

Nº 204
AÑO LXVI
JULIO-DICIEMBRE 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

20 SET. 2000

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL¹

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat de València (Estudi General)

España

1. PREPARACION DEL PROCESO CIVIL Y DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL

No es normal que el acto de iniciación de un proceso civil –la demanda, dirigida frente a persona determinada y que, por regla general, contiene la completa formulación del objeto del proceso– vaya precedido de una serie de actos realizados en función del proceso que después va a iniciarse. Aun es menos normal que tales actos sean preceptivos y estén regulados por la ley y, específicamente, por la ley procesal.

Para lo que ocurre, en cuanto a este tema, en el proceso civil, basta recordar los eventuales intentos preceptivos de conciliación previa y las diligencias preliminares (medidas cautelares, ciertos actos de investigación de hechos y fuentes de prueba que no puede realizar la parte por sí sola).

A pesar de la apariencia no ocurre nada distinto en el proceso administrativo. Es cierto que le precede un (a veces demasiado largo) procedimiento ante la Administración. Pero éste no se relaciona con el proceso subsiguiente más que en el sentido de que eventualmente puede evitarlo (si el administrado decide no impugnar el acto resultante).

Esencialmente el procedimiento (administrativo) se justifica por garantizar la correcta formación del acto administrativo, no en atención a un posible proceso posterior.

Por el contrario, una lectura somera de cualquier ley procesal penal es suficiente para comprobar que antes de que una de las partes se halle en

¹Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el día 2 de septiembre de 1997.

situación de formular acusación frente a la otra parte, es decir, de atribuirle hechos aparentemente delictivos y de pedir la imposición de una pena por un órgano jurisdiccional, debe ser realizada una compleja serie de actos que, de maneras muy diferentes, guardan relación con la actividad procesal posterior. A esto lo denominamos procedimiento preliminar. Permite formarse una visión aproximada del mismo la disposición del art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que define el sumario (una de las formas de procedimiento preliminar) de este modo: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Un contenido muy similar al del art. 76 del Código de Procedimiento Penal chileno (el texto que utilizo es el que incluye las modificaciones introducidas por la Ley N° 18.882, 20.12.89) y al del art. 250 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica (aunque éste omite toda referencia a las medidas cautelares).

¿Por qué esa estructura de un proceso principal (el juicio oral, en la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española; el juicio en el CPPM; el plenario en el Código de Procedimiento Penal chileno) precedido de un procedimiento preliminar?

Se puede descartar de entrada la razón de que los procedimientos orales (como lo es el juicio oral) necesitan una preparación escrita. La razón es cierta, pero no requiere una actividad tan compleja como la que integra el procedimiento preliminar. En el proceso penal efectivamente se realiza esa preparación, pero ya dentro del juicio oral y antes de comenzar sus sesiones (debate y resolución sobre presupuestos procesales y otros problemas de admisibilidad de la resolución de fondo, admisión de la prueba y actos de preparación de su práctica según el requisito de concentración).

Una primera razón puede ser ésta: así como los acontecimientos que dan origen a un proceso civil, al producirse, por regla general, con ocasión del tráfico jurídico lícito, son suficientemente conocidos por las personas a quienes pueden afectar, los hechos que pueden dar lugar a un proceso penal, en cuanto son expresión de la máxima ilicitud en el ordenamiento, no sólo se realizan en secreto, sino que se procura eliminar los rastros que permitan descubrir cómo ocurrieron. En esas condiciones no se puede formular una acusación, que tiene que serlo por unos hechos determinados y frente a una persona determinada.

La segunda razón consiste en que existe un interés público en que el proceso penal se realice siempre que hayan tenido lugar hechos que den fundamento para esa realización. En defecto de este interés público, la mencionada circunstancia de la clandestinidad de los hechos no explicaría el régimen jurídico del procedimiento preliminar. Bastaría -como en el proceso civil- con dejar a los particulares que resolvieran con su actividad privada los problemas de preparación del proceso, con posibilidad de pedir, cuando fuera necesario, la intervención de un órgano jurisdiccional. Por el contrario, la vigencia del principio de legalidad y la excepcional vigencia del llamado principio de oportunidad

(que requiere valorar en concreto el interés público en la persecución) impone regular el procedimiento preliminar, porque sus actividades son necesarias para satisfacer el interés público del que se trata.

Relacionadas con la anterior aparecen dos razones complementarias. Primera: como las actividades del procedimiento preliminar van a ser realizadas por órganos públicos, son necesarias -a diferencia de si se tratara de una actividad de particulares- normas que les atribuyan las correspondientes potestades y regulen su ejercicio.

Segunda: algunos actos que deben realizarse en el procedimiento preliminar pueden afectar a los derechos y libertades fundamentales, lo que justifica también una regulación legal de los mismos, y en algunos ordenamientos, como el español, por leyes respaldadas por una mayoría parlamentaria reforzada.

Una tercera razón -no tan obvia como las dos primeras- es la de que un proceso penal sólo debe realizarse frente a alguien si hay suficiente fundamento para ello. Esto último hay que determinarlo previamente y hay que reunir los datos necesarios para hacerlo. Esta razón no se corresponde con el interés público antes visto, ni con uno relativo a la economía procesal, aunque tal vez sí con el de evitar que una acusación mal fundada conduzca a una absolución errónea con valor de cosa juzgada. Se conecta más bien con un interés en evitar -salvo suficiente justificación- las consecuencias sociales desfavorables que el proceso penal por sí solo origina a la persona sometida a él.

Los nombres legales de esta fase son los de instrucción (Libro II, título IV), sumario (Libro II, título IV, cap. I y II), diligencias previas (artículo 789.2) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española; de sumario también habla el Código de Procedimiento Penal chileno; de procedimiento preparatorio y de instrucción el CPPM; de *inquérito* el Código do Processo Penal portugués de 1987; de *indagine preliminar* el Codice di Procedura Penale italiano de 1988.

La denominación *procedimiento preliminar* no es legal, sino doctrinal, y, además, no es frecuente verla usada en la doctrina para referirse a esta fase del proceso penal.

El término lo tomo de un estudio del procesalista Alcalá-Zamora, relativo a la sistematización de la variedad de supuestos de procedimientos relacionados con el proceso principal y anteriores a él. Me parece muy adecuado para designar la institución correspondiente, por estas razones:

En primer lugar, como inmediatamente se observará, esta fase del proceso penal tiene un contenido heterogéneo en cuanto a las clases de actos; no sólo hay en ella actos de investigación o de información en cuanto a hechos, que es a lo que fundamentalmente se alude cuando se habla de instrucción o similares.

En segundo lugar, no siempre la realización de los actos de esta fase se atribuye a órganos jurisdiccionales. Estas dos observaciones hacen conveniente designar esa fase con una expresión amplia y algo neutra: procedimiento, para no prejuzgar su carácter jurisdiccional en todos los casos; preliminar, que denota sobre todo la posición en el tiempo de esta fase y sólo alude (no designa precisamente) a su funcionalidad respecto a la fase siguiente.

2. LAS FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR

¿A qué va destinado, para qué sirve, qué funciones cumple el procedimiento preliminar?

Algunos textos legales reguladores del proceso penal sólo mencionan la función de preparación del juicio (Ley de Enjuiciamiento Criminal española, art. 299; Código de Procedimiento Penal chileno, art. 76: "las diligencias dirigidas a preparar el juicio..."). Pero esa función no es la única que cumplen los procedimientos preliminares, ni los procedimientos preliminares penales cumplen en todos los casos esta función.

Efectivamente, no todos los procedimientos preliminares son seguidos de celebración de juicio (que, lógicamente, no puede decirse, en tal caso, preparado), pero ésta no es la constatación de un mero hecho, sino uno de los resultados posibles y previstos por la ley para esos procedimientos. Si se amplía la consideración a todos los procedimientos preliminares y no sólo a los seguidos de juicio oral, se comprueba que el procedimiento tiene una pluralidad de funciones.

A) Función de tomar en consideración y, en su caso, comprobar cualquier hecho que revista caracteres de delito, para garantizar la satisfacción del interés público en la persecución de los delitos

Hay elementos que revelan la existencia de un posible delito, pero una investigación muy simple permite descartar evidentemente esa calificación. No cabe prescindir de esa toma en consideración y comprobación, si se quiere evitar que se sustraigan a la persecución verdaderos delitos.

Esta función se cumple, muchas veces, con un desarrollo muy reducido del procedimiento preliminar (inadmisión de querrela -art. 313. I Ley de Enjuiciamiento Criminal española; art. 102 Código de Procedimiento Penal chileno-, archivo de denuncia -art. 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal española; art. 91 Código de Procedimiento Penal chileno) e incluso es una función que puede entenderse cumplida con la simple actuación de la policía (art. 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

B) Función de resolver sobre la admisibilidad del juicio oral por cierto hecho y frente a cierta persona. El procedimiento preliminar condiciona la apertura del juicio oral por una determinada acusación

Con esta función se resuelve un primer problema que es originado por la propia estructura del proceso: no es admisible un proceso penal frente a persona incierta. Por esta razón, una determinación mínimamente justificada de la persona del acusado es siempre presupuesto del juicio oral y ha de realizarse en el procedimiento preliminar. Un primer aspecto de esta función es descubrir a alguien a quien poder acusar.

Podría encomendarse al acusador hacer esa determinación, pero la ley no considera eso suficiente. Más allá de lo que viene impuesto por la propia estructura del proceso -que la acusación se dirija frente a alguien-, se requiere, para que pueda abrirse juicio por un hecho y frente a una persona determinada, que un órgano jurisdiccional considere como probable el hecho del que se acusa y la responsabilidad del acusado respecto a ese hecho.

En el procedimiento preliminar se recogen los elementos necesarios para fundar ese juicio de probabilidad, juicio que, en unos casos, se formula en el propio procedimiento (en el proceso penal español el auto de procesamiento -indicios racionales de criminalidad apreciados por el juez- condiciona la posibilidad de dirigir la acusación frente a esa persona), y, en otros, inmediatamente después de su conclusión (principalmente en las decisiones entre sobreseimiento y apertura del juicio o iniciación del plenario; la resolución del art. 424 Código de Procedimiento Penal chileno se dicta por exclusión de las causas de los arts. 408 y 409; el auto de apertura del juicio del art. 274 del Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica es resolución alternativa a la sentencia de sobreseimiento y a la resolución de clausura provisional, no hay probabilidad de fundamento de la acusación, sino certeza de la falta de fundamento o falta probabilidad suficiente de fundamento de la acusación).

Esta función se justifica en atención a un interés de los posibles acusados: no verse sometidos, sin fundamento suficiente, a un juicio oral que, aunque no termine con una sentencia de condena, es por sí mismo causa de desprestigio social y de daños morales y, tal vez, psicofísicos para el acusado.

Ahora bien, sin desconocer el peso de esta justificación, no parece que pueda ser única, porque en tal caso no se comprendería por qué el imputado no puede renunciar al procedimiento preliminar, para ser sometido inmediatamente a juicio.

Lo que más se aproxima a esa renuncia es, en Derecho español, una posibilidad regulada en el artículo 789.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero, en primer lugar, en ese caso hay una confesión con garantías que es, como tal, un acreditamiento suficiente. En segundo lugar, el efecto de que se inicie el juicio oral no es automático, sino que el juez "podrá, ..., remitir las actuaciones"; es decir, sin regir estrictamente el artículo 406, I Ley de Enjuiciamiento Criminal -que, a pesar de la confesión de los hechos por el imputado, impone al juez el deber de una completa investigación-, no queda excluido que el juez no estime la petición de juicio inmediato, si tiene elementos para considerar falsa la confesión. En fin, no hay que olvidar que se requiere también la petición del Ministerio Fiscal.

Atendido esto parece que otra razón, además de la dicha, justifica esta función del procedimiento preliminar: evitar la presentación de acusaciones insuficientemente fundadas, que se exponen a ser rechazadas con efectos de cosa juzgada, con la posible consecuencia de situaciones de impunidad total o parcial.

Dos últimas observaciones acerca de esta función del procedimiento preliminar.

Primera: Averiguar y hacer constar los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, no puede entenderse en el sentido absoluto de que la finalidad sea la prueba plena de todos estos datos. Un procedimiento preliminar tiene éxito, en cuanto a esta función, sólo con que permita formar un juicio de probabilidad.

Segunda: si se atiende a las razones que justifican esta función, el crite-

rio de la actividad de investigación en el procedimiento preliminar debe ser buscar no sólo los datos de inculpación, sino también los que exculpen al imputado.

C) **Función preparatoria del proceso principal (juicio oral).** Esta función es eventual, en el sentido de que sólo se cumple si el juicio llega a abrirse. La función preparatoria está relacionada con los actos de prueba del juicio oral y con el aseguramiento de la efectividad de la sentencia que puede dictarse.

La relación con la prueba no consiste en que determinados actos del procedimiento preliminar (los llamados actos de investigación) valgan como prueba en el juicio oral. Eso sólo ocurre como excepción. La regla general de aquella relación consiste en que se buscan y, en su caso, se conservan las fuentes de prueba (los documentos y objetos en general; las personas que tienen conocimiento sobre los hechos), y son examinadas en el procedimiento, con lo cual, además de cumplirse la segunda función antes vista, se forma un material que sirve al juez de juicio oral para ejercer fundadamente sus potestades de dirección de la prueba (muy intensas, porque rige el principio de investigación oficial). Para esto no es necesario que el examen de las fuentes de prueba sea exhaustivo. La relación con la garantía de la efectividad de la sentencia consiste en que en el procedimiento preliminar se adoptan medidas cautelares personales y patrimoniales y otras medidas similares y se dictan otras resoluciones sobre tales medidas. No es que estas resoluciones no puedan ser dictadas durante el proceso principal, pero el proceso cautelar se inicia durante el procedimiento preliminar y ocupa una parte importante -cuantitativa y cualitativamente- de la actividad que en él se desarrolla.

3. LAS CLASES DE ACTOS QUE COMPONEN EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR

Para cumplir las funciones que tiene atribuidas el procedimiento preliminar se halla compuesto por actos de las siguientes clases.

A) Actos de ejercicio de la acción penal (querella, personación como parte acusadora, instancia de constitución como querellante) y de resolución sobre los mismos (sobre la admisión de la querella o la personación o constitución). Otras resoluciones sobre la acción (sobreseimiento o apertura de juicio) no se realizan en el procedimiento preliminar, sino en la iniciación del juicio o en la llamada fase intermedia.

B) Actos de iniciación del procedimiento distintos a la querella: denuncia, atestado policial y la llamada iniciación de oficio.

C) Actos de investigación consistentes en la busca y examen de las fuentes de prueba. Con carácter instrumental respecto a ellos se establecen las medidas coercitivas necesarias para la efectividad de lo anterior (apoderamiento coactivo de documentos y objetos; imposición coactiva sobre personas para que cumplan sus deberes como testigos y peritos) y para la conservación de algunas fuentes de prueba (documentos, objetos), y, muy especialmente, se regulan aquellas actuaciones que afectan a derechos fundamentales (entrada y registro en domicilios y otros lugares protegidos; intervención de comunicaciones personales; injerencias en ámbitos cubiertos por el derecho a la intimidad personal).

D) Actos de imputación, es decir, de atribución a determinada persona de una probable responsabilidad por el hecho aparentemente delictivo. En algunos ordenamientos la existencia de un acto judicial de imputación de un hecho aparentemente delictivo a una persona condiciona la admisibilidad de la apertura de juicio oral frente a esa persona (en Derecho español, el procesamiento). En cualquier caso el acto de imputación es necesario para que se pueda ejercer el derecho de defensa durante el procedimiento preliminar.

E) Actos relativos a las medidas cautelares (personales y reales o patrimoniales) y a medidas asimiladas a ellas (por ejemplo, suspensiones provisionales de permisos de conducción de vehículos, de uso de armas, de ejercicio de ciertas funciones), sea para adoptarlas, modificarlas o extinguirlas.

F) Actos de prueba anticipada, en aquellos casos en que sea previsible que el medio de prueba no podrá ser practicado en la fase procesal que corresponde, que es el juicio oral.

4. CUESTIONES Y CRITERIOS GENERALES DE LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR

A) El procedimiento preliminar se sujeta en el aspecto procedimental al principio de escritura, porque teniendo en cuenta su contenido es inevitable la tendencia a la dispersión de los actos que lo componen. Con esto se relaciona el importante problema de la duración del procedimiento preliminar.

Las leyes procesales penales no pueden establecer una determinada duración para el procedimiento preliminar, ni siquiera pueden fijar una serie de trámites sometidos a plazos preclusivos cuyo sucesivo vencimiento llevaría el procedimiento hasta el final, con una duración controlada. Todo esto es imposible, habida cuenta de los actos que componen este procedimiento y las funciones que ha de cumplir. En efecto, lo que siempre ralentizará la instrucción, aunque se superen corruptelas e imperfecciones técnicas en su regulación, es la dificultad material de encontrar elementos de convicción, no tanto la práctica procedimental de las diligencias una vez descubiertos aquellos elementos. En consecuencia, es una etapa del proceso penal no "dinamizable" mediante reglas procedimentales, plazos y preclusión.

Por otra parte, los textos constitucionales y los convenios internacionales reconocen el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 Constitución española) o en un plazo razonable (art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos) (también art. 12.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.1 Pacto de San José de Costa Rica). Es cierto que lo "indebido" y lo "razonable" son conceptos jurídicos indeterminados; pero, llegado el caso, pueden concretarse en atención a diversos factores, entre los que se halla la complejidad del asunto.

El problema de la duración presenta unos perfiles específicos en los ordenamientos en los que la dirección del procedimiento preliminar está encomendada a un juez de instrucción. En España una arraigada rutina inquisitiva de nuestro aparato judicial, no rectificada mediante unas normas más explíci-

tas y estrictas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, favoreció, desde el mismo momento de la gestación de esa ley, la conversión del sumario y de cualquier otra forma de instrucción previa en una recolección y examen exhaustivos de los elementos de convicción importantes para la causa. Añádase a ello la dosis complementaria de complejidad y formalismo que genera por sí una organización burocratizada y se comprenderá cómo en la fase de instrucción previa se producen los mayores retrasos del proceso penal.

Estos rasgos negativos de la práctica de la instrucción previa se producen contra todo fundamento, puesto que la función de esa fase del proceso en un sistema de oralidad no justifica la tendencia a la exhaustividad en su contenido de investigación. Es más, el claro desbordamiento que suele darse ha contribuido poderosamente a falsear el modelo procedimental de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Una instrucción previa judicial muy completa y, aún más, con amplias garantías para la defensa, hace difícilmente resistibles ciertas tentaciones de economía procesal mal entendida, que acechan en el momento del juicio oral: ¿Por qué echar a perder la labor realizada, con todas las garantías, por un juez? ¿Por qué deber reiterar esa labor, con sujeción a algunas formas distintas, cuando a esa "reiteración" (práctica como prueba) se oponga una mínima dificultad? Por ese camino los términos acaban invirtiéndose: en vez de ser la instrucción una preparación del juicio, el juicio pasa a ser un epílogo complementario y corrector de la instrucción.

Teniendo en cuenta las funciones del procedimiento, no es necesario que en él se lleve a cabo una recolección y examen exhaustivos de las fuentes de prueba interesantes para la causa, sino el suficiente para fundar los juicios de probabilidad (necesarios para fundar las resoluciones sobre las medidas cautelares y sobre la admisibilidad de la acusación) y para conocer las fuentes de prueba útiles. El problema es que cuando se intenta una limitación de contenido hay que ser cuidadosos, porque no es justo establecerla de manera unilateral en favor de la acusación (la investigación está completa cuando lo está para fundar la acusación). Pero no es un problema que pueda ser descuidado si se opta por asignar la dirección del procedimiento al Ministerio Fiscal. Puede verse en este supuesto la solución prevista en el art. 262 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica.

El procedimiento preliminar es secreto. Esto se justifica -así por ejemplo la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española- en la conveniencia de equilibrar las posiciones del responsable penal y del poder público en el conocimiento de los hechos. Aquél actuó clandestinamente y procuró ocultar rastros. Lógico es que el poder público se prevalega del secreto para evitar que sea conocida la orientación de la investigación y que se eliminen o falsifiquen los datos que ésta va alcanzando.

Si ésta es la justificación, es comprensible que la Ley de Enjuiciamiento Criminal aproxime el tratamiento del secreto del sumario (art. 301) al de las limitaciones al principio de contradicción en este procedimiento (art. 302). Algo parecido ocurre en el Código de Procedimiento Penal chileno cuyo artículo 78 establece la regla general de secreto e inmediatamente a continuación, el art. 79 la

posibilidad de excepciones en favor del procesado. Estas son, en realidad, materias distintas: el secreto tiene que ver con las limitaciones a la publicidad frente a los terceros, mientras que las limitaciones al conocimiento de las actuaciones por las partes a efectos de su defensa afecta al régimen del principio de contradicción. La formulación del art. 255 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica es más perfecta: establece que "todos los actos de la investigación serán secretos para los extraños" y regula en apartados separados el derecho de acceso de imputado y otros intervinientes admitidos y las limitaciones excepcionales a ese derecho.

Ciñendo ahora la referencia sólo al secreto como alternativa a la publicidad general de la instrucción previa, el fundamento del mismo a pesar del reconocimiento de la contradicción hay que buscarlo en la protección del derecho al honor de la persona imputada y en la presunción de inocencia de la misma. También, en cierto modo, en la protección de los fines de la investigación: ¿Qué ocurriría si el verdadero culpable es otro o si hay otros culpables además del imputado?

B) Oficialidad del procedimiento e intervención de las partes y de los interesados.

El conjunto de actos que integran un procedimiento preliminar pueden desarrollarse de oficio por el juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal, según al que el ordenamiento encomiende su dirección, sin necesidad de que se inste su realización por las partes (excepción hecha de la iniciación, cuando dependa de querrela o de otro acto condicionante de la procedibilidad). Sin embargo, las leyes procesales penales introducen con mayor o menor amplitud la técnica de la contradicción, reconociéndose a las partes posibilidades de participación en el desarrollo del procedimiento.

En efecto, por un lado, las partes acusadoras no oficiales ponen en juego en el procedimiento preliminar la existencia o no de su derecho a acusar, que se satisface con la resolución judicial sobre prosecución del proceso. Han de poder participar para influir en las resoluciones que se pronuncian sobre ese derecho.

El imputado tiene interés legítimo en evitar que el juicio se abra sobre la base de acusaciones insuficientemente fundadas y obviamente en que no se adopten frente a él medidas cautelares y asimiladas sin suficiente fundamento. En consecuencia ha de poder influir, mediante la participación en el procedimiento, en las resoluciones sobre ello. En términos generales, las posibilidades de participación son las siguientes.

Primera, tomar conocimiento de las actuaciones. Sin ese conocimiento las siguientes posibilidades de participación no podrían aprovecharse, o se utilizarían con desorientación o ineffectividad.

En segundo lugar, proponer la práctica de diligencias, proposición que está sometida al correspondiente enjuiciamiento de admisibilidad por parte del juez de instrucción o del Ministerio Fiscal que dirige la investigación. Al decirse proposición de diligencias probablemente se está haciendo una directa referencia a los actos de investigación. Pero las partes también pueden formular peticiones (en el sentido de adopción, modificación o extinción) relativas a medidas cautelares y asimiladas, plantear incidentes relativos a la competencia y a la recu-

sación, impugnar resoluciones, etc. La tercera posibilidad es la de intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Parece lógico que si se tiene un derecho a intervenir deba realizarse una citación para posibilitar su ejercicio. No suele haber, a este respecto, disposiciones tan rigurosas como las relativas a la citación para el juicio -dentro de cuyas sesiones se realiza la práctica de la prueba-, y tampoco suele estar determinado de modo muy preciso en qué puede consistir esa intervención. Un mínimo debe ser presenciar la celebración y formular observaciones que se recojan en la documentación del acto. Las posibilidades de tomar conocimiento de las actuaciones y de intervenir en la práctica de diligencias (no así, formalmente, la de proponerlas) pueden ser temporalmente excluidas para las partes distintas al Ministerio Fiscal para evitar que por el conocimiento previo de los actos de investigación planeados pueda frustrarse el éxito de los mismos.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL.

Los autores han llegado a conclusiones bastante diversas: naturaleza administrativo-policial, naturaleza jurisdiccional, naturaleza no unitaria sino que hay actos administrativos y actos jurisdiccionales.

La cuestión puede plantearse en un doble plano: naturaleza jurídica tal como está regulado el procedimiento preliminar en los respectivos derechos positivos y, en otro nivel, naturaleza jurídica en atención a los fines a los que responde esta fase previa del proceso penal y a las posibilidades de configuración de la misma de modo conforme a la Constitución.

El segundo enfoque tiene un interés más general, menos ligado a un concreto ordenamiento y es el adecuado si está en juego el gran tema de reforma en esta materia -y del que me ocuparé en la última de las conferencias-, que es el de si el procedimiento preliminar ha de ser dirigido por el Ministerio Público o por el juez de instrucción.

En una primera aproximación no parece desacertado concluir que el procedimiento preliminar tiene un contenido heterogéneo, del que antes he dado noticia, algunos de cuyos componentes constituyen o requieren ejercicio de potestad jurisdiccional y otros en cambio no. Esta es la tarea de calificación decisiva, sobre todo en un ordenamiento constitucional en el que a los órganos del poder judicial les esté reservada en exclusiva la potestad jurisdiccional.

Algunos componentes requieren ejercicio de potestad jurisdiccional. Son los siguientes:

- A) Las resoluciones sobre las medidas cautelares personales y reales.
- B) Las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar, generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba.
- C) Las resoluciones sobre admisión de la acusación, porque son ejercicio de la potestad de dirección del proceso penal de declaración -en concreto:

sobre la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo-. Estas resoluciones son las referidas a la admisión de querellas y otros de actos de constitución como parte acusadora no oficial, la imputación o inculpación con efectos condicionantes sobre la posterior dirección subjetiva de la acusación, las resoluciones relativas al sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

D) Los actos de práctica anticipada de la prueba.

Con relación a las resoluciones y actos citados, las partes realizan actos de obtención en la terminología de Goldschmidt: peticiones, alegaciones, proposiciones y producciones de prueba. Estos actos no son ciertamente jurisdiccionales, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por un órgano jurisdiccional, precisamente porque su función es influir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusiva de aquél.

No supone, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional las actividades materiales dirigidas a descubrir contra qué persona se puede dirigir la acusación, de qué hecho se la puede acusar y de qué fuentes de prueba se dispone para demostrar, en el juicio, el fundamento de la acusación, y, antes del juicio, la probabilidad del fundamento de la acusación a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida para abrir juicio. Descubrir las fuentes requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de su examen y de la conservación de los objetos que van a servir para las pruebas reales.

Pero es necesario puntualizar inmediatamente lo siguiente: las actividades descritas no implican el ejercicio de potestad jurisdiccional a condición de que su eficacia jurídica quede limitada a que los acusadores utilicen los resultados de las mismas para formular solicitudes fundamentadas de medidas cautelares, para dirigir una acusación con fundamento y para poder proponer pruebas útiles. Limitadas a esto, estas actividades son en todos los procesos actividades de las partes, y en gran medida actividades netamente privadas. Incluso en el proceso penal no está excluida la investigación privada, pero para poder hacer valer sus resultados en el proceso es necesario proponer y practicar dentro de éste los correspondientes medios de prueba.

Esta puntualización es clave: la tesis de la no jurisdiccionalidad de la actividad de investigación previa al proceso no podría sostenerse si tuviera que entenderse que la documentación que los acusadores o que el acusador oficial ha formado de dicha actividad, es eficaz por sí misma para que el juez funde en ella sus resoluciones sobre las medidas cautelares y sobre la admisión de la acusación, sustituyendo la actividad probatoria que ha de ser practicada ante y bajo la dirección del juez que ha de dictar resolución.