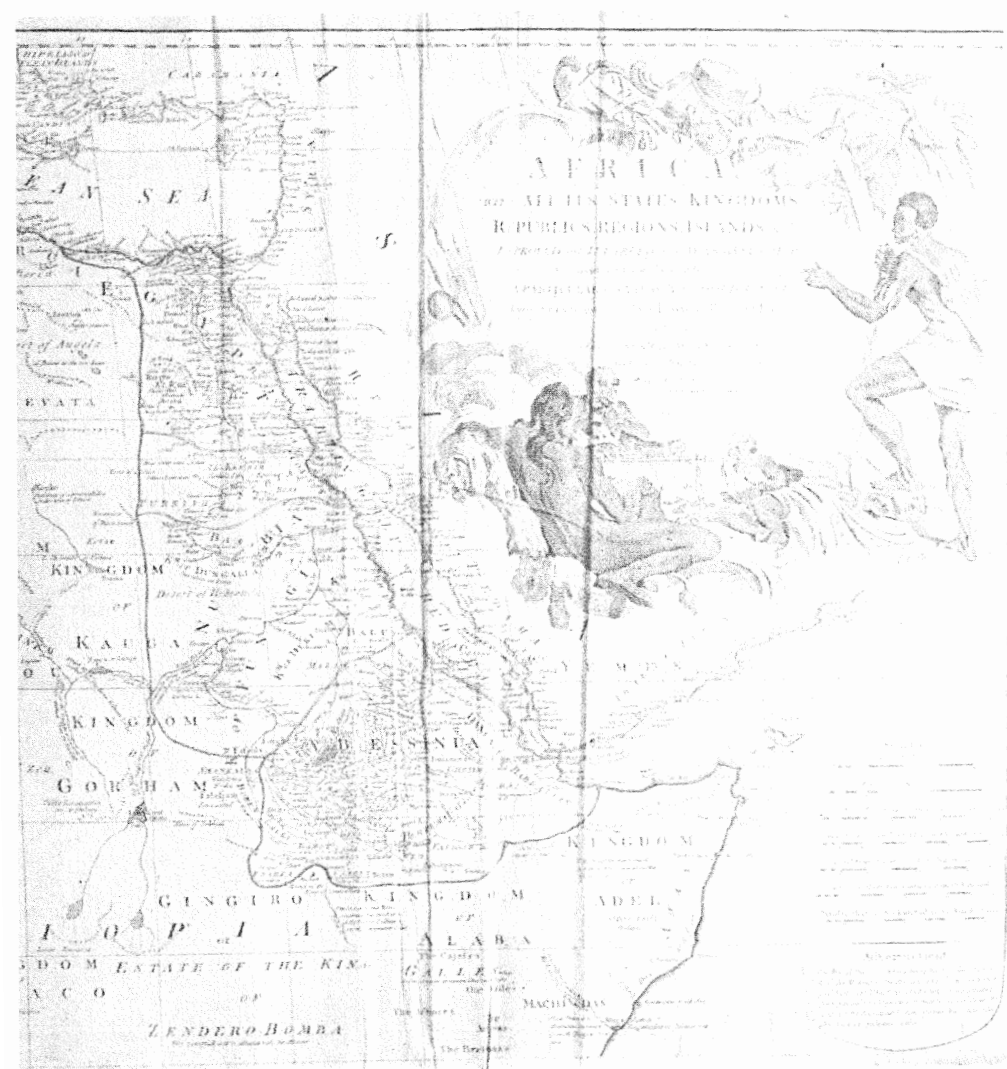


Revista del Foro Canario

80

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

LA CONTRADICCIÓN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL

JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN
MAGISTRADO
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO PROCESAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONTRADICCIÓN: SIGNIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN CON FIGURAS AFINES.
- III. LA INSTRUCCIÓN: SUS CONTENIDOS Y FINES. MANIFESTACIÓN EN ELLA DE LA CONTRADICCIÓN.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en el ámbito procesal europeo continental se acogió para el proceso penal por delitos el denominado sistema acusatorio formal o mixto que sancionó el Code d'Instruction Criminelle francés de 27 de noviembre de 1808 (tras abandonarse el sistema acusatorio puro que había implantado la Revolución ante el fracaso del mismo y la ola de impunidades a que trató de poner freno con la instrucción preparatoria la Ley 7 de Pluvioso del año IX), inspirado en el acusatorio británico que alejado de la recepción del romano-canónico inquisitivo Blagstone sintetizaba en que nadie fuera juzgado sin pasar antes dos veces por sus jueces, tanto en dicho Code como en sus seguidores tales como el Ordenamento Judicial italiano de 6 de diciembre de 1865, el alemán de 1877 y desde luego nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, el proceso se estructura con dos principales fases o etapas, encaminadas la primera a la realización de una actividad preparatoria de la segunda consistente en síntesis, en depurar la “notitia criminis” determinando la probabilidad del mismo al objeto de decidirse sobre la procedencia o no del sometimiento a juicio del sospechoso, y la segunda al desenvolvimiento del debate o juicio propiamente dicho.

El proceso penal así concebido pasó a denominarse en esa primera fase de la “instrucción”, mientras que la segunda se llama “juicio”, “debate” y hasta “juicio oral”, dentro de lo que en países como Italia o Alemania se definen como proceso “definitivo” o “principal”, diferenciada de la encuesta o instrucción preparatoria, con las más diversas variantes según países y autores, con términos como plenario, proceso instructorio y proceso decisorio, etc., etc. y existiendo casi total unanimidad en ver en aquella primera fase las características del sistema inquisitivo, particularmente con la iniciación de oficio y la mezcla de las funciones acusatorias y juzgadoras, unido a las notas de escritura, secreto, prueba tasada y doble instancia, mientras que en la segunda se daba el acusatorio, es decir, necesidad de formulación de acusación ante quien juzga, defensa, oralidad, publicidad, libre valoración de la prueba e instancia única.

En España, tras la aceptación de las nuevas ideas frente a los procedimientos del antiguo régimen (recogidos sobre todo en la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima de 1805), que entraña la aprobación de la Constitución de Cádiz en 1812, se producen una serie de avances y retrocesos (que bien pueden

reflejarse en el Reglamento Provisional de 1835 o la Ley Provisional de 1850, cuando no en la también provisional Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 o en la Compilación General de 1879), la definitiva consagración del sistema mixto tiene lugar con la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, con las dos nombradas fases de instrucción y juicio oral, también denominada la primera con la expresión que rubrica su Libro II de “sumario”, genuinamente española, como sustantivación masculina de lo que en la Novísima Recopilación se denominaba “información sumaria” (aunque no son extraños del todo otros términos como el de “debate” en artículos como el 680, 682, 683, etc.).

En nuestra nombrada Ley de 1882, aún vigente como es sabido, no se contiene regulación expresa de la contradicción, aunque en su por todos alabada Exposición de Motivos se da por entendida en el juicio oral cuando a propósito de los datos y elementos reunidos en el sumario afirma que “... más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral”, lo cual se confirma con la regulación que se determina para el mismo con las acusaciones y defensas, la ineludible presencia de las partes y sobre todo la toma en consideración de las razones expuestas a la hora de dictarse sentencia (art. 741).

En cambio, respecto a la instrucción o sumario, la contradicción difícilmente se advierte en su acepción de opiniones enfrentadas y previamente expuestas a quien ha de resolver, como luego veremos, aunque tampoco estaba prohibida ni desde luego totalmente imposibilitada, y antes al contrario preceptos como el del art. 2 referente a que se consigne tanto lo adverso como lo favorable, la posibilidad de valerse de abogado tras el procesamiento que previene el 384, “bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen y para formular pretensiones que afecten a su situación”, y hasta la propuesta de diligencias a practicar en el sumario de que hablan los artículos 311, 314 y 315, como ejemplos que podrían citarse, si entrañan posibles peticiones dispares.

Mas situándonos en tiempos no tan alejados de los actuales, del cúmulo de reformas producidas tanto en España como en nuestros vecinos europeos, la visión de la situación podría reflejarse mediante un somero análisis de la labor legislativa hecha en la última década o quincena de años, para englobar sobre todo el advenimiento del estado de derecho diseñado por nuestra Constitución, y las reformas hechas desde los años cincuenta hasta ella.

En la primera etapa ha de citarse en primer término la nueva ley o Code de Procedure Penale francés, de 31 de diciembre de 1957, nuestra Ley de reforma

del procedimiento de urgencia de 8 de junio de 1957 y la más innovadora aún del mismo de 8 de abril de 1967, y hasta la ley portuguesa de 6 de septiembre de 1977, en todas las cuales aun manteniendo el ya comentado sistema mixto y la instrucción a cargo del Juez, no contienen en ellas regulación expresa de la contradicción, aunque en la francesa, frente al monopolio de la acción penal a cargo del Ministerio Fiscal (similar al resto de Europa, donde se desconoce nuestra acción popular de que luego hemos de hablar) y la no posibilidad de que el Juez instruya de oficio (como sí es tradicional en nuestro derecho positivo), se agrega la posibilidad de que mediante la demanda de la parte ofendida se provoque el ejercicio de aquella acción penal del Fiscal, mientras que sobre todo en nuestra ley del 67 se rompe el esquema de la separación orgánica de ambas fases del proceso, pudiendo en los delitos menos graves juzgar el mismo instructor.

En cambio, en la segunda etapa, además de nuestro particular caso de adhesión a los Convenios internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, principalmente, la aprobación de la Constitución de 1978 con expresos pronunciamientos sobre el proceso (derechos a la tutela judicial efectiva, defensa, información, presunción de inocencia, y, en suma, proceso con todas las garantías) y su desarrollo legislativo del que enseguida nos ocuparemos, las novedades no sólo son de gran trascendencia sino que implican ya un radical cambio en la concepción de la instrucción, al pasarse de una competencia judicial a una atribución al Fiscal, inspirada en el sistema anglo-norteamericano, aunque propiamente no sea ello la instrucción como también hemos de ver luego, sino la asunción del aspecto menos jurisdiccional de la misma cual es el de la mera investigación criminal, buscando esa deseable simplificación del proceso penal de que se ocupó expresamente la Recomendación de 17-9-87 del Consejo de Europa. Y así hemos de citar en primer término la Ley procesal penal alemana de 7 de enero de 1975 y los más recientes Códigos procesales de Portugal e Italia, respectivamente de 17 de febrero de 1987 y 22 de septiembre de 1988, donde como queda dicho se atribuye la mal llamada instrucción al Ministerio Fiscal⁽¹⁾, aunque con importantes correcciones como lo son, en la ley alemana

(1) El art. 263 del Código de Processo Penal portugués establece que “a direcção do inquerito cabe o Ministério Público assistido pelos órgãos de la Polícia Criminal” y el art. 327 del nuevo Código italiano, Codice di Procedure Penale por su parte establece “el pubblico ministero dirige la indagine e dispone direttamente della polizia giudiziaria”.

que el Tribunal del Land puede ordenar al Fiscal que ejerce la acción penal si el ofendido reclama, o que modifique su escrito de acusación si tras la apertura del juicio principal una más correcta determinación del objeto del proceso —hecho y persona— así lo requiera, cuando no que practique más diligencias para un mejor esclarecimiento (parágrafos 172, 202 y 207), en la Italiana que el Fiscal forma parte de la Magistratura (arts. 104 y 107 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947) y en el caso de Portugal el que difícilmente se va a conciliar con el art. 32 de su Constitución según el cual “toda la instrucción es de la competencia de un juez que puede delegar en otras entidades la práctica de actos que no se vinculen directamente con derechos fundamentales”, y por ello mismo las medidas de coacción, así como el ordenar determinadas buscas y aprehensiones se ha reservado al Juez, mientras que el Fiscal lleva a cabo el “o inquerito” para ante su resultado archivar o deducir la acusación, lo que nos conduce a insistir en que la instrucción no es sólo la investigación criminal.

Y en fin, por lo que a nuestro derecho positivo respecta, dejando a un lado la nombrada Ley del 67 que aparte de lo ya consignado, ninguna novedad expresa trajo en orden a la contradicción, es la legislación constitucional y su desarrollo la que contiene notables novedades en orden a ella, comenzando por la ley sobre asistencia letrada a detenidos de 4 de diciembre de 1987 (elaborada como puede verse en coincidencia temporal con la elaboración de la Constitución), que afectó al derecho de defensa modificando los artículos 118 y 520, entre otros, de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, luego retocados en la posterior reforma de 13 de diciembre de 1983, para continuar con otras leyes que también posibilitan la contradicción como la de reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, las de terrorismo y prisión preventiva de 26 de diciembre de 1984, la del habeas corpus de 24 de mayo de 1984, sin olvidar la del denominado enjuiciamiento oral de 11 de noviembre de 1980, y sobre todo la del nuevo procedimiento abreviado de 28 de diciembre de 1988 y la de la nueva reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989, con las importantes innovaciones contenidas en los artículos 781 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con base en todo ello y en las elaboraciones doctrinales más significativas veamos lo que supone la contradicción procesal penal y la proyección que la misma ha de tener en el siempre latente tema de la naturaleza jurídica de la instrucción, acentuado ahora, si cabe, con las aludidas tendencias desjudicializadoras.

II. CONTRADICCIÓN: SIGNIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN CON FIGURAS AFINES

Etimológicamente contradicción entraña decir lo contrario, y por ello mismo es la propia Real Academia de la Lengua Castellana la que dice de ella que es la “acción y efecto de contradecir”, para indicar con este último verbo que es “decir uno lo contrario de lo que otro afirma o negar lo que da por cierto”⁽²⁾. Y en efecto tal significación lingüística es la que ha de darse también en el mundo del Derecho, o más concretamente en el del proceso, de tal forma que ante la reclamación o pretensión de uno ha de darse la oposición o réplica del otro, de tal manera que como escribe GIMENO SENDRA⁽³⁾ a propósito del proceso penal “se da cuando ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tienen la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de las pruebas, así como cuando se reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena privativa de libertad”.

La contradicción por tanto es consustancial a todo proceso y más en concreto a la defensa, en cuanto acto en que la misma se exterioriza, pero como veremos enseguida no son una misma cosa, puesto que la defensa comprende otros aspectos diferenciales como la articulación de pruebas, impugnación, etc. y su fundamento está más que en el principio de que nadie puede ser juzgado sin ser oído, en que la segunda se basa, en la necesidad que tiene todo juzgador de oír tanto a acusador como a acusado para poder llegar a tener conocimiento de la verdad material disponiendo de todos los elementos que la integran, pues como también escribiera CARUELUTTI cuanto más se oculta la verdad más esfuerzo ha de realizar el juez para descubrirla⁽⁴⁾.

Son notas o aspectos a tener en cuenta en la contradicción en primer término la debida llamada al proceso del interesado, y por tanto las comunicaciones que en tal sentido se le hagan (citaciones, emplazamientos o notificaciones) han de reunir los elementos precisos para que no se frustre su llamada. Un se-

(2) En su dimensión filosófica la contradicción es tenida por una de las leyes o categorías de conocimiento desde que la formuló Aristóteles diciendo que “el mismo atributo no puede al propio tiempo convenir y no convenir al mismo sujeto, considerándolo desde el propio punto de vista y bajo las mismas relaciones”. E.J. SEIX.

(3) *Derecho Procesal, Proceso Penal*. E. Tirant lo Blanc, Valencia 1988, pág. 53.

(4) *Derecho Procesal Civil y Penal, Principios del Proceso Penal*, Buenos Aires 1971, pág. 103.

gundo lugar lo ocupa la información, en idioma comprensible obviamente, pero sobre todo relativo al hecho en cuestión, con los matices que sean necesarios al fin informativo, a la vez que con tiempo o antelación suficiente para poder efectivamente contradecir. Tras ello, como tercera nota, se ha de dar la posibilidad de ser oído, formulando las oportunas alegaciones adversas o encontradas (hechos impeditivos, excluyentes o extintivos), así como proponiendo pruebas y hasta interviniendo en su práctica, con lo que en definitiva se integra su condición de parte que se proyectará en la posibilidad de interponer los recursos legalmente previstos (audiencia que también por razones de elemental lógica ha de ser posterior a la de la acusación, de lo que son fiel reflejo las “últimas palabras” del reo tras el acto del juicio oral, aunque autores como SÁEZ JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ DE CAMBOA afirman que ya es tarde al estar todo hecho con antelación)⁽⁵⁾.

Mas esas notas que integran la contradicción toda, han de tener el común denominador de la igualdad de las partes, de tal forma que ambos, contradicción e igualdad se complementan, son elementos esenciales a todo proceso, y configuran una categoría de principios informadores del mismo, que miran precisamente a su esencia o estructura, frente a otros de diferente índole, tales como los que miran al órgano, al objeto, y hasta al mero procedimiento (oralidad, publicidad, inmediación, etc.). En cambio, la imparcialidad aun siendo también esencial en todo proceso, no puede decirse que sea exigencia específica de la contradicción, aunque autores como GOLDSCHMIDT⁽⁶⁾ sí lo entendían así, al afirmar este último, con su peculiar genialidad, que “quien no confiere audiencia a ambas partes por este solo hecho ya ha cometido una parcialidad, porque no ha investigado más que la mitad de lo que tenía que indagar”.

La contradicción así entendida no cabe duda que es propia del sistema acusatorio, donde como su nombre indica la existencia de una acusación es su primer requisito, con la inmediata consecuencia de la defensa en contradicción, para ser ambas desconocidas en el sistema inquisitivo, y por ello mismo históricamente la contradicción se ha de situar entonces dentro de las garantías procesales que predicó la Ilustración y que tuvo su consagración práctica con el triunfo de la Revolución Francesa y los códigos liberales que le siguieron a lo largo del siglo XIX, aunque curiosamente en tales códigos no aparece una regulación expresa de ella, como tampoco en los más recientes Tratados Internacionales reseñados en la Introducción de este trabajo, ni en nuestra Constitución

(5) *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Tomo IV, volumen I, Madrid 1966, pág. 527.

(6) *Derecho Procesal*, 1936, pág. 136.

del 78, aunque sí habla como ya indicamos de la defensa, de la información y del proceso con todas las garantías, además del derecho a la tutela judicial efectiva, que es donde los autores advierten se encuentra sobreentendida la contradicción, y hasta la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (incluso en época preconstitucional, al decirse en sentencias como la de 26 de diciembre de 1962 que “nuestro sistema de oralidad y acusatorio está inspirado en el equilibrio de acusación y defensa, de tal manera que ésta pueda conocer y defenderse respecto a lo que se imputa”) como del Tribunal Constitucional (en una de cuyas más recientes y trascendentales sentencias, la del 17 de abril de 1987, relativa a la contradicción e igualdad en la fase intermedia del proceso penal, argumenta precisamente que ambas son exigencias de la tutela efectiva). En cuanto a la legislación procesal, como veremos en el apartado siguiente, son diversas sus manifestaciones, aunque no se menciona de la forma expresa que veíamos en la Exposición de Motivos de Alonso Martínez, en el párrafo ya transcrito y en otro aún más significativo a los fines del tema que nos ocupa, que enseguida recogeremos.

Respecto a la delimitación con figuras afines a la contradicción poco nos resta por añadir a lo ya expuesto, si bien conviene precisar la clara diferencia con la igualdad, como ella determinante de la esencia del proceso, pero que mira al aspecto más concreto de la identidad de oportunidades de las partes, y no al enfrentamiento que siempre supone la contradicción, posibilitándose aquélla en el proceso penal no de forma meramente ideal como basta en el proceso civil, sino mediante la imprescindible presencia del acusado y de su Letrado defensor, designado incluso de oficio ante su pasividad.

La acusación podría ser, frente a la contradicción, la otra cara de la moneda cuando de la defensa se tratara, mientras que la aportación fáctica o de medios de prueba, lo mismo que la audiencia son sólo aspectos parciales del todo que es la defensa. Ésta, en cuanto derecho de defensa, como ya veíamos antes, comparte en gran medida coincidencias con la contradicción, pero su diferencia ha de estar en el mayor contenido de la defensa, que comprende no sólo alegaciones y pruebas sino también la impugnación.

III. LA INSTRUCCIÓN⁽⁷⁾: SUS CONTENIDOS Y FINES. MANIFESTACIÓN EN ELLA DE LA CONTRADICCIÓN

No es objeto de este trabajo entrar en el nunca cerrado tema de la naturaleza jurídica de la instrucción⁽⁸⁾ y menos aún en el de más reciente planteamiento a propósito de si debe ser asumida por órganos diferentes al jurisdiccional, llámese Policía Judicial, Ministerio Fiscal o cualquiera otro que se imagine. Ejemplos hay diversos en el Derecho Comparado, a los que ya aludimos precisamente en la Introducción, igual que a la Recomendación del Consejo de Europa acerca de la simplificación del proceso penal, y así como compartimos sin reserva alguna la necesidad de tal simplificación y hasta lo también propugnado por dicho Consejo referente a que siempre no sea necesaria por la evidencia del hecho punible o por su levedad, en cambio parece necesario una vez más insistir en dos ideas que a poco que se medite han de ser

- (7) El término “instrucción” como ya vimos al principio, se usa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal como sinónimo de “sumario”, aunque tras la Ley de 8 de abril de 1967 la diferenciación entre ambos se pone de manifiesto, implicando la primera el género y la segunda la especie, al ser también otra especie de la instrucción las por esa ley denominadas diligencias previas, mantenidas como ya se ha comentado también para el nuevo procedimiento abreviado, mientras que en los autores, tanto patrios como extranjeros, se utilizan las más diversas expresiones tales como procedimiento preparatorio (Beling, *Derecho Procesal Penal*, E. Labor, 1943, pág. 268), procedimiento preliminar (Carnelutti, o.c. pág. 98), proceso instructorio (Fenech, *El Proceso Penal*, E. Egea, 1982, pág. 296), instrucción preliminar (Sáez Jiménez y Fernández Gamboa, o.c. pág. 683), actuaciones sumariales (*Derecho Procesal Penal*, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, pág. 156, 1987), actuaciones preliminares (Viada-Aragoneses, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 1968, pág. 253), fase de instrucción (Prieto Castro, *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, 1982, pág. 282, aunque también habla de instrucción sumaria), por citar sólo los más significativos, mientras que autores más modernos hablan asimilando la instrucción a la investigación oficial (Almagro Nosete, o.c. pág. 209), o propugnan incluso la sustitución del término instrucción por el de fase de investigación (M.C. Calvo Sánchez, *La Ley número 2.491, de 22 de mayo de 1990, La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre*).
- (8) Los autores suelen sintetizarlas en las tres direcciones de serlo de carácter administrativo (Aragoneses Alonso, o.c. matizando que aunque así lo sea está encomendada a órganos judiciales), de índole preprocesal (como Alcalá Zamora, Fernández Gamboa, o.c. pág. 761), o procesal (como sostiene la mayoría de nuestros procesalistas, con base en estar atribuida a órganos jurisdiccionales y tender a la preparación del proceso penal del que es presupuesto indispensable, Serra Domínguez, *Estudios de Derecho Procesal*, E. Ariel 1969, pág. 720, por ser parte de él del que se nutre y trae pruebas a ratificar en el plenario, Jiménez Asenjo “concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal”, *Rev. Derecho Procesal* 1960 pág. 578), por estar integrada en el proceso instructorio (Fenech o.c., por implicar actividades jurisdiccionales con alguna función administrativa como la investigación —Gómez Orbaneja o.c.—) a las que habría que agregar la postura mixta que le ve carácter jurisdiccional y administrativo como procedimiento propio diferente al penal sustentada por Pastor López (“El sumario: su función y naturaleza jurídica”, *Rev. Derecho Procesal* 1965, n° 1, pág. 93).

siempre elemental punto de partida, y ellas son por un lado el determinar qué se pretende con la instrucción penal, y por tanto qué funciones o contenido ha de tener para que ese fin no se frustre, y otra qué aspectos o cometidos de tales funciones han de ser necesariamente jurisdiccionales.

En lo que respecta al fin de la instrucción, así como sería desorbitado indicar que la Justicia Penal, la actuación de la ley penal y con ella el logro de la paz y defensa de la sociedad frente a las conductas que por ley se estiman merecedoras de una pena a imponer dentro de la garantía de un juicio de culpabilidad, ya que ése es el fin del proceso penal todo, pero no de la instrucción que a lo sumo sería sólo una parte del mismo, no cabe duda que también nos quedaríamos cortos si sólo viéramos en la instrucción penal una mera preparación del juicio o incluso una mera preparación de las acusaciones y defensas, pues aun siendo cierto ello, y de que incluso por la gravedad y trascendencia que el delito objeto del juicio así lo pudiera requerir, si sólo se fundamentara la instrucción en aquellas preparaciones, fácilmente podrían buscársele sustitutos, como los hay evidentemente en la preparación de procesos civiles por graves o importantes cuestiones económicas que en ellos haya en juego. Hay algo más en la instrucción, que esos aspectos, demasiado lejano uno y excesivamente estrechos los otros. Pensamos que por el contrario la instrucción penal, como antecedente inmediato del juicio oral, pleno en contradicción, y a salvo excepciones como las ya comentadas acerca de su innecesariedad, es un estadio o fase del proceso penal que precisamente por su trascendencia y gravedad se hace imprescindible para que en ella se tutelen los derechos fundamentales afectados por la investigación preparatoria, por la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la presencia del imputado y la efectividad de las penas y responsabilidades pecuniarias que pudieran fijarse en el fallo y hasta para practicar anticipadamente aquellas pruebas que no puedan esperar al juicio, y que entrañan además el soporte también imprescindible para enjuiciar la acusación, decidiendo sobre la procedencia o no de su admisión y prosecución del juicio, pues con ello, se tutela en definitiva el derecho a no ser sometido a juicio innecesariamente⁽⁹⁾, igual que se procura en aras de aquella defensa social que no deje de ser sometido a juicio quien deba serlo⁽¹⁰⁾, lo cual, dicho sea de paso, en nuestro peculiar sistema jurídico se garantiza además de con la acusación del Ministerio Fiscal con nuestra acción popular, que tanto agradaba a ALI-

(9) Al respecto confrontar nuestro trabajo "Instrucción penal y derecho a la tutela judicial efectiva, *Rev. Actualidad Penal*.

(10) Tutela incluso del derecho a acusar, dice Vázquez Sotelo en su trabajo "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1984, pág. 393.

MENA hasta el punto de considerar que por ella nuestro sistema era el más perfecto de Europa⁽¹¹⁾.

Señalada pues esa finalidad esencial en la instrucción, no cabe duda que su contenido bien puede ser el que se detalla en preceptos como nuestros artículos 299 ó 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a propósito del sumario o de las diligencias previas del antes procedimiento de urgencia y del ahora vigente procedimiento abreviado (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre), y por tanto que comprende una actividad de investigación, otra de acopio de material probatorio (constancia dice el primero de los preceptos citados, además de recogida de piezas de convicción, cuerpo del delito, etc.) y una tercera referente a la adopción de medidas de aseguramiento (personales como prisión provisional o reales como fianzas y embargos).

Y esos tres contenidos, que a su vez permiten, como escribe ALMAGRO NOSETE, traslación de funciones al Ministerio Fiscal para descargar a los órganos jurisdiccionales, “esta traslación de funciones nunca pudiera ser completa pues durante la instrucción se adoptan medidas cautelares relativas a restricciones de derechos básicos que constitucionalmente requieren la decisión judicial”⁽¹²⁾, las que con ORTELLS RAMOS⁽¹³⁾ podríamos sintetizar de ejercicio de potestades jurisdiccionales en las siguientes: a) resoluciones de medidas cautelares, b) resoluciones restrictivas de derechos para obtención de medios de pruebas, c) resolución sobre admisión de la acusación y d) resoluciones sobre práctica anticipada de prueba y su realización. Por tanto, y siguiendo a ese último autor citado, también con él podríamos añadir que no requiere ejercicio de potestades jurisdiccionales el descubrir contra qué persona se dirige la acusación, de qué hechos se le puede acusar y de qué fuentes de prueba se dispone, siempre obviamente que su resultado precise reproducirse en juicio.

Por tanto, si la instrucción es todo aquello y no la mera investigación a que se circunscriben los tres últimos aspectos citados⁽¹⁴⁾, nada obstará a que éstos sean asumidos por quien no ejerza funciones jurisdiccionales (que es precisamente lo que hizo la ley alemana de 1975 y los nuevos Códigos portugués e italiano ya citados), pero sí se comete un evidente error terminológico al decir

(11) *Studio di Procedure Penale*, Turia, 1906, pág. 206.

(12) *Obra citada*, pág. 214.

(13) “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración jurídico-política”, *Rev. Derecho Procesal* 1990, nº 2, pág. 224.

(14) En su trabajo aludido M.C. Calvo Sánchez, citando a Guasp y Viada, acepta la línea de ser sinónimo de formación del proceso, suponiendo aportación de elementos para el juicio que tanto puede darse en la fase sumarial como en la de juicio oral.

que esa atribución es la instrucción⁽¹⁵⁾, por mucho que históricamente la preponderante en la misma fuera la labor de averiguación o comprobación con olvido de los otros aspectos vigentes al menos desde 1882, igual que no deja de subsistir la instrucción jurisdiccional por muchos supuestos que en línea con la repetida Recomendación del Consejo de Europa se excluyan de ella, y porque en suma, pocos fueran los supuestos en que los investigadores no jurisdiccionales tengan que acudir a la decisión judicial para una escucha telefónica, para una entrada y registro o para prolongar una detención decretando prisiones provisionales, cuando no conminaciones para prestaciones de fianzas y satisfacciones de pensiones provisionales a las víctimas, con los consiguientes embargos en casos negativos, pues el que sean supuestos poco frecuentes, lo mismo que el que se produzcan absoluciones cuando los sobreseimientos libres no desvirtúan la razón de ser del proceso como tutela de derechos que siempre entraña.

Por consiguiente, partiendo de una Instrucción necesaria y jurisdiccional (a salvo las excepciones ya dichas, que consecuentemente tendrían que suponer una derogación del mandato contenido en el art. 308 de que en todo caso e inmediatamente el Juez tenga que instruir de oficio, lo que obviamente tampoco es ir contra la posibilidad de tal oficial iniciación, que garantice pasividades de la acusación pública y posibilite la llamada a los perjudicados al modo de lo prevenido en nuestro artículo 642 de la L.E. Criminal), la cuestión que se nos plantea a los fines propuestos en este trabajo es la relativa a las posibilidades que en ella han de apreciarse de cara a la contradicción y defensa que siempre parcialmente entraña, como ya vimos.

A este respecto no puede desconocerse que en nuestra legislación positiva pocas posibilidades existían, aunque como ya vimos en la Introducción no se prohibía ni estaba del todo impedida. No obstante el punto de partida de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal era contrario, y así escribió Alonso Martínez en la Exposición de Motivos, con una sinceridad que le honra, que el “extender al sumario desde el momento mismo en que se inicia las reglas de publicidad, contradicción e igualdad... no puede considerársela mas que como un ideal de la ciencia” para añadir que “duda que se realizara algún día por completo”. Y quizá por ello mismo CARNELUTTI⁽¹⁶⁾ claramente afirma

(15) “Funciones genuinamente instructoras” llega a decir Marchena Gómez, contraponiéndolas a lo que él denomina “cometidos de recepción, tramitación e indagación provisorios de denuncias en espera de una definitiva solución judicial”, *La Ley*, número 2.239, de 30 de mayo de 1989, en su trabajo “Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la Ley Orgánica 7/1988”.

(16) *Obra citada*, pág. 103.

que “el perfeccionamiento del proceso penal en la fase preliminar se va buscando precisamente en una más amplia intervención de la defensa”.

Mas, la posibilidad de contradicción y defensa en nuestras normas sobre la instrucción penal estuvieron siempre presentes en preceptos como los al principio citados, artículos 2, 311, 314, 315 y 384, en particular este último al prescribir que tras el procesamiento se podía valer de Abogado para solicitar diligencias defensivas y afectantes a la situación personal, además de la posibilidad de solicitarse en cualquier momento, aunque no puede negarse que propiamente no se piensa en la contradicción en los términos antedichos desde el momento en que el secreto de las actuaciones era la regla general según el art. 301 y sólo preverse la toma de conocimiento de las actuaciones tras el procesamiento y previa autorización judicial en el artículo siguiente (reformado con incorporación de la regla general contraria por la Ley de 4 de diciembre de 1978, como enseguida hemos de ver). Por ello mismo autores como SÁEZ JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ GAMBOA⁽¹⁷⁾ escribieron bajo su vigencia que “en el sumario se rechaza la contradicción ya que sería consagrar un medio idóneo y fácil para que el imputado tuviera conocimiento de alegaciones y medios de prueba aprovechándose y empleando las armas de que dispusiera para anular la eficacia de la investigación procesal penal” y por ello añade “de suyo no lo requiere la finalidad sólo preparatoria y aunque es unilateral, siempre podrá dirigir escritos y recurrir, además de declarar el procesado cuantas veces quiera, conforme con el art. 400”. E incluso ahora, esa postura parece pervivir cuando autores como GIMENO SENDRA escribe también que la contradicción “no tiene necesariamente que alcanzar a los actos de investigación de la fase instructora, pero tras la segunda Guerra Mundial se reafirma la idea de que el derecho de defensa precisa para ser efectivo, su ejercicio dentro de esta fase preparatoria del juicio oral o de entrada de los hechos al procedimiento...”⁽¹⁸⁾ Palabras que como su tenor literal expresa miran sólo a los actos de investigación, es decir, a los que como veíamos bien podrían no serlo jurisdiccionales, y que dejan a salvo la posibilidad del contradictorio en aquellos otros actos, como autorización de medidas cautelares o restrictivas de derechos, ya que sin la posibilidad de examinar su base y resolver incluso en sentido negativo ninguna tutela de derechos implicaría.

Contrariamente a nuestra inicial Ley de Enjuiciamiento Criminal, son las reformas posteriores, particularmente tras la vigencia de la Constitución, las

(17) *Obra citada*, pág. 528.

(18) *Obra de la cita 3*, pág. 59.

que permiten afirmar sin duda alguna que el contradictorio ha sido incorporado a nuestra instrucción penal como regla general y que sólo es la excepción, en aras del buen fin de la actividad instructora en curso, la que ha de implicar la limitación o exclusión de aquélla, confirmando quizá la duda de Alonso Martínez de que se haga “por completo algún día”.

Y así hemos de citar, como ya adelantamos al principio, la importante Ley de reforma de los, entre otros, artículos 118, 302, 311, 333 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 53/1978 de 4 de diciembre, y que además modificó la rúbrica del Capítulo IV del Título VI del Libro II de la misma, pasándolo a denominar “del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos”. Son todas normas de gran trascendencia y por ello mismo sobradamente conocidas por lo que no vamos a entrar en detalles reproductores, aunque sí matizar que en el art. 118, situado precisamente en el Título V del Libro I denominado desde su vigencia “del derecho de defensa y del beneficio de pobreza en los juicios criminales”, no sólo da posibilidad del nombramiento de Abogado defensor a “toda persona a quien se impute un acto punible” desde su procesamiento como antes, y además ahora “desde que se le comunique la existencia del procedimiento, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar”, sino que expresamente prescribe que será instruido de tal derecho y que además se informará de toda imputación de un delito al afectado al agregar que “la admisión de denuncia o querella o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación... será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados”; por lo demás también expresa ahora el precepto que el derecho de defensa se ejercita “actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea”, mientras que el resto se refiere, como antes, a que deberá serlo con Abogado y Procurador y que si no lo verifica se le nombrarán de oficio, y también como desde entonces —1882 no conviene olvidarlo— agrega “cuando la causa llegue a estado en que se necesita el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”.

Por otra parte, el art. 302, como ya adelantamos también, contiene ahora la regla de poder tomar conocimiento de las actuaciones todas las partes personadas (no sólo los procesados y previa autorización del juez, como antes) y además limita la declaración del secreto total o parcial a un mes y alzarse diez días antes de la conclusión, mientras que los artículos 311 y 333 hacen referencia el primero a la posibilidad de practicarse diligencias a instancia de cualquier parte personada (no sólo Fiscal o particular querellante) y el segundo a

que, además de poder presenciar las nuevas diligencias los procesados y la puesta previa en conocimiento a tal efecto, igual derecho asiste a quien se halla privado de libertad en razón de esas diligencias. Mientras que, finalmente, el artículo 520 se refiere a la información que de sus derechos ha de darse a todo detenido y a la necesaria presencia de Abogado en la primera declaración y diligencia de reconocimiento de que sea objeto, además de la información de las causas que han determinado su detención.

Dicha Ley de 4 de diciembre de 1978 fue, como ya se dijo anteriormente, sólo unos días anterior a la entrada en vigor de la Constitución y aunque ya estaba inspirada en sus mismos principios por coincidir ambas en su elaboración, posteriormente el nombrado artículo 520 es modificado juntamente con el 527 por Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, denominada de “desarrollo del art. 17,3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso”. En el amplio texto del nuevo art. 520, y a los fines del tema propuesto en este trabajo, hemos de decir que en él se matiza ahora el derecho de información de la causa de la detención al precisar que se ha de referir a “los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, y que la asistencia del Abogado consistirá, además de que sea informado el detenido o preso de sus derechos y de que sea reconocido por el médico forense o su sustituto legal, el de la Institución en que se encuentre o por el dependiente de centro de la Administración Pública, en “solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiere practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido (declaración o reconocimiento de identidad, como antes), una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica” y además “entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”, todo lo cual, si bien no satisface obviamente las aspiraciones de los Abogados defensores, sí supone, en cambio, como enseguida veremos, una clara posibilidad para la contradicción y por ende para el ejercicio de defensa a pesar de la situación de privación de libertad, que ahora queda eliminado a los casos de incomunicación acordada, según el nuevo texto del art. 527.

Por consiguiente, con los preceptos que nos vienen del texto originario de nuestro principal cuerpo legal procesal penal y sobre todo con las reformas del 78 y 83 no cabe duda que la contradicción está ya presente en la instrucción sumarial⁽¹⁹⁾, con aquella información, con la toma en conocimiento de las ac-

(19) Vázquez Sotelo, en el trabajo ya reseñado, sin reserva alguna afirma que la plena contradicción y la publicidad se dan en el sumario tras dicha reforma de 1978, aunque al propio tiempo afirma la pervivencia del inquisitivo por la iniciación de oficio, pág. 103.

tuaciones, con la petición de diligencias a practicar y hasta con esas ampliaciones de declaraciones a detenidos o presos y nuevas peticiones de diligencias tras la entrevista reservada posterior. No obstante, la inmediatez en la contradicción y particularmente su planteamiento previo a la toma de decisiones no está prevista pese a esas nombradas reformas, pero como queda dicho sí lo está en los términos comentados. En cambio, si de la instrucción sumarial nos desplazamos a la instrucción en el nuevo procedimiento abreviado de la L.O. 7/1988, que por su amplio ámbito competencial de delitos con privación de libertad hasta doce años supone una aplicación abrumadoramente mayoritaria en la práctica judicial diaria, como ya se está evidenciando, las previsiones en torno a la contradicción quizá pueda decirse que son aún más acentuadas, y ello con base no sólo en la mención expresa que sobre ella se contiene en el reformado art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedimiento “sin merma de la interdicción de la indefensión y del carácter contradictorio del mismo” le recuerda al Ministerio Fiscal cuando le encomienda entre otros aspectos “impulsar y simplificar la tramitación”, sino por la obligada presencia permanente del Letrado “desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y conforme a los arts. 118, 520 y siguientes, fuera necesaria su asistencia”.

Y es precisamente con esa continua presencia del Letrado defensor que prescribe el art. 788 por un lado, y con la posibilidad del ejercicio de la acción popular por otro, desde el comienzo y durante toda la instrucción, al implicar en ambos el status de parte, pudiendo los que se personaren “tomar desde entonces conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga” como literalmente dice el nuevo texto del art. 798, párrafo tercero (tras reiterar que se informe al imputado de sus derechos y mandar que también se informe al perjudicado de su derecho a nombrar abogado), con lo que en efecto se da el doble juego de acusación (o mejor imputación en esta fase de la instrucción) y defensa en que toda contradicción ha de consistir.

Mas pese a ello, la oportunidad de intervención de ambas partes no es igual en el sentido de que muchas veces la contradicción defensiva del imputado es con posterioridad a la toma de resoluciones, incluso de su propia situación personal, quebrando por tanto la audiencia previa que para ello se previene en el sistema anglosajón, y sobre todo en el norteamericano con las audiencias preliminares en que tras oír a las partes el juez decide sobre fianzas, prisiones provisionales, etc. que bien podrían articularse en nuestro sistema continental europeo, compatible con las excepciones que la urgencia y gravedad del caso

así lo aconsejaran, igual que aconsejan, ya como excepcional desde 1978 como vimos, la declaración de secreto de las actuaciones.

En cambio, el que se pueda producir la iniciación de oficio por el Juez como ocurre en nuestro Derecho Positivo, no parece incompatible con la contradicción, como tampoco con nuestra genuina acción popular ni con que el Ministerio Fiscal lleve a cabo la investigación (consagrada como regla general en el nuevo procedimiento abreviado, art. 785 bis, en lugar de la mera actitud pasiva de espera del parte inicial tras la incoación del sumario, de que habla el artículo 306, o de la también pasiva espera de los testimonios que menciona ese mismo precepto), pues como acabamos de ver la efectividad de la contradicción se procura fácilmente convocando previamente a las partes en los casos en que aquella urgencia o gravedad no lo desaconsejaran, mientras que la acción popular o la investigación fiscal de producirse realmente no harán sino evitar precisamente la iniciación de oficio del juez, que ha de persistir no obstante como última garantía de que no deje de iniciarse el procedimiento cuando la notoriedad del suceso, de la notitia criminis así lo requiera, como tutor último de los derechos e intereses legítimos como dice el art. 24-1 de la Constitución, tanto en un régimen de plena vigencia del principio de legalidad, como para el caso de oportunidad reglada, que precisamente en esa reglamentación determinaría los supuestos reservados a la instancia de parte, al modo como recientemente lo ha hecho la Ley de reforma penal de 21 de junio de 1989. Iniciación de oficio, que no obstante, sí parece aconsejable que no lo sea con base sólo en la mera noticia y para cualquier caso, e inmediatamente, como dispone el art. 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino cuando el Juez así lo estime procedente, de modo análogo al ejercicio de la acción penal por el Fiscal que se prescribe precisamente con base en la procedencia, en el art. 105.

Lo contrario, el suprimir la posibilidad de la iniciación de oficio, igual que dejar solo a las partes la aportación y la disposición del proceso, sería un exceso de privatización del mismo que con autores como Vázquez Sotelo⁽²⁰⁾ habría que rechazar, por mucho que tal repetida iniciación de oficio signifique un claro resquicio del sistema inquisitivo y hasta que ayude a solventar el problema dogmático de la construcción de la acción penal, pues la garantía que supone la posibilidad de que no deje de iniciarse el proceso es bien grande a los fines de la nombrada tutela judicial (particularmente en los Partidos Judiciales más alejados y no capitalinos), y no hay que olvidar que en todo caso la instrucción es siempre actividad procesal provisional, necesitada de la for-

(20) *Trabajo citado*, pág. 104.

mulación de la acusación, deduciendo la concreta pretensión punitiva, no monopolizada tampoco por el Ministerio Fiscal en nuestro derecho, ante la llamada a los interesados para el ejercicio de la acción popular que se previene en nuestro art. citado 642⁽²¹⁾.

Finalmente, en lo que respecta a las otras normas legales al principio ya citadas, como la reforma penal de 1983, la regulación de la prisión preventiva o el habeas corpus de 1984 y hasta la última reforma penal de 1989, aun no ocupándose tampoco expresamente de la contradicción, sí posibilitan su ejercicio en los términos posteriores muchas veces a la toma de decisiones jurisdiccionales, diferente a la impugnación propiamente dicha, como también dejamos expuesto.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Entendida, pues, la contradicción como un importante aspecto del derecho de defensa, aunque diferenciada de él en cuanto éste engloba incluso la impugnación, que se complementa y es esencial en todo proceso junto a la igualdad, con las tres notas de llamada al proceso, información de lo que de él resulte y formulación de alegaciones adversas con pruebas incluidas, y entendida por su parte la instrucción penal como la fase del proceso tendente a la tutela de derechos fundamentales, y al enjuiciamiento de la acusación, además de para posible anticipación de pruebas, compatible con una atribución de la mera investigación a órganos no jurisdiccionales y con una iniciación tanto de oficio como a instancia de parte en ejercicio de nuestra peculiar acción popular, y hasta con una supresión de la misma en los casos en que aquellos cometidos previos no fueran precisos, como fase del proceso penal que es no cabe duda que la instrucción penal en las ocasiones en que se lleve a cabo ha de tener como característica esencial que reafirma precisamente su naturaleza jurisdiccional el que en ella se posibilite la contradicción, con el alcance ya dicho de sus tres notas, sin perjuicio de las limitaciones que la propia instrucción, es decir, que los derechos que en ella se tutelan, exija, al modo de las limitaciones a la publicidad o acceso de las partes a las actuaciones, y por ello mismo son de alabar los avances que a ese respecto supusieron primero las leyes de 4 de di-

(21) Prieto Castro, con su peculiar agudeza, dice que con ello se faculta al tribunal a buscar un acusador, *obra citada*, pág. 309.

ciembre de 1978 y de 12 de diciembre de 1983, y los nuevos artículos 788 y 789 reformados por L.O. 7/1988, después. En cambio, aún resta por articular, junto a la no necesidad de la instrucción judicial indiscriminada del actual art. 306 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y la dotación de medios para que la investigación fiscal que determina el también reformado art. 788 no se frustre, la efectividad de la contradicción con antelación a la toma de decisiones instructoras, que bien podría serlo mediante comparecencias verbales de los acusadores y de ese Letrado defensor del imputado, cuya permanencia también determina el art. 788 citado. Con ello se produce el perfeccionamiento del proceso penal de que vimos nos hablaba Cernelutti y quizá despeje la duda que expusiera Alonso Martínez.