



ARANZADI  
DERECHO  
PROCESAL

Esta obra analiza exhaustivamente la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Constitucional, en sus cinco años de actividad, ha formado sobre el proceso penal. La exposición –que incluye, en lo posible, los fragmentos más relevantes de las sentencias– ha sido sistematizada con arreglo a las materias cuyo régimen jurídico se aplica principalmente en el proceso penal. La consulta del sumario general –cuyo detalle es indicador de la magnitud de la información ofrecida y el grado de análisis de la misma– acredita a esta obra como imprescindible para una práctica del proceso penal ajustada a la Constitución, así como para conocer las posibilidades de éxito de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional en asuntos penales.

C.M.: 21251

ISBN 84-9767-509-6



9 788497 675093

MANUEL ORTELLS RAMOS  
ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ  
Dirección y Coordinación

El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal  
Constitucional (1981-2004)

**THOMSON**



**ARANZADI**

MANUEL ORTELLS RAMOS ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ  
Dirección y Coordinación

El Proceso Penal en la  
Doctrina del Tribunal  
Constitucional  
(1981-2004)

FRANCISCO LÓPEZ SIMO

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO JUAN CAMARA RUIZ  
RICARDO JUAN SÁNCHEZ JOSÉ BONET NAVARRO  
RAFAEL BELLIDO PENADÉS LUIS A. CUCARELLA GALLIANA  
JOSÉ MARTÍN PASTOR IRENE NADAL GÓMEZ  
ROSA ARROM LOSCOS ALICIA ARMENGOT VILAPLANA  
JOSEP MANEL MEDRANO MOLINA SHEILA MUÑOZ MUÑOZ



**THOMSON**



**ARANZADI**

Primera edición, 2005

Obra realizada en el proyecto de investigación «Reforma del proceso penal español» (BJU2002-04554-C02-02), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología

© Manuel Ortells Ramos e Isabel Tapia Fernández - 2005  
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL  
Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5  
31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 2872/2005

ISBN 84-9767-509-6

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ  
Catedrática de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

**Dirección y coordinación**

FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

JUAN CÁMARA RUIZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidade da Coruña

RICARDO JUAN SÁNCHEZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

JOSÉ BONET NAVARRO  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

RAFAEL BELLIDO PENADÉS  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

JOSÉ MARTÍN PASTOR  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

IRENE NADAL GÓMEZ  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

ROSA ARROM LOSCOS  
Catedrática de Escuela Universitaria  
de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

ALICIA ARMENGOT VILAPLANA  
Profesora Contratada Doctora Interina de  
Derecho Procesal  
Universitat de València

JOSEP MANEL MEDRANO MOLINA  
Becario de investigación de Derecho  
Procesal  
Universitat de València

SHEILA MUÑOZ MUÑOZ  
Becaria de investigación de Derecho  
Procesal  
Universitat de València

## La instrucción previa: aspectos generales, actos de iniciación del procedimiento y actos de investigación

**SUMARIO.**—I. INSTRUCCIÓN PREVIA: ASPECTOS GENERALES.—1. Actuaciones previas de la policía: Atestado; posibilidades de intervención de los interesados.—A) Constitucionalidad de la identificación y entrada y registro en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección ciudadana como actividades policiales previas.—B) Diligencias sumariales y, en especial, el atestado.—a) Consideraciones generales sobre la valoración de las diligencias sumariales y su posibilidad de adquirir relevancia probatoria.—b) Valor probatorio del atestado en particular.—a') El valor de simple denuncia del atestado con carácter general.—b') La posibilidad matizada de valor probatorio de determinadas actuaciones policiales que constan en el atestado.—c') Valoración en concreto de declaraciones de las partes o testificales en el atestado según sean ratificadas en el juicio oral.—2. La instrucción previa judicial: secreto de la instrucción y libertad de expresión e información; derechos de intervención de las partes y restricciones a la intervención de las partes.—A) Aspectos generales sobre la instrucción previa judicial.—a) La instrucción no debe ser causa general sobre la vida de una persona.—b) La imputación concreta se producirá inmediatamente y no se someterá al régimen de las declaraciones testificales cuando se derive la sospecha de participación en los hechos.—c) El derecho al juez imparcial puede ser genéricamente violado por actuaciones concretas del juez instructor.—d) El juez instructor, con todo, puede llevar la iniciativa en las investigaciones.—e) La instrucción ha de contener alguna diligencia, acto o pronunciamiento sobre los hechos concretamente denunciados.—f) Posibilidad de dilaciones indebidas en la instrucción.—B) Algunos aspectos concretos en la instrucción previa judicial.—a) Instrucción y adopción o denegación de actos de investigación.—b) Otros aspectos concretos.—a') Motivación del auto de incomunicación.—b') Aunque el auto de procesamiento sea instructorio, en el caso concreto cabe que no suponga vulneración de la imparcialidad a pesar de que sea adoptado en la vista oral.—c') Posibilidad de solicitar conforme al art. 377 LECrim, informes de conducta.—C) Publicidad o secreto de las diligencias.—a) Publicidad o secreto de la instrucción y derecho a un proceso público, prohibición de la indefensión y derecho de información.—a') Derecho a un proceso público.—b') Prohibición de indefensión.—c') Derecho de información.—b) Derechos de intervención de las partes y restricciones a la intervención de las partes.—II. ACTOS DE INICIACIÓN.—1. Actos para la iniciación del procedimiento y actos de ejercicio de la acción penal.—A) *Ius ut procedatur* en el proceso penal.—a) Sujetos y limitaciones subjetivas.—b) Motivación de la inadmisión de querrela y sobreseimiento de actuaciones.—B) Necesidad de *notitia criminis* y concreción de los hechos objeto de investigación.—2. La denuncia.—A) La

\* JOSÉ BONET NAVARRO (Apartados I y II); JUAN CÁMARA RUIZ (Apartado III, puntos 1 a 4); IRENE NADAL GÓMEZ (Apartado III, punto 5); JOSEP MANEL MEDRANO MOLINA (Apartado III, punto 6).

denuncia como medio inidóneo para ejercitar la acción penal y para constituirse como parte.-B) Concreción de los hechos en la denuncia.-3. La querrela.-A) Aspectos generales. El *ius ut procedatur*.-B) Inadmisión de querrela.-a) Relevancia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.-b) Motivación de la inadmisión.-c) Improcedencia de la inadmisión.-4. Condicionamientos de la iniciación del procedimiento.-A) La tipificación de los hechos como primer condicionante de iniciación.-B) Otros condicionantes de la iniciación.-a) El interés como condicionante solamente en delitos privados o semiprivados.-b) La previa licencia judicial para deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio.-c) La previa declaración de quiebra punible según el art. 520 CP/1973.-III. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN.-1. Declaraciones del detenido y del imputado-procesado.-A) La declaración ante la Policía y en el Juzgado de Instrucción.-B) Garantías que deben respetarse en cada supuesto de declaración.-C) Renuncia de la asistencia de Abogado en la declaración ante el Juez de Instrucción.-D) Transcendencia de la calidad en que se le cita al declarante para declarar.-E) Distinción entre vulneración formal y vulneración material de las garantías procesales.-F) Alcance de la ineficacia de la declaración en la que se han vulnerado derechos y garantías constitucionales.-2. Intervenciones corporales y pruebas de alcoholemia y similares.-A) Intervenciones corporales.-a) Clases de diligencias practicables.-b) Derechos afectados.-c) Presupuestos para acordar la diligencia de investigación.-a') Fin constitucionalmente legítimo.-b') Previsión legal.-c') Jurisdiccionalidad.-d') Proporcionalidad.-e') Motivación de la resolución judicial.-d) Requisitos a observar durante la práctica de la diligencia.-B) Pruebas de alcoholemia y similares.-a) Naturaleza de las pruebas de alcoholemia y similares.-b) Derechos afectados.-a') Derecho de defensa.-b') Derecho a no declarar contra sí mismo.-c) Requisitos a observar durante la práctica de la diligencia.-d) Ineficacia derivada.-3. Declaraciones de testigos.-4. Identificación del presunto culpable.-A) Rueda de reconocimiento.-B) Reconocimiento fotográfico.-5. Entrada y registro en lugares cerrados.-A) El derecho a la inviolabilidad del domicilio.-B) La entrada y el registro en el domicilio: supuestos constitucionalmente admisibles.-a) El consentimiento del titular.-b) Delito flagrante.-c) La autorización judicial.-C) Otros requisitos de la entrada y registro y su constitucionalidad.-6. Intervención y observación de las comunicaciones telefónicas.-A) Delimitación del ámbito de las intervenciones telefónicas.-B) Requisitos para la adopción de la medida.-a) Habilitación legal.-b) Resolución judicial en un previo proceso penal.-c) Proporcionalidad.-a') Fin constitucionalmente legítimo.-b') Decisión basada en indicios suficientes.-c') Especialidad.-d) Motivación.-e) Control judicial en la ejecución de la medida.-f) Incorporación de los resultados.-C) Consecuencias de la infracción de los requisitos de legalidad constitucional y de legalidad ordinaria.-a) Defectos en los requisitos de legalidad constitucional.-b) Defectos en los requisitos de legalidad ordinaria.

## I. INSTRUCCIÓN PREVIA: ASPECTOS GENERALES

### 1. Actuaciones previas de la policía: Atestado; posibilidades de intervención de los interesados

#### A) CONSTITUCIONALIDAD DE LA IDENTIFICACIÓN Y ENTRADA Y REGISTRO EN LA LO 1/1992, DE 21 FEBRERO, SOBRE PROTECCIÓN CIUDADANA COMO ACTIVIDADES POLICIALES PREVIAS

Entre las actuaciones previas de la policía en el proceso resultan de relevancia aquellas actividades relacionadas, dentro del ejercicio de sus funciones de indagación y prevención, con la identificación de las personas en la vía pública o en el

lugar donde se hubiere hecho el requerimiento. Igualmente, lo son las entradas y registros en domicilios. Sobre ello la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana introducía dos relevantes preceptos en la citada Ley. De un lado el art. 20.2 por el que «de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible»; de otro, el art. 21.2 de la misma, según disponía «... será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante en conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito».

Sobre ambos preceptos se pronuncia la STC 341/1993, 18 noviembre (RTC 1993, 341), F. 5º, 6º y 8º, Vp. De la Vega Benayas, González Campos, por la que se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad, por lo que ahora nos interesa, de los arts. 21.2 y 26.j) inciso final de la LO 1/1992, 21 febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Así y todo, entiende no contrario a la CE el art. 20.2 de la misma, porque «como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3º), el art.17.1 CE no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones». Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art. 5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado "b", que se lleguen a disponer privaciones de libertad "para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley" y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de la LOPSC) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2 no es menos cierto que tal deber constituye una "obligación" legal en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad. Además, no vulnera las garantías previstas en el art. 17.2 y 3 CE, pues la medida del art. 20.2 no puede calificarse de indefinida o ilimitada temporalmente, aunque no conste expresamente; Que el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento es cosa que apenas requiere ser argumentada, aunque la Ley (que exige consten en el Libro-Registro los "motivos" de las diligencias practicadas) nada dice, de modo expreso, el íntegro contenido de este art. 20 el que supone, implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados; el resto de garantías no se adecuan enteramente a este supuesto de privación de libertad. Tampoco resulta contrario a lo prevenido en el art. 25.3 de la Constitución, de conformidad

con el cual "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". La que el precepto impugnado hace posible no tiene un sentido sancionador, sino de estricta identificación personal, y basta con constatarlo así para excluir la inconstitucionalidad alegada con la cita de aquel precepto constitucional».

La misma STC 341/1993, en cambio, considera inconstitucional y nulo el art. 21.2 de la LO 1/1992, y para ello argumenta, en lo sustancial que «no cabe tachar de inconstitucional la formalización legislativa del concepto de delito flagrante a efectos de la entrada en domicilio, y ello sin perjuicio que esa regulación legal ha de respetar el contenido esencial del derecho de acuerdo a lo que establece el art. 53.1 CE, aunque en tal caso la tacha de inconstitucionalidad no estaría en la existencia misma de la norma, sino en su contenido... [...]. Mediante la noción de "flagrante delito" la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. [...]. Urgencia, sin embargo, no es, por sí sola, flagrancia, como llevamos dicho, y a partir de esta advertencia es inevitable constatar que las demás condiciones prescritas por la norma impugnada muestran una amplitud e indeterminación en su enunciado incompatible con el rigor que presenta y requiere, en este punto, el art. 18.2 de la Constitución. [...] expresiones legales —"conocimiento fundado" y "constancia"— en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. [...]. La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales. La delimitación legal del delito flagrante que expresa el impugnado art. 21.2 no es, por cuanto queda dicho, conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 de la Constitución, lo que impone declarar la inconstitucionalidad del precepto. [...] El art. 21.2 de la LOPSC no es, en suma, contrario a la Constitución en lo que tiene de intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos sino por su parcial inadecuación».

B) DILIGENCIAS SUMARIALES Y, EN ESPECIAL, EL ATESTADO

a) Consideraciones generales sobre la valoración de las diligencias sumariales y su posibilidad de adquirir relevancia probatoria

En relación con el atestado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde su STC 31/1981, 28 julio (RTC 1981, 31), parte de que únicamente las practicadas en el juicio oral se consideran pruebas auténticas, vinculantes para el juzgador penal a la hora de dictar sentencia. Y ello será así porque el procedimiento probatorio ha de informarse por la contradicción que en forma oral se desarrolla ante el mismo juzgador que ha de dictar la sentencia, para que con inmediación, la convicción judicial sobre los hechos enjuiciados se alcance en con-

tacto directo por los medios aportados (STC 33/2000, 14 febrero [RTC 2000, 33], F. 5º). Por el contrario, se considera que las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim). Actos que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador (STC 217/1989, 21 diciembre [RTC 1989, 217], F. 2º).

Por ello es que se haya dicho que «por regla general, sólo tienen la consideración de pruebas de cargo aquellas que son practicadas en el acto del juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, según una consolidada doctrina de este Tribunal que se inicia con la temprana STC 31/1981. La misma regla rige, por tanto, en materia de prueba testifical [...] dicha regla no tiene un alcance absoluto y permite ciertas excepciones» (STC 153/1997, 29 septiembre [RTC 1997, 153], F. 3º).

En efecto, la jurisprudencia ha ido estableciendo límites a la anterior doctrina general, puesto que no cabe negar toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales en orden a la formación de la convicción, siempre que se practiquen con las formalidades que la CE y el ordenamiento procesal establecen. En términos de la misma STC 217/1989, 21 diciembre, F. 2º «la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia —entre otras, SSTC 80/1986, de 17 de junio (RTC 1986, 80), 82/1988, de 28 de abril (RTC 1988, 82) y 137/1988, de 7 de julio (RTC 1988, 137)—; b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (SSTC 80/1986 y 137/1988), aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquellos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 62/1985, de 10 de mayo [RTC 1985, 62]), puesto, que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa, y c) no constituyen medios de prueba en sí mismo los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 297 LECrim), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un "objeto de prueba" —SSTC 31/1981 (RTC 1981, 31) y 9/1984 (RTC 1984, 9)—. Por la misma razón, tampoco

son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2º y 727 LECrim, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales».

b) *Valor probatorio del atestado en particular*

Con carácter general la STC 199/1996, 3 diciembre (RTC 1996, 199), F. 6º, «en la fase sumarial o instructoria no puede rectamente hablarse de prueba, pues tal como se desprende de la regulación procesal penal (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y este Tribunal mantiene inconcusamente desde su STC 31/1981 (RTC 1981, 31), es la prueba que se practica en el juicio oral. El que algunas de las actuaciones instructorias sirvan en el juicio oral de prueba o la preconstituyan no confiere, salvo muy contadas excepciones que no son aquí del caso, a lo sumarialmente actuado el carácter de prueba (ATC 127/1989, 13 de marzo, fundamento jurídico 2º). El que la prueba preconstituida realizada en el período sumarial o de investigación sirva en el juicio oral como prueba, no confiere un derecho del acusador a su práctica». Partiendo de ello, se entiende su doctrina concreta sobre el valor probatorio del atestado.

a) *El valor de simple denuncia del atestado con carácter general*

En concreto, aunque se reconoce la importancia del atestado en la fase sumarial así como en la interpretación y articulación lógica de las pruebas practicadas en el juicio oral, la jurisprudencia ha dejado claro que no cabe que la sustituya. De ahí que se reitera hasta la saciedad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que «el atestado policial, conforme prescribe el art. 297 de la LECrim, y se desprende del propio contenido esencial del derecho fundamental controvertido, debe tener sustancialmente el valor de denuncia para los efectos legales con respecto al hecho constatado y al autor a quien se imputa; su alcance, por tanto, ha de situarse en su debido contexto: el de la fase de averiguación o instrucción sumarial» (STC 182/1989, 3 noviembre [RTC 1989, 182], F. 2º).

Ello implica, como expresa la STC 173/1997, 14 octubre (RTC 1997, 173), F. 4º «el atestado policial ni tiene la consideración de prueba documental, sino única y exclusivamente de denuncia [...] la intervención o aprehensión del tabaco no es un elemento objetivo del atestado, sino el hecho mismo objeto de denuncia del atestado, por lo que para tener la consideración de prueba válida a fin de acreditar el hecho punible era necesario e imprescindible su incorporación al proceso, a través de auténtico medio de prueba, como lo es la declaración testifical de los funcionarios de policía que en él intervinieron, posibilitando así su efectiva contradicción por las partes».

Consecuentemente, una condena sobre la mera base de un atestado, en términos de la STC 173/1985, 16 diciembre (RTC 1985, 173), F. 2º, permite concluir que «se violó el derecho del recurrente a la presunción de inocencia ya que la Sentencia condenatoria del Juzgado de Instrucción (y lo mismo la de apelación, ya que nada

nuevo se aportó ni probó en esta fase del proceso) se produjo sobre la única base del atestado y por tanto sin ningún fundamento probatorio que pudiera destruir aquella presunción». Cuestión distinta es que, además, como matiza la STC 173/1997, 14 octubre, F. 4º, resultara irrelevante que el acusado no negase expresamente los hechos denunciados en el atestado, puesto que «aparte de que las declaraciones del hoy recurrente en modo alguno suponen un reconocimiento de los hechos, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación (STC 138/1992)».

Ahora bien, según continúa la citada Sentencia 182/1989, «sólo puede concederse valor de auténtico elemento probatorio en el proceso al atestado si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo, con la finalidad de preservar los principios constitucionales de oralidad y de contradicción por la parte acusada, que permitan un adecuado ejercicio del derecho de defensa con las garantías procesales debidas [...] con esta doctrina -SSTC, entre otras, 31/1981 (RTC 1981, 31), 100/1985 (RTC 1985, 100), 101/1985 (RTC 1985, 101), 145/1985 (RTC 1985, 145), 22/1988 (RTC 1988, 22), 5/1989 (RTC 1989, 5), etc.- no se pretende minusvalorar el alcance del atestado policial, sino antes bien situarlo en su adecuado lugar en el proceso, que no es el que corresponde a la prueba. Precisamente esta impostación, que el legislador recoge en los arts. 297 y 741 de la LECrim, impide a los Tribunales ordinarios (entre otras razones por su sometimiento al imperio de la Ley que el art. 117.1 de la Constitución prescribe) formar su convicción en torno a la autoría de los hechos únicamente sobre la base de los atestados y sin las necesarias garantías procesales de inmediación y contradicción». Por supuesto, todo ello sin perjuicio de que las diligencias policiales recojan además de declaraciones testificales verdaderas pruebas como periciales o que resulten de imposible repetición posterior.

Esta ratificación, ha de producirse en el seno del juicio oral, sin que una pretendida ratificación del atestado ante un Juzgado de Paz, en cumplimiento de una carta orden del Juzgado de Instrucción, tenga eficacia de prueba sumarial anticipada, sin que cumpla cumplir la finalidad de contradicción (STC 182/1989, 3 noviembre, F. 3º).

b) *La posibilidad matizada de valor probatorio de determinadas actuaciones policiales que constan en el atestado*

La STC 173/1997, 14 octubre, F. 2º, resume la doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado, y la posibilidad matizada de valor probatorio de determinadas actuaciones policiales, del modo siguiente: «1º Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo (...). 2º No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin

estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes (SSTC 107/1983 [RTC 1983, 107], 201/1989, 132/1992 [RTC 1992, 132], 303/1993 y 157/1995). Asimismo, cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales –por ejemplo, el test alcoholimétrico–, y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado (SSTC 100/1985, 145/1985 y 5/1989). Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado –como puede ser el certificado del médico forense– no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso (para el certificado forense, STC 24/1991). 3º Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado prestan declaración en el juicio oral sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC 217/1989). Sólo en los casos antes citados –verbigracia, croquis, planos, test alcoholimétrico, certificados médicos, etc.– el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando, en la medida de lo posible, los principios de inmediación, oralidad y contradicción».

Es claro, por tanto, que cabe la posibilidad, aunque sea matizadamente, de que el atestado pueda adquirir valor probatorio. Aunque equivale en principio a simple denuncia, según expresa la STC 138/1992, 13 octubre (RTC 1992, 138), F. 3º, «también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes de la Policía Judicial con su forma y las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser calificados como declaraciones testificales (STC 22/1988 [RTC 1988, 22]). Es claro que hay partes de ese atestado, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos *in fraganti*, la constancia del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan por definición en el concepto de la prueba preconstituida o anticipada. Ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias (SSTC 107/1983 [RTC 1983, 107] y 201/1989 [RTC 1989, 201], ATC 637/1987). Así ocurre, en el presente caso, con las huellas de frenado, que la Audiencia Provincial menciona como uno más de los elementos de juicio a tener en cuenta, sin especial relevancia». También cuando en el mismo no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que se practica, preconstituyéndola, una prueba, generalmente pericial cuando

concorre además la imposibilidad de su repetición posterior (STC 100/1985, 3 octubre [RTC 1985, 100], F. 1º).

En la misma línea, considera la STC 33/2000, 14 febrero (RTC 2000, 33), F. 5º, que «también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables que, expuestos por los agentes de la Policía Judicial con su firma y las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser calificados como declaraciones testificales. Es claro que hay partes de ese atestado con virtualidad probatoria propia cuando contenga datos objetivos y verificables, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos *in fraganti*, la constancia del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los vestigios o huellas, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los planos o croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan muchas de ellas en el concepto de la prueba preconstituida o anticipada. Ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias» (SSTC 209/1999, 29 noviembre [RTC 1999, 209], por todas). En estos casos se ha admitido, «aunque de forma excepcional, un cierto valor de prueba a determinadas actuaciones policiales, en las que concurre el doble requisito de tener por objeto la mera constatación de datos objetivos y de ser irrepetibles, es decir, de imposible reproducción en el juicio oral. Cuando al dato de la objetividad se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de ser introducida en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción de las partes» (STC 303/1993, 25 octubre [RTC 1993, 303]).

c) Valoración en concreto de declaraciones de las partes o testificales en el atestado según sean ratificadas en el juicio oral

A lo dicho antes cabe añadir en concreto sobre las declaraciones que constan en el atestado que éstas podrán adquirir el valor de prueba constituida si se da una serie de circunstancias. De entrada, no tiene tal valor, puesto que formando parte del atestado su valor es meramente de denuncia, aunque excepcionalmente pueda admitirse su valor de prueba cuando se den las circunstancias antes citadas. La ratificación del atestado en el acto del juicio oral se erige en el dato fundamental.

De ahí que como pone de manifiesto la STC 33/2000, 14 febrero, F. 6, «el Juez actuó en esta fase *per saltum*, dando peso dirimente a un documento, el atestado, incorporado materialmente a las actuaciones preliminares, pero no introducido en el acto del juicio, sin que su contenido en la parte que fue decisiva para formar la convicción –la reseña o descripción de los daños sufridos por cada vehículo y la conclusión de los agentes– fuera ratificado por quienes lo redactaron, impidiendo, pues, el análisis crítico en debate abierto y contradictorio. La prueba así utilizada carece de validez desde la perspectiva constitucional y esa invalidez la priva de eficacia en juicio. No puede entrar a formar parte del acervo probatorio y, menos aún, servir de factor dirimente entre otros elementos contrapuestos. En ello con-

siste una de las garantías más importantes para conseguir un juicio justo, un proceso en el cual no se produzca la menor sombra de indefensión y por ello, ha de serle dado a quien la sufrió el amparo que pide, sin carácter devolutivo».

En otros supuestos concretos, considera con la misma idea que no será válido el atestado como prueba de cargo aunque en el mismo conste una declaración «testifical» si no ha sido ratificada, ni siquiera para imponer las medidas de seguridad en la Ley 16/1970 (STC 159/1985, 27 noviembre [RTC 1985, 159], FF. 1º y 2º). La declaración de los testigos agredidos en el atestado no tiene valor de prueba preconstituída «porque el Juez Instructor no citó a los denunciados para que ratificaran su declaración e identificación efectuadas ante la Comisaría de Policía, impidiendo así la posibilidad de preconstituir o anticipar una prueba que podría ser de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, a pesar de que, incluso, en el atestado policial se hacía constar las manifestaciones de los denunciados de que era su intención ausentarse del territorio nacional» (STC 217/1989, 21 diciembre [RTC 1989, 217], F. 4º).

Por el contrario, la ratificación supone, como entiende el ATC 304/1985, 8 mayo (RTC 1985, 304 AUTO), F. 3º, la inadmisión del recurso de amparo pues «las declaraciones contenidas en dicho documento fueron ulteriormente ratificadas ante la judicial presencia, amén de evaluarse igualmente por el juzgador del orden penal otras pruebas». Sin que resulte relevante, salvo que se produzca en concreto indefensión, que los otros detenidos pudieran prestar declaración en el atestado sin asistencia letrada (STC 70/2002, 3 abril [RTC 2002, 70], F. 3º). Ahora bien, no obstante la ratificación, como matiza la STC 153/1997, 29 septiembre (RTC 1997, 153), F. 4º, no tendrá valor probatorio cuando «la actuación policial no se refiera a un dato objetivo perteneciente al mundo exterior, sino a la versión subjetiva de los hechos formulada por uno de los detenidos».

**2. La instrucción previa judicial: secreto de la instrucción y libertad de expresión e información; derechos de intervención de las partes y restricciones a la intervención de las partes.**

**A) ASPECTOS GENERALES SOBRE LA INSTRUCCIÓN PREVIA JUDICIAL**

La instrucción previa judicial está integrada por un conjunto heterogéneo de actividades que, en términos del art. 299 LECrim, están «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».

En realidad, las funciones de la instrucción previa judicial no se limitan solamente a la de preparación del juicio oral, puesto que no toda instrucción es seguida del mismo, sino que también lo son tomar en consideración y, en su caso, comprobación de hechos que puedan tener caracteres de delito, así como la resolución

sobre la admisibilidad del juicio oral por cierto hecho y frente a persona concreta. Para el cumplimiento de las anteriores funciones la instrucción previa se compone de una pluralidad de actos de diversa índole como los de ejercicio de la acción penal o de inicio de la acción penal distintos a la querrela o personación como acusadora, actos de investigación, de imputación, actos relativos a medidas cautelares, y de prueba anticipada cuando no puedan ser practicados en el juicio oral. Como dice la STC 186/1990, 15 noviembre (RTC 1990, 186), F. 4º, la «fase de instrucción preparatoria —Diligencias previas: art. 789.2 LECrim—, de naturaleza jurisdiccional, cuya competencia corresponde al Juez de Instrucción y en la que la Ley prevé una activa intervención del Ministerio Fiscal (art. 781) que tiene por objeto practicar —o completar en los supuestos en los que haya habido una investigación oficial preliminar—, las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento. En esta primera fase de instrucción jurisdiccional también pueden llevarse a cabo, claro está determinadas actividades preventivas de conservación de las fuentes probatorias (v. art. 786 LECrim), cautelares (v. art. 785) e incluso asistenciales [v. arts. 786 primera, y 785, octava, g)], expresamente previstas en la Ley. El contenido de la instrucción judicial (o Diligencias Previas) ha de responder a la finalidad perseguida, que no es otra que la prevista en el art. 789.3, esto es, la realización de las diligencias esenciales para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre las que hay que incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el propio art. 789.5º, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º de la LECrim en relación con el art. 780.1 de la misma Ley. Pero esta primera fase jurisdiccional prevista en la Ley no siempre tiene el mismo alcance y contenido instructorio antes dicho, puesto que el mencionado art. 789.3º restringe —siguiendo las tendencias que se observan al respecto en el Derecho procesal penal comparado— el desarrollo de esta concreta fase sólo a aquellos supuestos en los que el procedimiento se inicie por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela, esto es, cuando no ha habido antes investigación preliminar, o cuando las diligencias practicadas en el atestado no fuesen suficientes para formular acusación; e incluso cabe la posibilidad de que, no obstante la procedencia de la instrucción, el imputado, asistido de su Abogado, reconozca los hechos, en cuyo caso también habrá el Juez de obviar la realización de la fase instructora (art. 789.5º en relación con los arts. 791.3º y 793.3º.II)».

Desde luego, la instrucción previa judicial se presenta compleja desde el punto de vista de la diversidad de las actuaciones, lo que exige deslindar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre aquellos aspectos. Algunas notas generales pueden extraerse de los pronunciamientos del TC.

a) La instrucción no debe ser causa general sobre la vida de una persona

Según indica tal sentencia, «las instrucciones judiciales no pueden ser “causas generales”, sobre la totalidad de la vida y hacienda de una persona, al estilo de las



viejas inquisiciones. Bajo el imperio de la Constitución (y mucho antes, según quedó expuesto de forma expresa y brillante en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882), es necesario que la investigación del Juzgado, se oriente a la finalidad con que aparece prevista legalmente y que no es otra que la que establece el art. 789.3 LECrim, a saber: "determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado" (STC 186/1990), por lo que no se trata de llevar a cabo una inquisición global sobre la actividad de una persona para, posteriormente, en virtud de lo averiguado, imputar a la misma unos hechos concretos. Lo procedente y constitucionalmente admisible, es que el Juzgado investigue los hechos inicialmente delimitados con el fin de conocer su naturaleza y la participación de una determinada persona en los mismos» (Voto particular de la STC 63/1996, 16 abril [RTC 1996, 63], F. 2º, Vp. Jiménez de Parga, y Gimeno Sendra, en el que se defiende que el recurso debió admitirse; voto particular STC 41/1998, 24 febrero [RTC 1998, 41], F. 3º, Vp. Jiménez de Parga).

No obstante la anterior consideración, el hecho de que concurra multitud de actos de investigación no implica vulneración constitucional alguna si se justifica por la naturaleza de los hechos investigados. Tal y como afirma la STC 41/1998, 24 febrero, F. 13º, Vp. Gimeno Sendra, y Jiménez de Parga, «los delitos de los que fue acusado el demandante de amparo, de carácter económico o relacionados con la corrupción en instituciones públicas, suelen ser complejos y quedan ocultos en una multitud de operaciones económicas aparentemente inocuas. La investigación de tales hechos, por consiguiente, puede requerir un elevado número de diligencias que alcancen a un amplio círculo de personas y entidades para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos (como ha resaltado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde su Sentencia Wemhoff, de 27 de junio de 1968, párrafos 8, 9, 17 y 20), sin que ese mero dato permita concluir que nos encontramos ante una inquisición general, incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española (STC 32/1994, fundamento jurídico 5º.3)».

En fin, la misma STC 41/1998, 24 febrero, F. 24º, Vp. Gimeno Sendra, y Jiménez de Parga, concluye en el caso concreto que no se sustenta que la instrucción judicial ha sido desmesurada, y no ha respetado los derechos de la defensa, «el Juzgado instruyó un procedimiento complejo, que abarcaba no menos de nueve hechos distintos denunciados como delictivos, [...] en estos supuestos el Juzgado de Instrucción debe extremar el cuidado para practicar las numerosas diligencias de investigación que debe realizar en la forma que menos perjudique al denunciado en su persona, reputación y patrimonio. Este principio de mesura, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal recuerda en momentos críticos de la instrucción, como pueden ser al efectuar una privación de libertad o al llevar a cabo un registro (arts. 520 y 552 LECrim), debe ser observado con especial cuidado cuando un Juzgado lleva a cabo una investigación compleja e intensa, que recae con especial severidad sobre una o varias personas. Que las personas sometidas a investigación hayan sido

denunciadas, en relación con la comisión de hechos delictivos, no puede hacer olvidar nunca que son inocentes, mientras no se sentencie su culpabilidad, con fundamento en pruebas practicadas en juicio oral y público, por un Tribunal imparcial (SSTC 31/1981, 108/1984 [RTC 1984, 108] y 103/1995 [RTC 1995, 103]). Todo el estrépito que el brocardo latino predica del juicio debe ser dejado para ese acto solemne y público ante el Tribunal sentenciador; la instrucción sumarial, por el contrario, debe ser callada. La labor de los Juzgados de Instrucción ha de ser firme en la investigación de los delitos pero respetuosa con las personas afectadas, cuyos derechos sólo deben ser interferidos en la medida estrictamente necesaria (SSTC 37/1989 [RTC 1989, 37] y 207/1996 [RTC 1996, 207]).».

De otro lado, aunque en principio una denuncia vaga e imprecisa pudiera permitir una investigación *ad personam* y no en unos hechos concretos de los que era acusado, habrá de analizarse en el caso concreto si tal situación se plantea. En la STC 41/1998, 24 febrero, FF. 15 a 23º, Vp. Gimeno Sendra, y Jiménez de Parga, se concluye que no, para ello afirma, entre otras cosas que, «la instrucción de una causa es mucho más incisiva para la libertad y los derechos de los afectados que las pesquisas que pueden llevar a cabo unos particulares; por tanto, se encuentra sometida a severos límites, cuyo fundamento último reposa en el art. 24 CE, que no traban en cambio la actuación de los profesionales de la información. Uno de estos límites consiste en el deber de acotar el ámbito de la investigación, en la medida de lo posible, desde su mismo inicio». Incluso aunque se dictase providencia en lugar de auto, y no se consignase los hechos sujetos a instrucción, «defectos formales son, desde luego, censurables. Un acto de tanta trascendencia como la de incoar un procedimiento penal, con las consecuencias de todo orden que normalmente implica para las personas afectadas, debe revestir la forma de Auto, que explicita la competencia del juzgado y los hechos investigados a tenor de lo previsto en el art. 269 LECrim [art. 141 LECrim y 245.1.b) LOPJ]. Sin embargo, los defectos formales de admitir la denuncia mediante mera providencia, y de limitarse a efectuar una remisión a su contenido, son irrelevantes desde la óptica constitucional (SSTC 290/1993 [RTC 1993, 290], fundamento jurídico 4º, y 41/1996 [RTC 1996, 41], fundamento Jurídico 10). Lo determinante, en este caso, es discernir si el acto judicial de incoación del procedimiento delimitaba o no el ámbito de la instrucción en términos suficientes para evitar el riesgo de una investigación ilimitada sobre la vida del denunciado, con el doble efecto de legitimar las diligencias que pueden razonablemente entenderse comprendidas dentro del campo de la investigación, y de impedir diligencias *ultra vires*, aquellas que claramente son ajenas al ámbito sujeto a la instrucción de la causa y que requerirían en su caso, la ampliación formal de la instrucción o la apertura de un nuevo procedimiento».

Frente a ello, el voto particular de la misma STC 41/1998, 24 febrero, F. 2º, Vp. Jiménez de Parga, estima que «no se trata, en contra de lo sostenido en la sentencia de la mayoría, de un mero defecto formal, censurable, sí. El Auto que no se dictó, que debió dictarse, tenía que explicitar la competencia del Juzgado y tenía que precisar los hechos que debían investigarse. Se incumplió lo dispuesto en el art.

269 LECrim [en relación con el art. 141 de la misma Ley y el 245.1.b) de la LOP] y se violó el art. 24.1 y 2 CE, en la forma indicada. Esta infracción constitucional debió tenerse en cuenta para otorgar el amparo».

De otro lado, además, la STC 41/1998 sigue argumentando que «la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996 [RTC 1996, 49], fundamento jurídico 4º)». La pretensión de que, desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor, queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 CE [...]. Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989, fundamento jurídico 4º, y 41/1997 [RTC 1997, 41], fundamento jurídico 5º), especialmente cuando se plasma en los escritos de calificación o de acusación, que el art. 24 CE prohíbe que sean imprecisos, vagos o insuficientes (STC 41/1998, 24 febrero [RTC 1998, 41], F. 2º, Vp. Gimeno Sendra, y Jiménez de Parga).

«En efecto, en los fundamentos jurídicos 13 y 24 de la mencionada STC 41/1998 con remisión a lo declarado también en la anterior STC 32/1994 (F. 5.3) y con cita de la STEDH de 27 de junio de 1968 (TEDH 1968, 1), caso Wemhoff, §§ 8, 9, 17 y 20, este Tribunal declaró que los delitos de carácter económico suelen ser complejos y quedar ocultos en un entramado de operaciones económicas aparentemente inocuas, de forma que su investigación puede requerir la práctica de un elevado número de diligencias que alcancen a un amplio círculo de personas y entidades para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos. Pues bien, de este único dato no se puede concluir la práctica de una "inquisición general", incompatible, ciertamente, con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española. En este orden de consideraciones, como afirma el Abogado del Estado, no se pueden obviar las peculiaridades del delito contra la Hacienda pública que se imputaba a los recurrentes, pues la averiguación de la existencia de este delito precisa investigar todas las actividades económicas de los imputados en un período determinado, o como declaramos en la STC 41/1998 (F. 24), "la identificación de todas las fuentes de renta y de incrementos patrimoniales del sujeto pasivo"; ya que sólo así podrá determinarse la concurrencia indiciaria de una diferencia entre las rentas declaradas a la Hacienda pública y los impuestos por ellas pagados y las rentas reales de los obligados fiscalmente y la cuota que hubiera debido ingresarse en Hacienda y no se ingresó producto de la defraudación» (STC 87/2001, 2 abril [RTC 2001, 87], F. 2º, Vp. Jiménez de Parga).

«En efecto, como hemos declarado con reiteración (SSTC 32/1994, de 31 de enero [RTC 1994, 32], F. 5; 41/1998, de 24 de febrero [RTC 1998, 41], FF. 13 y 24; 87/2001, de 2 de abril [RTC 2001, 87], F. 2, con cita de la STEDH de 27 de junio de

1968 [TEDH 1968, 1], caso Wemhoff, §§ 8, 9, 17 y 20), la investigación de ciertos delitos puede requerir la práctica de un elevado número de diligencias que alcancen a un amplio círculo de personas, sin que de este único dato pueda concluirse la práctica de una "inquisición general", incompatible, ciertamente, con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española. En este orden de consideraciones, como afirma el Ministerio Fiscal, no se pueden obviar las peculiaridades de los hechos investigados, pues sus características avalan la ausencia de irrazonabilidad de un modo de instrucción como el seguido. En efecto, aunque la denuncia del Ministerio Fiscal mencionaba un hecho concreto de posible corrupción de un funcionario en el seno del Juzgado núm. 2 de Estepona, no resulta irrazonable entender, como así lo hizo el Juez de Instrucción, que la importancia de los hechos en sí mismos considerados y como indicio de un funcionamiento anómalo del Juzgado requerían una investigación general de las actividades de los funcionarios en dicho Juzgado en relación con la existencia de entregas de dinero a y por funcionarios del mismo conectadas con su actividad profesional. Estos movimientos extraños de dinero en el seno del Juzgado podían ser constitutivos de delito de cohecho. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que la finalidad de la instrucción no es sólo la determinación de la existencia de hechos punibles, sino también la de sus posibles autores, no cabe sostener que la investigación realizada sobre las actividades del recurrente fuera realizada al margen de y sin conexión con el objeto de la denuncia del Fiscal, esto es, la presunta existencia de actos de cohecho en el Juzgado núm. 2 de Estepona. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el recurrente era funcionario del Juzgado núm. 2 de Estepona y que su nombre y sus actividades presuntamente irregulares salieron a la luz en las primeras diligencias efectuadas por el Juez de Instrucción; en concreto, en las declaraciones prestadas por doña Inmaculada A., funcionaria del mismo Juzgado, el 3 de diciembre de 1991, a raíz de lo ordenado por el Juez de Instrucción en el Auto de incoación de las diligencias previas de 2 de diciembre de 1991, en el sentido de que se tomara declaración "a cuantos testigos puedan dar razón de los hechos denunciados". Por consiguiente, carece de relevancia constitucional la afirmación de que el recurrente se vio involucrado en la investigación sin que existiera *notitia criminis* sobre él. A partir de estas consideraciones, ni puede entenderse que se haya realizado una inquisición general sobre la persona del demandante de amparo o su familia por el hecho de que se investigaran todos los movimientos de sus cuentas bancarias, dado que la relación de esta diligencia con los hechos investigados es evidente» (STC 174/2001, 26 julio [RTC 2001, 174], F. 2º).

b) La imputación concreta se producirá inmediatamente y no se someterá al régimen de las declaraciones testificales cuando se derive la sospecha de participación en los hechos

c) «este Tribunal ha puntualizado en el conocimiento de la imputación concreta, por parte de cualquiera que resulte afectado en cuanto posible autor de un hecho punible, ha de producirse inmediatamente, tan pronto como aparezca dicha imputación en las diligencias judiciales, a fin de evitar que se lleve a cabo una instrucción a sus espaldas, lo que "constituiría un residuo del anterior proceso inquisitivo en el que el Instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba" (STC 135/1989), de forma que ya en la "primera comparecencia" que prevé el art. 789.4 LECrim, y habiendo una imputación concreta en la instrucción, el afectado asuma el *status* de parte procesal» (Voto particular de la STC 63/1996, 16 abril [RTC 1996, 63], F.

2º, Vp. Jiménez de Parga, y Gimeno Sendra, en el que se defiende que el recurso debió admitirse).

En la misma línea, en el voto particular de la STC 41/1998, 24 febrero (RTC 1998, 41), FF. 1 y 2º, Vp. Gimeno Sendra, en el que considera que debió estimarse la vulneración del derecho de defensa en la instrucción llevada a cabo dados los elementos fácticos en la misma, porque, entre otras cosas, se privó, «previa la ilustración de la imputación, de su derecho al silencio y demás derechos del art. 24, el haber incumplido su obligación de prestarle declaración para ser oído, en calidad de imputado, y no de testigo situación esta última que a los efectos del derecho de defensa no es indiferente pues, en tanto que el testigo tiene obligación de comparecer y decir la verdad, al imputado le asiste su derecho fundamental al silencio. Por ello, hemos afirmado que "no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar [...] ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim) se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al art. 24 CE" (SSTC 128/1993 fundamento jurídico 3º; 129/1993 y 152/1993) [...] en un proceso penal moderno, por muy nobles que sean los fines perseguidos por el Sr. Juez de Instrucción, si no se quiere incurrir en un modelo procesal totalitario y potenciar la figura del Juez "político", tampoco aquí "el fin puede justificar los medios": Ni la lucha contra la corrupción política, ni contra la delincuencia económica pueden legitimar el sacrificio del derecho de defensa y demás derechos fundamentales que nuestra Constitución proclama».

Y en la misma línea el voto particular de la misma STC 41/1998, 24 febrero, F. 24º, Vp. Jiménez de Parga, concluye que «fue una violación del derecho de todo imputado a declarar como tal y protegido constitucionalmente (art. 24.2 CE) derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, derecho a ser sometido a un proceso con todas las garantías».

La STC 174/2001, 26 julio, F. 4º reitera lo anterior, con énfasis en el derecho de defensa cuya vulneración ha de tener consecuencias prácticas, cuando afirma que «como hemos afirmado (por todas SSTC 41/1998, de 24 de febrero, F. 27; 87/2001 de 2 de abril, F. 3, recogiendo la doctrina anterior); el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se "haya fraguado a sus espaldas" de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECrim reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extrayendo la anterior, en la STC 14/1999, de 23 de

febrero (RTC 1999, 14), F. 6 (igualmente, STC 19/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 19], F. 5), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1998, de 20 de septiembre [RTC 1998, 273], F. 2): a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado; b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Ahora bien, "si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985 [RTC 1985, 44], 135/1989 [RTC 1989, 135] y 273/1998). Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado".

Con todo, el mero hecho de que se tomara declaración como testigo a quien por último fue condenado, no tendría consecuencias cuando, en el caso concreto, se constate que en realidad fue informado antes de la conclusión de las diligencias previas, de modo que no se hubiera producido indefensión (STC 153/1999, 14 septiembre [RTC 1999, 153], F. 4º).

o) El derecho al juez imparcial puede ser genéricamente violado por actuaciones concretas del juez instructor

«Es una doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional la de que entre las garantías del art. 24.2 CE debe incluirse el derecho a un Juez imparcial, fundamental en un Estado de Derecho [...] se enjuicia una función inquisitiva que llegó a extremos que obligan a estimar en ella una clara falta de imparcialidad. Por ejemplo, el Ministerio Fiscal, mediante un escrito de 30 de marzo de 1990, solicita al Juzgado que se requiera a los denunciantes para que concreten los hechos a que se contrae la denuncia. Ante esa solicitud de garantías mínimas, el Juez de Instrucción responde: "Estése a lo acordado". Luego se hace declarar como testigo al imputado, llevándose a cabo una investigación a espaldas del mismo [...]. Las infracciones y las anomalías son tantas que nos encontramos con una tramitación judicial de características "cuasi demoníacas", en el sentido que el demonio tiene en el pensamiento griego clásico, como violador de las reglas de la razón en nombre de una luz trascendente que es no sólo del orden del conocimiento, sino también del orden del destino; ámbito universal de la investigación, una *causa general* que se convirtió en el cauce de cualquier denuncia de hechos sin la más mínima relación con el objeto del proceso penal» (Voto particular de la STC 63/1996, 16 abril [RTC 1996, 63], F. 3º, Vp. Jiménez de Parga, y Gimeno Sendra, en el que se defiende que el recurso debió admitirse; voto particular STC 41/1998, 24 febrero [RTC 1998, 41], F. 24º, Vp. Jiménez de Parga).

d) *El juez instructor, con todo, puede llevar la iniciativa en las investigaciones*

La STC 32/1994, 31 enero, formula consideraciones interesantes sobre la actuación del instructor en la fase preparatoria para concluir estimando que la práctica de las diligencias acordadas en realidad fueron solicitadas por las partes, sin que se produzca indefensión en el caso concreto ni un perjuicio real y efectivo en cuanto actividad sumarial en que consisten las diligencias. Lo bien cierto es que estima que la orden judicial para tomar declaración sin haber sido solicitada por la acusación no vulnera el derecho a un juez imparcial ni al principio acusatorio. Según afirma el TC en la citada sentencia «desde la STC 145/1988 hemos mantenido que la imparcialidad del Juez queda afectada cuando coincide en una misma persona la función sentenciadora y la actividad instructora de contenido inquisitivo—no de simple ordenación del proceso— [...]. Desde la perspectiva constitucional, el derecho a un Juez imparcial en su vertiente objetiva se afirma únicamente respecto del acusado [STC 136/1992] por lo que el mismo no es alegable en la fase de instrucción del sumario o de las diligencias previas ya que, en esta sede constitucional, la lesión del derecho a la imparcialidad sólo se consuma tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en primera instancia [SSTC 136/1989 (RTC 1989, 136) y 170/1993 (RTC 1993, 170)], es decir, cuando se constata efectivamente que el Juez o Magistrado que ha realizado auténticas actividades de instrucción, ha intervenido también en el enjuiciamiento del acusado [...] la tacha de parcialidad [...], es prematura, ya que la instrucción se encuentra todavía en los albores y el demandante no podía entonces considerarse acusado...» (STC 32/1994, 31 enero [RTC 1994, 32], F. 2º).

Tampoco vulnera el «principio acusatorio» pues no ha de confundirse tal «principio» con el sistema acusatorio como modelo del proceso penal, de modo que el Juez de instrucción sigue siendo el director de la investigación. Para llegar a tal conclusión la misma realiza consideraciones interesantes sobre tal principio y sistema. Afirma que siendo nota en un proceso penal acusatorio que la fase de instrucción y de enjuiciamiento se atribuya a jueces distintos «no quita que en el proceso penal español la fase de instrucción atienda a cumplir un fin inquisitivo de averiguar y asegurar con carácter preparatorio los resultados del juicio, ni el principio acusatorio implica que la dirección de la investigación en los procedimientos penales no corresponda ya al Juez de Instrucción». Según establece la STC 164/1988, 26 septiembre (RTC 1988, 164), «la investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria (dirigida frente a una determinada persona) es la que puede considerarse integrante de una actividad instructora». De hecho la simple *notitia criminis*, sin necesidad de parte, permite iniciar la investigación judicial del delito [STC 169/1990]. Además, indica que «si bien la garantía del proceso penal comprende los derechos a promover y participar en la causa, también forma parte de esa garantía que el Juez de Instrucción realice la investigación que el caso requiera, cualquiera que sea el delito objeto de la instrucción [STC 1/1985, F. 4º]». Así pues, con independencia de la aportación de los hechos que pueden hacer las partes acusadoras, es al Juez de Instrucción

a quien corresponde la introducción del material de hecho en la fase instructora (art. 306 LECrim) haciendo uso de los medios que ponen a su disposición los Títulos V a VIII de la LECrim. Sin perjuicio de que esta competencia originaria sobre diligencias sea compartida con otras autoridades, sin perjuicio de aquellos actos de investigación o medidas cautelares que puedan entrañar alguna restricción de derechos fundamentales. En fin, aunque se hayan introducido elementos propios del principio acusatorio en la instrucción, «ni la Constitución, ni la Ley Orgánica 7/1988, que introdujo el procedimiento penal abreviado, han modificado la figura del Juez de Instrucción como director de la investigación. Únicamente podría sostenerse que a raíz de la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica la investigación practicada por éste puede en algunos aspectos haber pasado a un nivel subsidiario respecto de la realizada por la Policía o por el Ministerio Fiscal, pero en cualquier caso, su competencia exclusiva sobre los actos de investigación o medidas cautelares que afecten a derechos fundamentales de las personas permanece intacta, como también la preeminencia de investigación judicial de los hechos sobre cualquier otra en curso (arts. 785 bis.3 y 789.3 LECrim)» (STC 32/1994, 31 enero, F. 3º).

La STC 41/1998, 24 febrero, F. 14º, Vp. Gimeno Sendra, y Jiménez de Parga, remite a la anterior STC 32/1994, para reiterar que «el hecho de que las diligencias previas hayan sido conducidas de oficio en gran medida por el Juzgado de Instrucción no conlleva vulneración alguna de los derechos de defensa del actor (STC 32/1994, fundamentos jurídicos 3º y 4º). Por lo demás, no puede dejar de constatar que la base fáctica de la alegación de amparo no es tan sólida como la demanda da a entender pues numerosas diligencias fueron adoptadas por el juzgado a petición del Fiscal, como consta en las resoluciones traídas a colación por la propia demanda de amparo».

Más en concreto sobre la inexistencia de *notitia criminis*, la STC 41/1998, 24 febrero, FF. 15 a 23º, Vp. Gimeno Sendra, y Jiménez de Parga, que «la Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas (SSTC 163/1986 [RTC 1986, 163], F. 2º, 20/1987, F. 5º, y 17/1988 [RTC 1988, 17], F. 5º), que a la acusación que da lugar al inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o de aseguramiento (SSTC 20/1987, F. 4º, 135/1989 [RTC 1989, 135], F. 4º, y 41/1997 [RTC 1997, 41], F. 5º)». Además de que hubieran acusadores en el caso concreto tras la denuncia formulada, sin que sea obligatorio formular querrela, pues tal supuesto supondría «(cuando el delito no es flagrante) la exigencia de que investigasen por su cuenta las conductas que quisieran someter a proceso penal [...]. El Juzgado, por su parte, tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión: está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones. Éstas las cifra la ley en que el hecho denunciado no revistiera carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa (art. 269 LECrim). Sólo después, conforme avanza la instrucción, se amplían las facultades judiciales: cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado, practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los arts. 637 y

641 de la Ley» (SSTC 34/1983 [RTC 1983, 34], FF. 1º y 2º, y 40/1988 [RTC 1988, 40], F. 3º). [...] El procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, no ha roto con este esquema tradicional [...] «el Juzgado estaba legalmente obligado a incoar las diligencias previas salvo que estimase, con la mera lectura de la denuncia, que los hechos consignados no eran delictivos. Que el órgano judicial no alcance esa convicción, confiada por la ley a su apreciación jurisdiccional, sometida a verificación mediante los recursos previstos ante el correspondiente Tribunal penal, no vulnera ninguna garantía constitucional (STC 85/1997, F. 4º)».

Conclusión contraria llega, no obstante, el voto particular a la misma STC 41/1998, 24 febrero (RTC 1998, 41), Vp. Jiménez de Parga, en cuanto considera que en el caso concreto el ámbito lícito de la instrucción criminal no fue delimitado ni por las denuncias primeras, apoyadas en recortes de prensa (donde no se cita un solo precepto del Código Penal en el que, a juicio de los denunciados, pudieran entenderse subsumidos los hechos relatados, así como tampoco se invoca el *nomen iuris* de algún tipo delictivo), ni en la posterior querrela.

e) *La instrucción ha de contener alguna diligencia, acto o pronunciamiento sobre los hechos concretamente denunciados*

Por ello que la STC 1/1985, 9 enero (RTC 1985, 1), F. 4º, estima parcialmente el recurso por cuanto no se realizó investigación alguna respecto de los hechos concretos denunciados. Y afirma que «denunciándose unos hechos concretos [...] no se ha realizado ninguna investigación y las autoridades judiciales no aluden a él, pues ni se menciona en el Auto de archivo ni en el de reforma, ni en el de apelación, de modo que respecto del mismo (otra cosa es lo que en las resoluciones consideran respecto al contenido de la denuncia judicial) no es que se acuse una investigación insuficiente, es que no hay diligencia alguna. La cuestión es si la infracción de las reglas de la instrucción comportan una violación del derecho al proceso debido, que pertenece no sólo a los inculcados, pues también los perjudicados por el delito ostentan este derecho constitucional. [...] La falta de toda instrucción priva a la perjudicada de una garantía procesal constitucionalizada en el artículo 24.1, pues su derecho (el derecho a la protección penal frente a una supuesta violación del domicilio) no ha obtenido la tutela jurisdiccional, ya que ninguna instrucción se ha realizado para depurar la verdad —y trascendencia, en su caso— acerca de la entrada en su domicilio quebrantando lo que previenen los preceptos antes citados de la LECrim. Si la garantía procesal penal comprende, en todo caso, el derecho a promover, y el de participar en la causa, pero también el que el Juez de Instrucción realice la investigación que el caso requiera, y esto cualquiera que sea el delito público objeto de la instrucción, la garantía adquiere una extrema relevancia cuando se trata de la protección de los derechos o libertades fundamentales, respecto de los cuales nada es trivial o inimportante. Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad y trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el artículo 24.1 —como derecho reaccional, en el caso, al servicio del derecho que proclama el artículo 18.2— queda satisfecho».

f) *Posibilidad de dilaciones indebidas en la instrucción*

En la fase instructora cabe la posibilidad de producirse dilaciones indebidas. En tal caso, tratándose de diligencias previas, procedería imponer al órgano judicial el acordar «sin demora» alguna de las decisiones del art. 789 LECrim, para que se siga tramitando, en su caso, y sin dilaciones indebidas, el proceso penal.

Afirma el Tribunal constitucional que «en la medida que estos actos preparatorios, de carácter judicial, condicionan la posibilidad de apertura del proceso, y teniendo en cuenta, además, que la presentación de la querrela implica el ejercicio de una pretensión, ha de entenderse que el retraso en tales diligencias se encuentra también protegido por el derecho reconocido en el art. 24.2 de la Constitución a un proceso sin dilaciones indebidas. Pues lo contrario supondría admitir el aplazamiento indefinido del ejercicio de la pretensión. Resulta evidente que las diligencias previas del art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituyen, como recuerda el Ministerio Fiscal, una instrucción inicial indiferenciada, sólo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable conducente a las salidas que el propio artículo señala en sus reglas primera a quinta. Por definición tales diligencias son, según la ley, sólo las «esenciales», y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto, ni por más tiempo del que se precise para ello («sin demora»), so pena de convertirse, por una inaceptable corruptela, en un nuevo procedimiento, desvirtuando su naturaleza [...]. No debe olvidarse además que, aun en el caso de que la estructura del proceso se basase en la configuración de una fase instructora autónoma, el objetivo de una duración razonable del proceso se pone particularmente en peligro, si se dilata irrazonablemente dicha fase de instrucción por tener una relevancia directa sobre la propia apertura del juicio, como ha tenido ocasión de subrayar la Comisión Europea de Derechos Humanos (casos Haase, 12 de julio de 1977 y Buchholz, 6 de mayo de 1981). No se ha tratado pues de un asunto tan particularmente complejo que pudiera hacer razonable el dilatamiento de la decisión [...]. El retraso no puede imputarse, por otro lado, a la conducta del querrelante. [...] la impericia de la parte no puede justificar la inactividad del órgano judicial, dado el impulso de oficio que caracteriza esa fase de instrucción en el proceso penal, al ser plenamente perseguibles *ex officio* dos de los tres presuntos delitos objeto de la querrela. Aún más, la parte ha estado denunciando reiteradamente la inactividad del órgano judicial y ha realizado peticiones concretas que en la mayor parte de los casos no han merecido respuesta expresa alguna del Juzgado [...]. no consta en los autos explicación alguna que pueda considerarse justificada la dilación. [...] se producen fases amplias de paralización de las actuaciones y, lo que es más grave, el órgano judicial no ha adoptado, tras más de tres años de formularse la querrela, ninguna de las resoluciones que, imperativamente según los términos de la ley, había de haber acordado, y por propio impulso, dado el carácter de instrucción de oficio de estas diligencias preparatorias [...] el retraso en la resolución de la pretensión del actor podría haber supuesto, en la medida en que la misma presuntamente estaban en juego algunos de sus derechos fundamentales

(derecho al honor, a la inviolabilidad del domicilio, etc.) ha podido suponer una desprotección judicial de tales derechos fundamentales que se intentaban tutelar a través del ejercicio de la acción penal. Por otro lado, la prolongación de esta situación puede haber perjudicado también a las personas frente a las que la querrela se ejercita en cuanto que el retraso procesal les ha podido ocasionar una prolongación innecesaria de una situación de incertidumbre sobre la aceptación o rechazo definitivo de la acusación; precisamente por ello es en el proceso penal donde ha de exigirse con mayor rigor la razonabilidad de la duración del proceso (STC 133/1988, 4 julio [RTC 1988, 133], F. 3º).

B) ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS EN LA INSTRUCCIÓN PREVIA JUDICIAL.

a) Instrucción y adopción o denegación de actos de investigación

Uno de los aspectos prácticos más relevantes en la fase instructoria es el referente a la adopción o denegación de determinados medios de investigación.

El Tribunal Constitucional sobre este punto empieza señalando que no hay «obligación» de practicar todas las diligencias solicitadas por las partes, sino que debe decidir motivadamente. Dice la STC 85/1997, 22 abril (RTC 1997, 85), F. 3º para denegar el amparo que «la regulación del procedimiento abreviado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal —especialmente los arts. 789.5 y 790.6— no obliga al juzgador a practicar todas las diligencias pedidas por las partes, sino que en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y a la vista de las diligencias practicadas que sean necesarias, debe decidir con arreglo a su criterio debidamente motivado la resolución que estime aplicable al caso ya que, en definitiva, la apreciación de si existen o no indicios de criminalidad contra determinadas personas, no es una cuestión trasladable al ámbito constitucional (SSTC 136/1986 [RTC 1986, 136], F. 2º, y 191/1989 [RTC 1989, 191], F. 5º). La decisión de sobreeser podría ser revisada en esta vía de amparo “si se violan las garantías constitucionales, entre las que se encuentra el agotamiento de los medios de investigación (SSTC 46/1982 [RTC 1982, 46], F. 3º, y 40/1988 [RTC 1988, 40], F. 3º), entendido no como un derecho a practicar todas las diligencias que la parte solicite, sino, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, solamente aquellas que el Juez estime pertinentes” (STC 351/1993 [RTC 1993, 351], F. 4º). Lo que no es el caso».

Ha declarado en varias ocasiones que una vez reunido suficiente material para concluir la instrucción, por entender que los hechos no son subsumibles en alguno de los hechos tipificados, resulta procedente la inadmisión de las diligencias solicitadas ni vulnera el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, salvo que el demandante demostrara no sólo la relación de las pruebas que pretende aportar con el objeto del proceso *a quo*, sino también la capacidad de las mismas para incidir en la decisión de aquél. Como dice la STC 150/1988, 15 julio (RTC 1988, 150), F. 2º, para desestimar el recurso de amparo, «el sumario tiene por objeto establecer si el hecho que se investiga puede ser o no constitutivo de delito y tal finalidad se habrá alcanzado ya cuando la prueba reunida permita afirmar

que el *factum* no es subsumible en alguno de los supuestos de hecho delictivos previstos por las leyes. En el caso presente no hay razón alguna que autorice a pensar que el Juzgado de Instrucción haya omitido la práctica de pruebas que habrían podido llevar a un resultado contrario a la inadmisión de la querrela. Un alegato de esta naturaleza sólo sería atendible en la medida en que el demandante demostrara no sólo la relación de las pruebas que pretende aportar con el objeto del proceso *a quo*, sino también la capacidad de las mismas para incidir en la decisión de aquél. Nada de esto ocurre en la presente demanda, en la que sólo se vierten afirmaciones no demostradas, sin explicación o razonamiento alguno acerca del modo en que las medidas propuestas habrían podido modificar las conclusiones respecto de los hechos probados».

En el mismo sentido, la STC 191/1989, 16 noviembre (RTC 1989, 191), F. 3º, estima que la decisión de archivo por no ser los hechos delitos en sí mismo no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ni las partes ostentan un derecho ilimitado a la práctica de los medios de investigación propuestos, pues están condicionados a la apreciación de pertinencia. Argumenta que «el sumario y, en general, la instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden ser o no constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido permite al Juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales. En tal supuesto, como declara, entre otras, la STC 150/1988 (RTC 1988, 150), resulta no sólo inútil sino improcedente cualquier medida investigadora que sin poder alterar la convicción del Juez, supondría una indebida prolongación de la tramitación de la causa contraria a los propios postulados constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querrelados (STC 89/1986 [RTC 1986, 89]). En definitiva, cuando las diligencias efectivamente practicadas demuestran para el Juez o Tribunal la inexistencia del delito y esta circunstancia se pone de manifiesto en la correspondiente resolución no es preciso un rechazo particularizado de las demás diligencias propuestas (AATC 819/1985, 262/1986, entre otros). Tampoco en este extremo se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución».

«Desde la STC 89/1986, que enjuició el archivo de unas diligencias penales, hemos sostenido que la parte acusadora no tiene derecho a que el órgano instructor lleve a cabo una actividad de investigación y de comprobación ilimitada. En el caso del proceso penal ha de tenerse en cuenta la peculiar situación del posible implicado, en función de su derecho a la presunción de inocencia, y de sus derechos de defensa, lo que presupone también el no alargamiento del sumario, una vez constatada suficientemente la inexistencia de indicios racionales de criminalidad (SSTC 89/1986, F. 3º)» (STC 199/1996, 3 diciembre [RTC 1996, 199], F. 8º).

El ATC 360/2003, 10 noviembre (RTC 2003, 360 AUTO), F. 3º, inadmite la demanda de amparo indicando, entre otras cosas que «como dijimos en la STC 191/1989, de 16 de noviembre (RTC 1989, 191), F. 3, la instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden o no ser constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido permite al Juez afirmar que los hechos no revisten carácter de infracción penal. En tal caso, resulta inútil e incluso improcedente cualquier medida investigadora que prolongase indebidamente la causa. Cuando, como ocurre en el presente supuesto, las diligencias practicadas demuestran para el órgano judicial que los hechos investigados no son constitutivos de delito, no es necesario el rechazo particularizado de las demás diligencias de prueba propuestas (AATC 819/1985 [RTC 1985, 819 AUTO] y 262/1986 [RTC 1986, 262 AUTO]). A mayor abundamiento, tampoco el recurrente acredita en la demanda de amparo que las diligencias

no practicadas fuesen decisivas en términos de defensa (SSTC 141/1992 [RTC 1992, 141], 1/1996 [RTC 1996, 1], 170/1998 [RTC 1998, 170], 26/2000 [RTC 2000, 26] y 243/2000 [RTC 2000, 243], por todas).

*«La decisión de archivar las actuaciones sin tomar todas las medidas de prueba ofrecidas por el querellante no vulnera el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y a la defensa en juicio, cuando, como ocurre en el presente caso, la prueba ya practicada demuestra la inexistencia del delito [...]. Por otra parte, la decisión de archivar sin practicar las medidas ofrecidas por la querellante tampoco puede vulnerar el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales —como lo pretende la demandante— cuando la prueba propuesta es impertinente respecto del objeto del proceso»* (ATC 262/1986, 19 marzo [RTC 1986, 262 AUTO], F. 1º).

*«La denegación de pruebas que el juzgador estima inútiles no supone necesariamente indefensión, como ha recordado la sentencia de este Tribunal de 7 de febrero de 1984, puesto que esta facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como la de evitar dilaciones injustificadas del proceso. De esta forma el órgano judicial cuando se considere “suficientemente informado con las pruebas practicadas para formar juicio concreto sobre los hechos” (Sentencia de 7 de diciembre de 1983 [RTC 1983, 116]) ha de proceder a la conclusión del sumario, sin que quepa admitir un alargamiento artificial del mismo, por la sucesiva y continua petición adicional de pruebas por la parte acusadora, lo que significaría desconocer los derechos del propio imputado»* (STC 89/1986, 1 julio [RTC 1986, 89], F. 3º).

A pesar de todo ello, como matiza la STC 196/1988, 24 octubre (RTC 1988, 196), F. 4º, la decisión ha de ser la del sobreseimiento definitivo, puesto que si es provisional «al hacer aplicación del sobreseimiento previsto en el art. 641.1 de la LECrim, únicamente estima que provisionalmente no se han acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, los elementos que configuran dichos tipos, y por ello suspende el procedimiento, pero no descarta que nuevos elementos de comprobación puedan hacer variar la consideración jurídica de las conductas enjuiciadas. En consecuencia, no puede entenderse que el sobreseimiento decidido por el Auto impugnado implique de suyo la declaración de improcedencia de las diligencias interesadas por el recurrente. Para justificar tal declaración era necesario que, dentro del razonable margen de apreciación que corresponde a los órganos judiciales, la Audiencia expusiera la falta de conexión de tales diligencias con los hechos investigados en el sumario, o su intrascendencia a los efectos de aportar algún nuevo dato que contribuyera a formar una convicción judicial distinta sobre la relevancia penal de las conductas enjuiciadas. Y en la medida en que tal razonamiento no aparece incorporado a la fundamentación jurídica de la resolución judicial impugnada, ha de concluirse que dicha resolución ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la norma fundamental».

b) *Otros aspectos concretos*

En relación con la fase de instructora el TC se pronuncia igualmente sobre algunos puntos concretos, distintos al secreto de la instrucción y a la participación de las partes, puntos a los que le dedicaremos apartados específicos.

a) *Motivación del auto de incomunicación*

A pesar de que la motivación exigible a los autos de incomunicación es la que deriva de constituir una limitación excepcional de derechos fundamentales, se motiva suficientemente si contiene un juicio de ponderación necesario a efectos de la proporcionalidad que toma medida restrictiva de derechos fundamentales precisa. Así, «la constitucionalidad de la limitación de estos derechos fundamentales requiere que su decisión haya sido adoptada en resolución judicial que exprese la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia» (por todas, STC 123/1997 [RTC 1997, 123], F. 3º), y, por tanto, es exigible la ponderación de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (por todas, SSTC 55/1996 [RTC 1996, 55], 161/1997 [RTC 1997, 161] y 61/1998 [RTC 1998, 61]). En particular, los Autos de incomunicación han de expresar, de un lado, la finalidad que legitima la misma, que reside en conjurar los peligros de que «el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión»; de otro, deben exteriorizar la necesidad de la incomunicación para alcanzarla, pues «la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto»; todo ello teniendo en cuenta que la limitación de los derechos constitucionales que la incomunicación conlleva encuentra justificación en la protección de bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos (STC 196/1987, F. 7º) [...] contienen, de un lado, los hechos y datos de los delitos investigados, de otro, las circunstancias detalladas de los detenidos y su detención; en tercer lugar, figura como causa no sólo de la detención, sino también de la incomunicación la presunta realización de actividades de colaboración con la organización armada ETA, y, por último, y no menos relevante, la necesidad de la incomunicación para la amplia investigación en curso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 520 bis.2 LECrim. De todo ello deriva que se ha realizado el necesario juicio de proporcionalidad de la medida restrictiva de los derechos fundamentales de los detenidos, y, que esta ponderación quedó reflejada en los Autos de incomunicación en la medida en que a su expreso contenido se incorporó el de las solicitudes gubernativas de incomunicación por remisión a ellas» (ATC 155/1999, 14 junio [RTC 1999, 155 AUTO], F. 4º).

b) *Aunque el auto de procesamiento sea instructorio, en el caso concreto cabe que no suponga vulneración de la imparcialidad a pesar de que sea adoptado en la vista oral*

ATC 220/1989, 27 abril (RTC 1989, 220 AUTO), F. 2º, desestima el recurso, afirma que el auto de procesamiento es un acto instructorio, sin embargo no se

vulnera la imparcialidad en el caso concreto en cuanto se adopta en la vista oral y remite al instructor para actuaciones complementarias. Como indica, «el procesamiento hace referencia a la culpabilidad del imputado, en tanto que imputación provisional, y la fijación de los elementos de la culpabilidad son objeto de toda instrucción. Desde esta perspectiva es claro que el Auto de procesamiento constituye un acto instructorio de índole inquisitoria, es decir, de investigación directa [...]. La investigación directa se caracteriza por haber tenido el órgano instructor contacto inmediato con las fuentes de donde procede el material probatorio; situación ésta que entiende el TC que no se ha producido, puesto que ha de concluirse que si bien el órgano que ha procesado ha formulado en sentido literal y no peyorativo —como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988— un prejuicio, lo emite en atención a lo inquirido directamente por otro órgano judicial; es decir, la Audiencia no ha efectuado una instrucción directa».

c) *Posibilidad de solicitar conforme al art. 377 LECrim, informes de conducta*

Sobre el particular, la STC 30/1986, 20 febrero (RTC 1986, 30), F. 6º, Vp. *Peru Verdaguer*, estima que la constancia en la sentencia de una expresión tal como «mala conducta informada» no pasa de ser una información que se toma nota pero sin juicio al respecto y sin sacar consecuencias por ser irrelevante para la decisión. En todo caso, en la sentencia no se produce lesión a derecho del recurrente por ello.

C) PUBLICIDAD O SECRETO DE LAS DILIGENCIAS

a) *Publicidad o secreto de la instrucción y derecho a un proceso público, prohibición de indefensión y derecho de información*

a) *Derecho a un proceso público*

La publicidad de las actuaciones judiciales constituye un principio constitucional. Y tal y como establece la STC 62/1982, 15 octubre (RTC 1982, 62), el alcance y contenido del derecho a un proceso público garantizado por el art. 24.2 de la Constitución, debe determinarse a partir del art. 10.2 de la propia Constitución en virtud del cual los derechos fundamentales y las libertades políticas se insertan en un contexto internacional que impone interpretar sus normas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España. A tal efecto ha de atenderse como recuerda la STC 176/1988, 4 octubre (RTC 1988, 176), F. 2º, los arts. 11 de dicha Declaración Universal, 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, y 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950. Estos textos y especialmente el último citado, en la interpretación realizada por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas en los casos *Preto* y otros y *Axen* el 8 de diciembre de 1983 y *Sutter* el 22 de febrero de 1984, permiten afirmar que desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo cul-

mina y al pronunciamiento de la subsiguiente Sentencia, pues así lo abonan los términos en que vienen redactados los citados arts. 14 del Pacto y 6 del Convenio, y así bien explícitamente lo declara la última de las mencionadas Sentencias, en la cual, después de constatar la diversidad que presenta dicho principio en los sistemas legislativos y prácticas judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa, hace referencia exclusiva a la celebración de las vistas y el pronunciamiento de los fallos.

Es claro que pueden establecerse excepciones, como el supuesto de parte del sumario en el proceso penal. En ese sentido, pone de manifiesto la STC 174/2001, 26 julio (RTC 2001, 174), F. 3º, que «el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" (arts. 301, 302 LECrim), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario"».

La exigencia de un proceso público ha de ser matizada de entrada en función de la fase del proceso penal en que nos encontremos. Como afirma el ATC 123/1989, 13 marzo (RTC 1989, 123 AUTO), F. 2º, «como ha afirmado la STC 176/1988, como el principio de publicidad no es aplicable necesariamente a toda la fase del proceso penal sino tan sólo al acto oral que lo culmina, en el que se producen y reproducen las pruebas de cargo y descargo, las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia, pues únicamente referidos a esos momentos tiene sentido la publicidad del proceso como garantía del justiciable y a la vez como vehículo de participación y control de la justicia por la Comunidad. De este modo la distinción entre la fase de instrucción y la plenaria tiene especial relevancia a efectos de la exigencia constitucional de la publicidad en el proceso penal».

En el mismo sentido, la STC 176/1988, 4 octubre, F. 2º, afirma que en «nuestro proceso penal, en el que se distingue una fase preparatoria de instrucción y una posterior fase plenaria, que finaliza con el acto solemne del juicio oral y el posterior pronunciamiento de la Sentencia, nos conduce a la conclusión de que el derecho al proceso público del art. 24.2 de la Constitución, como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad. El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la



Constitución, procediendo, en su consecuencia rechazar la fundamentación jurídica en la que el Ministerio Fiscal apoya su petición de amparo y pasar al examen de la denuncia de indefensión formulada por la demandante». Y en esta misma resolución se basa el ATC 123/1989, 13 marzo, F. 2º, para manifestar que el principio de publicidad es predicable y tiene sentido en el juicio oral, pero no necesariamente en la instrucción.

Por eso que en realidad, la declaración del secreto del sumario, de conformidad con el art. 302 LECrim, no resulta en sí misma limitativa del derecho a un proceso público, al que no afecta, «sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto» (STC 174/2001, 26 julio, F. 3º).

En el mismo sentido, la STC 100/2002, 6 mayo (RTC 2002, 100), F. 4º, reitera que «cuando el Juez de instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECrim, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto».

b) Prohibición de indefensión

El secreto del sumario, a pesar de que implica una temporal limitación de la intervención de las partes en la investigación, tampoco vulnera en sí mismo y en principio del derecho de defensa. La STC 176/1988, 4 octubre, F. 3º deja claro que «tal limitación no supone [...] violación del derecho de defensa, pues éste encuentra su límite en el "interés de la justicia", valor constitucional que en nuestro ordenamiento se concreta en el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma que autoriza al Juez a suspender temporalmente el derecho que a las partes concede el propio artículo de tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento [...] esa compatibilidad con el derecho a la no indefensión requiere, como condición esencial, que el secreto de las actuaciones judiciales, venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario. [...] el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión en cuanto que no impide a la parte ejercitarlo plenamente, cuando se deja sin

efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad. De ello se desprende que, en principio, el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en él hayan sido practicadas».

No obstante, el derecho de defensa, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (STC 176/1988, F. 3º), puede verse afectado por la suspensión temporal del conocimiento de lo actuado (STC 176/1988, 4 octubre, F. 2º). Ello implica que aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí solo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988, 4 octubre, F. 3º), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" (STEDH de 18 de marzo de 1997 [TEDH 1997, 19], caso Foucher). Y precisamente por la restricción de la posibilidad de contradicción de las diligencias en fase sumarial, éstas no tendrán eficacia de prueba preconstituida (STC 174/2001, 26 julio, F. 3º).

Partiendo de estos postulados, y a pesar de que el juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte necesario a las exigencias de la instrucción y viniendo exigido a emplear la máxima diligencia en practicar las pruebas correspondientes (como dice la STC 100/2002, 6 mayo [RTC 2002, 100], F. 4º «debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles»), se concluye que la prórroga del secreto en la fase de instrucción no vulnera el derecho a un proceso público sino, a lo sumo, el derecho de defensa.

En esa línea, la STC 174/2001, 26 julio (RTC 2001, 174), F. 4º, considera que una prórroga del secreto de sumario sin resolución judicial no tiene relevancia constitucional, se trata de una irregularidad procesal sin trascendencia al no producir indefensión en el caso concreto. Dice que «la duración del secreto del sumario no constituye, en el presente caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (art. 302 LECrim) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva [...] el recurrente fue citado a declarar en calidad de imputado a los cuatro meses de incoadas las diligencias previas -el 21 de abril de 1992-, dos meses antes de que se alzara el secreto del sumario -el 29 de mayo de 1992-, dos años antes de que el Ministerio Fiscal solicitara la apertura del juicio oral e hiciera el escrito de acusación con las calificaciones provisionales -el 18 de marzo de 1994- y cuatro años antes de que se iniciara el juicio oral el 10 de abril de 1996. De la confrontación de dichas fechas se deduce que el imputado conoció la existencia del proceso y las imputaciones existentes contra él, una vez levantado el secreto del sumario, en un momento en el que podía preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando el escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral, como así sucedió y resulta de la lectura de las actuaciones. Por consiguiente, ni la imposibilidad

de recurrir el secreto del sumario o de contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción, de otra parte consecuencia del mismo carácter secreto del sumario, ni el momento en que tuvo conocimiento de la imputación evidencian la indefensión alegada».

Según la *STC 100/2002*, 6 mayo, F. 4º, esto ocurriría «cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las pruebas obtenidas en esta fase o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado, pues, en tal caso, no habría estado «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada» (*STEDH 18 marzo 1997 [TEDH 1997, 19], Caso Foucher y STC 174/2001, F. 3º*)». En cualquier caso, el tiempo de duración del secreto no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en él hayan sido practicadas. Sobre todo será así, atendidas las circunstancias concretas que justifiquen tanto la adopción de secreto como su prórroga (*STC 176/1988, octubre, FF. 4º y 5º*).

La vulneración de los derechos ha de ser efectiva, no basta con impugnar inmediatamente las resoluciones que acuerdan el secreto del sumario, puesto que siendo interlocutorias, cabe que proceda la inadmisión del recurso en cuanto la vulneración resulte meramente potencial o futura (*STC 100/2002, 6 mayo, F. 4º*).

Para que se produzca infracción del derecho de defensa es necesario que la decisión de adopción del secreto no se encuentre justificada. Por ello que el *ATC 94/2003*, 24 marzo (*JUR 2003, 68635*), inadmite el recurso porque en general y en concreto estima que la declaración de secretas de las actuaciones no vulneran el derecho de defensa, pues se justifica por la naturaleza de los hechos y el modo de participación del recurrente, la restricción se levantó con la antelación suficiente a la conclusión del sumario, de modo que pudo participar en dicha fase, proponer diligencias de investigación e impugnar decisiones. La fase de investigación no es plenamente contradictoria, si se reconoce la posibilidad de intervenir es para garantizar la plena efectividad del derecho de defensa. Y la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas (*STC 273/1993*): a) Nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado; b) Como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación; y c) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Todo ello sin perjuicio de que quepa infracción en el derecho de defensa si la decisión carece de justificación razonable, si no se da al mismo una posibilidad posterior de defenderse frente a las «pruebas» obtenidas en esta fase, o, por último, si se retrasa hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo

actuado, pues, en tal caso, no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada. No se produce vulneración, por tanto, si se justifica en impedir la obstaculización por los sospechosos, con refrendo en circunstancias objetivas como tratarse de un delito de tráfico de drogas, con participación de personas extranjeras con intervención en el ámbito internacional. Además, el secreto se alzó con tiempo suficiente para preparar la defensa y posteriormente fue posible preparar la defensa con todos los indicios incriminatorios, articulando diligencias de investigación y pruebas pertinentes.

La posibilidad de secreto en la fase instructora depende de que la decisión se encuentre motivada, en caso contrario se produciría indefensión. Así, el *ATC 295/1993*, 4 octubre (*RTC 1993, 295 AUTO*), F. 2º, pone de manifiesto que «no supone infracción del derecho a un proceso con todas las garantías si se declara secreto el sumario o no se celebra vista en la casación, pues basta con motivar la decisión, en el caso concreto con base en la «necesidad de velar por la integridad física de algunos de los declarantes».

La vulneración al derecho de defensa como consecuencia o con ocasión del secreto del sumario puede ser de muy diversa tipología. Así, por ejemplo, por una falta de notificación de la resolución de prisión. Argumenta el TC que «la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación, que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles. Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al Juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquéllas. Por ello el Instructor bien hubiera podido dictar un auto de prisión en el que se hiciera referencia de forma escueta a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la medida cautelar; se fundamentara su decisión evitando consignar detalles o datos de hecho que pudieran perjudicar la marcha de las investigaciones; y se permitiera, en cambio, conocer al afectado las razones básicas que habían determinado su prisión a efectos de hacerle posible proceder, en su caso, a la impugnación del auto por la vía procesal adecuada. Sin embargo, lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa, lo que sin duda genera una situación que vulnera la letra y el espíritu de la Norma fundamental consagrada en el art. 24.1 CE, ya que, con independencia de que el demandante de amparo pudiera presumir o conocer los hechos que motivaron el auto que acordó su prisión, bien por haber prestado previamente declaración sobre ellos, o bien por haberse celebrado la comparecencia prevista en el art. 1504 bis 2) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un hecho incontrovertible que

no se le dio traslado de la fundamentación jurídica de la resolución judicial adoptada» (STC 18/1999, 22 febrero [RTC 1999, 18], F. 4ª).

Con todo, la infracción anterior no implicará la puesta en libertad por el propio TC puesto que, como argumenta la misma STC 18/1999, 22 febrero, F. 5ª «aquí se dilucida sólo la procedencia o improcedencia de unas resoluciones de prisión acordadas por referencia a un momento concreto de una causa cuya tramitación ha seguido y en la que pueden haberse concretado nuevos títulos que justifiquen el mantenimiento en prisión del recurrente, o haberse producido circunstancias o datos que sólo a la jurisdicción ordinaria corresponde valorar, debiendo ser sus órganos, por lo tanto, los que resuelvan conforme a los criterios antes expuestos, y atendiendo a las circunstancias actuales acerca de la adopción o mantenimiento, con base a ellos, de las medidas cautelares procedentes».

Por otra parte, la STC 66/1989, 17 abril (RTC 1989, 66), F. 4ª, estima que el hecho de no poder contrainterrogar al testigo previa la decisión de procesamiento, por ser secretas las actuaciones, resulta irrelevante pues se valoraron otras pruebas y no se produjo indefensión. Cuando se dictó auto de entrada y registro en diversos locales, sin que en ese momento se conocieran las personas implicadas en los hechos que se investigaban, a continuación se declararon secretas las actuaciones sin que se formulara recurso, y tras levantarse el secreto, tuvieron la oportunidad de intervenir. Por último, la huida de un testigo hizo imposible el contrainterrogatorio, y ello con independencia de que no quepa estimar como actividades probatorias las efectuadas en esa fase.

Matiza la STC 174/2001, 26 julio (RTC 2001, 174), F. 4ª, que «sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testimoniales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituídas, pues, como acabamos de advertir, la legitimidad constitucional de la prueba preconstituída requiere que se haya practicado con garantía de contradicción. Sin embargo, [20] las declaraciones testimoniales no fueron introducidas en el proceso como pruebas preconstituídas, sino a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral, de los propios testigos».

c) Derecho de información

En cuanto a terceros, y en particular respecto de medios de información, también se ha tenido que pronunciar el Tribunal Constitucional. Partiendo de que el derecho a la libertad de información es, precisamente, un derecho de libertad (SSTC 6/1981, de 16 de marzo [RTC 1981, 6], F. 4; 105/1983, de 23 de noviembre [RTC 1983, 105], F. 11; 220/1991, de 25 de noviembre [RTC 1991, 220], F. 4); no deriva del mismo que se conviertan en públicas fuentes de información que no lo son. Concretamente, las actuaciones del sumario no tienen lugar en régimen de audiencia pública (art. 301 LECrim) y, conforme a esa regulación del Derecho positivo y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan-

sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente Sentencia» (STC 176/1988, 4 octubre [RTC 1988, 176], F. 2ª). El derecho a la información incluye que no se impida el acceso a la fuente de la noticia, pero solamente cuando sea pública o de acceso general. Y lo mismo cabe decir respecto de los informadores a otras dependencias del Palacio del Tribunal Supremo, distintas de los recintos donde tienen lugar las actuaciones judiciales en régimen de audiencia pública. «Los pasillos u otras dependencias de ese edificio no son fuentes de información de acceso general, pues más allá de los locales en los que se desarrollan las actuaciones públicas, el derecho de acceso tiene un carácter instrumental, es decir, paso para llegar a aquellos locales» (STC 56/2004, 19 abril [RTC 2004, 56], F. 6ª).

En cualquier caso, como matiza la STC 13/1985, 31 enero (RTC 1985, 13), F. 3ª «lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito. Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán —a fortiori— ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301) una "revelación indebida". Cabe concluir, en coherencia con todo lo expuesto, que el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen, y no es otra cosa, por cierto, dice literalmente el párrafo primero del artículo 301 de la LECrim, esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran. Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de "revelaciones indebidas" (art. 301.2 LECrim) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuya conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el artículo 20.4 de la CE) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima "materia reservada" sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre "las actuaciones" del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 de la LECrim)». De modo que concluye esta misma resolución que «una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo».

Derechos de intervención de las partes y restricciones a la intervención de las partes

El derecho de intervención de las partes y, en su caso, las restricciones a su intervención en la instrucción previa ha sido objeto de atención por el Tribunal

Constitucional. Buen ejemplo es la STC 186/1990, 15 noviembre (RTC 1990, 186), F. 4º, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad del art. 790.1 de la LECrim en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, por no establecer dicha norma procesal idéntica intervención del imputado que la concedida al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones personadas en orden a decidir sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias. Esta resolución desestima dicha cuestión con base, entre otras cosas, en que el hecho de que la intervención del imputado en la fase de preparación del juicio oral tenga lugar en un momento posterior a la de las acusaciones es constitucionalmente válida, toda vez que la contradicción en esta fase del proceso, una vez iniciada, se limita necesariamente a la formulación de la acusación y de la defensa, y no sobre otras cuestiones respecto de las cuales el momento procesal idóneo para dicha contradicción es el de la instrucción previa. Por ello que el traslado de las diligencias al imputado en el trámite previsto en el art. 790.1 de la LECrim, en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, sería, no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el Juez Instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el art. 789.5 de la LECrim.

En el mismo sentido, SSTC 21/1991, 31 enero (RTC 1991, 21), F. 3º, y 23/1991, 31 enero (RTC 1991, 23), F. 3º, 124/1991, 3 junio (RTC 1991, 124), FF. 2º y 3º, ATC 316/1991, 22 octubre (RTC 1991, 316 AUTO), F. 2º. Por su parte, la STC 54/1991, 11 marzo (RTC 1991, 54), F. 2º, pone de manifiesto que «la indefensión en la que se podría encontrar el investigado, aún no imputado (condición esta última que no nace hasta que se dicta Auto de apertura del juicio oral u otro que, con denominación diversa, solicite de las partes acusadoras la formulación de una acusación, la petición de sobreseimiento o la práctica de nuevas diligencias investigadoras), es la que produciría al tener súbitamente conocimiento de que existe una acusación en su contra sin haber sido informado en ningún momento anterior de que existía un procedimiento penal abierto en contra de él. Una actuación sorpresiva de este género incompatible con el principio de igualdad de armas que debe presidir también las actuaciones investigadoras dirigidas por el Juez de Instrucción, situaría efectivamente en situación de desventaja al ciudadano investigado. Para evitar ello, el art. 118 LECrim, con carácter general, y el art. 789.4 LECrim, en la redacción dada por la LO 7/1988, con carácter específico para el procedimiento abreviado, imponen el deber del órgano judicial instructor de ilustrar al interesado del hecho de la causa abierta en su contra».

En relación con la parte denunciante luego personada, el TC le reconoce derecho a intervenir en el procedimiento. Como dice la STC 1/1985, 9 enero (RTC 1985, 1), F. 4º, «como perjudicado, tenía un derecho a promover, o el de participar en un procedimiento abierto, y en él instar la práctica de diligencias, intervenir en cada uno de los actos en que se manifiesta la acusación, etc., y en cuanto ejercitando la acción penal, se mostró parte en las actuaciones, pasando de la limitada posición de denunciante a la de parte actora, ninguna objeción es dable oponer desde este punto de vista». No obstante, también indica el ATC 8/1999, 20 enero

(RTC 1999, 8), FF. 2 y 3º, que no sufre indefensión el actor al que no se le notifica la práctica durante la instrucción de tres declaraciones testimoniales: pudo haberse propuesto en su escrito de calificación, de hecho su declaración se produjo en el plenario, ni se concreta la indefensión. De otro lado, el derecho de defensa no obliga a nombrar a las partes un procurador; según afirma «el carácter instrumental que cabe predicar de los actos de comunicación respecto del derecho de defensa obliga a sostener que no puede pretender beneficiarse en vía de amparo constitucional de un tardíamente descubierto derecho a la defensa quien ha mostrado una total pasividad y ha incurrido en una notoria falta de diligencia procesal» (STC 22/1992 [RTC 1992, 22]). Por lo demás, tampoco se han visto afectadas las garantías del proceso. La contradicción procesal, derivada del art. 6.3 d) del CEDH a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 CE, exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (STC 64/1994 [RTC 1994, 64]) y, en el presente caso, hemos reseñado anteriormente que el recurrente gozó de esta posibilidad en el acto del juicio oral y pudo proponer en su transcurso, como así hizo, toda la prueba de descargo a que hubo menester para poner en entredicho las declaraciones de los testigos que no pudo interrogar en la instrucción». Y en la misma línea, el ATC 108/1999, 28 abril (RTC 1999, 108 AUTO), FF. 3º y 4º, estima que la declaración ante el Juez de Paz en lugar de ante el juez de instrucción no supone vulneración del derecho de defensa, pues el primero está habilitado como auxiliar del segundo (art. 100.2 LOPJ), de modo que conoció los hechos y los derechos que le asistían y el juez de instrucción la versión exculpatória. Además, «ni la ausencia de notificaciones de las actuaciones llevadas a cabo durante la Instrucción, ni la imposibilidad de someter a contradicción las pruebas en esa fase procesal [...], que se verificaron sin el concurso de la defensa, ocasionaron una merma del derecho de defensa del demandante; pues las garantías de contradicción y defensa fueron respetadas en la medida en que, tanto durante el juicio oral, como en la substanciación del posterior recurso de apelación, la defensa del imputado pudo instar la práctica de las pruebas que estimó pertinentes para su defensa y someter a contradicción en el juicio oral las pruebas que sustentaron la declaración de hechos probados y la condena del acusado».

Por su parte, el TC ha ido pronunciándose en diversos momentos sobre aspectos específicos de personación. Así, por ejemplo:

a) La STC 149/1986, 26 noviembre (RTC 1986, 149), F. 2º, estima que la exigencia de comparecencia personal del procesado rebelde como *conditio* para que comparezca en el sumario en defensa de sus derechos no vulnera el art. 24 CE, puesto que «el proceso ordinario por delito está regido por el principio de sujeción del acusado al procedimiento, que impone a éste el deber jurídico de la comparecencia personal» [...] en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponerse [...] la suspensión de la causa, mientras dura la situación de rebeldía, impide que el procesado sea condenado en su ausencia y le permite ejercitar su derecho de defensa, cuando se proceda a su reapertura por haberse presentado o ser habido, pudiendo en este momento apor-

tar al Tribunal sentenciador todas las alegaciones y pruebas pertinentes que decida utilizar frente a la acusación. Debe, además, considerarse que la situación de indefensión que, en la fase sumarial, soporta el procesado rebelde, no es imputable al Juez Instructor, sino a la contumacia del procesado.

b) En cuanto a la exigencia de asistencia letrada en la instrucción previa, el ATC 16/1992, 27 enero (RTC 1992, 16 AUTO), F. 2º, decreta la inadmisión porque «los mismos recurrentes admiten que en las respectivas diligencias de detención “se les instruyó de su derecho a designar Abogado que les defendiera”, sin que hicieran uso de ese derecho, no obstante lo cual les fue designado Abogado de oficio. Por consiguiente, lo ocurrido se debe sólo a la renuncia de los detenidos al ejercicio de su derecho a la libre designación de Abogado en ese momento y, en todo caso, estuvieron asistidos de Abogado de oficio [...]. Además, la falta de asistencia letrada sólo determina indefensión y una violación del citado art. 17.3 o, en su caso del art. 24.2 de la norma suprema si, como consecuencia de ella, el procesado hubiera visto perjudicada su situación procesal y generada una posterior indefensión, de tal manera que debe acreditarse la presencia de una relación de causalidad entre esta omisión y la Sentencia condenatoria (STC 94/1983 [RTC 1983, 94] y ATC 606/1985 [RTC 1985, 606 AUTO])».

c) A su vez, el ATC 123/1989, 13 marzo (RTC 1989, 123 AUTO), F. 2º, señala que «tampoco se produce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de no permitir el acceso de la querellante al acto del interrogatorio de los por ella denunciados. El derecho de defensa de los propios intereses no se ha visto lesionado, puesto que tuvieron acceso a esas declaraciones su Letrado y Procurador, y las pudo conocer también una vez efectuadas».

d) Por lo que se refiere a la notificación de resoluciones de transformación de procedimiento, la STC 121/1995, 18 julio (RTC 1995, 121), FF. 3 y 4º, otorga el amparo por no notificar el auto por el que se consideraban los hechos como falta, el recurso de reforma frente a la resolución que calificaba como falta los hechos y del auto que ordenaba seguir el procedimiento conforme los arts. 790 y ss. LECrim. Argumenta para ello que: «el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción», defensa ésta para cuya efectividad, en la primera comparecencia, «el Juez informará al imputado de sus derechos» (artículos 118 y 789.4 LECrim), con lo que se produce “la asunción formal del status de imputado”: independientemente de que haya o no una formal personación en las actuaciones, a partir de aquel momento, el imputado tiene ya la condición de parte en sentido material [...]. Asumida la condición de imputado surge con plenitud el derecho de defensa, lo que implica (artículos 270 LOPJ y 2 LECrim) la necesidad de que se lleven a cabo las notificaciones precisas para la efectividad de aquel derecho. C) Reiteradamente ha declarado este Tribunal que los actos de comunicación procesal tienen la finalidad material de llevar al conocimiento de los afectados las decisiones y resoluciones judiciales con objeto de que éstos puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus intereses. Constituyen, por ello, elemento

fundamental del núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que a la jurisdicción le viene impuesto un deber específico de adoptar, más allá del cumplimiento rituario de las formalidades legales, todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar que esa finalidad de conocimiento de las resoluciones judiciales no se frustre por causas ajenas a la voluntad de aquellos a quienes afectan (STC 171/1987 [RTC 1987, 171]), supliendo en su caso las deficiencias observables en el señalamiento por éstos de domicilio a efectos de notificaciones siempre que los datos obrantes en las actuaciones judiciales así lo permitan (STC 314/1993 [RTC 1993, 314]). En estos términos, ya con referencia a estos autos, ha de entenderse, como advierte el Ministerio Fiscal, que el incumplimiento por parte del Letrado del deber de señalamiento de domicilio no podía justificar consecuencia tan grave como es la práctica privación de los derechos que en cuanto parte en el proceso correspondían a los recurrentes: tal omisión podía haber sido fácilmente subsanada por el Instructor con sólo reparar en que los domicilios de aquéllos ya constaban en los autos».

e) Respecto de la falta de notificación al querellante del resultado de las diligencias practicadas y de la transformación a procedimiento abreviado la STC 20/1998, 27 enero (RTC 1998, 20), F. 1º, desestima el recurso con base en que no se produjo en el caso concreto una verdadera vulneración del derecho de defensa sino meras irregularidades.

f) En un supuesto de seguro obligatorio, como tercero civil responsable, la aseguradora no tuvo la oportunidad de intervenir en ningún momento del proceso, pues ni siquiera fue requerida a fin de prestar fianza conforme al art. 784.5ª LECrim, por ello que la STC 57/1991, 14 marzo (RTC 1991, 57), FF. 3 a 5º, estima el amparo, anula la sentencia impugnada y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a la celebración de la vista de apelación, debiendo tener la tramitación como único objeto la responsabilidad civil de la entidad aseguradora.

## II. ACTOS DE INICIACIÓN

### 1. Actos para la iniciación del procedimiento y actos de ejercicio de la acción penal

#### A) IUS UT PROCEDATUR EN EL PROCESO PENAL

##### a) Sujetos y limitaciones subjetivas

El artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. El primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, 63/1985 [RTC 1985, 63], 131/1991 [RTC 1991, 131], 37/1993, 108/1993 [RTC 1993, 37 y 108], 217/1994 [RTC 1994, 217]). El que el ofendido solicite la actuación del *ius puniendi* del Estado, es un derecho digno de protección dentro del sistema penal, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al

Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (artículo 110 y concordantes de la LECrim) (SSTC 108/1983 [RTC 1983, 108], 206/1992 [RTC 1992, 206], 37/1993 [RTC 1993, 37]).

Los delitos y sus penas, fijados exclusivamente por el Estado ejercitando el *ius puniendi* que por su soberanía le corresponde, se someten en la faceta de su persecución ante la jurisdicción ordinaria o común dentro del proceso criminal, a un indispensable sistema acusatorio, realizado por la actuación del Ministerio Fiscal representando los intereses generales, que en defensa de la legalidad está obligado a ejercitar la acusación, si conoce la existencia de un delito —arts. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) y 124 CE—; por el acusador particular ofendido por delitos perseguibles de oficio —arts. 101, 110 y 281 LECrim—, o por delitos reservados a la instancia de la parte —art. 104 de la misma Ley Procesal—; y por el acusador popular que según los arts. 101 y 270 LECrim y 125 de la CE posee acción otorgada a todos los ciudadanos, hayan o no sido ofendidos por el delito, y que pueden querellarse ejercitando la acción popular. De toda esta regulación deriva que no existe un sistema de monopolio acusatorio en el ejercicio de la acción penal, sino una situación de concurrencia entre el Ministerio Fiscal, y los particulares, realizada normalmente a través de la utilización de la querrela (ATC 121/1984, 29 febrero [RTC 1984, 121 AUTO], F. 2º).

El art. 24.1 de la CE al conceder a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, si se pone en relación con el art. 125, que otorga a aquéllas el ejercicio de la acción popular en los procesos penales, debe entenderse, que sean o no tales personas perjudicados directos por el delito, pueden ejercitar la oportuna acción, actuando en interés privado o público, promoviendo su persecución por denuncia, o en su caso, ejercitando la acción privada penal a través de la querrela, con independencia de que el Ministerio Fiscal ejercite la acusación pública, como reconocen las normas antes citadas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el proceso ordinario.

Para la víctima de un delito, el llamado *ius ut procedatur*, no queda reducido a un mero impulso del proceso o una simple comparecencia en el mismo. «El Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción [SSTC 31/1996, fundamentos jurídicos 10 y 11 y 199/1996, F. 5º, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior], que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2» (SSTC 41/1997, 10 marzo [RTC 1997, 41], F. 5º, 218/1997, 4 diciembre [RTC 1997, 218], F. 2º).

Este principio constitucional, concediendo acción penal directa al interesado, sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de

condición más relevante o preponderante, pues todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en supuestos de conflicto, un límite para otros bienes y valores de menor entidad, a cuyo efecto este Tribunal, debe estar a la ponderación realizada por las Leyes, para conseguir armonizar los diversos bienes o intereses constitucionalmente relevantes, y sólo en el supuesto de que justificadamente entendiere que el legislador padeció equivocación en su función valorativa, debe corregir sus errores en defensa del principio constitucional de superior contenido axiológico. Por ello que el ATC 121/1984, 29 febrero, F. 4º, para inadmitir la demanda de amparo basada en la vulneración del art. 24.1 CE por el art. 452.2 del Código de Justicia Militar al disponer que en el procedo penal militar «en ningún caso puede ejercitarse querrela» cuando se trate de exigir el derecho a ejercitarla, por un militar subordinado, frente a un Jefe superior suyo, a quien le imputa la comisión de un delito, argumenta que: «la importante función que el art. 8.1 de la CE asigna a las Fuerzas Armadas, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional para el logro de los altos fines que han de cumplir según dicha norma específica, lo que exige por su naturaleza una configuración idónea y eficaz, de las que entre otras singularidades deriva el reconocimiento en el art. 17.5 de la Ley Superior, de una jurisdicción militar específica en el ámbito penal castrense, diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria, y muy especialmente en el supuesto que afecte a las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, al exigir la profesión castrense por su especial naturaleza una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, manifestada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y que es factor de obligada conexión que obliga a todos por igual, como claramente se deriva de las Reales Ordenanzas militares vigentes, en sus arts. 1, 10, 11, 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203, entre otros. Esta especificidad y singularidad de la jurisdicción militar, es la que determina y justifica el carácter constitucional del mandato del art. 452.2 del CJM prohibiendo, por regla general, el ejercicio de la querrela en los procesos castrenses, y que afecta al supuesto de examen, referido al inferior, que aun constreñido por la disciplina y unidad indicadas, implícitamente quería ejercitarla contra el superior, por la presencia de un presunto delito, rompiendo incluso con el monopolio acusador del Fiscal Jurídico Militar, puesto que debe entenderse como valor preferente el carácter militar de la situación creada y el mantenimiento de la vinculación y disciplina en el Ejército, que el enfrentamiento jurisdiccional directo, con la actuación criminal que atacaría valores distintos y preferentes por ser preponderante en apreciación racional, que el indicado de formulación de instancia acusadora, más aún, cuando el recurrente aunque no consiguiera del Capitán General que formulara "orden" o "parte" para iniciar el procedimiento, porque no lo estimó justificado ni preciso, obtuvo con tal resolución y con la dictada en el recurso de queja por el CSJM la tutela judicial, que evitó toda indefensión, aunque no consiguiera aceptaran su pretensión, quedando satisfecho, aunque de forma negativa, el interés legítimo del actor».

b) *Motivación de la inadmisión de querrela y sobreseimiento de actuaciones*

Con ocasión de decisiones sobre inadmisión de querrela y de sobreseimiento de actuaciones el TC formula interesantes consideraciones relativas a la iniciación del procedimiento y al ejercicio de la acción penal.

El TC ha reiterado que, a pesar del derecho a la tutela judicial efectiva de quien inicia el proceso penal a través de querrela, éste no ostenta un derecho incondicionado a la apertura y plena satisfacción del proceso penal, sino meramente el derecho a un pronunciamiento motivado sobre la calificación jurídica que merecen los hechos, explicando las razones de inadmisión (STC 148/1987, 28 septiembre [RTC 1987, 148] F. 2º). Así, la STC 175/1989, 30 octubre (RTC 1989, 175), F. 2º, deniega el amparo con base en que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de la querrela, pues se abrió diligencias indeterminadas en lugar de haber procedido a la práctica de las pruebas propuestas. Argumenta para ello que «el derecho al proceso del querellante no supone que el Juez no tenga la libertad necesaria para proceder como crea por conveniente, de acuerdo con los dictados de su propia experiencia, y en conexión con la naturaleza de los hechos que es llamado a conocer, sobre todo, cuando se trata de unas actuaciones administrativas, susceptibles, por sí mismas, de una cierta apreciación objetiva, de manera que, si esa valoración es negativa, y se llega a una inadmisión o desestimación de la querrela, como es el caso, no por ello se lesiona tal derecho si se cumple con lo establecido en el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, siempre que “el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta a los hechos imputados carecen de ilicitud penal” (STC 148/1987). El actuar en estos términos, por lo demás, es decir, efectuando una valoración negativa, en una subsunción apriorística que permite el precepto citado, deja fuera de cuestión el tema de la oportunidad o rectitud de las “diligencias indeterminadas” y el de la práctica de las pruebas propuestas por los querellantes conforme a procedimientos legalmente reglados, en el presente caso, por no ser aquí de aplicación, ya que la inadmisión fundada de la querrela, como dice el Ministerio Fiscal en su informe “no viola el derecho a la tutela judicial efectiva salvo que, como este Tribunal ha reiterado, sea manifiestamente irrazonable, infundada, o *prima facie* errónea, o contraria al contenido esencial del derecho”».

Con la misma idea, esto es, con base en que el «*ius ut procedatur*» no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino meramente a una decisión razonada, el ATC 308/1997, 24 septiembre (RTC 1997, 308 AUTO), F. 3º, llega a la misma conclusión en el supuesto de inadmisión de ampliación de querrela, cuando, aunque sea escuetamente, se base la decisión en la ausencia de datos concretos que avalaran la imputación.

Y lo mismo ha de decirse respecto de la adopción de la decisión de sobreseimiento. Así, la STC 85/1997, 22 abril (RTC 1997, 85), F. 4º, ante la adopción de la decisión de sobreseimiento provisional de la causa, reitera una vez más que «el *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene ni un derecho absoluto a la tramitación de toda la instrucción penal, ni un derecho a la práctica de

todas las pruebas que las partes soliciten. Tampoco se tutela constitucionalmente un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral. Este Tribunal tiene declarada la conformidad con los principios y normas del ordenamiento constitucional, tanto de los autos de inadmisión de la *notitia criminis*, los cuales pueden dictarse *in audita parte*, como los de sobreseimiento, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989, 191/1992 [RTC 1992, 191] y 37/1993 [RTC 1993, 37], entre otras)».

En el mismo sentido, innumerables resoluciones como el ATC 175/1997, 21 mayo (RTC 1997, 175 AUTO), F. 2º, cuando repite que «este derecho no otorga a sus titulares la facultad incondicionada de obtener la apertura del juicio oral, ya que es compatible con un pronunciamiento motivado en fase instructora que ponga término de forma provisional o definitiva al proceso por entender el órgano judicial que se halla ante uno de los supuestos que justifica el sobreseimiento libre o provisional de la causa (SSTC 71/1984 [RTC 1984, 71], F. 4º; 157/1990 [RTC 1990, 157], F. 4º; 31/1996 [RTC 1996, 31], F. 10, y 199/1996 [RTC 1996, 199], F. 9º)». También el ATC 360/2003, 10 noviembre (RTC 2003, 360 AUTO), F. 2º, inadmite la demanda señalando lo mismo, concretamente que «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no otorga a quien ejercita la acción penal un derecho absoluto o incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que el *ius ut procedatur* es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en la fase instructora que le ponga término anticipadamente, de acuerdo con las previsiones de la LECrim, y que puede ser tanto el sobreseimiento y archivo de las actuaciones como la inadmisión de la denuncia o querrela presentada, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 313 LECrim, el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (SSTC 203/1989 [RTC 1989, 203], 212/1991 [RTC 1991, 212], 191/1992 [RTC 1992, 191], 37/1993 [RTC 1993, 37], 351/1993 [RTC 1993, 351], 217/1994 [RTC 1994, 217], 111/1995 [RTC 1995, 111], 85/1997 [RTC 1997, 85], 120/1997 [RTC 1997, 120], 138/1997 [RTC 1997, 138], 232/1998 [RTC 1998, 232] y 94/2001 [RTC 2001, 94], por todas)».

Como señala, el mismo ATC 175/1997, 21 mayo, F. 2º, se trata de constatar si la decisión es «arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable» porque sólo en este caso no podrá considerarse fundada en Derecho y en tal medida lesiva del derecho fundamental. No se vulnera, según la anterior resolución, cuando la resolución contiene una amplia fundamentación, sin que entre en cuestiones de legalidad ordinaria; tampoco cuando no pueda tildarse de arbitraria o irrazonable la decisión, por considerar que los hechos no revisten carácter de infracción penal. Y no lo es, como indica el ATC 360/2003, 10 noviembre, F. 2º, «que los mismos hechos reciban idéntica calificación jurídica de los órganos judiciales», cuando se estima que los mismos se corresponden con otros ya investigados y que merecieron tal calificación.

Por supuesto, si la decisión de archivo o sobreseimiento no se encuentra motivada, se habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, la STC 108/1983, 29 noviembre (RTC 1983, 108), FF. 2º y 3º, otorga el amparo solicitado, declara la nulidad por contraria al art. 24.1 la providencia y subsiguientes resoluciones en cuanto no admite las diligencias encaminadas a determinar los hechos y las personas que hayan participado en los mismos, y reconocer el derecho del deman-

dante a la tutela jurisdiccional efectiva mediante su admisión como parte y realización de la investigación interesada por todos los cauces procesales hasta la decisión que en derecho proceda.

En el mismo sentido, la STC 111/1995, 4 julio (RTC 1995, 111), FF. 3º, 4º y 5º, estima el recurso de amparo, anula las resoluciones y retrotrae las actuaciones al momento de recepción del escrito en el que el demandante de amparo manifestó su deseo de formular denuncia para que se tramite con respeto a lo previsto en el art. 24 CE, todo ello porque ante un escrito en el que se solicita al juzgado que se persone en el centro penitenciario para formular denuncia, el juzgado se limita a dictar auto en el que se sobreseen las actuaciones, sin solicitar que se formule por escrito la denuncia o, tras la apertura de la instrucción a consecuencia de la *notitia criminis* (arts. 783 y 109 LECrim), el órgano judicial hubiera instruido al recurrente de los derechos que le asistían, haciéndole el preceptivo ofrecimiento de acciones para que, si lo deseaba, pudiera mostrarse parte en la causa y alegar e instar lo que considerara conveniente para sus intereses. Todo ello no porque el juez de instrucción no acudiera al centro penitenciario, puesto que no le era exigible la personación solicitada, puesto que el artículo 265 de la LECrim admite tanto la denuncia verbal como por escrito, bastando con requerir a que formulara por escrito su denuncia, o al menos, haciendo ofrecimiento de acciones.

También se produce la vulneración del art. 24.1 CE cuando por el órgano jurisdiccional no se facilita el ejercicio de la acción penal. Así, por ejemplo, la STC 115/1984, 3 diciembre (RTC 1984, 115), F. 2º, estima el recurso de amparo y declara la nulidad de las resoluciones con retroacción de actuaciones al momento anterior al auto anulado, vulnera el art. 24.1 CE cuando el órgano no da la oportunidad de suplir la falta de postulación procesal. Además, entiende que, aunque la formulación de denuncia no supone el ejercicio de la acción penal, se entiende que sí cuando se manifiesta el propósito de mostrarse parte y ejercitarla cuando se solicita que se procediese a designar procurador de oficio y designando letrado teniendo interés legítimo por considerarse perjudicada. «En estas circunstancias, el órgano judicial estaba obligado, desde el comienzo de las actuaciones y una vez manifestada la voluntad de la denunciante, a facilitar su acceso al procedimiento, iniciando el trámite legalmente previsto conducente al nombramiento de Procurador en turno de oficio sin perjuicio de lo que en definitiva resultare, cumpliendo de esta forma el mandato implícito al legislador y al intérprete, contenido en el art. 24 de la Constitución, dirigido a promover en la medida de lo posible la defensa en el proceso de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos».

La falta de motivación incluso permite estimar parcialmente un recurso de amparo cuando, ya archivadas las actuaciones, se solicita que se le tenga por parte y se alcen las actuaciones. La STC 173/1987, 3 noviembre (RTC 1987, 173), FF. 3º y 4º, una vez archivadas las actuaciones, y ante la solicitud de que se le tuviera por parte en el procedimiento y se alzara el archivo, considera que exige respuesta judicial motivada al intento de acción penal, estima en parte el amparo si bien no se decreta la personación por ser cuestión de legalidad ordinaria y no sería con-

gruente con la petición formulada ante la Audiencia Provincial. Considera que «no sólo era preciso la notificación de la decisión judicial que dicha solicitud mereciera, sino que para satisfacer las exigencias del propio art. 24.1 de la Constitución era necesario que ésta se hubiera adoptado motivadamente, tanto respecto de la pretensión ejercitada de ser parte en las diligencias como de la irrelevancia penal de los hechos apreciada *ab initio*, si era ésta la razón impeditiva del *ius ut procedatur* ejercitado. Así pues, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produjo, desde luego, por la omisión de toda notificación de respuesta judicial, pero también por la misma providencia no comunicada de 17 de mayo de 1985, que simplemente asumió el archivo ya acordado en la anterior de 27 de septiembre de 1984 sin hacerse explícitas las razones por las que los hechos a que se refería la inicial denuncia no revestían los caracteres de delito y por las que en la práctica se rechazaba la personación».

B) NECESIDAD DE *NOTITIA CRIMINIS* Y CONCRECIÓN DE LOS HECHOS OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El proceso penal ha de iniciarse previa *notitia criminis*. Esta exigencia entronca con el derecho a ser informado de la acusación, que presupone la acusación misma. Sin embargo, la Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto que es la plasmada en el escrito de conclusiones o calificaciones definitivas, a la que resulta al inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o aseguramiento. Sobre ello, resulta particularmente trascendente la STC 41/1998, 24 febrero (RTC 1998, 41) FF. 15 a 22º, Vp. Gimeno Sendra y Jiménez de Parga, desestima el amparo alegando, entre otras cosas, el inicio del proceso penal con falta *notitia criminis*, produciéndose una instrucción de toda la vida y hacienda de una persona y con vulneración del art. 24 CE. Desestima porque había acusadores, y se inicia instrucción tras denuncia, por diversos hechos y con una pluralidad de fuentes. Ante ello el juzgado tiene escaso margen de decisión, que es incoar procedimiento o inadmitir si los hechos no son delito o fuera manifiestamente falsa la denuncia, sólo después podrá acordar el sobreseimiento. Pues bien, con la denuncia inicial, narraron aquellos hechos que les parecían de carácter delictivo, individualizándolos en términos que podrán o no ser mejorables, pero que, por sí mismos, eran suficientemente expresivos para definir el ámbito de la investigación. Es cierto que se dictó una providencia, en vez de un auto, y que no se recogió en su resolución los hechos sujetos a la instrucción, sino que se limitó a asumir el contenido de la denuncia, pero ello es irrelevante desde una óptica constitucional. Los hechos de la denuncia justificaban investigar «si, en el curso de tales averiguaciones, el Instructor hallaba hechos que revestían apariencia delictiva, podía y debía adoptar las medidas pertinentes: Ya ampliar la instrucción, si los hechos hallados tenían conexión con el *factum* investigado inicialmente, ya deducir testimonio para la incoación de un nuevo procedimiento (arts. 13, 17 y 300 LECrim). La Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que



ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996 [RTC 1996, 49], F. 4º).

La pretensión de que, desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor, queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 CE (SSTC 173/1987 [RTC 1987, 173], F. 2º; 145/1988 [RTC 1988, 145], FF. 5º y 7º; 186/1990, FF. 5º y 7º, 32/1994, F. 5º). Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989, F. 4º, y 41/1997 [RTC 1997, 41], F. 5º), especialmente cuando se plasma en los escritos de calificación o de acusación, que el art. 24 CE prohíbe que sean imprecisos, vagos o insuficientes (SSTC 9/1982, F. 1º, y 20/1987, F. 5º).

Por el contrario, en el voto particular de Vicente Gimeno Sendra y, sobre todo, de Manuel Jiménez de Parga, se entiende que se realiza una investigación *ad personam* con noticias vagas e imprecisas, apoyadas en recortes de prensa. A pesar de la solicitud de requerimiento por parte del Ministerio Fiscal para que los denunciante concretan los hechos, el instructor contestó meramente con estése a lo acordado, con ello se violan los derechos y garantías del art. 24 CE de forma manifiesta. Todo ello además de iniciar el procedimiento por una simple providencia, que no es un mero defecto formal censurable, se incumplió lo previsto en el art. 269 LE-Crim y se violó el art. 24 CE. Se trató de una causa general sobre la totalidad de la vida y la hacienda de una persona. No se conoció una imputación concreta, de forma que en la primera comparecencia ha de aparecer el imputado como parte. Pero la falta de delimitación del ámbito de la instrucción criminal, consecuencia de la carencia de *notitia criminis*, el principio inquisitivo ha rebrotado en este caso, con la violación de derechos fundamentales reconocidos y tutelados en la Constitución Española.

## 2. La denuncia

### A) LA DENUNCIA COMO MEDIO INIDÓNEO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL Y PARA CONSTITUIRSE COMO PARTE

La formulación de denuncia, a diferencia de lo que ocurre con la querrela, no supone el ejercicio de la acción penal, ni constituye en parte al que la formula, de modo que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la falta de pronunciamiento sobre la misma (ATC 132/1981, 4 diciembre [RTC 1981, 132 AUTO], F. 3º).

En el mismo sentido, la STC 173/1987, 3 noviembre (RTC 1987, 173), F. 2º, afirma que «el demandante de amparo inicialmente no ejercitó acción penal alguna; de

manera que, no habiendo intentado siquiera obtener adecuadamente la tutela judicial en el ámbito penal mediante la presentación de querrela no hubo siquiera oportunidad para que pudiera haberse producido la lesión que se intenta reparar en sede constitucional. A tal efecto, debe recordarse tanto que la inicial denuncia de los hechos se realiza por persona distinta del actor, sin actuar en nombre de éste, como que dicha denuncia, en cualquier caso, no hubiera sido el medio idóneo para constituirse en parte en el proceso penal y ejercitar el derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, según ha venido señalando reiteradamente este mismo Tribunal desde Auto de 4 de diciembre de 1981 (Recurso de amparo 28/1981), y de cuya doctrina son también exponentes, entre otras resoluciones, la STC 115/1984, de 3 de diciembre (RTC 1984, 115), Recurso de amparo 485/1982 (F. 2º) y Auto de 15 de octubre de 1986 (Recurso de amparo 325/1986).

La denuncia tiene meramente la calidad de *notitia criminis*, susceptible de poner en marcha la investigación judicial respecto de dicho delito, de modo que la falta de ratificación de la misma en modo alguno supondrá indefensión para la parte denunciada cuando el delito sea público y, por tanto, perseguible de oficio (STC 169/1990, 5 noviembre [RTC 1990, 169], F. 4º).

Respecto del juicio de faltas, ha declarado igualmente el TC que la falta de notificación de citación a juicio de faltas al denunciante supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque es el citado momento cuando el denunciante puede constituirse en parte, de modo que la falta de notificación le impide llegar a serlo. Así, la STC 41/1987, 6 abril (RTC 1987, 41), FF. 2º a 4º, estima el recurso, declara la nulidad de la sentencia, y retrotrae actuaciones al momento anterior a la citación para celebrar juicio de faltas por este motivo.

Inmediatamente tras la formulación de la denuncia, el juzgador tiene un escaso margen de decisión, bien incoar procedimiento o la inadmisión si los hechos no son delito o fuera manifiestamente falsa. Sólo posteriormente podrá acordar el sobreseimiento (STC 41/1998, 24 febrero [RTC 1998, 41], F. 15 a 22º, Vp. Gimeno Sendra y Jiménez de Parga).

A pesar de que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que los tribunales deben posibilitar el libre acceso de las partes al proceso, de ahí que una vez admitida a trámite deba otorgarse al ofendido la posibilidad de ejercicio del derecho a través del denominado «ofrecimiento de acciones», la falta de éste ha de suponer en el caso concreto indefensión. Lo que no ocurre en el supuesto resuelto por la STC 140/1997, 22 julio (RTC 1997, 140), FF. 2º y 3º, que desestima el amparo, a pesar de la falta de ofrecimiento de acciones una vez admitida a trámite la denuncia, pues considera que no produce indefensión en el caso concreto, pues entiende que «sólo a la pasividad y negligencia de la Entidad local cabe achacar su pretendido apartamiento del procedimiento penal [...] la Corporación recurrente conocía, tanto la existencia del proceso, como su derecho a mostrarse parte con anterioridad al trámite de formalización de la acusación [...] no cabe alegarse ahora por quien puso en acción la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la denuncia formulada ante el Juzgado, ratificándola tres meses después, aportó los documentos requeridos en la fase de prueba, y, en fin, acudió al juicio oral en la persona de su

Alcalde-Presidente como testigo, que se produjera la indefensión proscrita por el art. 24.1 CE».

B) CONCRECIÓN DE LOS HECHOS EN LA DENUNCIA

En principio, la denuncia debe contener un relato individualizado de hechos que pudieran revestir la apariencia de delito y que sean suficientes para definir el ámbito de la investigación. Otra cosa es que si en el curso de las investigaciones iniciadas, el instructor hallaba hechos que revestían apariencia delictiva, podía y debía adoptar las medidas pertinentes, bien ampliar la instrucción, si los hechos tuvieran conexión con los investigados, bien deducir testimonio para la incoación de un nuevo procedimiento. Todo porque «la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996, fundamento jurídico 4º). La pretensión de que, desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor, queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 CE» (STC 41/1998, 24 febrero [RTC 1998, 41], FF. 15 a 22º, Vp. Gimeno Sendra y Jiménez de Parga). En los votos particulares de esta resolución, no obstante, se considera que en el caso enjuiciado se realiza una investigación *ad personam*, con noticias vagas e imprecisas, apoyadas en recortes de prensa. De ese modo, no se conoció una imputación concreta, no se delimitó el ámbito de la instrucción criminal, consecuencia de la carencia de *notitia criminis*, de modo que rebrota el principio inquisitivo con la violación de derechos fundamentales.

La concreción de los hechos es, por tanto, necesaria en la denuncia. Así, y todo, no parece que sea necesaria en todo caso un detalle pormenorizado, sino que ha de atenderse a la intencionalidad de lo que se pretende denunciar así como al relato de hechos más que a su calificación. En la STC 46/1982, 12 julio (RTC 1982, 46), F. 4º, Vp. Arozamena Sierra, y Díez-Picazo, estima el amparo frente a resolución denegatoria de diligencias, por considerar que se denunciaba delito de imprenta y no de injurias, de modo que estima que debe procederse a la apertura del procedimiento idóneo para proseguir el supuesto delito de injurias, prosiguiéndolo por sus trámites. Argumenta que «la disposición legal aplicable al caso es la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, cuyo ámbito fue ampliado por el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero. Su artículo 4.1 dispone que en los casos de delito de calumnia o injuria y, concretamente, en los que se refiere al artículo 463 del Código Penal

(propagación, entre otros supuestos, por medio de papeles impresos) «basta denuncia de la persona agraviada...» para que el órgano judicial correspondiente proceda a la apertura del procedimiento debido, lo cual equivale a convertir los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de la imprenta en delitos cuasi públicos, y al denunciante interesado en la persecución de los mismos, en una figura cercana al querellante. Por lo demás, la denuncia concierne a la exposición de los hechos, sin que implique necesariamente la calificación legal de los mismos por el presunto agraviado que ni siquiera es exigible en la querrela; pero la intención del recurrente era inequívoca al remitirse al artículo 4 del Real Decreto-ley de 1 de abril de 1977 que regulaba —como lo hace ahora el correlativo de la Ley 62/78, de 26 de diciembre— el procedimiento en los delitos de injuria y calumnia. Esta intencionalidad fue de nuevo explícita en diversos momentos, especialmente al recurrir contra las providencias por las que se denegaba la práctica de las pruebas solicitadas». Opinión contraria sostienen los votos particulares. Por parte de Arozamena Sierra, básicamente, porque «no se ha negado al recurrente el acceso al proceso, pues las resoluciones judiciales hacen expresa reserva de su derecho [...] no podrá recabarse la protección constitucional cuando el proceso está abierto y dependiente su utilización de un acto de voluntad de quien pide el amparo». Y basa su voto particular Díez-Picazo, sustancialmente en lo mismo cuando estima que «no es posible encontrar una violación del artículo 24 de la Constitución [...] ni el Juzgado de Instrucción ni la Audiencia de Santander han obstaculizado al demandante del amparo su derecho al acceso a la jurisdicción y su derecho al proceso, pues la resolución que ahora impugna mandó archivar unas diligencias previas y le hizo expresa reserva de su derecho, advirtiéndole que en el momento en que ejercite la acción penal el proceso se tramitará [...] es, asimismo, claro que tal denuncia debe contener, cuando menos, la manifestación relativa a la lesión del derecho, la comunicación de los hechos en que tal lesión consiste y la voluntad de que se persigan, sin que ninguno de estos extremos pueda resultar de un comportamiento tácito u omisivo».

Con todo, otra cosa es que, una vez formulada denuncia, con hechos suficientemente concretados, por ser considerados irrelevantes, no sean necesarias mayores diligencias para decretar el archivo. Así se viene a declarar en la STC 120/1997, 1 julio (RTC 1997, 120), F. 3º, denegatoria del amparo, como consecuencia de una denuncia estafa por parte del centro penitenciario que retenía a interno un importe por error, dadas las similitudes del nombre con otro interno al que debía retenerlas, detectado el error de oficio y subsanado. A pesar de su similitud con lo resuelto en la STC 111/1995 (RTC 1995, 111), este asunto presentaba particularidades que no se dan en este caso.

3. La querrela

A) ASPECTOS GENERALES. EL IUS UT PROCEDATUR

El art. 24.2 CE no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino también a todos los que acuden ante los órganos jurisdiccionales

en defensa de los que creen sus derechos e intereses legítimos, y, por tanto, a quienes mediante querrela intentan la acción penal frente a los que consideran responsables de actos delictivos en su perjuicio (STC 232/1998, 1 diciembre [RTC 1998, 232], F. 2º). Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha reiterado igualmente que el derecho a la acción penal no garantiza el éxito de la acción punitiva, de modo que la CE no otorga el derecho a obtener sentencias penales, sino que son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el correspondiente castigo a quien los vulneran (art. 25.1 CE). Es más, el ejercicio de la acción penal no comporta tampoco un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (SSTC 297/1994, 14 noviembre [RTC 1994, 297], F. 6º, 238/1988, 13 diciembre [RTC 1988, 238], F. 2º, 36/1989, 14 febrero [RTC 1989, 36], F. 4º, 175/1989, 30 octubre [RTC 1989, 175], F. 1º, 191/1989, 16 noviembre [RTC 1989, 191], F. 2º, 203/1989, 4 diciembre [RTC 1989, 203], F. 3º, 40/1994, 15 febrero [RTC 1994, 40], F. 2º; AATC 199/1989, 17 abril [RTC 1989, 199 AUTO], F. 2º, 333/1989, 19 junio [RTC 1989, 333 AUTO], F. 2º).

«La Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales» (...). Y no podría ser de otro modo. Pues la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan lugar a la estimación del delito y a la aplicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución. Y, si bien la Constitución consagra en su art. 25.1 el principio de legalidad, como derecho a no ser condenado ni sancionado sino por acciones u omisiones legalmente previstas, no existe un «principio de legalidad invertido», esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido (...) son los Tribunales penales los únicos competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983 [RTC 1983, 89], F. 3º; 83/1989, F. 2º; 128/1995 [RTC 1995, 128], F. 4º; 31/1996, F. 10, y 199/1996, F. 5º)» (STC 41/1997, 10 marzo [RTC 1997, 41], F. 4º).

«El ius ut procedatur que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada (SSTC 11/1985 [RTC 1985, 11], 148/1987 [RTC 1987, 148], 33/1989 [RTC 1989, 33], 203/1989 [RTC 1989, 203], 191/1992 [RTC 1992, 191], 37/1993 [RTC 1993, 37], 217/1994 [RTC 1994, 217])» (ATC 308/1997, 24 septiembre [RTC 1997, 308 AUTO], F. 3º).

En el caso de impugnación frente a resolución absolutoria penal, el TC ha dejado bien claro que el particular, en efecto, no ostenta ningún derecho a castigar, pues el *ius puniendi*, es de titularidad estatal (SSTC 157/1990 [RTC 1990, 157], F. 4º y 31/1996 [RTC 1996, 31], F. 10). Es más, pese a que, por disposición de la ley, puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legít-

timo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés; pero al que, por todo lo expuesto, no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación (STC 41/1997, 10 marzo, F. 7º). Por su parte, la DTEDH, 19 noviembre 2002 (JUR 2003, 69262), F. 1º, deja bien claro que el convenio de Roma no ampara acciones penales contra terceros.

La valoración del TC ha de limitarse a si la inadmisión de una querrela dejó desprotegido el derecho fundamental vulnerado, y aunque no ha de calificar los hechos como constitutivos de delito o falta, lo que corresponde valorar al juez competente, si han de atenderse expresamente al alcance jurídico-penal que corresponde al dato de que la detención del demandante pudo haber excedido del tiempo estrictamente necesario quebrantando el límite previsto en el art. 17.2 CE (STC 31/1996, 27 febrero [RTC 1996, 31], F. 10º).

«Rechazo de la querrela que en adecuada valoración corresponde realizar a la autoridad judicial competente, cuyo criterio no puede ser sustituido por este Tribunal sin menoscabar el contenido jurisdiccional determinado en el art. 117 de la CE, ya que la naturaleza del amparo no es revisora, ni constituye una tercera instancia que tenga que defender la mera legalidad ordinaria, por ser extraño a las funciones de aquél ponderar la forma en que los órganos judiciales aplican o interpretan las leyes, salvo que violen las garantías constitucionales salvaguardadas en los arts. 14 a 29 de la misma Ley fundamental, lo que no sucede con la simple invocación del art. 24.1 y la genérica indefensión que toda resolución adversa, por el mero hecho de serlo, comporta en sí misma» (ATC 226/1983, 25 mayo [RTC 1983, 226 AUTO], F. 1º).

## B) INADMISIÓN DE QUERRELA

### a) Relevancia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva

La mayor parte de la jurisprudencia del TC se preordena a poner de manifiesto que el archivo de actuaciones, la inadmisión de querrela o incluso la inadmisión de práctica de determinados actos de investigación, consecuencia de motivar que los hechos no se encuentran tipificados en el CP, no vulnera en modo alguno el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 33/1989, 13 febrero [RTC 1989, 33], F. 2). Es más, se pone de manifiesto que en tal supuesto, la tutela se obtuvo, lo que ocurre es que no era acorde con los particulares intereses del querellante, puesto que, como es sabido, el art. 24 CE no supone que la decisión judicial se corresponda con las pretensiones formuladas (ATC 120/1981, 18 noviembre [RTC 1981, 120 AUTO], F. 2º).

«El aquí recurrente, habiéndose acogido al procedimiento previsto en la Sección I de la ya mencionada Ley 62/1978, no obtuvo finalmente en la vía penal elegida la tutela deseada, más no dejó de recibir en las dos instancias en que se desarrolló el proceso por él promovido resoluciones razonadas en Derecho y emitidas tras una valoración del material fáctico aportado a las actuaciones. Que la libertad de asocia-

ción es objeto de protección penal en el artículo 172 del Código Penal fue admitido por el Juez de Instrucción de Las Palmas de Gran Canaria, que abrió las diligencias solicitadas, si bien llegando a la conclusión de que no había delito en los hechos denunciados, y no procede que este Tribunal revise la interpretación y aplicación que de este precepto penal hiciera» (STC 71/1984, 12 junio [RTC 1984, 71], F. 4º).

b) *Motivación de la inadmisión*

Procede la inadmisión de la querrela, como se ha visto, siempre que se motive la misma conforme a los arts. 21.4 y 120 CE. Con todo, esta exigencia de motivación no impone «una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada aplicación de la ley, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de recursos previstos por el ordenamiento jurídico -SSTC 56/1987 (RTC 1987, 56), 100/1987 (RTC 1987, 100)-».

«Basta que la motivación cumpla la finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo así explícita la interpretación y aplicación del Derecho que se efectúa y permitiendo el eventual control jurisdiccional de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, todo ello independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento -SSTC 13/1987 (RTC 1987, 13) y 150/1988 (RTC 1988, 150)-, si éste permite conocer el motivo decisorio, excluyente de arbitrariedad (STC 238/1988, 13 diciembre [RTC 1988, 238], F. 2º).

Con base en ello, la STC 36/1989, 14 febrero (RTC 1989, 36), F. 4º, entiende que limitarse a poner de manifiesto que las actuaciones practicadas acreditaban que el hecho denunciado no revestía caracteres de infracción penal, «aunque no revele los argumentos mediatos que formaron el criterio judicial sobre la irrelevancia penal objeto de la querrela, a través de esa sucinta motivación, consecuencia del necesario enjuiciamiento indiciario de la fase procesal en que se adopta, hace explícita la razón inmediata y con ello excluye la infracción denunciada del derecho a la tutela judicial efectiva». Por supuesto, tampoco resulta relevante que la argumentación sea escueta «configuraba un panorama argumentativo escueto, pero suficientemente expresivo de las razones jurídicas que sostenían el rechazo de la ampliación de querrela» (...) afirma que la querellante «hace continua referencia a vinculación contractual y contratos procedentes del orden jurídico civil o mercantil, sin que el delito de maquinación para alterar el precio de las cosas y el de falsedad denunciados tengan su base de datos concretos» (...) sin que por lo demás forme parte de nuestra competencia la valoración de si la fundamentación de las resoluciones impugnadas y su expresión en la motivación se presentaba como la más oportuna y adecuada» (ATC 308/1997, 24 septiembre, F. 3º). Incluso ni siquiera lacónica, puesto que como dice la STC 89/1985, 19 julio (RTC 1985, 89), F. 2º, la «decisión que, si bien se expresa en primer lugar con un laconismo no por habitual menos lamentable, es suficientemente razonada al resolver el recurso de reforma».

Y por supuesto, cuando los argumentos se expresen, se producirá la motivación. Así, por ejemplo, cuando el rechazo de la querrela se funda en el carácter predominantemente civil de las cuestiones suscitadas por los querellantes (ATC 333/1989, 19 junio [RTC 1989, 333 AUTO], F. 3º), o en la existencia de otro procedimiento cuando el hecho del que nacen en ambos sea el mismo (STC 238/1988, 13 diciembre, F. 3º).

«Por otra parte, nada impide que el Juez de instrucción desestime la querrela de injurias por resolución motivada cuando los hechos en que se funda no constituyan, a su juicio, delito (art. 313 LECrim) y en los Autos del Juzgado de Instrucción y luego de la Audiencia Provincial se aprecie una libre valoración de las pruebas periodísticas presentadas que este Tribunal no debe entrar a suplantar» (ATC 1082/1987, 30 septiembre [RTC 1987, 1082 AUTO], F. 5º).

«la querrela dirigida contra el Director General de obras Hidráulicas, fue rechazada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo luego de declararse competente abstractamente para conocer del posible proceso penal en su admisión o rechazo, por no constituir a su juicio el hecho denunciado el delito de prevaricación del art. 358 del Código Penal -al margen del de desobediencia que no fue objeto del amparo-, aplicando lo dispuesto en el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apoyándose para su repudio *in limine litis* en la causa de no estar demostrado o que apareciera en principio dibujado el elemento normativo del tipo, constituido por la antijuricidad material, como es el de que el acto administrativo realizado a sabiendas, tuviera la condición de ser injusto o contrario a derecho» (ATC 226/1983, 25 mayo [RTC 1983, 226 AUTO], F. 2º).

Ahora bien, en caso de inadmisión de querrela en la que se denuncia una supuesta vulneración del derecho al honor del querellante, el TC impone una adecuada ponderación que es exigible, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (entre otras, SSTC 104/1986 [RTC 1986, 104], 168/1986 [RTC 1986, 168] y 107/1988 [RTC 1988, 107]), entre el derecho a la información y el derecho al honor; ponderación que deberá atender, en el presente caso, a los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional en relación con el tipo de libertad ejercitada, la relevancia o interés para la opinión pública de la noticia, la naturaleza pública o privada de su destinatario y la afcción o no de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad (...) la ponderación que de forma obligada deben llevar a cabo los órganos judiciales no tiene por qué ser igual en el supuesto del ejercicio de una acción civil que en el de una acción penal en la que, evidentemente, deben jugar otro tipo de consideraciones, entre otras, y singularmente el que se observen todos y cada uno de los elementos típicos del delito de injurias o calumnias» (SSTC 232/1998, 1 diciembre [RTC 1998, 232], F. 5º, 297/1994, 14 noviembre [RTC 1994, 297], F. 6º, ATC 348/1992, 19 noviembre [RTC 1992, 348 AUTO]).

Por último, solamente cabrá control de la motivación por el TC cuando «la resolución judicial frente a la que se recurre en amparo sea manifiestamente arbitraria, infundada o incurra en error patente» (ATC 291/1999, 1 diciembre [RTC 1999, 291 AUTO], F. 1º). Sin que sea de su competencia entrar en el terreno de la

interpretación y aplicación de las normas procesales y penales sustantivas (STC 238/1988, 13 diciembre, F. 3º).

«La inadmisión fundada de la querrela, como dice el Ministerio Fiscal en su informe "no viola el derecho a la tutela judicial efectiva salvo que, como este Tribunal ha reiterado, sea manifiestamente irrazonable, infundada, o *prima facie* errónea o contraria al contenido esencial del derecho"» (STC 175/1989, 30 octubre [RTC 1989, 175], F. 2º).

c) *Imprudencia de la inadmisión*

El TC ha dejado sentado que resulta improcedente una inadmisión o un archivo no por falta de tipicidad de los hechos, sino por falta de pruebas, cuando no se desarrolla acto alguno de investigación. Las resoluciones judiciales responden «a la injustificada exigencia de una acreditación anticipada de tales hechos para la tramitación del proceso penal, incluso en su fase instructora, cuando al propio tiempo se negó toda oportunidad de lograr alguna convicción judicial sobre los mismos (...) "para inadmitir una querrela sin practicar pruebas es necesario que motivadamente el Juez entienda, tras la lectura de la querrela, que los hechos descritos no tienen naturaleza delictiva. Pero si el Juez, como es el caso, estima que los hechos supuestamente delictivos, no se encuentran suficientemente acreditados como tales, debe iniciar, tras la admisión de la querrela, una investigación"» (STC 148/1987, 28 septiembre [RTC 1987, 148]).

Asimismo, el TC ha entendido que no es causa fundada de inadmisibilidad la falta de interés para formular querrela, al no ser necesario cuando el delito es público, como es el de plagio (STC 40/1994, 15 febrero [RTC 1994, 40], F. 3º).

Igualmente, estima que es improcedente la inadmisión de la querrela sin haber iniciado el trámite conducente al nombramiento de abogado de oficio o, el menos, a que motivadamente se expresen las razones de la falta de motivación. Como indica la STC 217/1994, 18 julio (RTC 1994, 217), FF. 2º y 3º, debió «iniciar el trámite legalmente previsto conducente al nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio y que, al no hacerlo ni ofrecer al denunciante justificación alguna para ello, limitándose a acordar el archivo de las actuaciones, no sólo ocasionó al recurrente una clara situación de indefensión al dejarle al margen del procedimiento sin recibir notificaciones ni tener oportunidad de intervenir en el mismo (STC 63/1985), sino que le privó al propio tiempo de uso de los recursos legalmente establecidos para hacer frente a dicha resolución de archivo (...). Ello no significa, desde luego, que el órgano judicial haya de acceder en todo caso a la pretensión de nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio planteada por quien pretende ejercer la acción penal en forma de querrela, ya que, como ha quedado dicho, tal derecho únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado o acusado en un proceso penal, pero sí que el demandante tiene derecho a un pronunciamiento motivado del Juez en el que se expresen las razones por las que no se le concede la personación (STC 173/1987, F. 3º)».

4. Condicionamientos de la iniciación del procedimiento

A) LA TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO PRIMER CONDICIONANTE DE INICIACIÓN

El primer condicionamiento de la iniciación del procedimiento es que los hechos puedan incardinarse entre los tipificados en el CP. Reiteradamente ha declarado el TC que la decisión de archivar por no ser los hechos constitutivos de delito en modo alguno supone infracción alguna al *ius ut procedatur*. La STC 120/1997, 1 julio (RTC 1997, 120), F. 2º, cita sentencias precedentes, como la STC 186/1990 (RTC 1990, 186), para recordar que «La Ley concede al Juez de Instrucción -no al órgano de enjuiciamiento- la facultad de controlar la consistencia o solidez de la acusación que se formula, pues [...] el art. 790.6 LECrim, tras anunciar la regla general de la vinculación del instructor con la petición de apertura del juicio, permite al Juez denegar la apertura del juicio en dos supuestos, a saber: cuando el hecho no sea constitutivo de delito, o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda" [...]. Por esta razón, este Tribunal ha manifestado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso (SSTC 351/1993 [RTC 1993, 351] y 85/1997 [RTC 1997, 85], entre otras muchas); así como que "la decisión judicial de archivar las actuaciones penales, por estimar que los hechos del proceso no son constitutivos de infracción penal, no supone, en sí misma considerada, infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE" (STC 203/1989), habiendo igualmente declarado la legitimidad de los autos de inadmisión de la *notitia criminis*, los cuales pueden dictarse *inaudita parte* (STC 37/1993 [RTC 1993, 37]).».

Y con la misma argumentación, resultaría irrelevante cuando se calificaren los hechos como falta en lugar de delito. El ATC 131/1981, 21 enero (RTC 1981, 131 AUTO), F. 2º, inadmite el amparo porque una disconformidad con la valoración de los hechos calificando los mismos como falta en lugar de delito contra el honor, además, porque haría necesario que por parte del TC se calificaran de nuevo los hechos contenidos en la querrela, lo cual le está vedado y sería contrario al principio de exclusividad de «los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes» que se contienen en el art. 117.3 de la Constitución (Auto de 26 de noviembre de 1980, Recurso 173/1980), al hacer posible que se transformara el proceso de amparo en una segunda instancia de casación. Dice este auto que «siendo el honor, que garantiza el art. 18.1 de la Constitución, el derecho que toda persona tiene a la propia estimación y a su buen nombre y reputación, sin embargo, este sentido subjetivo del concepto requiere una protección jurídica y normativa, que es la que se contiene en los preceptos del Código Penal que tipifican los delitos y faltas contra el honor». Ahora bien, así como para que se inicie el proceso judicial, en la que ha de esclarecerse si el presunto culpable ha violado o no el derecho al honor de otra persona, el ordenamiento jurídico tiene en cuenta el sentido subjetivo de la propia estimación, de modo que normalmente sólo puede ejercitar la acción penal la parte que se considere ofendida y también se le reconoce el derecho de perdonar al declarado judicialmente culpable (art. 467 del Código Penal), sin embargo, una vez ejercitada la acción penal las potestades judiciales para valorar los hechos son idénticas a las que concurren en cualquier otro proceso. Quiere ello decir que el juzgador no viene obligado a identi-

car su resolución con la pretensión acusatoria del querellante, que al parecer es el criterio que sostiene el recurrente cuando viene a confundir el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales previsto en el art. 24.1 de la Constitución con el hecho bien diferente de que éstos accedan a la pretensión por él formulada, lo que, en definitiva, conduciría generalmente a la anticonstitucional consecuencia de que quien se vería privado de aquella tutela efectiva sería el acusado.

En cualquier caso, la existencia de hecho punible se erige como condicionante indispensable para la iniciación y para que se lleven a efecto los trámites inherentes al procedimiento como el nombramiento de abogado de oficio, incluso sin necesidad de formular las correspondientes notificaciones. Así la STC 138/1997, 22 julio (RTC 1997, 138), FF. 4º a 6º, deniega el amparo, considerando irrelevante la pérdida de recursos como consecuencia de una denegación tácita de designación de abogado y procurador del turno de oficio «toda vez que, para que el cierre de la vía de recurso suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ha de haberse hecho "arbitrariamente o intuitu personae" [STC 37/1995]. En efecto, no puede reputarse arbitrario denegar un recurso que presupone la previa designación de Abogado de oficio en un proceso ya concluido a quien, habiendo podido ser parte, no lo fue y que ni siquiera utilizó adecuadamente los cauces procesales al haber expresado su voluntad de interponerlo y formulado su solicitud ante un órgano incompetente». Sobre todo si no puede no considerarse injustificado que el archivo anteriormente decretado con toda regularidad ante la evidencia para el Juez de la ausencia de relevancia penal de los actos denunciados, que no exigió, por otra parte, la realización de actuación instructora de ninguna clase. Siendo además que el juzgador ha de velar, entre otros, por el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La calificación exige, obviamente, el cumplimiento de los presupuestos previstos en el tipo. Es el caso de la exigencia de «publicidad» que se exigía en el art. 463 CE 1978. El ATC 603/1983, 30 noviembre (RTC 1983, 603 AUTO), F. 3º considera inadmisibles el amparo por cuanto «habiéndose determinado en los dos autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la inadmisión de la querrela sólo en relación a los delitos de calumnia e injurias, se debió a que no estaban cometidos por escrito y con publicidad conforme a los supuestos que detalla el concepto normativo valorado del art. 463 del Código Penal, regía la regla general de ser indispensable para perseguirlos, aportar la certificación de haber celebrado o intentado efectuar el acto de conciliación con el querellado, rechazando la aplicación del art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, que libera de tal conciliación a las infracciones penales de tal condición incluidas en el art. 463 indicado; por lo que la cuestión que en amparo presenta por la parte actora no respeta los arts. 44.1.b) y 54 de la LOTC, al querer alterar el hecho probado de que parte el Tribunal Supremo y que es inatacable para este Tribunal Constitucional, ya que dijo no estar demostrada la publicidad, mientras que el recurrente asegura que existió, y también pretende conseguir que en amparo se examine un tema de mera legalidad, cual es el relativo al contenido del alcance de esa publicidad en el ámbito penal [...], el derecho a obtener la tutela judicial se cumple con acceder al proceso

ejercitando una pretensión, y luego de seguirse el proceso con las garantías procesales constitucionalizadas, obtener una decisión que la resuelva en relación con la contrapretensión, bien sea favorable o adversa al recurrente, como ha ocurrido en el supuesto de examen, sin poder convertirse a este órgano en una tercera instancia revisora de las decisiones de los Tribunales ordinarios, que no afectan a otros derechos y libertades fundamentales protegidos en el recurso de amparo».

B) OTROS CONDICIONANTES DE LA INICIACIÓN

a) El interés como condicionante solamente en delitos privados o semiprivados

La falta de interés solamente será condicionante en los delitos privados o semiprivados, en modo alguno en los públicos. La STC 40/1994, 15 febrero (RTC 1994, 40), F. 3º, estima el amparo, anula las resoluciones de inadmisión y se tendrá por admitida la querrela, puesto que se motiva la inadmisión fundando la «falta de interés», por no revestir la calidad de ofendida por el supuesto delito de «plagio» del art. 534 CP. Pero no siendo el delito privado o semiprivado, en el que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad del delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal, en los demás delitos públicos subsiste, como es sabido, en nuestro ordenamiento la acción penal popular consagrada en el art. 125 de la CE. Pues, bien, al amparo de dicha acción popular la recurrente pudo ejercitar la acción penal pública contenida en los arts. 101 y 270 de la LECrim, sin que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal autorice al Juez de Instrucción a inadmitir una querrela por alguno de los motivos distintos a los contemplados en los arts. 312 y 313 de la LECrim de entre las que no se encuentra, como no podía ser menos, la posibilidad de repeler *a limine* una querrela por la sola circunstancia de carecer el querellante de la cualidad de ofendido en un delito público. Por esta sola causa el amparo debe de ser estimado, pues se ha impedido indebidamente a la recurrente (quien, aun cuando no sea ofendida o perjudicada por el delito, sí ostenta, dada su cualidad de miembro de la comunidad universitaria y aspirante a la plaza de Profesor Titular en la que se valoraron como méritos las obras presuntamente plagiadas, un interés legítimo en la perseguibilidad de un delito de «plagio»), su derecho de libre acceso a la jurisdicción penal para la investigación de la comisión de un supuesto delito de carácter público con respecto al cual el ofendido no goza de poder de disposición alguno sobre la acción o la pretensión penal».

b) La previa licencia judicial para deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio

El CP ocasionalmente prevé condicionantes específicos para determinados tipos delictivos. Es el caso de injurias o calumnias vertidas en juicio, en el que se exige previa licencia del juez o tribunal que de él hubiera conocido. La STC 36/1998, 17 febrero (RTC 1998, 36), FF. 2º a 5º, desestima el amparo a pesar de que la previsión de los arts. 467.2 CP/1973 y 215.2 CP en cuanto prevé que «nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido», configura una restric-

ción del derecho a obtener la efectiva tutela judicial, aun cuando sea en principio constitucionalmente legítima «porque, con ella, se trata de “proteger a quienes han comparecido en un proceso de los trastornos de una acción penal cuando ésta traiga causa de las manifestaciones realizadas para defender intereses y posiciones propias” (ATC 1026/1986 [RTC 1986, 1026 AUTO])». Siempre que la decisión se encuentre motivada. La citada STC 36/1998 justifica esta previsión del modo siguiente: «como una garantía, en el derecho de defensa cuya finalidad, como presupuesto de procedibilidad para encausar a una persona por delitos de injurias y calumnias vertidas en juicio, consiste en evitar el apremio y la coacción que para aquélla supondría “la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal como consecuencia del contenido de las alegaciones formuladas en aquél” (STC 100/1987). Por ello, la competencia para otorgar la autorización se atribuye precisamente al juzgador ante quien se hayan formulado las manifestaciones supuestamente delictivas, que está en mejor situación para ponderar su significado y relevancia, así como el contexto en el cual se produjeron y las demás circunstancias del caso, con la libertad de criterio propia de la actividad judicial cuando, además, ha de ejercerse con un margen prudencial de discrecionalidad [...] esa respuesta fue dicha previa la ponderación de las circunstancias para calificar *prima facie* el significado penal de las expresiones y manifestaciones achacadas al querrellado y, en suma, si revestían o no la apariencia de constitutivas de algún delito contra el honor. En otras palabras, si, en atención a la finalidad peculiar de la autorización judicial, esas palabras iban encaminadas a la defensa de los derechos e intereses en juego, y dentro de sus límites, con lo que su persecución ulterior ante los Tribunales penales podría convertirse, de hecho, en un atentado contra ese derecho a la defensa o si, al contrario por rebasar tal ámbito, resultaban injustificadas y, por tanto, legítimamente reprochables (ATC 1026/1986). En verdad, la negación de la licencia para proceder en la vía penal significa que, implícita o tácitamente, las manifestaciones tachadas de injuriosas eran explicables por las circunstancias del caso, pero haciéndolo así, en el ejercicio del prudente arbitrio que la Ley le confiere, la Juez de Instrucción, primero, y la Audiencia Provincial después, no han vulnerado el derecho del actor al juez ordinario predeterminado y, por tanto, imparcial, ya que no se han inmiscuido en un ámbito ajeno, el correspondiente al proceso penal contra el presunto calumniador o injuriador ni han prejuzgado su culpabilidad o inocencia. Se han limitado a realizar la única ponderación que les era posible, apriorística y de plano como exige la Ley, *sine strepitu et iudicio*, si las palabras del querrellado eran inseparables del ejercicio de su derecho a la defensa, contestando en sentido positivo a la disyuntiva. El negar la licencia para proceder, o concederla, forma parte de la potestad de juzgar, meollo de la función jurisdiccional, propia de los Jueces con la plena independencia deseada constitucionalmente que veda a este Tribunal sustituir su criterio, cuando es razonable y razonado».

Esta previa licencia se limita única y exclusivamente a los supuestos a que se refiere el art. 215.2 CP, no a otros supuestos que puedan parecer más o menos análogos, como el del falso testimonio. Por ello que la STC 99/1985, 30 septiembre

(RTC 1985, 99), F. 4ª, otorga el amparo frente a sentencia que no entra en el fondo del asunto relativo a un falso testimonio cometido en proceso civil porque no concurría la autorización del órgano en el que se efectuó tal y como exigía el TS. Afirma que «como la exigencia de la autorización judicial previa concedida por el juez ante el que se prestó la declaración presuntamente constitutiva de delito de falso testimonio no viene impuesta por norma legal alguna y sí sólo por doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (anterior en todo caso a la vigente Constitución), procede declarar que tal exigencia vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la CE, que no puede verse trabado por decisiones judiciales no apoyadas en normas legales. Por todo lo cual procede otorgar el amparo solicitado y anular las Sentencias que en este caso violaron el derecho fundamental invocado».

c) La previa declaración de quiebra punible según el art. 520 CP/1973

También el CP/1973, contrariamente a lo previsto en el vigente art. 260 CP, se refería a la previa declaración de insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio. Por ello que el ATC 255/1983, 1 junio (RTC 1983, 255 AUTO), F. 2ª, estima inadmisibile el recurso de amparo frente a la decisión por la que la pendencia del proceso civil de quiebra veda el seguimiento de las actuaciones en la vía penal, siendo que el art. 44.1 b) LOPTP veda conocer de los hechos «y, además, que ciertamente la quiebra para ser punible exige la previa declaración judicial emitida en el correspondiente juicio universal, operando como supuesto procesal de perseguibilidad (art. 520 del Código Penal) quedando englobadas dentro de esta figura delictiva una larga serie de actividades que relaciona el art. 890 del código de Comercio, de entre las que cabe destacar, a los fines que en este momento interesan, alzamiento de bienes, la inclusión en contabilidad o en otros documento de bienes, créditos (...), siendo notorio que los hechos que se imputan en la querrela pueden estimarse incluidos en tal enumeración, puesto que se trata de alzamiento de bienes, estafas por percibos indebidos, apropiación de retenciones por cotizaciones fiscales a la Seguridad Social, simulación de insolvencia y créditos, ocultación y evasión de activo y hechos similares, todos de contenido patrimonial o económico, siempre afectantes e íntimamente relacionados con la gestión e intervención de los querrellados en la empresa mercantil, de todo lo cual se desprende que las resoluciones judiciales del orden penal antes reflejada no hicieron otra cosa que aplicar la normativa pertinente del modo que entendieron ajustada a Derecho, prestando, pues, a quienes hoy recurren en amparo la tutela efectiva establecida en el art. 24 de la CE, y sin que sea dado a este Tribunal Constitucional censurar con mayor intensidad o alcance aquellas resoluciones judiciales, que aunque parca contienen motivación en la que se basan, pronunciándose como ya se apuntó por la primacía del resultado del proceso universal de quiebra incluso frente a la invocación de un delito de alzamiento de bienes, materia en la que pueden existir opiniones doctrinales y jurisprudenciales discrepantes que no corresponde dilucidar a este Tribunal Constitucional».