imputación que se le formula. Obliga a que tal ilustración garantice una defensa eficaz, no meramente formal. Y, a la vez, ordena que dicha información sea dinámica. Sin prohibir que la imputación inicial pueda verse modificada, insta a que el imputado sea informado de todo cambio en el objeto de la investigación y, adicionalmente, de toda alteración que pueda modificar sustancialmente la imputación inicialmente realizada.

Este derecho, pues, supone una necesaria contemplación del contenido de la imputación coherente con lo que debe ser objeto de ilustración al imputado y que, a la vez, garantice su defensa eficaz e, igualmente, que posibilite que el objeto, cuando se vea alterado, pueda ser del mismo modo puesto en conocimiento de aquel. Relacionando todas estas exigencias, no parece que la imputación pueda quedar reducida y se colme con una mera inculpación de hechos que solo parcialmente aparecen integrados mediante elementos indiciarios que justifican algunos aspectos del acontecimiento fáctico. De ser así, como es fácilmente evidenciable, el derecho no podría ser garantizado y las exigencias que la norma prevé se verían frustradas.

Este derecho, que ha de ser previo a la investigación cuando se trata de instrucción judicial, solo puede ser cumplido si dicho hecho se ha determinado en su consideración penal. O, lo que es lo mismo, no puede ser objeto de información previa una lucubración o sospecha, un hecho indeterminado en el que se indaga su posible carácter delictivo. Y, desarrollar en el seno de un proceso una actividad tendente a investigar hechos no

delictivos implica, derechamente, vulnerar el derecho a la información y su carácter previo, el que garantiza la defensa.

a) Hechos imputados y cambio en el objeto de la investigación, así como modificación sustancial de la imputación inicial

La garantía del derecho a la información de la imputación que se plasma en una ilustración progresiva, no inicial que garantice una defensa permanente, exige una referencia que sirva para comparar la primera transmisión de la noticia con los sucesivos cambios que se produzcan en el objeto investigado.

Y esa referencia previa y determinante solo puede venir constituida por un hecho jurídicamente relevante, por un delito y su causa petendi, nunca por hechos sin concreción en un tipo penal. Si los hechos investigados y que se comunican carecen de una referencia, que solo puede ser normativa, no pueden ser circunscritos a ninguna entidad que sirva para determinar su unidad, su sustancialidad y, de este modo, para poder calificar cualquier modificación de esencial o accesoria. De igual modo, si por objeto se entiende un acontecimiento de la vida, un suceso, sin una individualización específica jurídica, la amplitud que se otorgue a la imputación puede ser tal que haga que devenga inútil la garantía exigida por la ley. Todo hecho, como es sabido, se reduce a una unidad atendiendo a un criterio, siendo este criterio diverso en función del punto de vista propio de su análisis. Y, jurídicamente, ese criterio solo puede ser el delito, el hecho punible con los elementos típicos que determinan la individualidad del suceso¹¹. Afirmar, por ejemplo, que un hecho es la elaboración de un plan urbanístico y todas sus consecuencias o un ERE, no sirve, pues al amparo de una afirmación tan amplia, la imputación sería objetivamente y subjetivamente inabarcable, de modo que los preceptos que pretenden tutelar el derecho a la información de aquella y la defensa, se verían reducidos a una mera declaración formal. Las referencias a un criterio natural no sirven en el proceso para reconducir un hecho a su unidad por su falta de seguridad. Lo que policialmente es correcto, judicialmente se traduce en graves infracciones a los derechos del imputado. Cuando ambos mecanismos se conjugan, el resultado es la confusión de procedimientos no compatibles entre sí.

Cuando la norma se refiere a cambios sustanciales en la imputación, no parece, pues, que por tales puedan entenderse las variaciones en los hechos naturales sin ninguna relación normativa, pues el carácter o no sustancial aparecería muy difuminado

¹¹ Sobre la identificación del objeto del proceso penal y el rechazo a las teorías naturalistas, vide ASENSIO MELLADO, JM. Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid 1991. Págs. 65 y ss. ALMAGRO NOSETE, J; Derecho Procesal. Proceso Penal T.II. Con otros autores. Valencia 1988. Pág. 177. VÁZQUEZ SOTELO, JL; El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. R.J.Cataluña. núm. 2. 1984. Pág. 407.

e impreciso. Solo es sustancial, en el marco jurídico penal, aquello que supone una modificación de la causa petendi de la pretensión penal, esto es, del objeto del proceso. Un cambio que suponga una alteración del tipo penal imputado, del delito investigado, tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo. De no entenderse de este modo la referencia normativa, la noción de modificación sustancial carecería de perfiles nítidos, jurídicos, el elemento de comparación no quedaría definido. Se debe entender por modificación sustancial aquella que signifique una alteración de la imputación inicial, constituida por un hecho jurídicamente relevante, punible en palabras del art. 118 LECrim, no meramente natural. Un cambio en el tipo penal previamente imputado.

De igual manera, por alteración del objeto debe entenderse ampliación del mismo a delitos diferentes a los inicialmente investigados o bien una modificación de los sujetos implicados en la misma acción o acciones conexas. Y la referencia, de nuevo, no puede ser otra que la acción típica imputada.

Una imputación de hechos delictivos distintos debe llevar a una información inmediata y adicional para preservar la defensa. De igual modo, ha de hacerse lo propio cuando la misma acción o conexas se atribuyan a sujetos inicialmente no imputados o sean imputados por otros delitos, aunque no afecte a la imputación del interesado, en tanto la norma habla de modificación del objeto.

En suma, la norma ampara toda variación en la imputación inicial, que debe ser concreta, pues en caso contrario, la norma establecida en los arts. 118 y 775 LECrim no podrá ser cumplida, antes al contrario será susceptible de ser burlada mediante referencias a realidades indiscriminadas y manipulables.

Los derechos a la información de la imputación únicamente se pueden satisfacer si la imputación inicial es concreta, de hechos punibles, pues solo a partir de ahí es posible partir de una unidad y compararla con los acontecimientos que se produzcan posteriormente. Una imputación indefinida, de hechos no identificados en su significación jurídica, que no presenten los caracteres de delito y por tanto no reconducibles a una unidad jurídica, no permite cumplir con el derecho de defensa en la forma que la ley ordena.

Frente a quienes entienden que el objeto del proceso penal, hecho jurídicamente relevante identificado siempre por una referencia normativa, no meramente natural, es divisible en la fase de instrucción, debe afirmarse que esto no significa que dicha noción no exista en fase de instrucción. La pretensión se construye de forma escalonada y solo se perfecciona con la acusación definitiva, pero desde el primer momento el objeto del proceso debe ser un hecho jurídicamente relevante y generar sus efectos propios. El proceso tiene como objeto, siempre, un hecho jurídicamente relevante, no un acontecimiento natural sin relevancia jurídica. Y un hecho en el que no constan sus

elementos típicos carece de relevancia jurídica, no bastando la sospecha para integrar lo que se desconoce.

Que el hecho no se defina plenamente hasta el juicio oral no significa que hasta ese momento el objeto del proceso sea un mero hecho sin referencia jurídica. Esta afirmación excede con mucho el significado de la divisibilidad y se opone a las exigencias de una imputación que ha de ser siempre de un hecho punible, no de un simple acontecimiento fáctico sin trascendencia jurídica o mera hipótesis delictiva.

En definitiva, pues, para que la norma establecida en los arts. 118 y 775 LECrim, pueda ser efectiva, la información de la imputación se ha de referir a hechos con relevancia jurídica y a un tipo penal¹², aunque puedan sufrir alteraciones posteriores, siempre y cuando desde el primer momento los hechos tengan carácter de delito. E, igualmente, las sucesivas modificaciones o alteraciones, de las que hay que predicar la misma conclusión.

b) La pertinencia y utilidad de las diligencias de investigación

A una misma conclusión se llega cuando se analiza la necesidad de que las diligencias de investigación ordenadas sean pertinentes y útiles. Una exigencia derivada de los arts. 311 y 779 LECrim, que establecen un límite a lo que puede ser objeto de los diferentes actos de investigación ejecutados en la fase de instrucción.

Por pertinencia se entiende la existencia de una causa, que se identifica con una relación objetiva del acto de investigación o prueba con los hechos objeto del proceso entendidos en un sentido amplio en tanto tales hechos no son exclusivamente los que constituyen la causa petendi, sino todos los que pueden influir en la acreditación de estos últimos. Así se expresa el art. 283 LEC, que exige para valorar la pertinencia que la prueba solicitada guarde relación con lo que sea objeto del proceso.

Por utilidad debe entenderse el interés o necesidad del acto de investigación, tanto porque el hecho no precisa prueba, como porque carece de relevancia su acreditación en relación con el objeto del proceso. En suma, inútil es, dejando de lado aquello que no requiere de prueba, más complejo en el proceso penal que en el civil, lo que tienda a acreditar aquello que no tiene influencia en el proceso, que carece de trascendencia, lo que siempre lleva a un análisis subjetivo por parte del órgano jurisdiccional. Y, en este sentido, el art. 283 LEC, define la prueba inútil negativamente, como aquella que según reglas y criterios razonables y seguros no pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

¹² Vide GIMENIO SENDRA, V; Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid 2015. Pág. 297.

La pertinencia, de este modo, se debe valorar siempre en atención a la relación del acto de investigación -en la fase de instrucción-, con el objeto del proceso en su conformación correspondiente según el momento procesal. Y así viene a confirmarlo el art. 281 LEC, que define la prueba atendiendo a su objeto, que no es otro que la acreditación de los hechos que guardan relación con la tutela solicitada.

De las definiciones legales, que deben ser aplicadas al no existir otra referencia adecuada, resulta imprescindible para valorar la pertinencia atender al concepto de objeto del proceso, es decir, a un hecho con relevancia jurídica, a los hechos que forman parte de la causa petendi de una pretensión, aquellos que constituyen y conforman el tipo penal de la norma que confiere esa trascendencia jurídica a los acontecimientos naturales sin los cuales nada son en el ámbito jurídico. Interesa al proceso, desde el comienzo hasta su conclusión, la determinación de los hechos con relevancia jurídica, aquellos de los cuales puede derivar la consecuencia jurídica que se pretende. Un proceso penal, pues, no puede indagar en hechos que carezcan de carácter delictivo, pues eso equivaldría a convertir este instrumento en un método de represión de conductas ajenas al mismo. Y, para evitar esa confusión indeseable, es necesario limitar la investigación a hechos punibles inicialmente concretados en su expresión delictiva.

Objeto de la investigación procesal y de la imputación inicial no puede ser otra cosa que un hecho punible definido, aunque sea provisionalmente, pero constituido por todos los elementos típicos, pues solo esa individualización permite valorar la pertinencia de los actos de investigación instados. No hay otra solución adecuada.

No basta, a estos efectos, con un hecho que solo parcialmente acoja elementos de un tipo penal, porque ese hecho, de este modo configurado, no sirve para individualizar una acción en su sentido procesal penal. Si faltan elementos de ese tipo solo sería pertinente aquello que se relacionara con el hecho concreto conocido, pero no lo que surgiera de una abstracción o sospecha, pues, siendo posible la alteración sustancial del tipo, también quedaría abierta la posibilidad de ordenar actos de investigación sin límite alguno y meramente prospectivos. Por ejemplo, una resolución administrativa que se considerara sospechosa, cual sucede con frecuencia, bien podría ser una prevaricación, un cohecho o un tráfico de influencias, siendo de este modo que los actos de investigación no tendrían límite alguno, pues la ilegalidad, el beneficio o el aprovechamiento son conceptos diferentes y el delito, radicalmente distinto en orden al ejercicio del derecho de defensa.

La indefinición de la imputación cuando se abre una instrucción penal genera investigaciones prospectivas que se manifiestan en la ejecución de múltiples actos de investigación que buscan o bucean en hechos indeterminados, sin una referencia que sirva para definir lo pertinente que, en este sentido, resulta ignorado y pocas veces

aplicado en la práctica. Cuando se toma como elemento de comparación un hecho de la vida amplio e inconcreto en sentido jurídico, la pertinencia deviene un criterio sencillamente inaplicable o aplicable en un sentido no procesal.

De esta práctica, derivada de una instrucción que no investiga hechos con carácter delictivo, sino sospechas genéricas en muchas ocasiones, se derivan las dilaciones indebidas que solo pueden ser corregidas con una reforma del sistema procesal. Los plazos máximos de la instrucción sirven como correctivo, pero solo la delimitación de la función de la fase de instrucción puede servir para evitar macro procesos que confunden la instrucción con la investigación policial que debería ser previa.

La defensa, igualmente, deviene imposible si se quiere que sea materialmente eficaz. No solo no se justifica la pertinencia de las diligencias que se ordenan -lo que sería imposible sin una referencia que las delimite-, sino que es imposible controlar dicha exigencia a la hora de oponerse a una de las ordenadas y, más grave aún, imposible instar las necesarias para defenderse de una imputación tan inconcreta, como abierta y mudable.

Lo mismo cabe decir del requisito de la utilidad, cuya entidad solo puede valorarse atendiendo a la necesidad de los actos de investigación para esclarecer los hechos controvertidos (art. 283 LEC), los hechos típicos en el proceso penal, los punibles a los que se refiere el art. 118 LECrim. Porque solo puede ser útil aquello que sirva para acreditar, en el sentido de cada fase, el hecho típico objeto de investigación. No es posible valorar la utilidad cuando el hecho es inconcreto, cuando es tan abierto que el riesgo de devenir inservible es absoluto. Cuando lo que se indaga es un hecho no delimitado jurídicamente, el criterio de la utilidad no pasa de ser una mera especulación o un elemento con nula repercusión real.

c) La conexión y la exigencia de una imputación delictiva

A la misma conclusión se llega, dejando de lado la competencia objetiva o territorial cuya determinación solo es posible ante la presencia de un hecho delictivo definido en sus elementos esenciales al momento de fijar el tribunal al que corresponde conocer del asunto, al abordar la conexión regulada en el art. 17 LECrim.

Conocer si un hecho es conexo de otro, es decir, si cabe acordar la acumulación de pretensiones en el proceso penal, requiere su previa calificación jurídica, esto es, que la imputación recaiga sobre un hecho punible, definido en su contenido típico y no con base en una mera abstracción que permitiera, por su subjetividad, integrar los requisitos legales discrecionalmente mediante simples afirmaciones sin base cierta en que apoyarlas. Lo conexo o no derivaría de meras especulaciones y sujeto a mero voluntarismo o interés.

En primer lugar, porque solo los delitos que sean conexos (y delitos en palabras del art. 17 LECrim, antes, art. 300) pueden y deber ser acumulados en un mismo proceso. Los delitos conexos han de ser investigados y enjuiciados en la misma causa. Y, en este sentido, debe afirmarse con rotundidad que ninguna norma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a desgajar un delito conexo entre varios tribunales, salvo desde la entrada en vigor de la Ley 41/2015 que autoriza ese desdoblamiento en los casos de causas complejas, si bien, en todo caso, dicha separación no puede en caso alguno servir como excusa para violar garantías esenciales derivadas de la ilicitud de una prueba o afectar al derecho de defensa. Hasta la norma citada todos los delitos complejos debían ser investigados y enjuiciados en una misma causa conforme al art. 300 LECrim, sin que, por tanto, fuera posible abrir piezas separadas de hechos conexos y encomendarlas a tribunales diferentes. Máxime cuando dicha acción llevaba consigo la validación de pruebas ilícitas, por tratarse de escuchas derivadas de hallazgos casuales no encomendados a los tribunales competentes en el momento oportuno. No se trata de una mera cuestión de competencia como afirma la AP de Alicante, sección décima, en sentencia de fecha 16 de septiembre de 2015 y parece sostener el TS en su sentencia de fecha 23 de abril de 2015¹³, sino de ausencia del requisito constitucional de la jurisdiccionalidad por faltar la oportuna orden judicial previa (art. 579 bis 3 LECrim).

En tanto la conexión constituye una acumulación de pretensiones, de delitos en palabras de la ley, la misma solo puede tener lugar en los casos y por los motivos que prevé el art. 17 LECrim. Y esa reunión de pretensiones no puede en caso alguno llevarse a cabo sin una previa calificación de los hechos, pues un análisis somero de las causas previstas en la norma acredita la imposibilidad de valorar esta conducta atendiendo exclusivamente a los hechos en su sentido natural o histórico. Todos los motivos que el precepto prevé han de analizarse atendiendo a la relevancia jurídico penal de los hechos. Si se atendiera a los hechos naturales sería imposible o simplemente arbitrario determinar cuándo tales acontecimientos deben considerarse conexos y fijar la competencia o la unidad o pluralidad de procedimientos.

Los criterios subjetivos solo tienen sentido tomando como base un delito cometido por diversas personas. El hecho que permite afirmar la pluralidad de autores no puede ser otro que el jurídico establecido en el Código Penal como típico en un concreto delito. Los objetivos, por su parte, con más claridad incluso, se pueden valorar solo atendiendo a los tipos penales en los que cabe apreciar una determinada situación de concurso. Y, en fin,

¹³ Sentencia ésta en la que la no remisión del hallazgo casual no se vincula a ausencia de resolución judicial, sino a la competencia territorial, que no es motivo de nulidad. No obstante, cabe decir, dicha doctrina la limita en los casos en que el tribunal incompetente busca rehuir al competente, así como cuando el órgano del juicio oral no es el mismo. En todo caso, la nueva redacción del art. 579 bis 3 LECrim conduce a entender esta doctrina inaplicable.

los mixtos, exigen que los hechos sean típicos, pues requieren la atribución de cada delito a la misma persona y la existencia de una analogía que solo puede analizarse en relación con un delito, no con un hecho de la vida sin referencia normativa.

La exigencia de la concreción de un hecho delictivo aparece con evidencia incontestable, como se ha afirmado, cuando se trata de valorar la existencia de conexión en aquellos casos en que, en un proceso determinado y en el curso de una interceptación de comunicaciones aparece casualmente un hecho no amparado por la orden judicial previa. En tales casos, como expresamente ordena el art. 579 bis,3 LECrim, la validez de lo aprehendido depende de la conexidad del delito con el investigado y de que, de no ser conexo el descubierto casualmente, se remita la noticia del delito al tribunal competente a los efectos de que éste ordene la continuación de la restricción, además de valorar la regularidad de la restricción en principio ilegítima, especialmente si se pudo haber instado la orden ante el tribunal competente. Es evidente que ello sucederá en aquellos casos en que, captada una conversación de modo casual, solo se transmite la captación al tribunal competente meses o años más tarde, sin más análisis adicionales. Un fraude procesal que no puede ser remediado con referencias a que los hechos, aun siendo conexos, se separaron, sin perder su carácter de conexos, dada la complejidad de la causa. En este sentido se expresa la AP de Alicante en su sentencia ya mencionada de fecha 16 de septiembre de 2015 excediendo con mucho la doctrina, ya restrictiva e inaplicable una vez en vigor la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 13/2015, sentada por el TS en su sentencia de fecha 23 de abril de 2015 antes citada.

Porque, como antes se ha dicho, la conexidad no puede quedar reducida en estos casos a una mera cuestión de competencia territorial. Muy al contrario, la recepción casual de una comunicación supone la inexistencia de orden judicial previa, del requisito de jurisdiccionalidad, estableciendo la ley excepciones tasadas que remedien esa falta de un presupuesto esencial que, en los casos de delitos no conexos, consiste en la remisión inmediata de lo captado al tribunal competente para que valore la legalidad de la intromisión ilegítima, pues es ilegítima y sus circunstancias, en evitación de fraudes frecuentes que juegan con la conexión y pueden traducirse en una elección del juzgado más receptivo o menos propenso al control por circunstancias varias. Y la ley, frente a apreciaciones particulares y siempre complejas, establece una norma que garantiza que se eviten tales situaciones. Compete, pues, al tribunal competente valorar inmediatamente los requisitos de la intromisión atendiendo al hecho cometido en sí mismo considerado, no en relación a hechos que no son conexos y que no pueden retroalimentarse mutuamente con indicios recíprocos cuando no existe relación entre

ellos. Lo casual puede carecer de justificación suficiente en su marco natural, por falta de indicios que, en un hecho amplio, puede ilegítimamente fundamentarse en otros ajenos.

No obstante, es evidente que el análisis de la conexidad cuando de intervenciones de las comunicaciones se trata, siempre exige que la imputación esté concretada, que exista un delito concreto (art. 588 bis a LECrim), que se verifique el presupuesto de la especialidad. De nuevo cabe formular una dura crítica a la Sentencia de la AP de Alicante antes citada, que considera que la remisión de lo captado por el tribunal incompetente solo debe proceder cuando lo aprehendido constituye un hecho delictivo. Totalmente cierto. No obstante, en un ejercicio complejo y atentatorio a la ley, entiende esta resolución que en los casos, como fue el que analizó, en los que ese hecho no queda definido en su tipicidad en la captación casual, es posible mantener la restricción y su investigación a los efectos de constatar el mismo en su repercusión delictiva o, lo que es lo mismo, prorrogar la interceptación en busca de los indicios que determinen y concreten un delito que no surge de la primera captación casual. Por tanto, la AP de Alicante viene a autorizar restricciones del derecho sin base objetiva suficiente y como medio totalmente prospectivo. Reconociendo que el hecho captado carece de relevancia penal, permite mantener la restricción del secreto a las comunicaciones para constatar una tipicidad inexistente en la captación casual, llegando incluso a permitir que el tribunal pueda ordenar la intromisión frente al sujeto afectado a los mismos efectos de indagar en una conducta no delictiva, pero hipotéticamente ilícita, sin más base que la sospecha que consta en la interceptación originada por otro hecho del que éste es un simple hallazgo casual.

Una cosa, evidentemente, es que no se haya de remitir al tribunal competente un hallazgo de un hecho que no presenta los caracteres de delito. Y otra diferente, indiscutiblemente inconstitucional, es que se puedan seguir captando comunicaciones hasta tanto se defina dicha tipicidad y a tales efectos.

La teoría de la AP de Alicante es demoledora para el derecho al secreto de las comunicaciones, contraria manifiestamente a la ley vigente y a la jurisprudencia y gravemente dañosa para el sistema de derechos fundamentales. En los hallazgos casuales, es evidente, no existen indicios previos constatados en una resolución judicial habilitante. Ello no quiere decir, no puede dar lugar, naturalmente, a que en este tipo de interceptaciones la misma medida, ya excepcional al carecer de habilitación judicial, se elimine cualquier exigencia de imputación suficiente y que la restricción, extraordinaria, alcance la naturaleza de prospectiva, esto es, de intromisión útil para indagar en la posible existencia de delitos no concretados. Porque ésta es, sin duda, la teoría que sustenta la AP de Alicante en su sentencia.

En los casos de hallazgos casuales, ante la ausencia de indicios previamente establecidos judicialmente, la misma captación, lo hallado, debe tener como objeto y constituir un hecho delictivo típico, conformado en sus elementos sin necesidad de más indagaciones. Solo de esta forma se justifica el mantenimiento de la intromisión sin orden judicial previa y, además, es posible valorar la relación de conexidad con el hecho investigado. En otro caso, si no consta un delito e indicios suficientes del mismo, lo hallado no puede ser utilizado y mucho menos, a pesar de la teoría inconsistente de la AP de Alicante, mantener la interceptación en busca de la confirmación de meras sospechas y hasta la concreción de una imputación insuficiente. Si el hecho no aparece como delito, puede investigarse, pero jamás a través de un acto de la gravedad de una intromisión en la esfera de los derechos.

De ahí la importancia del concepto de imputación en relación con la conexión.

d) Concreción de los hechos imputados y medidas restrictivas de derechos fundamentales

Más evidente al respecto de la necesidad de que la imputación derive de un acto que reúna los caracteres de delito es la regulación que la Ley efectúa de las diligencias limitativas de derechos fundamentales, en las que no sólo se exige la presencia de indicios, sino, igualmente, de un delito determinado, concreto, en virtud del principio de especialidad que así lo impone.

Estas medidas han de basarse en la existencia constatada y previa de indicios delictivos, esto es, de aquellos que se refieren a hechos punibles, sin que sea posible, pues, ordenar restricciones en derechos fundamentales para investigar hechos sin relevancia jurídica penal. Como manifiesta el art. 588 bis b) LECrim, tales indicios de criminalidad han de haberse puesto de manifiesto en la investigación previa, que aparece como necesaria. Salvo que de algún acto derive directamente la existencia de los mismos, lo que es difícil, la ley está admitiendo la existencia de una actividad anterior a la petición del acto de intromisión del derecho, una investigación normalmente policial y autónoma, no judicial, dado el secreto que comporta un acto de tal carácter.

El art. 588 bis a) LECrim, exige, en atención al principio de especialidad, que la medida, además, se dirija a la investigación de un delito concreto. Y esta referencia no puede entenderse cumplida con la mera indicación de que el hecho que se investiga puede constituir un delito determinado. La existencia de indicios debe ponerse en relación con la referencia al delito perseguido, de forma que han de constar aquellos que configuren el hecho como ese delito que se afirma objeto de la interceptación solicitada. En caso contrario, la exigencia se colmaría con meras alusiones retóricas a tipos inexistentes y sin base fáctica suficiente. Y así, el precepto, que admite pocas

interpretaciones si se toma en su sentido literal y finalístico, a la vez que ordena o vincula la resolución judicial a un delito concreto, a un hecho punible que sea tal, prohíbe que se puedan ordenar restricciones de derechos para descubrir delitos, prevenirlos o despejar sospechas sin base objetiva.

La Ley, pues, no autoriza a limitar derechos para descubrir delitos posibles, siendo así que por descubrir no cabe solo entender la posibilidad de una diligencia prospectiva sin base alguna o solo asentada sobre una sospecha genérica, sino también, más específicamente, la escucha o captación de comunicaciones sobre hechos sin relevancia penal pero que se intuye o estima que puedan serlo. Tan descubrimiento es éste, como el más amplio y abstracto, pues ambos son equivalentes. Y en este sentido cabe entender la prohibición de ordenar la medida para despejar sospechas sin base objetiva, siendo lo pretendido evitar que se indague en el derecho al secreto de las comunicaciones solo sobre la creencia y no sobre la realidad determinada por indicios objetivos que completen la totalidad del tipo penal.

No hay hecho punible si el mismo no viene definido por los elementos que lo dotan de tipicidad y no es posible referir una restricción a un delito si el mismo no consta como tal, al nivel exigible en este momento procesal. La referencia a un delito, si no se exige que los hechos sean típicos en su totalidad, es o se convierte en una mera abstracción o formalidad.

Evidentemente, es posible que se investiguen los hechos previamente para constatar si los mismos alcanzan la categoría de delito, pero no parece posible que esta función corresponda a un Juez y menos que venga precedida de una imputación de ese rango. Y, en todo caso, nunca mediante un acto limitativo de un derecho fundamental.

En este mismo sentido se expresa el art. 588 bis c) LECrim, que ordena que la resolución judicial limitativa de un derecho refiera los hechos punibles que deben ser objeto de la diligencia y su calificación jurídica, así como los indicios en que se funde tal determinación. No basta, por tanto, con una relación de hechos que puedan entenderse susceptibles de engendrar una conducta sospechosa o que pudieran ser delito, sino que se exige la indicación de un delito concreto, un delito definido, pues es evidente que únicamente puede fundarse una resolución en un hecho delictivo cuando los indicios revelan su tipicidad. Lo demás es pura abstracción.

Mantener, como hace la AP de Alicante en la sentencia antes citada, en una interpretación forzada de resoluciones del TS, que la imputación no ha de constar con tales requisitos, en tanto se construye sucesivamente, significa una patente violación de los presupuestos mencionados. De ser como dice la AP de Alicante y como llega a avalar, resultaría que sería posible limitar derechos fundamentales sobre la base de

meras sospechas que la propia intromisión en el derecho debe confirmar. O, lo que es lo mismo, que la intervención telefónica tiene un carácter prospectivo.

3. La imputación como límite a la investigación

La Ley 5/2015, de 27 de abril, ha supuesto, analizada en la profundidad que merece, un cambio sustancial en la consideración de los fines que cumple la imputación en el proceso penal, cambio que va más allá de lo que una mirada superficial puede revelar. La exigencia de que la información de la misma garantice una defensa eficaz, unida al derecho de todo investigado a ser ilustrado sucesivamente de toda modificación en el objeto de la investigación y en los hechos imputados, supone la conversión de la imputación en un límite a la investigación, en un acotamiento de lo que puede ser objeto de indagación y en el papel garantista que la imputación pasa a asumir frente a instrucciones inquisitivas, indiscriminadas, dilatorias y prospectivas.

La apertura de una investigación en el seno de un proceso penal requiere, como se ha dicho, la constancia de un hecho punible, delictivo, el cual pasa a constituirse en objeto de la fase de instrucción. Aunque sea divisible, la instrucción tiene un objeto que puede alterarse, pero cumpliendo determinados requisitos, especialmente, garantizando la defensa con carácter previo si se pretende ampliar el objeto de modo sustancial. La ejecución de un acto de investigación, en tanto debe ser pertinente, si modifica el objeto inicial, debe hacer referencia a hechos punibles distintos, lo que comportará, previamente, el deber de ilustración, pues no es posible investigar procesalmente hechos sin apariencia delictiva. La misma conclusión referida a la necesidad de una imputación de hecho punible inicial debe predicarse de toda ampliación, sin que sea admisible ampliar la instrucción a la investigación de conductas que no presentan los caracteres de delito.

Así, pues, la imputación juega, como límite objetivo a la investigación un doble papel: por un lado, garantiza el derecho de defensa que puede ejercitarse respecto de un hecho delimitado objetivamente y jurídicamente individualizado; por otro lado, preserva la vida y dignidad de la persona frente al Estado en tanto evita que éste pueda indagar en hechos no previamente imputados, indiscriminados y sin límite alguno. No es propio de un Estado de derecho que éste carezca de freno en su labor inquisitiva¹⁴.

Esa delimitación objetivo-subjetiva de la imputación, por otro lado prevista en la ley, impide ese tipo de investigaciones indiscriminadas, pesquisas generales, prospecciones,

¹⁴ ASENCIO MELLADO, JM. El imputado en el proceso penal español. En "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal". Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1993. Págs. 67 y ss. Sobre la imputación como límite a la investigación, vide GIMENO SENDRA, V; Manual de Derecho Procesal Penal, cit. Pág. 289.

así como dilaciones indebidas y, en último término, el uso espurio del proceso para fines ajenos a su función legítima.

La imputación, por tanto y aunque en la actual situación se desconozca esta función básica en un proceso penal democrático, se traduce en un límite objetivo de la instrucción, que queda circunscrita a los concretos hechos que constituyen su objeto y que han sido previamente comunicados al investigado, esto es, los hechos punibles que han sido transmitidos a éste. Toda ampliación de esa investigación ha de presuponer, por tanto, la previa ilustración al imputado, que debe ser sucesiva y concreta. Este es el sentido de los nuevos arts. 118 y 775 LECrim para que no queden reducidos a simples declaraciones formales y retóricas y que la información resulte siempre posterior a una actividad intensa y completa realizada al margen de todo control y de la intervención del investigado. No parece admisible entender que, en el seno del proceso puedan investigarse hechos a los efectos de determinar su tipicidad y que la información al imputado solo es exigible una vez que los mismos han sido conformados como tales. Ni siquiera sería admisible esta interpretación considerando que en el proceso se puede investigar el carácter delictivo de un hecho.

Aunque es evidente, como se dijo, que solo puede ser objeto de información previa un hecho determinado en su tipicidad, no un hecho natural cuyo carácter delictivo se busca o presume.

No cabe, pues, ampliarse la investigación a hechos que no constituyen el objeto de la instrucción sin antes haber informado de los mismos al imputado cuando éstos implican una ampliación o una transformación de la imputación inicial. Como se ha dicho, más allá de garantizar una defensa eficaz, solo es posible si previamente se comunica el objeto de la investigación y este límite es consecuencia de la necesidad de evitar investigaciones prospectivas e inquisitivas. Una interpretación la que se sostiene que se basa en la misma interpretación que fundamenta la imposibilidad de investigar a los efectos de decidir si se imputa a un sujeto y al margen de su intervención. Si esta exigencia no es discutible al momento de imputar inicialmente, no parece que pueda ser desconocida cuando se trata de ampliar la imputación. Una diferencia de trato cuando los efectos son los mismos, no resulta justificada, pues los derechos afectados son idénticos en ambos casos.

En todo caso, dicha ampliación e ilustración previa ha de reunir los mismos requisitos que la inicial cuando de la instrucción ante un tribunal se trata. La misma ha de ser de un hecho punible, no de un hecho natural en el que no coincidan todos los elementos que definen su tipicidad. No es posible, iniciada una instrucción sobre la base de un delito o delitos referidos a un acontecimiento amplio, tomar como referencia objetiva ese acontecimiento fáctico y no los delitos imputados y, a partir de ese dato objetivamente

indeterminable jurídicamente, entender que constituyen el mismo objeto todos los delitos que se puedan descubrir, a cuyo efecto en el seno de la instrucción se podrían llevar a cabo diligencias ilimitadas en busca de posibles delitos no imputados previamente.

III. IMPUTACIÓN Y DERECHO DE DEFENSA. REFLEXIONES SOBRE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL

El nacimiento de la condición de imputado (investigado) implica la constitución de éste en parte pasiva del proceso penal, en parte, pues, con la plenitud de los derechos inherentes a dicha condición, muy especialmente el de defensa, que adquiere en el proceso penal una relevancia muy determinante.

Y esa atribución, por comportar el ingreso del imputado en el proceso, debe ser inmediata al nacimiento de la imputación para evitar efectos, tales como la ruptura del carácter dialéctico del proceso y la afectación de la igualdad. Por tanto, inmediata al surgimiento de la imputación.

Frente a la situación anterior, caracterizada por la supresión de hecho del sumario, sustituido por las llamadas "diligencias previas" a cuya finalización y una vez completa la investigación se dictaba el auto de procesamiento negándose la defensa, la Ley 53/1978 estableció el nacimiento del derecho de defensa en la imputación, la cual debía surgir cuando se evidenciara alguno de los actos que el propio precepto desarrolla. Se trataba, pues, de evitar una instrucción sin la presencia del imputado, de garantizar la defensa. Pero, como se ha visto, aquellos actos previstos en la norma exigen un hecho punible, no un hecho natural o histórico sin relevancia jurídica, que no puede o no debe dar lugar a una imputación y a un proceso ante un Juez de Instrucción.

Y ello es así porque la defensa exige la plena contradicción, que se traduce en la toma de conocimiento de las diligencias, en la participación activa en esta fase, provocando actos de investigación, interviniendo en los de la parte contraria y rebatiendo estos últimos, con el fin de eludir la apertura del juicio oral, de una acusación, de la llamada pena de banquillo. Una información previa de lo imputado como condición de la defensa. Y esa contradicción no es posible frente a indagaciones que no tienen como objeto un hecho punible, de modo tal que, admitir que la instrucción tiene como fin la investigación de hechos que no presentan los caracteres de delito o se evidencian como mera abstracción, da lugar a que la pena de banquillo se sustituya por la pena de sumisión a una fase que produce efectos gravísimos sobre un imputado que no lo es por hechos que no se revelan siquiera punibles, sino meras especulaciones o posibilidades. Y no sirve para eludir este riesgo con el cambio de denominación de imputado por investigado.

En suma, se presenta el dilema de asegurar la defensa desde un principio con el fin de evitar el juicio oral, pero al actuar contra las exigencias legales entendiendo que puede ser objeto de imputación un hecho no punible o definido en su tipicidad, se provoca un efecto más grave, cual es el de sumir al afectado a las consecuencias de instrucciones prospectivas que, socialmente, se equiparan a las de una condena anticipada.

Lo que aparece teóricamente como una garantía, se torna en lo contrario. Ni la defensa es posible ante imputaciones de hechos que no presentan los caracteres de delito, ni el afectado se ve protegido por una condición, la de imputado, que tiene una finalidad que, en la realidad, opera en un sentido exactamente opuesto.

1. La perversión de la instrucción ante imputaciones no delictivas

La apertura de la instrucción ante hechos que no presentan inicialmente la cualidad de delito, da lugar a que esta fase pierda su carácter procesal y contradictorio, para convertirse en una actuación netamente policial en la que ninguna ventaja cabe hallar a una actuación judicial escasa y pasiva y una defensa que no interviene activamente en los actos de investigación, indiscriminados y prospectivos que constituyen su esencia.

La dirección de esta fase se atribuye de hecho a la policía, que sustituye a un Juez pasivo, que se limita a acordar las diligencias que la propia policía le pide, directamente o a través del Ministerio Fiscal. Y se hace sin un control efectivo, que es imposible en tanto lo buscado no es un hecho delictivo, sino un hecho que hipotéticamente y sin control objetivo, puede serlo. Las resoluciones judiciales, normalmente, carecen de fundamentación en orden a la pertinencia de las diligencias solicitadas, en tanto, la carencia de hechos punibles refiere ese requisito a hechos inconcretos, genéricos, que permiten actos prospectivos. Y dilaciones indebidas. Y macro causas ingobernables.

Esta situación ha dado lugar a un auge de los llamados "informes policiales", cuya naturaleza se ignora¹⁵, pero que han adquirido una importancia capital, de hecho, demostrándose con ello la posición superior que ocupa la policía en una instrucción que queda en sus manos. Tales informes incluyen auténticas pericias realizadas por órganos no periciales, por los mismos investigadores que carecen de la formación adecuada, que abarcan materias que precisarían el informe de un experto, valoraciones de hechos impropias de quienes no deben hacerlas limitándose a reportarlos e, incluso, lo que es

¹⁵ Aunque, evidentemente, no pueden ser otra cosa que atestados si se atiende a la literalidad del art. 292 LECrim, que denomina así a todas las diligencias que practique la policía. Denuncias a efectos legales a salvo las excepciones que la jurisprudencia sostiene que solo alcanzan a las pericias y a los elementos objetivos, materiales e irreproducibles. Las afirmaciones policiales que constan en el atestado son por tanto meras denuncias. STC 217/1989.

más grave, interpretaciones jurídicas sobre materias de todo signo incurriendo en errores sustanciales.

Los Jueces, ante una actividad impropia de los tribunales, instan informes policiales que abarcan cualquier actuación, incluso las que deberían ser ejecutadas con intermediación, corresponderían a quien debe valorar jurídicamente los actos realizados o, simplemente, son de su competencia. Por ejemplo, sobre el material hallado en un registro, que el Juez no aprecia directamente, limitándose a analizar el informe policial sobre lo obtenido, siendo de este modo que todo informe incluye la visión de quien lo realiza. Y este informe se presenta como decisión judicial o valoración del tribunal.

En definitiva, hasta tanto se concreta el hecho en su carácter delictivo, la instrucción es plenamente policial, siendo así que la función judicial de control o dirección es meramente nominal.

La defensa, obviamente, es imposible. En primer lugar, porque el hecho que se investiga, por su amplitud e inconcreción, no es comunicado al imputado hasta tanto ha concluido la investigación sobre el mismo. De forma que las garantías previstas en los arts. 118 y 775 quedan reducidas y quedarán en el futuro, a una información que se hace al final de la instrucción. Aunque se interprete que dicha información habrá de hacerse ahora una vez concretado el hecho, es evidente que el sistema que permite investigar en una instrucción judicial hechos no delictivos en busca de ese carácter, dará lugar a que tal información solo se produzca una vez concluida la investigación y concretado el hecho.

Tan es así lo que se dice, que se acepta, contra los preceptos expresos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ordenan lo contrario (art. 286), una investigación autónoma policial en el seno de la instrucción. Así se pronuncia la AP de Alicante en auto...O la Instrucción 1/2008, de 7 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial.

En definitiva, hablar de instrucción judicial en estas condiciones no parece acertado; hacerlo de una defensa que solo aparece una vez terminada, en el seno del proceso, la investigación, un eufemismo. No hay como tal instrucción judicial cuando se abre para indagar en hechos que no presentan prima facie los caracteres de delito, cuando se imputan acontecimientos sin esa relevancia jurídica, cuando la instrucción no constituye una fase contradictoria asentada sobre un delito, incipiente, pero delito. La instrucción judicial en la práctica no existe.

Y todo lo dicho se extiende hasta el momento de finalización de las Diligencias Previas, que se interpretan como el momento en el que los hechos deben ser caracterizados como delito. La concreción de la imputación, en sus elementos básicos, se remite al final de la instrucción (art. 779), incluso en los casos en que se han

ordenado intromisiones en derechos fundamentales que deberían contener esos elementos inicialmente. De este modo, no se diferencia entre la concreción de la imputación, entre la exigencia básica de que se refiera a un hecho con carácter delictivo y la labor contradictoria propia de la instrucción, que, recayendo sobre un hecho delictivo, se dirige a valorar la posibilidad de abrir el juicio oral. En suma, no hay contradicción, ni defensa materialmente entendida en la instrucción. Todo puede quedar reducido a una actividad especulativa, a promover actos que se opongan a hechos aislados o sin relevancia jurídica que, además, se perfilan sucesivamente en instrucciones prolongadas e ilimitadas, sin un objeto cierto.

2. La necesidad de una reforma de la instrucción

Esta realidad, que cualquiera que conozca el funcionamiento de la fase de instrucción, especialmente en asuntos complejos, puede percibir y conocer, obliga a una reflexión acerca de la necesidad de reformar el sistema, superando debates genéricos y radicales que no permiten salir de una cierta parálisis en la reforma del modelo al aparecer como antagónicos. Esta confrontación impide enderezar una práctica que no cumple la ley vigente y que funciona con escasa atención a la norma. En la instrucción, debe y puede decirse, no se aplica la Ley de Enjuiciamiento Criminal o se hace con tanta libertad, como inseguridad genera.

La discusión acerca de quién debe dirigir la instrucción ha de moderarse y buscar puntos de equilibrio que permitan avanzar y superar la actual situación de desatención a la legalidad. La instrucción, hoy, se acomoda poco a una Ley de Enjuiciamiento Criminal que ordena a la policía supeditar su actuación al Juez de Instrucción y que solo confiere a los actos policiales el valor de atestado (art. 297 LECrim).

Se impone, pues, meditar acerca de tres cuestiones: la primera, a quién debe corresponder y en qué momento la labor de investigación tendente a determinar si un hecho de la vida tiene los caracteres de delito, es decir, puede considerarse punible; la segunda, cuándo ha de considerarse que surge una imputación, que debe ser delictiva; la tercera, a quién debe asignarse la labor de dirigir la instrucción una vez definido el hecho en su carácter delictivo. Y todo ello teniendo en cuenta el derecho de defensa en un sentido material, conectado con la determinación de los hechos, es decir, atendiendo a la fase en que es investigado sin la concreción suficiente acerca de su carácter delictivo y aquella en la que ya ha sido delimitado en sus elementos típicos esenciales, dándose lugar, pues, al nacimiento de un auténtico proceso contradictorio cuyo objeto sea la efectiva posibilidad de acusar.

Se trata de una reflexión que se apunta brevemente en este trabajo, cuya finalidad no es otra que promover un debate, que mover a la discusión poniendo sobre la mesa los

defectos graves de nuestro sistema. Solo, pues, un apunte breve sobre lo que podría constituir el punto de partida de un modelo que no contuviera soluciones radicales y que pudiera ser aceptado por todos.

a) Una fase de investigación previa a la instrucción judicial

La necesidad de que la imputación verse sobre un hecho punible, obliga a una fase previa en la que dicho hecho se delimite y concrete en su significación delictiva. Esa labor no es judicial, sino administrativa, debiendo la misma competir a la policía bajo la dirección de la Fiscalía, dirección jurídica se entiende, en tanto es la primera la que tiene los conocimientos adecuados para la investigación careciendo de los segundos.

Una función ésta similar a la que el art. 773,2 LECrim otorga a la Fiscalía dirigida a comprobar si el hecho goza de los caracteres de delito, siendo así que, una vez definido el mismo, debe ponerse en conocimiento del Juez de Instrucción.

Por imputación concreta, pudiera tomarse como referencia la doctrina elaborada acerca de los aforados, casos en los cuales el tribunal competente solo asume su competencia cuando el hecho ha sido definido como delictivo¹⁶.

No se trata, pues, de elaborar una fase que carezca de referentes normativos o jurisprudenciales, sino de atender a situaciones ya existentes y que podrían pasar a formar parte de lo común.

La investigación previa solo tendría la finalidad de concretar los hechos en su significación delictiva, de modo que no tendría lugar cuando el hecho ya apareciera como tal desde un comienzo, ni cuando se adoptaran medidas restrictivas de derechos fundamentales, supuesto en que ese requisito es determinante. Toda ampliación de esta fase más allá de estos fines carecería de justificación.

Los plazos habrían de ser estrictos, conduciendo su conclusión al archivo de las actuaciones.

En caso alguno las diligencias de esta fase gozarían de valor probatorio, salvo los elementos materiales y objetivos hallados.

La defensa habría de garantizarse, si bien de forma adecuada a los actos, limitados en su función y tiempo, que se llevaran a cabo y, en todo caso, sin olvidar que

¹⁶ Vide al respecto GÓMEZ COLOMER, JL-ESPARZA LEIVA, I; Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Valencia 2009. Págs. 456 y ss. Igualmente, el Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de septiembre de 2013, en el que afirma que la competencia del tribunal encargado de conocer de la causa contra el aforado debe surgir cuando se aprecie una "inequívoca y directa comisión de hechos concretos y determinados, objetivamente constatables, de los que pueda desprenderse la existencia de una concreta imputación fáctica...". Y, se reitera aquí el Auto TS de fecha 24 de julio de 2013 que exige para abrir la instrucción un delito concretado en su total tipicidad. En este mismo sentido la STS de 15 de julio de 2013.

posteriormente existirá una fase judicial donde se controlará lo actuado, incluso el abuso de la anterior más allá de la mera concreción de la significación delictiva de los hechos.

No existiría como tal una imputación, pues no existiría hecho punible en que basar la sospecha.

b) La instrucción judicial

Es necesario mantener la instrucción judicial una vez el hecho concretado en su relevancia jurídica. La contradicción y la igualdad entre las partes solo es posible ante un tribunal independiente, neutral, no investigador y por tanto no comprometido en funciones inquisitivas. Su misión debe ser la de determinar si el hecho imputado puede ser objeto de juicio, si razonablemente puede ser objeto de una condena o ésta se advierte imposible o difícil, en cuyo caso deberá archivar¹⁷.

Esta fase, pues, plenamente contradictoria, en la cual la Fiscalía no gozaría de facultades autónomas de investigación, ni tampoco la policía, tendría como objeto un hecho configurado como delito y un autor determinado.

La dirección de la misma sería judicial y un Juez activo que evitara toda suerte de privatización de la instrucción, de entrada en el proceso de rasgos del llamado sistema adversarial que implican una privatización de la instrucción que implica desigualdad entre el Estado y el imputado.

La defensa debería ser plena y en condiciones de igualdad, especialmente dirigida a la práctica de los actos necesarios para la determinación de la suficiencia de los elementos aportados, su validez jurídica, su suficiencia y, en fin, para valorar la procedencia de la apertura del juicio oral.

Una distinción entre investigación e instrucción que garantizaría una defensa ante hechos ya definidos previamente en sus elementos esenciales y que evitaría, dada la mayor imparcialidad judicial, no investigador, juicios orales innecesarios. Y un juicio oral decisivo y determinante, no ratificador de diligencias anteriores. La negación de valor probatorio a los actos policiales, solo posible si sus actos se separan de los jurisdiccionales, significaría un incremento del acusatorio, perjudicado por esa penetración del atestado en el proceso penal que cada día se incrementa y que trastoca los principios que deben presidir el proceso penal.

Con formato: Fuente:
(Predeterminado) Arial, 10 pto, Sin
Negrita

¹⁷ Sobre lo que debe entenderse como "razonabilidad de una condena", vide CUADRADO SALINAS, C; La investigación en el proceso penal. Madrid 2010. Págs. 299 y ss.