

# MÓDULO INSTRUCCIONAL

## “PRINCIPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN Y LA CADENA DE CUSTODIA”

Consultores Internacionales

**JESÚS M<sup>a</sup> GARCÍA CALDERÓN**

Fiscal Superior de Andalucía

Granada, España

**JOAQUÍN GONZÁLEZ CASO**

Magistrado Juzgado de Primera

Instancia e Instrucción núm. 5

Cáceres, España

Impartido por:

**JOSÉ LUIS LEIVA MUÑOZ**

Fiscal Tribunal Superior de Justicia

Andalucía, España

Tegucigalpa-San Pedro Sula

Del 5 al 16 de mayo de 2008

## ÍNDICE

	Pág.
<b>1. Introducción a la Investigación e Instrucción Penal.</b>	<b>4</b>
1. <i>El proceso penal. Sus fuentes. Tipos de procesos penales.</i>	
2. <i>La competencia. Impropiedad de la jurisdicción.</i>	
3. <i>La investigación y la instrucción. Órganos competentes.</i>	
4. <i>Los sujetos de la investigación.</i>	
<b>2. Actos de investigación.</b>	<b>24</b>
1. <i>Actuaciones policiales previas.</i>	
2. <i>Los medios de prueba.</i>	
3. <i>Identificación del delincuente.</i>	
4. <i>La declaración del detenido o imputado</i>	
5. <i>Testigos y peritos</i>	
6. <i>El cuerpo del delito e intervención de efectos</i>	
7. <i>Intervenciones corporales</i>	
8. <i>Otros actos de investigación (inspección ocular, etc.)</i>	
<b>3. Ministerio Fiscal e Investigación Criminal</b>	<b>56</b>
1. <i>Naturaleza de la función fiscal. La idea de la imparcialidad</i>	
2. <i>La Etapa Preparatoria. Sus fases</i>	
3. <i>Ministerio Público y Policía judicial</i>	
4. <i>La posición de la persona investigada</i>	
5. <i>Otras formas de iniciación del proceso. La querrela</i>	
<b>4. Principios de la investigación penal (I)</b>	<b>76</b>
1. <i>La reserva sumarial: La información a la opinión pública</i>	
2. <i>Oportunidad y Legalidad.</i>	
3. <i>El objeto del proceso</i>	
4. <i>El principio de búsqueda de la verdad material</i>	

<b>5. Principios de la investigación penal (II)</b>	<b>111</b>
1. <i>Derecho al Juez imparcial y la separación de las funciones de instrucción y las de decisión</i>	
2. <i>Derecho de defensa.</i>	
3. <i>El principio de contradicción.</i>	
4. <i>Principios de necesidad y oficialidad. Inmutabilidad del objeto del proceso</i>	
5. <i>Documentación de las diligencias de investigación.</i>	
<b>6. La llamada Cadena de Custodia (I)</b>	<b>127</b>
1. <i>Principios inspiradores</i>	
2. <i>La presunción de inocencia y la correcta valoración de la prueba</i>	
3. <i>El examen corporal desde la perspectiva fiscal</i>	
4. <i>La proporcionalidad en la investigación</i>	
5. <i>El Principio de Oralidad</i>	
<b>7. La llamada Cadena de custodia (II)</b>	<b>138</b>
1. <i>Derecho comparado</i>	
2. <i>Caso de España</i>	
3. <i>Forma y gestión de muestras. Medicina Legal</i>	
4. <i>Doctrina de los Tribunales.</i>	
<b>8. Breve análisis de la investigación criminal en España</b>	<b>160</b>
1. <i>Nota histórica sobre el sistema procesal español</i>	
2. <i>La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881</i>	
3. <i>El debate sobre la instrucción en España</i>	
4. <i>El modelo de Policía Judicial</i>	
5. <i>La investigación fiscal y el Estatuto Orgánico de 1981</i>	
<b>9. El principio de especialización objetiva</b>	<b>185</b>
1. <i>La coordinación institucional</i>	
2. <i>Algunas notas sobre el cibercrimen y su tratamiento procesal</i>	

### 3. Conclusiones

## 1.- INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN PENAL

### ***Ideas preliminares.***

El presente módulo se integra dentro del marco del *Plan de Capacitación Interinstitucional de la Escuela Judicial de Honduras*, dirigido a Jueces, Fiscales y Agentes de Investigación dentro del *Programa de Fortalecimiento de la Carrera Judicial en Honduras, Fase III*.

Su finalidad puede resumirse en lo siguiente:

- Estudio y análisis de la legislación nacional e internacional sobre la materia.
- Examinar la legislación procesal deteniéndonos de manera esencial en los principios jurídicos relacionados con la investigación/instrucción penal y la que se ha denominado “cadena de custodia”.
- Actualizar el conocimiento de las normas aplicables en cada caso.
- Servir de foro de estudio y discusión práctica con los casos que se planteen para la puesta en común de la experiencia de cada uno de los asistentes.
- Compartir la experiencia que docentes y destinatarios del curso puedan aportar y servir de encuentro entre los diversos agentes de la investigación e instrucción penal para solventar las dudas y problemas que entre ellos surgen en la práctica diaria.

- Aportar la experiencia y los conocimientos que los ponentes puedan aportar en su dilatada carrera profesional en el mundo de la justicia y la docencia.

El módulo va dirigido a profesionales con diversa formación de ahí que haya que compaginar los conocimientos jurídicos de los profesionales del derecho con los que no lo son. Se pretende de profundizar en la problemática de la investigación y la denominada “cadena de custodia”, con aportación de la experiencia nacional e internacional. Tener conocimiento de cuales son los principios que dirigen la investigación en un sistema jurídico democrático y que asume los pactos internacionales de reconocimiento y respeto a los derechos humanos, así como ahondar en el concepto “cadena de custodia” del que pueden surgir numerosos problemas, facilitando la labor de todos los agentes de la investigación.

### ***1.1.- El proceso penal. Sus fuentes. Tipos de procesos penales.***

#### ***A) El proceso penal***

El proceso penal es una de las consecuencias ineludibles de la organización social y de la estructuración de una sociedad civilizada. Frente a las sociedades primitivas en las que el no existía el proceso penal tal como hoy se entiende, de modo que los conflictos se solventaban mediante reglas básicas auto composición y entregando a las víctimas ( o a su clan o familia) la persecución y castigo de los delincuentes, y lo que hoy denominamos acción penal quedaba exclusivamente en manos privadas. Cuando las comunidades se organizan y estructuran, era el Estado el que se atribuía el derecho y el deber de perseguir los

delitos e imponer las correspondientes penas. Se convierte así la persecución de casi todas las infracciones penales en algo público salvo excepciones cada vez menores. Esta asunción por el Estado de las facultades vindicativas que antes correspondían a los particulares, subsiste por regla general hoy en día y constituye, con algunas excepciones en sociedades tribales, una de las mas acusadas y palpables características de las sociedades modernas actuales.

El Estado se atribuye el “ius punendi” para determinar si un determinado acto antisocial es delictivo, si existe alguna persona responsables y establecer las correspondientes consecuencias jurídicas a través de penas y medidas de seguridad. Ejemplo de lo dicho lo encontramos en los artículos 25 y 92 del Código Procesal Penal (CCP) cuando el primero establece, que, *el ejercicio de la acción pública le corresponderá al Ministerio Público, el cual podrá proceder de oficio o a instancia de parte interesada. En los asuntos de su competencia, tal acción será ejercitada por la Procuraduría General de la República, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. También podrá ser ejercitada por las víctimas del delito, en su caso. Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, todos los delitos, excepto los comprendidos en los Artículos 26 y 27 de este Código y el segundo que corresponderá al Ministerio Público, por medio de sus funcionarios y órganos auxiliares, investigar los hechos punibles y promover la acción penal pública en representación de la sociedad, sin perjuicio de la legitimación de la Procuraduría General de la República, para ejercitar la acción penal en materias propias de su competencia.* Competencia que se repite en el artículo 6 de la Ley del Ministerio Público.

Lo anterior no impide que por cuestiones de política criminal el legislador decida atribuir la persecución de determinados delitos a la iniciativa privada, bien sea de forma exclusiva (artículo 27 del CCP) constituyendo los denominados delitos privados, bien únicamente para provocar la intervención del Ministerio Público (art. 26 del CCP) o los denominados delitos semipúblicos.

---

Aquí si es importante introducir una matización. Por clara influencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, aún en vigor, el Código Procesal Penal de Honduras, junto a la persecución oficial que se otorga a los miembros del Ministerio Público, se admite en el proceso penal la figura de la acusación particular o acusación privada (arts. 96 y ss del CPP). Esto cuesta mucho entender, por supuesto por sus características especiales, en los ordenamiento jurídicos de corte anglosajón pero, también, en los de corte continental, porque se dice (y a veces no falta razón), que en el ejercicio de la acción penal pública no tiene sentido que un particular pueda tener la llave del proceso y la asunción de una facultad (la de acusar) exclusiva del “ius punendi” del Estado y además que la posibilidad de la personación y el ejercicio de acciones penales por particulares supone una desconfianza en el Ministerio Público. Sólo en los ordenamiento jurídicos de influencia española nos encontramos con figura tan peculiar como la del acusador privado. Ahora bien, no estaremos tan equivocados cuando en otros ordenamientos jurídicos –caso paradigmático es el francés- se ha admitido en reformas recientes la introducción del ejercicio de las acciones civiles por particulares dentro del proceso penal.

En este punto se puede reseñar que en los países de tradición hispanoamericana en los que tradicionalmente se admite el ejercicio de las acciones penales por los particulares, dicha posibilidad está tan insita en la retentiva colectiva que su exclusión puede provocar serios conflictos sociales. El ejemplo de la legislación de menores en España es significativo. Tras la declaración parcial de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional español del la antigua legislación represora de las conductas delictivas cometidas por la denominada delincuencia juvenil regulada en un Decreto de 11 de junio de 1948 y el correspondiente “parche” en 1992 para salvar la inconstitucionalidad de la norma, se promulga la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Pues bien, su artículo 25 prohibió

expresamente a los particulares el ejercicio de acciones. Ciertos delitos execrables cometidos en un corto espacio de tiempo por menores de edad, cuya violencia criminal en ocasiones es superior a la de los mayores, como hemos podido comprobar todos los que hemos tratado con este tipo de conductas, provocó una extensa polémica que llegó por los medios de comunicación al Parlamento, quien se vio obligado en el año 2003 a modificar la norma y permitir a los particulares el ejercicio de las acciones penales con la figura de la pertinente acusación particular.

El proceso penal viene definido por las notas de juridicidad y jurisdiccionalidad. El proceso penal no es una simple sucesión de actos relacionados y armonizados, sino que estamos hablando de actos jurídicos ajustados a un ordenamiento legal y con contenido jurídico. Tampoco cualquier persona puede realizar tales actos, sólo los órganos específicos creados por el Estado para tal fin, aquellos que tienen jurisdicción y concretamente en lo que aquí interesa, jurisdicción penal. De ahí que el artículo 1 del CPP nos diga, *Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado.* Y aunque no plantea dudas que el Ministerio Público no realiza actos jurisdiccionales, de modo que no tienen tal carácter la etapa preparatoria en cuanto se refiere a la investigación preliminar, tampoco debe plantear dudas, pese a que existen numerosas discusiones doctrinales, que la intervención del Juez en esa fase de investigación o instrucción premilitar (v. gr. art. 277 del CPP) convierte un acto extrajurisdiccional en jurisdiccional.

## ***B) Las fuentes del proceso penal.***

El proceso procesal penal en cuanto es penal participa del carácter legalista del derecho penal y por ello por el principio de legalidad o “nulla poena sine previo proceso”. Ello implica que el juicio o proceso haya sido establecido con anterioridad por ley escrita y publicada, para que el delincuente sepa, además del delito que ha cometido y de las penas que puede llevar aparejado, conozca cual es el Tribunal que le va a juzgar y con qué garantías.

*Muestra de ese principio es el artículo 1 del CPP que establece que ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado.*

Junto a esta fuente directa hay otras fuentes indirectas o auxiliares recogidas en la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina científica a las que se refiere el artículo 19 de CPP. Como tales no son fuentes directas del derecho procesal penal sino fuentes indirectas o de conformación e interpretativas. Nótese que el precepto citado termina por decirnos que las fuentes auxiliares serán tenidas también en cuenta en la actividad judicial. En esa función auxiliar o interpretativa sólo pueden serlo respecto a la fuente directa: la ley

### ***C) Tipos de proceso penal.***

Desde el punto de vista histórico y conceptual puede hablarse de dos tipos de procesos: el acusatorio y el inquisitivo.

En cuanto al proceso acusatorio, existe un claro deslinde entre la función postulante o acusatoria y la función decisoria; los órganos de la acusación (pública o privada) y de resolución (individual o colegiada), son diferentes no sólo orgánica sino funcionalmente. El tipo inquisitivo se caracteriza por lo contrario, esto es, por reunir en una sola persona las funciones de investigar, acusar y resolver. Además de la característica anterior, el sistema acusatorio se caracteriza por la publicidad de los debates, la oralidad, la contradicción y la igualdad de partes, la limitación de las facultades del Juez en la dirección procesal, la introducción de las pruebas por las partes y la única instancia. Sin embargo, en el proceso inquisitivo, las actuaciones son secretas, la ausencia de contradicción, amplias facultades del Juez en el proceso y la introducción de las pruebas de oficio y la doble instancia.

Los sistemas contrapuestos que hemos señalado y que tuvieron diferentes orígenes históricos, v.gr. el sistema acusatorio era el propio de los griegos y de la Roma clásica y el inquisitivo triunfó con el Imperio romano y el derecho canónico, no tienen sentido en la actualidad. El tránsito de una acusación privada a una acusación pública conferida al Ministerio Fiscal y el especial relieve que cobran los intereses de la sociedad y del Estado, así como el progresivo respeto a los derechos Humanos, han influido en el hecho que en la actualidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos – y, por supuesto, entre ellos el hondureño- el proceso penal es una combinación de los dos sistemas, surgiendo con ello los llamados sistemas mixtos. Sus características es la de juicio oral y público con diferencia entre la acusación (privada o pública) y el órgano decisorio (Tribunal de Jurado o Tribunal de Magistrados); igualdad y contradicción entre acusación y defensa;

posibilidad, ciertamente con ciertos límites de que el Tribunal intervenga en la prueba propuesta por las partes y pueda proponer algunas pruebas no propuestas por dichas partes y que considere fundamentales y preparación del juicio mediante una investigación breve y sumaria, secreta y escrita otorgada a órganos de la investigación (policía, Ministerio Público, Gran Jurado, Juez de Instrucción) distintos de los que en su día han de celebrar el juicio oral y público.

Haciendo una comparación entre el sistema todavía vigente en España y el que rige en Honduras, en España rige el sistema procedente del Código napoleónico con la figura en la investigación criminal del Juez de Instrucción, eso sí, con absoluta separación entre las funciones de instruir y juzgar y con una sola excepción: el proceso de menores. En cuanto a Honduras, como es sabido de todos los asistentes, en 1999 se produce en Honduras una importante reforma procesal, que entra en vigor el 20 de febrero de 2002 (artículo 447 CPP). Desde ese momento se adopta la *fase de investigación* basada en el modelo de enjuiciamiento criminal anglo-norteamericano, en el que no existe un Juez Instructor, el peso de la investigación lo lleva el Ministerio Público desde un punto de vista formal, y desde un punto de vista material la Policía. Este modelo, con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico, se va extendiendo mundialmente: Alemania, Italia, Dinamarca, Portugal, Cortes y Tribunales Internacionales (del Tratado de Roma, para los Crímenes de la Ex Yugoslavia, para los Crímenes de Ruanda,...), etc. Incluso en Francia, auténtico origen del modelo basado en la figura del Juez de Instrucción, está evolucionando y cada vez encomienda más funciones en esta materia al Ministerio Público.

### **1.2.- La competencia. Improrrogabilidad de la jurisdicción.**

Si la jurisdicción es la potestad genéricas atribuida a los Jueces y Tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y así se recoge en el artículo 304 de la Constitución de Honduras la competencia es una segunda categoría que

sirve para individualizar, dentro de la multiplicidad de órganos que existen, aquél que en el caso concreto está llamado a ejercer la jurisdicción. Como es de ver no se refiere a los conocimientos del titular del órgano jurisdiccional, sino a su relación con el objeto del proceso. El requisito de la competencia está establecido en el artículo 1 del CPP cuando nos dice: *en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente.*

Se trata en primer lugar de la necesidad de que el órgano que interviene en el proceso penal esté investido de jurisdicción. Así en la jurisdicción penal los órganos investidos de jurisdicción son la Corte Suprema de Justicia, las Cortes de Apelación, los Tribunales de Sentencia, los Jueces de Letras, los Jueces de Paz y los Jueces de Ejecución.

En segundo lugar, el Juez competente es el establecido por con carácter general por las leyes de competencia. Es decir, el Juez competente no es cualquier Juez sin el predeterminado por la ley. Así se deduce del artículo 90 de la Constitución cuando señala que *nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece.* Y también viene establecido en las Convenciones sobre derechos humanos, tanto en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. En el artículo 8, núm. 1 de esta última se establece que *toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley*, precepto que se repite casi igual en el art. 6.1 del Convenio Europeo. Es el denominado el derecho al Juez natural y la prohibición del Juez “ad hoc”.

En la clasificación de la competencia se distingue entre competencia objetiva, funcional y territorial. Por virtud de la competencia objetiva se distribuyen el conocimiento de los asuntos en relación con la materia y la persona presuntamente responsable entre los diversos órganos jurisdiccionales en un primer grado. Una vez hecha la determinación anterior, se distribuye el conocimiento de los asuntos entre los distintos órganos del mismo tipo con lo que llegamos a la denominada competencia territorial y, finalmente, partiendo del hecho de que en un mismo asunto han de conocer sucesivamente órganos de distinto orden, (investigación, enjuiciamiento, recursos y ejecución) hay que fijar el órgano que ha de conocer en cada fase procesal, o la denominada competencia funcional.

Así en los artículo 55 a 60 del CPP se establece la competencia objetiva de los distintos órganos por razón de la materia, aunque también se establecen las distintas manifestaciones de competencia funcional y en los artículos 61 a 7º la denominada competencia territorial.

El modelo procesal vigente en Honduras establece tres fases o etapas bien diferenciadas. Por una lado la fase de investigación e instrucción, en segundo lugar la fase posterior de enjuiciamiento y finalmente la fase de ejecución.

Puesto que las reglas que hemos visto tienen el carácter de indisponibles para las partes, son inderogables. En ocasiones, fundamentalmente en la jurisdicción civil, la competencia territorial tiene el carácter de disponible para las partes de manera que puede ser objeto de prorrogación por las partes, pero nunca las competencias objetiva y funcional. En el ámbito penal la competencia territorial se somete al mismo tratamiento que los otros dos criterios competenciales, haciéndolo constar expresamente el artículo 54 del CPP cuando nos dice en su párrafo tercero que la jurisdicción en materia penal será improrrogable y comprenderá, 1) *El conocimiento de los delitos y faltas cometidos en el territorio*

*nacional, salvo lo establecido por el Código Penal, por este Código y por las normas del Derecho Internacional vigentes en la República; y, 2) El conocimiento de los delitos cometidos en el extranjero en los casos que el Código Penal señala.*

Es este una aplicación estricta del principio de legalidad en el sentido de que las normas de competencia y, particularmente, de competencia territorial no toman la consideración en el orden penal ( a diferencia del orden civil) la comodidad o la utilidad que para las partes entrañen los pactos sobre este tipo de competencia, ya que teóricamente los jueces de cada categoría poseen las misma aptitud para actuar, porque estamos hablando de la investigación y enjuiciamiento de unos hechos que no sólo interesan a los particulares sino a toda la sociedad.

### ***1.3.- La investigación y la instrucción. Órganos competentes.***

La instrucción se ha diseñado como una actividad de mera preparación del juicio oral y, por tanto, subordinada a este momento culminante del procedimiento; como dispone el art. 92 ya citado del CPP, *corresponderá al Ministerio Público, por medio de sus funcionarios y órganos auxiliares, investigar los hechos punibles y ... Con tal propósito, realizará todos los actos que sean necesarios para preparar la acusación...* E, igualmente, el artículo 272 de dicho Código nos dice *que en la investigación de la verdad, la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente, practicará todas las diligencias pertinentes y útiles, para determinar la existencia del hecho punible y tomará en cuenta las circunstancias que, de acuerdo con la ley penal, sean importantes para establecer el grado de responsabilidad de los agentes.*

Se trata, pues, de diferentes finalidades que en todo caso tienden a la preparación del juicio oral.

---

Desde esta perspectiva, la instrucción ha de ser rápida y secreta (art. 278 del CPP), para respetar la presunción de inocencia de quienes, en muchos casos sin imputación judicial, se hallan sometidos a un proceso penal.

Sin embargo, en la actualidad esta fase del procedimiento ha cobrado en todos los países modernos una relevancia desmesurada, que ha logrado eclipsar en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del enjuiciamiento. La instrucción se ha convertido en la piedra angular del proceso penal, no sólo por lo que en ella se obtiene, sino por su trascendencia en la represión, con lo cual se han traicionado sin un ápice de resistencia los dos principios básicos de este momento del procedimiento.

En efecto, una de las razones que provoca en la práctica la desmedida duración de la instrucción ha sido precisamente su exhaustividad, debido en buena medida al hecho de que el agente encargado de la investigación no investiga para sí, y no puede conocer qué busca y cuándo ha obtenido lo suficiente para formular acusación, sino que normalmente investiga para poder formalizar en su día la correspondiente acusación. Esta circunstancia eterniza la investigación de los delitos más graves, lo que ha sido muy criticado en Europa, tanto en los países de corte anglosajón como continental por quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues indebida es la demora en la resolución cuando las diligencias y actuaciones que se practican, por muchas que sean, no son conducentes de forma inmediata o mediata a la obtención de la respuesta judicial. Y no siempre se respeta el secreto de la investigación, como luego veremos, pues en ocasiones, por las vías que sean, termina siendo una fase casi pública. Este incumplimiento de la idea de la investigación que subyace en las leyes no sólo suponen un nuevo ejemplo del menosprecio a las normas sino que en este caso puede quedar afectada incluso la presunción de inocencia.

Por ello la instrucción, concebida como una fase instrumental del juicio, que comprendía actuaciones meramente preparatorias, ha acrecentado su valor y adquiere una gran relevancia en el resultado del proceso. Aunque se haya acabado con la tradicional práctica de asumir en el acto del juicio todo el material obtenido durante la instrucción sin una verdadera contradicción, y se hayan logrado perfilar los supuestos en que pueden ser valoradas en la sentencia actuaciones de la fase anterior del procedimiento, el valor de la instrucción no es escaso. Así, el artículo 277 del CPP establece los supuestos en los que una prueba practicada durante la instrucción puede tener el valor de prueba anticipada.

Para evitar las consecuencias perniciosas de una investigación prolongada se han propuesto varias formas de solucionar la cuestión: por un lado, podría establecerse un plazo máximo de duración de la investigación de los procesos penales, una vez que ésta se dirige contra una persona determinada. De ese modo, se impediría mantener al imputado sometido a una investigación que se adivina en muchos casos como eterna, olvidando la aflicción que ello supone, de la que le resulta imposible desprenderse porque el cierre de la instrucción depende del criterio ajeno, concretamente de la decisión del Ministerio Público (art. 284 del CPP). Con la medida del plazo máximo se exige la apertura del juicio oral antes de que se supere el mismo, o se perderá la persecución de la conducta irremediablemente; de esta forma, el Estado se compromete a agilizar los trámites, disminuyendo la incertidumbre y la zozobra para el imputado. En el caso hondureño se establece un límite para la celebración de la Audiencia Preliminar de 60 días desde que se firme el auto de prisión o la declaratoria del reo, plazo que puede prorrogarse en supuestos excepcionales por otros 60 días (artículo 300 del CPP).

Por otro lado, debería procurarse que se limitaran las informaciones sobre el sometimiento de una persona a un proceso penal, dada la trascendencia que para el imputado tiene el conocimiento general de esa noticia, puesto que

---

normalmente se da y se lee como equivalente a una sentencia condenatoria, debiendo exigirse el cumplimiento del carácter secreto de las investigaciones.

Finalmente, y en tercer lugar, debería limitarse la instrucción a las diligencias imprescindibles y evitar por todos los medios que en el juicio se pueda tener presente cualquier actuación instructora, salvo que se trate de una prueba anticipada o de preconstitución probatoria.

El modelo procesal liberal ha conocido en las últimas décadas -después de la Segunda Guerra Mundial- un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos y americanos, tomando como referencia el proceso anglo norteamericano y, esencialmente, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el Ministerio Fiscal, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo la responsabilidad y el peso de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento.

Las dos modificaciones esenciales se refieren, pues, a lo siguiente: por un lado, se atribuye la responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos, se encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento. Por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos -en Europa el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en América la Convención Americana sobre Derechos Humanos- se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa que debe asistir al imputado.

El movimiento innovador, se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal -*Ley Orgánica*

*del Ministerio Público* de 1986 y *Código de proceso penal* de 1987- y en Italia - *Codice di procedura penale* de 1988-. El Ministerio Fiscal deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo le venía dada la facultad de vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de las diligencias que considerase necesarias. La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, al producirse un cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el Juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse en ningún momento de la instrucción respecto de las líneas y de las estrategias de investigación.

En el caso de Honduras ya hemos mencionado el artículo 92 del CPP en cuanto a las funciones del Ministerio Público

Sin embargo, esta función no le es otorgada con carácter exclusivo, puesto que en el ya mencionado artículo 272 CPP se dice que *“En la investigación de la verdad, la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente, practicará...”*

Ahora bien, como es imposible que una investigación pueda desarrollarse eficazmente si no se precisa claramente quién es verdaderamente el competente para llevarla a cabo, estimamos que debe prevalecer la norma del artículo 92 CPP, entendiéndose que el Ministerio Público, cuando no lleve él mismo la investigación, será el director formal de la misma, realizando los actos materiales la Policía Nacional.

Esto se expresa en el artículo 279 CPP, al hablar del principio de oficialidad y decirnos que *“en el cumplimiento de sus funciones, los miembros de la Dirección*

---

*General de Investigación Criminal (DGIC), actuarán por propia iniciativa, de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por los Fiscales y ejecutarán las órdenes de actuación concreta que de ellos reciban, en relación con el hecho investigado, cumpliendo sus cometidos de modo que se alcancen los fines perseguidos por aquellos.*

*Lo mismo harán los miembros de la Dirección General de la Policía Preventiva cuando desempeñen funciones de investigación criminal. Los directores de las respectivas instituciones establecerán los procedimientos de coordinación necesarios para el logro de tal fin”.*

Pese a que en la actualidad la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) ya no es un órgano dependiente del Ministerio Público, al haberse derogado el Capítulo III “De la dirección de la investigación criminal” del Título III de la Ley de Ministerio Público en virtud del Decreto número 156/1998, de regulación de la Ley Nacional de Policía, de lo dispuesto en la Ley del Ministerio Público en su artículo 16.4 así como de lo previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional debe concluirse necesariamente que éste sigue ostentando, como una de sus atribuciones, la dirección, orientación y supervisión de las actuaciones de dicho cuerpo policial de investigación, que serán ejercidas bajo la conducción jurídica del miembro del Ministerio Público asignado al caso, es decir competencia formal- versus competencia material.

Aunque el artículo 279 permite a la DGIC actuar por propia iniciativa, en todo caso lo harán *de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por los Fiscales, debiendo ejecutar las órdenes de actuación concreta que de ellos reciban*. Asimismo, tienen la obligación de informar al Fiscal correspondiente, a la mayor brevedad, y, en todo caso, dentro de las seis horas siguientes a la recepción de la información, de cada delito de que tenga noticia (artículo 283 del CPP). Esta función de dirección y supervisión se extiende a la Policía de Lucha

contra el Narcotráfico y a la Dirección de Medicina Forense de la cual dependen los laboratorios criminalísticos y de ciencias forenses y las clínicas de las especialidades forenses necesarias (artículo 16.4 de la Ley del Ministerio Público.

Sin duda, la investigación a cargo del Ministerio Público, es una de las modificaciones más importantes que se producen en el proceso penal hondureño una vez que se produce la recepción de la legislación comparada señalada. Ahora bien, de ninguna manera que desaparece el control jurisdiccional en lo que hasta entonces se venía conociendo como instrucción. En el fondo lo que se hace es separar dos aspectos que antes se encontraban unidos en ese concepto: la *investigación*, que pasa a ser responsabilidad del Fiscal, y el *control jurisdiccional* en garantía de los derechos en juego, que lógicamente se mantiene en el ámbito estrictamente judicial. Incluso en aquellos casos en que, por razones de urgencia, se contempla la posibilidad de que ciertas decisiones que implican limitaciones de derechos puedan ser tomadas por el Ministerio Público o, a veces, por la Policía (artículo 206 CPP, en cuanto al examen corporal; artículo 212 CPP respecto del allanamiento de morada en caso de flagrancia, o para impedir la comisión de un delito, o para evitar la fuga de un delincuente, o para evitar la destrucción, pérdida u ocultamiento de las pruebas o evidencias...; artículo 221 CPP acerca de la interceptación de correspondencia...), se debe realizar una comunicación inmediata al Juez y éste, por auto motivado, convalidará o anulará lo realizado.

En definitiva, ahora el Juez, como garante de los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso, cumplirá sus funciones dentro del marco constitucional establecido en el artículo 304 de la Constitución hondureña, es decir, juzgar y ejecutar lo juzgado.

Si los agentes que intervienen en la investigación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 93 del CPP actúan con absoluta objetividad y su nombramiento y promoción no están sometidos a los avatares partidistas, el

---

sistema puede tener ventajas sobre el anterior en el que el Juez de Instrucción percibe una especie de situación un tanto esquizofrénica en la que por un lado trata de investigar en una dirección determinada para conseguir el material probatorio que permita la apertura del juicio oral y, por otra, es el garante de los derechos del imputado.

Cierto es que en la instrucción existen actos típicos de ejercicio de la potestad jurisdiccional, como ordenar la prisión o la libertad, acordar allanamientos de morada o practicar anticipadamente la prueba. Pues bien, aceptando que esas concretas actuaciones tengan naturaleza jurisdiccional porque o bien suponen una labor de enjuiciamiento o bien se realizan en protección de derechos fundamentales, es lo cierto que la instrucción comprende otras muchas actuaciones que escapan de la esfera jurisdiccional por mucha extensión que pretenda darse al término. Naturalmente que la adopción de medidas cautelares personales, la práctica anticipada de la prueba o las diligencias que supongan restricción o privación de derechos fundamentales deberá seguir atribuida a la autoridad judicial, pero no necesariamente a un Juez de la investigación sino a un Juez defensor de los derechos de las partes mientras duran aquellas actuaciones previas al juicio.

Y el peligro que siempre se ha reseñado de que el Ministerio Público pueda limitar los derechos de los otros intervinientes negándose a la práctica de determinadas pruebas se solventa en los ordenamientos modernos con la posibilidad de que el imputado y, en su caso, el acusador privado de acudir al Juez para que ordena la práctica de alguna diligencia de prueba (artículos 97 y 101 núm. 11 del CPP).

#### ***1.4.- Los sujetos de la investigación.***

Como en el proceso penal no está clara la diferenciación de partes que existen en otros procesos, en numerosas ocasiones los autores prefieren hablar de sujetos. En la investigación difícilmente se puede hablar de partes cuando el protagonista es el sujeto sometido a ella. Y en realidad no existe alguien, que con una base real o presunta de derecho subjetivo o de interés, pretenda, como en el proceso civil, una tutela jurídica que es la causa determinante de la posterior intervención del órgano jurisdiccional, que como se dijo en líneas anteriores el único sujeto titular del derecho que se hace efectivo en el proceso, el “ius punendi”, es el Estado de modo que el Ministerio Público y el acusador privado, al postular la justicia ejerciendo la acción penal lo hacen como instrumento de ese derecho del Estado. Y en cuanto al imputado en cuanto si tiene un interés subjetivo –conseguir el archivo del proceso o una sentencia absolutoria si el juicio oral se llega a abrir- si pondría considerársele como parte, pero en realidad se halla sometido al proceso penal, pudiendo recaer sobre su persona o sobre su patrimonio una serie de medidas cautelares, de modo que es el sujeto pasivo o sometido al proceso penal.

A los sujetos procesales dedica el Código Procesal Penal el Título III del Libro I. Ya hemos hecho referencia a los órganos jurisdiccionales y hemos dicho cuales son los agentes de la investigación en el capítulo anterior. Una primera distinción habla de partes acusadoras y de partes acusadas. Dentro de las primeras está el Ministerio Público en los artículos 92 a 95 y en su ley específica de 13 de diciembre de 1993.- y el acusador privado. Y entre los segundos el imputado y sus defensores.

En el caso de los delitos públicos el Ministerio Público y el imputado son partes necesarias y el acusador privado parte contingente. Y en los delitos de

---

exclusiva persecución privada (artículo 27 del CPP), la víctima, a través del correspondiente acusador se convierte en parte necesaria.

Mención aparte merece la figura de la acción popular en la que nos detendremos.

Dicha figura tiene su origen en España y con algunos antecedentes en Inglaterra. Como hasta 1882 no se dotó de una ley procesal moderna, el legislador, tal vez como consecuencia de una mala conciencia por el atraso en dotarnos de los oportunos instrumentos, y en contra del criterio de la ciencia y de los demás ordenamientos jurídicos europeos, adopta alguna institución que distorsiona toda la concepción del proceso penal. Así sucede con la acción popular que, sin embargo, rectamente entendida, puede proporcionar al sistema procesal un elemento de enorme importancia para salir al paso de ciertas deficiencias.

La acción popular surge en el ordenamiento jurídico español en el campo del proceso penal y para la persecución de ciertos tipos delictivos que se consideraban más altamente reprochables, o de más amplia repercusión social. En esta consideración, la Constitución de 1812 reconoce la acción popular para la persecución de los delitos cometidos por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones: el soborno, el cohecho y la prevaricación (art. 255).

En el ámbito del proceso penal la acción popular se generaliza para todos los delitos públicos con la aprobación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, tal vez por un movimiento de reacción frente al oscurantismo de siglos anteriores y frente al peso de la Inquisición española y su propia dinámica procesal. Y tan arraigada queda en el memorial colectivo que en el artículo 125 de la Constitución de 1978 se establece que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular.

De España ha pasado a algunos ordenamientos jurídicos sobre todo en el mundo hispanoamericano, Y con amplias limitaciones se recoge en el Código Procesal Penal de Honduras. Cuando al regular en el artículo 96 la figura del acusador privado en los delitos públicos, facultad que se concede únicamente a la víctima o su representante legal, en el párrafo tercero se admite la intervención de terceros no ofendidos por la infracción cuando se nos dice que, *el mismo derecho tendrá cualquier persona, natural o jurídica, contra los funcionarios o empleados públicos que, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, hayan violado derechos humanos.*

Es decir, cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas hayan violado los derechos humanos, ya no se restringe el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público o a la víctima del delito, sino que cualquier persona física o jurídica podrá actuar en el proceso como acusación privada.

## **2.- ACTOS DE INVESTIGACIÓN .**

### ***2.1.- Actuaciones policiales previas.***

Tradicionalmente el proceso penal se divide en tres fase: investigación, fase intermedia y enjuiciamiento. Nos interesa hablar ahora de la primera fase.

Aunque el momento decisivo es el juicio oral, pues en él se han de practicar las pruebas que pueden justificar una condena, esta fase inicial resulta inevitable, pues es preciso individualizar el objeto del enjuiciamiento a través de una actuación que permita identificar el hecho y las personas a quienes se imputa una participación en su ejecución. Tiene una profunda importancia pues en ella no

---

solo se practican investigaciones y otras actuaciones que tienden a fijar posiciones respecto de la presentación de una acusación, o a asegurar la presencia del sospechoso ante la Justicia, o a proteger a la víctima, sino también a identificar y asegurar los medios de prueba que van a permitir a las partes acusadoras y defensoras sostener sus respectivas posiciones. No puede ignorarse, además, que en ocasiones lo actuado antes del juicio oral resulta relevante a efectos de una sentencia condenatoria, de ahí que la previa investigación de los delitos se convierta en el mayoría de los casos en una fase absolutamente necesaria para preparar las dos fases posteriores.

En suma, la labor previa de investigación, que ha de servir de inicio al proceso penal es de extraordinaria importancia para permitir posteriormente pasar a la fase intermedia y al juicio oral; para conseguir el fin esencial del proceso penal, el descubrimiento del delito del autor y sus circunstancias y el castigo del culpable. También está orientada a la búsqueda y aseguramiento de elementos que puedan servir de prueba en el futuro.

Son las características del hecho concreto que se investiga las que determinarán la amplitud y complejidad de estas actuaciones. Al lado de hechos que no exigen en realidad más que una somera investigación, pues sus elementos esenciales resultan sin dificultad de la denuncia y pueden acreditarse por las manifestaciones de los testigos presenciales, habrá otros que exigirán una investigación compleja, amplia y extensa, referida tanto a sus objetivos, como a su duración, y también a la realización de actuaciones orientadas a la preconstitución de pruebas o a la adopción de medidas cautelares. La inclinación del caso concreto hacia uno u otro de los lados expuestos no dependerá de la pena asignada por la ley al delito, como ha parecido entender en ocasiones algunos legisladores para asignar una u otra clase de procedimiento, sino del hecho investigado, en ocasiones más complejo que en otras.

Ahora bien, debemos dejar sentado que el proceso penal no empieza hasta que interviene el órgano jurisdiccional competente, por lo que en el periodo de investigación preliminar, salvo en los supuestos de intervención del Juez o la práctica de prueba anticipada con todas las garantías (artículo 277 del CPP) en los que ya podemos hablar de proceso y, de hecho, el mencionado precepto se intitula sin dar lugar a dudas como “actos jurisdiccionales”, no estamos ante actos propiamente procesales.

De acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Penal (v. gr. artículo 279) y la Ley Orgánica de la Policía Nacional esta es una de las funciones de la policía. De conformidad con el artículo 30 de esta última ley, la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) es un órgano que tiene por objeto, de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por los Fiscales, como ya se dijo en líneas anteriores, *investigar los delitos, el descubrimiento de los responsables, la recepción de las declaraciones preliminares de los sospechosos, proporcionar a los órganos competentes la información necesaria para el ejercicio de la acción penal, cumplir con las directrices que emita la persona nominada por el Ministerio Público responsable del caso y poner a la orden de la autoridad competente las personas indiciadas como responsables*. Concreta el artículo 32 de la Ley Orgánica de Policía Nacional las funciones de investigación de la DGIC.

La actuación en estos casos de la policía se puede producir de oficio (por iniciativa propia nos dice el art. 32. 1 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional y el art. 279 del CPP), existiendo el deber de la DGIC de proceder a la investigación en cuanto tenga conocimiento de la comisión de un hecho que revista los caracteres de infracción penal de persecución pública, sin perjuicio de las directrices y orientaciones generales que impartan los Fiscales y bajo su conducción jurídica (art. 33 de la citada Ley Orgánica). A la mayor brevedad y, en todo caso, dentro de las seis horas siguientes a la recepción de la información de cada delito del que conozcan deben ponerlo en conocimiento del Fiscal (art. 283 del CPP). Interesa

ahora resaltar que aunque la Policía tiene la obligación iniciar una investigación sobre un delito de forma autónoma, tiene igualmente la obligación de comunicarlo al Ministerio Fiscal.

De toda esta normativa se desprende con claridad que quien investiga es la Policía y que lo hace en régimen de dependencia funcional de los miembros del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las facultades en la instrucción de Jueces, Tribunales. De esta afirmación han de derivarse otras tres de modo inmediato.

Es importante señalar que los criterios de actuación de las autoridades encargadas de la investigación están orientados además y, entre otros, por los criterios de respeto a los derechos fundamentales de la persona y objetividad. Al primero se refiere el artículo 275 que nos dice que *en la práctica de toda diligencia investigativa, las autoridades encargadas de la investigación preliminar guardarán el más absoluto respeto a los derechos individuales consagrados por la Constitución de la República, por los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte y por este Código*. Y al segundo, el último párrafo del art. 273 al señalar que *las investigaciones de las mencionadas dependencias comprenderán no solo los cargos que se hagan al imputado, sino también los hechos que puedan servir para su defensa*. Es decir, en la investigación hay que hacer constar lo favorable y lo adverso.

## **2.2.- Los medios de prueba.**

Como precisión terminológica debemos principiar diciendo que el título VII del Libro I del Código Procesal Penal se refiere a “los Medios de Prueba”, cuya finalidad es, como nos indica el artículo 198, es *el establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código*. Los medios de prueba son los instrumentos de que nos servimos para aportar elementos de convicción al proceso con la finalidad de

---

averiguar los delitos, sus autores y circunstancias y obtener la correspondiente consecuencia penal (pena o medida de seguridad).

A diferencia de los medios de prueba en sentido estricto, contamos con los actos de investigación. Una determinada actividad de los funcionarios y encargados de la persecución de los delito puede ser un simple medio de investigación o de prueba según quien los realice, porque en el proceso penal sólo las realizadas ante la autoridad judicial con todas las garantías (intervención de las partes, contradicción, inmediación, etc.) pueden tener en puridad de condiciones la condición de medio de prueba.

Normalmente, los actos de prueba tendrán lugar durante el juicio, sin otras excepciones que las llamadas “pruebas anticipadas” o las denominadas “pruebas preconstituidas”, que son aquéllas de imposible realización en el juicio y cuya práctica se anticipa con todas las garantías que serían exigibles en aquél (ante autoridad judicial competente, con intervención de las partes, etc.) y sobre a las que más adelante se hará referencia.

Como ejemplos, podemos citar los elementos materiales recogidos en el lugar de los hechos, los incautados en un registro personal o en un registro domiciliario, los intervenidos como consecuencia de un secuestro judicial o de una intervención telefónica o de correspondencia, o las declaraciones que puedan realizar quienes hayan sido testigos de unos hechos presuntamente delictivos, o los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que puedan ofrecer determinadas personas en relación con los hechos investigados y sometidos a enjuiciamiento, o las manifestaciones que pueda realizar el imputado o acusado, entre otros.

De forma generalizada se viene distinguiendo entre los siguientes medios de prueba:

- Declaración del imputado o detenido e identificación del delincuente.
- La comprobación del delito o cuerpo del delito.
- Prueba testifical: medio de prueba que tiene por finalidad la aportación de percepciones subjetivas de hechos relacionados con el objeto del proceso que una determinada persona ha percibido por sus sentidos.
- Prueba pericial: medio de prueba cuyo finalidad es aportar al Tribunal los conocimientos especializados científicos, artísticos o prácticos de los que aquél carece.
- Prueba documental: su fin es aportar datos o hechos de relevancia e incidencia en el proceso, datos que están incorporados a un soporte de cualquier tipo.
- Inspección ocular: en virtud de cual se examina de manera directa determinados objetos, lugares o vestigios que tienen relación directa con los hechos sometidos a su decisión.
- Reconstrucción de hechos, por la que se intenta reproducir aquello que presuntamente habría ocurrido en el momento y lugar de los hechos, habida cuenta del resultado de las otras pruebas practicadas.

Hay que tener en cuenta que estos, que son los medios que tradicionalmente se han considerado como procedentes en el proceso penal (y en caso todos los procesos) no constituyen un “*numerus clausus*”, como se pone de manifiesto en el artículo 199 del CPP, pues se permite la utilización de *cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables*. Se permite la analogía en el párrafo siguiente y se establece la pertinencia y utilidad del medio propuesto en el párrafo tercero del precepto. Como no podía ser de otra manera en el artículo 200 se prohíbe la prueba ilícita y las consecuencias de tal prueba o lo que se ha denominado prueba “contaminada” (el árbol de los frutos prohibidos). Y, finalmente, como triunfo de las ideas liberales del siglo XIX la eliminación de la prueba tasada salvo alguna excepción muy concreta (v.gr. el testimonio de referencia en el último párrafo del art. 199 del CPP) y la introducción del principio de libre valoración de la prueba o “con arreglo a la sana crítica” como nos ordena el art. 202 del CPP.

Sin perjuicio de que no estamos ante un número cerrado sino abierto como ya se dijo, lo que permite la incorporación en su día de nuevos medios de prueba que vayan surgiendo con los avances técnicos, los medios de prueba que regula el Código Procesal Penal son los siguientes:

- De las actuaciones de ejecución inmediata para la constancia del delito, dentro de las cuales se regula,
  - La Inspección y custodia del lugar de los hechos (artículo 203).
  - Levantamiento e identificación de cadáveres (artículo 204).
  - Práctica de autopsia (artículo 205).

- Registros personales (artículos 206 al 207).
  
- Inspección de vehículos (artículo 208).
  
- Registro de sitio públicos (artículos 209 al 211).
  
- Allanamiento de morada (artículos 212 al 216).
  
- Depósito y comiso de cosas y documentos; secuestro (artículos 217 al 220).
  
- Interceptación de correspondencia (artículos 221 al 222).
  
- Intervención de las comunicaciones (artículo 223).
  
- Clausura de sitios o establecimientos (artículo 224).
  
- Exámenes corporales y extracción de muestras (artículo 107).
  
- Declaración del imputado que no se regula dentro del artículo dedicado a los medios de prueba (artículos 101 a 110, 286 al 291 y artículos 323 y 324).
  
- De los testimonios (artículos 226 al 238 y artículos 328 al 331).
  
- De la pericia (artículos 239 al 250; artículos 326 y 327).
  
- De otros medios de prueba donde se incluye las piezas de convicción (art. 251), los documentos (art. 252), el relativo al

reconocimiento de personas en rueda (arts. 253 al 258), reconocimiento de objetos (art. 259), los careos (arts. 260 y 261) y reconstrucción de hechos (art. 262 del CPP).

### ***2.3.- Identificación del delincuente.***

La comprobación de la identidad del sujeto de la infracción se dirige a constatar las circunstancias personales del sospechoso para permitir individualizarlo respecto de otras personas, evitando posibles confusiones. No debe confundirse la identidad con la identificación del sospechoso en orden a su presunta implicación en un hecho punible.

Se distingue entre una “identificación material” que trata de conocer cual es la persona que ha cometido el delito (o participado de alguna forma en su comisión) y lo que la doctrina científica conoce como “identificación formal”, en el sentido de que una vez conocida la identidad física del delincuente hay que conocer su identidad civil, como son el nombre, los apellidos y apodos, estado civil, domicilio y profesión, etc.

A la primera se refiere el artículo 253 del CPP que regula el denominado reconocimiento en rueda. Ahora bien, dicho reconocimiento no será necesario cuando la identidad del autor, bien porque lo conozca la persona que ha de llevar a cabo el reconocimiento, bien porque se pueda establecer su identidad sin ningún género de dudas por otros medios y, desde luego, el reconocimiento no será necesario cuando el autor admita su participación en el hecho punible o su presencia en la escena del crimen. En numerosas ocasiones no será posible la presencia física del autor o estemos en una fase de investigación preliminar en la que el elenco de posibles autores (por ejemplo un robo) es muy amplio. En estos

casos, el propio Código Procesal Penal admite la utilización de fotografías en el precepto que comentamos.

Esta diligencia tiene el carácter de prueba testifical y consiste en el caso del reconocimiento en rueda en la colocación de la persona que ha de ser reconocida entre otras personas de características físicas similares (“personas que físicamente se le parezcan” nos dice el artículo 253 del CPP) y en presencia de todas ellas y desde un lugar oculto en el que estarán presentes los agentes de la investigación se procederá la reconocimiento. Para que tenga el valor de prueba preconstituida el artículo 256 exige que se haga a presencia del Juez, del Fiscal y del Defensor del imputado. Del reconocimiento se levanta el correspondiente acta de acuerdo con el art. 258 del CPP.

Con el fin de garantizar la diligencia expresada o, en general el reconocimiento de la persona por quien corresponda, el CPP, establece que se tomen las precauciones necesarias para evitar que el detenido o preso haga en su persona o traje alteraciones en el número 2 del artículo 253 del CPP.

Que estamos ante una prueba testifical no deja lugar a dudas el CPP cuando en el artículo 255 nos dice que, *las personas que participen en la práctica de un reconocimiento, tendrán el carácter de testigos, por lo que quedarán sujetos a las reglas aplicables a éstos. Cuando el reconocimiento deba ser hecho por el imputado, éste quedará sujeto a lo dispuesto en el Capítulo III del Título II del Libro Segundo de este Código.* Es decir, en el caso de que la persona que ha de realizar el reconocimiento sea el imputado hay que respetar su derechos previstos en el la Ley Procesal.

El imputado debe someterse obligatoriamente al reconocimiento como señala el artículo 253 del CPP en su párrafo tercero. Otra cosa es que en los denominados “procesos de ruptura” normalmente los seguidos contra bandas

terroristas u organizadas por la vía del hecho el sujeto al reconocimiento pueda hacer todo lo posible para evitar su identificación. En este caso, amén de la valoración que de la negativa pueda hacerse como especie de contraindicio, es factible utilizar la compulsión sobre la persona del imputado (v.gr. inmovilizándolo), siempre que no se produzca una intromisión física que pueda afectar a la integridad o salud del reconocido.

Por lo que se refiere a la identificación formal, esto es, la que tiene por finalidad precisar las circunstancias personales del sujeto materialmente participante en la comisión del hecho objeto de la investigación, el art. 102 del CPP establece que *es indispensable la identificación plena del imputado y se hará tomando como base su cédula de identidad. En defecto de ésta, se le identificará tomando sus datos personales relacionados con su nombre y apellidos, sexo, lugar y fecha de nacimiento, el color de la piel, ojos y pelo, estatura, impresiones digitales, señas particulares, estado civil y, en general, con cualquier otro dato que sirva para identificarlo. Si se niega a colaborar o si suministra datos falsos o incompletos, la identificación se hará por medio de testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos o por otros medios lícitos que se estimen útiles.*

La identificación formal es importante no sólo para no tener dudas sobre la identidad “jurídica” del sospechoso, sino porque hay que tener en cuenta que no todas las personas que intervienen en la comisión de un hecho punible tienen capacidad de imputación de él y por ello es necesario la determinación o el cálculo de la edad mental para ver si procede la exclusión del sujeto del proceso penal o la aplicación de otro tipo de medidas y también para saber cuál es la edad física por si procediera someterlo a la jurisdicción de menores.

En cuanto a la identidad “por otros medios lícitos”, en la actualidad las policías judiciales o de investigación criminal suelen acudir al reconocimiento por las huellas dactilares. Existiendo en registro de huellas de todos los detenidos, a

través de los sistemas informáticos si el sospechoso tiene antecedentes policiales es fácil conocer su identidad, introduciendo sus datos en el registro que en un tiempo prudencial nos dice si la persona identificada es realmente la que dice ser.

Sobre las posibles facultades mentales del imputado ya contemplan los artículos 105 y 106 del CPP las providencias a adoptar.

En lo relativo a la edad, cuando carezcamos de la cédula de identidad o de otros medios técnicos adecuados no siempre acudir a los testigos es lo más adecuado sobre todo si existen dudas sobre si el sospechoso tiene la mayoría de edad penal. En este caso la opción pasa por acudir a los médicos forenses que a través de las pruebas correspondiente puede determinar con mayor o menor exactitud la edad del sospechoso

#### **2.4.- La declaración del detenido o imputado.**

Ya desde los primeros momentos se contempla en la legislación una situación especial para la persona objeto de investigación, aún antes de resultar imputado. Así, entre otras normas relativas al imputado, el artículo 101 CPP dice: *"La persona que sea objeto de investigación por el Ministerio Público, aunque no tenga la condición de imputada, tendrá derecho a presentarse, en su caso, con o sin Profesional del Derecho que lo asista, ante el Ministerio Público para que se le informe sobre los hechos que se le atribuyen y para que se le escuche.*

*La Policía Nacional, el Ministerio Público y los jueces, harán saber, de manera inmediata y comprensible, a la persona imputada o a la que, sin serlo aún, pero siendo objeto de investigación por el Ministerio Público, comparezca ante este para ser oída, todos los derechos a que el presente artículo se refiere, lo cual*

---

*se hará constar en acta que deberá ser firmada por la persona que ha comparecido o consignarse su negativa”.*

Y tan importante es esa situación especial que desde el inicio de la atribución a una persona de la comisión de un hecho que puede revelar la existencia de un delito o falta se garantiza el derecho de defensa sobre el que en otro apartado hablaremos.

El Código Procesal Penal (arts. 101 a 110 y 286 a 291) incluye y regula entre las diligencias la de la declaración del imputado. Sin embargo, al regular el modo de practicar las pruebas en el juicio oral, concibe la *confesión* del acusado sólo como una forma de excluir el juicio (art. 322 del CPP) mediante el instituto de la *conformidad*, a practicar directamente por el Tribunal (y con carácter previo a la realización de *las diligencias de prueba*).

Lo cierto es que a la *confesión* de los acusados y, más genéricamente, a las declaraciones o manifestaciones realizadas por los mismos (incluso a la ausencia de ellas), ya sea en el juicio oral o durante la instrucción, se les ha venido confiriendo en la práctica un valor probatorio indudable, sin duda residuo de otras épocas. En el actual sistema procesal, la *confesión* ha dejado de ser la prueba reina, pues el acusado pasa a ser sujeto pasivo del procedimiento y no mero objeto, como en los sistemas inquisitivos a ultranza, irrespetuosos con la persona en beneficio de una plena subordinación al Estado, a la sociedad o a la cosa pública.

El valor probatorio de la *confesión*, además, puede subsistir aun cuando se produzca la retractación, ya que la ausencia de disponibilidad por las partes del objeto del proceso penal y la finalidad que a éste se atribuye de hallazgo de la verdad material, aunque sea bajo ciertas condiciones, no impide que los Jueces y Tribunales puedan escoger la versión que les ofrezca más credibilidad y

verosimilitud y no necesariamente la última, eso sí, con tal de que la *confesión* del acusado haya sido prestada con las garantías legalmente previstas.

Ahora bien, la admisión de los hechos por el imputado no releva al Ministerio Público de su obligación de practicar todas aquellas diligencias necesarias para averiguar el hecho delictivo. Hay que tener en consideración que el criterio de oportunidad no deberá usurarse para obtener la confesión del imputado (art. 35 CPP).

Y, de todas formas, por un lado, eso no significa que el Tribunal esté vinculado a la *confesión* de una manera absoluta, y menos aún que esté obligado a aceptar la calificación jurídica del hecho confesado que haya realizado el propio acusado, de forma que cuando entiende fundadamente que *el hecho imputado pudiera no ser típico o estar cubierto por una eximente de responsabilidad penal, no estará vinculado por la conformidad manifestada por las partes y ordenará la prosecución del juicio. Lo mismo acordará motivadamente cuando la petición de las partes entrañe fraude de ley sustantiva o procesal* (art. 322, párrafos segundo y tercero del CPP).

En cuanto a las garantías que debe prestarse en la indagatoria, se comprende, por tanto, que en atención a la importancia, aunque sea residual, de este medio de prueba se declare la necesidad de que en su práctica deben respetarse todos los derechos y garantías fundamentales que permitan su utilización en tal sentido, garantías que se contemplan en los artículos 82 a 98 de la Constitución de la República y más concretamente en su artículo 88 y en los artículos ya citados del CPP.

Esas garantías se recogen en los artículos 88 de la Constitución y 101 y 287 del CPP y además en los Tratados Internacionales. debiendo recordarse lo establecido en esos Tratados, concretamente, en el art. 6.3 del Convenio de Roma

de 4 de noviembre de 1950, art. 14.3 del Pacto de Nueva York de 19 Dic. 1966 y en el artículo 8 números 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta última se dice:

*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

*b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*

*c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

*d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

*e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

*f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

*g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*

*h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

*3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

De las distintas normas jurídicas se puede concluir que entre esos derechos fundamentales están:

a) Derecho a tener conocimiento de los hechos que se le imputan.

La información tiene que ser clara y precisa y, por tanto, carente de términos jurídicos a veces incomprensibles para el profano. No debemos olvidar que el lenguaje jurídico está rodeado de tecnicismos no siempre sencillos de comprender, por lo que la información.

La circunstancia de que, en el curso de un interrogatorio, se realice una confesión referida a hechos hasta entonces desconocidos por la policía, no afecta en modo alguno al derecho del detenido a ser informado de la acusación.

b) La información de los derechos a no declarar y a no autoincriminarse y del motivo de imputación, sin que pueda ser sometido a medios o técnicas contrarias a los derechos humanos.

Por mor de lo establecido en la Constitución, nadie puede ser sometido a violencia o coacción para forzarle a declarar, ni puede ser obligado a declarar contra si mismo (art. 88).

Se prohíbe la compulsión, constricción, malos tratos o engaño para declarar y para hacerlo en sentido autoincriminatorio, y la utilización de medios químicos como los psicofármacos, psicológicos como la hipnosis o técnicos como el polígrafo cuya fiabilidad científica no está plenamente comprobada y esto, entendemos, aunque lo solicite el inculgado

Pero, debe tenerse en cuenta que, en ambos casos, los indicados derechos a no declarar y a no autoincriminarse:

- se consideran renunciables, pues ya hemos visto que cabe la confesión;
- no resultan vulnerados por las equivocaciones que el acusado pudiera espontáneamente hacerse de los datos obrantes en su contra en la causa o a causa de los erróneos planteamientos estratégicos de su defensa;
- no resultan vulnerados porque se puedan aparejar a la confesión consecuencias penales beneficiosas, tales como circunstancias atenuantes, que puedan influir fomentando la confesión de culpabilidad y en la modificación de la calificación por el Fiscal (art. 322 del CPP), y
- no incluyen el derecho a no cumplir otros deberes públicos, fiscales por ejemplo, aunque de ello pudieran derivarse consecuencias penales para su autor.

c) derecho de defensa y asistencia letrada. Sobre este derecho entraremos más detenidamente en otro capítulo.

d) derecho a un intérprete.

El derecho del detenido a ser asistido de un intérprete debe entenderse comprendido en el derecho de defensa y deriva del desconocimiento del idioma español, que impide al detenido comprender la información de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial, pues si bien es cierto que algunos de esos derechos pudieran respetarse por otros medios –la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido–, otros derechos, que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia del intérprete.. Más aun, se trata de un derecho *fundamental* de todo procesado, pues se halla recogido expresamente en los art. 8.2, letra a) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14.3 f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966.

Ese derecho debería reconocerse respecto al nacional que se encuentre en las mismas condiciones de desconocimiento del español.

e) Derecho a intervenir en los medios de prueba y a requerir al Ministerio Público para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa.

Sin duda, al adoptarse el sistema angloamericano de investigación penal y no existir como tal la figura del Juez de Instrucción, este derecho es esencial, porque en la figura tradicional de la instrucción judicial, por su propia naturaleza, estamos en presencia de verdaderos actos procesales en lo que debe existir contradicción y participación de los justiciables. El derecho a proponer actos de investigación no es en modo alguno absoluto, ya que dependerá de de su pertinencia y utilidad de modo que tanto el Ministerio Público como el Juez de Letras pueden rechazar la solicitud motivadamente.

Por todo ellos y por el especial estatus no puede demorarse la condición de imputado para que pueda ejercer con plenitud todos sus derechos, de ahí que todos los que intervienen en la investigación no deben retrasar el reconocimiento del estatuto de imputado a la persona a la que se vaya a recibir declaración, para no privarla de aquellos derechos, debiendo, a tal fin, efectuar una provisional ponderación de la sospecha que recaiga contra la persona de que se trate, y sólo si la considera verosímil o fundada deberá considerar a ésta como imputada, poner en su conocimiento la imputación y permitirle o proporcionarle la asistencia de letrado.

Las consecuencias de la falta de información de estos derechos, en principio, suponen la nulidad por *ilicitud* de la prueba obtenida mediante la confesión del imputado, por lo menos en lo que a él le afecta, aunque no necesariamente en lo que afecta a otros imputados, ya que los derechos fundamentales carecen de eficacia horizontal respecto a los terceros ajenos a su titularidad.

### ***2.5.- Testigos y peritos.***

La **prueba testifical** es la prestación de una declaración de conocimiento sobre hechos conocidos al margen del proceso y con anterioridad al mismo que una determinada persona ha percibido por sus sentidos. A diferencia del testigo, el perito tiene conocimiento de los hechos en el seno mismo del proceso y su función consiste en emitir un juicio de valor para el que son necesarios especiales conocimientos científicos artísticos o prácticos.

En cuanto a la prueba testifical, el Código Procesal Penal establece la obligación de todas las personas con algunas excepciones de prestar testimonio ante los órganos jurisdiccionales (art. 226 del CPP).

Las excepciones son las recogidas en los artículos 227 y 228 del CPP. De ellas puede plantear algún problema en lo que aquí interesa lo establecido en el párrafo segundo cuando nos dice que no están obligados a declarar *los ministros de cualquier culto religioso y a los profesionales, autorizados para operar en el país en relación de las confidencias o secretos que hayan llegado a su conocimiento, por razón del ejercicio de su ministerio o profesión y que están obligados a guardar*. Se plantea en muchos ordenamientos jurídicos la obligación o no de los agentes de la policía de relevar las fuentes de información. Hay que tener en cuenta que en la investigación de algunos delitos, sobre todo cuando estamos hablando de bandas organizadas o terroristas, la obtención de relevante información se hace a través de las denominadas confidencias policiales, confidencia que no existiría si se obligara al agente de policía a manifestar ante un Tribunal su fuente y la podría poner en serio peligro para su integridad e incluso su vida.

El artículo 236 del CPP regula la forma en la que ha de prestarse el interrogatorio. Es relevante indicar que cuando el testimonio se presta en audiencias orales o en el juicio oral está sometido a la contradicción de las partes; “a las reglas del debate” nos dice el penúltimo párrafo del art. 236.

En cuanto a la valoración del testimonio, la declaración de testigos en la investigación preliminar, salvo que tenga el carácter de prueba anticipada y con la participación de todas las partes, no es sino una diligencia de investigación y como tal produce el efecto general de servir para valorar si procede o no el juicio oral, pero no tiene el carácter de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia sino es llevada al juicio oral.

En orden a la **prueba pericial** a la que se refieren los artículos 239 a 250 del CPP, como ya se ha dicho, los peritos son terceras personas con

conocimientos especializados llamados al proceso para aportar un conocimiento especial que el Juez no conoce o puede faltarle. La diferencia con el testigo es que el perito no conoce el hecho y su razón de conocimiento lo obtiene del propio proceso, siendo fungible o sustituible y designado mientras que el testigo es único e insustituible

En la fase de investigación cabe la posibilidad de que se lleven a cabo pericias, pero su valor está limitado a su reproducción en el juicio. Hay supuestos en los que la pericia es de imposible reproducción (por ejemplo una autopsia), pero en el resto de los casos el artículo 246 del CPP exige que la prueba se haya hecho bajo control jurisdiccional y siguiendo las reglas sobre la prueba anticipada.

Al examinar la cadena de custodia ya se tratará como más detalle alguno de los problemas que puede plantear la práctica de las diligencias periciales.

Finalmente, cuando las declaraciones de testigos imputados o peritos son disconformes cabe la posibilidad de su confrontación poniendo de manifiesto su discrepancia mediante el **careo** al que se refieren los artículos 260 y 261 del CPP.

### ***2.6.- El cuerpo del delito e intervención de efectos.***

Por la expresión “cuerpo del delito” se entiende en una concepción amplia a los lugares, armas, instrumentos, efectos, medios u objetos de cualquier clase que puedan tener una relación con el delito. Ahora bien, en sentido estricto el “corpus delicti” es la persona o cosa en la que se manifiestan los efectos del delito.

El Código Procesal Penal al regular las actuaciones de ejecución inmediata para la constatación del delito contempla en el artículo 203 la inspección ocular a la que ya hicimos referencia. En ella se dice que la policía se encargará de

---

inspeccionar y custodiar el lugar donde ocurrieron los hechos y, *siempre que fuere posible recogerán y conservarán los elementos probatorios que sean útiles para el esclarecimiento de la verdad.*

Ya entrando en el cuerpo del delito en sentido estricto, de los efectos y personas encontrados el artículo citado exige en su párrafo segundo que se haga *un detalle pormenorizado del estado de las cosas y de las personas.* De todas estas actuaciones se levantará el acta correspondiente porque debe quedar en las actuaciones constancia suficiente sobre el cuerpo delictivo.

En el caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad o, como nos dice el CPP, fallecimiento de una persona por causas no naturales o en forma súbita o cuando existan sospechas de que el fallecimiento es consecuencia de un hecho punible, antes de levantar el cadáver se constituirá en el lugar de los hechos el respectivo Fiscal asistido por representantes de la Policía Nacional y del Médico Forense o de cualquier otro médico, siempre que pueda ser habido *a fin de identificar al occiso a través de cualquier medio, a inspeccionar en forma preliminar su cuerpo y determinar su situación o posición y la naturaleza de las lesiones, en su caso.*

Hay que tener en cuenta que en ocasiones no existen dudas sobre la identidad del fallecido, pero en otras ocasiones habrá que acudir los más diversos medios de prueba para su identificación (“a cualquier medio” se refiere la Ley Procesal). Entre esos medios está la prueba testifical, pruebas dactiloscópicas y, desde luego, las modernas técnicas de identificación por ADN, fundamentalmente en los casos en los que no sea posible la identificación por testigos, el cadáver esté muy deteriorado o estemos hablando de hechos luctuosos en los que hayan fallecido muchas personas. Con posterioridad se procederá, en su caso, a la práctica de la autopsia y a la *identificación final del occiso.* La autopsia es una

operación pericial que consiste en poner al descubierto todas las cavidades del cuerpo para inspeccionarlas por sí mismo el médico.

Hay que considerar que a pesar de las prevenciones es posible que la identificación no pueda llevarse a cabo. En este caso, lo procedente es guardar los efectos personales del cadáver, efectos que en su día pudieran permitir su identificación, tomar sus huellas si fuera posible y muestras de ADN para una posible identificación futura.

Respecto al cuerpo del delito en sentido real, el art. 217 del CPP establece que *los objetos y documentos relacionados con el delito que puedan ser importantes para la investigación y los que puedan ser objeto de comiso, serán tomados en depósito por las respectivas autoridades o asegurados y conservados del mejor modo posible. Quienes tengan en su poder objetos o documentos de los señalados en el párrafo anterior, deberán presentarlos y entregarlos al solo requerimiento del Ministerio Público y, en su defecto, de la autoridad policial, o del órgano jurisdiccional competente. Si los bienes mencionados no son entregados, se dispondrá su secuestro y se le seguirá juicio por el delito de desobediencia al responsable.* Como consecuencia de lo anterior, el artículo 219 regula las órdenes de secuestro y el art. 220 las reglas a las que quedan sujetas las cosas secuestradas.

Es importante tener muy en cuenta lo que dicho precepto establece. Por un lado la necesaria práctica de una pericia acreditativa de las características y estado de las cosas secuestradas y, por otro lado, su adecuado inventario a disposición del órgano jurisdiccional en poder de la persona o establecimiento que designe. En principio, si otra cosa no se ordena es el Secretario judicial el encargado de la custodia de acuerdo en el artículo 137 del CPP quien deberá asegurarlos con su sello y firma, conforme al penúltimo párrafo del art. 220. El precepto que estudiamos regula el destino de las armas de fuego, drogas tóxicas,

objetos de ilícito comercio, efectos que pueden alterarse o de difícil custodia o bienes perecederos.

En cuanto al destino de los objetos intervenidos, sin perjuicio del destino concreto que el precepto regula, los efectos relevantes para el enjuiciamiento deben ser remitidos al Tribunal de Sentencia indicando el lugar donde se encuentren como nos dice el artículo 303, párrafo segundo del CPP.

Todas estas disposiciones son muy importantes en cuanto a la recogida, conservación y custodia y destino de los efectos del delito, pues el cumplimiento de la normas de documentación de todo el proceso permitirá el adecuado seguimiento de la denominada cadena de custodia sobre la que más adelante hablaremos.

### ***2.7.- Intervenciones corporales***

Las intervenciones corporales son actos de investigación que se llevan a cabo en el marco de un proceso penal. Por ello se encuentran sometidos a la tensión que rodea al mismo: la confrontación entre el interés de la sociedad en la persecución y castigo de los responsables de los delitos y faltas, y los derechos del imputado. Tensión que se acrecienta en las intervenciones corporales, ya que el objeto de este acto de investigación no es otro que el propio cuerpo de la persona, por lo que entran en juego derechos como la libertad, intimidad, integridad física, derecho de defensa, no declarar contra uno mismo..., de ahí que la pregunta sea sí el Estado en el ejercicio del “ius punendi” tiene derecho a utilizar el cuerpo de un ciudadano como material probatorio.

En suma, por intervenciones corporales se entienden los actos de investigación que tienen por objeto el cuerpo de una persona y que tienden a

buscar el cuerpo del delito, o delimitan la salud física o psíquica de una persona. Como tal, cuando hablamos de intervenciones corporales lícitas no sería preciso el consentimiento de la persona, pudiendo obtenerse por medio de la coacción directa si fuera preciso.

Los actos de investigación conocidos como intervenciones corporales, tienen una gran importancia en los correspondientes procesos penales, debido a que resultan ser actuaciones de una gran fuerza incriminatoria, a menudo la única con la que se suele contar.

Si eso no fuera suficiente, ciertas intervenciones corporales son las actuaciones imprescindibles y lógicas en el curso de una investigación penal, que no pueden ser sustituidas por otras, piénsese en los cacheos o en la prueba de la alcoholemia. Lo que provoca la necesidad de mostrar una cierta flexibilidad en su interpretación, legal y jurisprudencial, ya que de otra manera se estaría desposeyendo a la Policía de un instrumento elemental para la seguridad ciudadana.

Se distingue, por un lado, en la doctrina científica entre inspecciones y registros e intervenciones corporales en sentido estricto. Respecto a las primeras, estamos hablando de cualquier reconocimiento del cuerpo humano con la finalidad de determinar la posible identidad del autor (reconocimiento en rueda, huellas, fotografías, etc.), el descubrimiento del objeto material del delito (cacheos, inspecciones anales o vaginales o flexiones para expulsar objetos del cuerpo) o de las circunstancias atinentes a la comisión del hecho punible (exámenes ginecológicos por ejemplo en un delito de aborto). En estos casos, se suele entender que no resulta afectado el derecho a la integridad física o corporal (artículo 68 de la Constitución) al no producirse por lo general lesión o menoscabo del cuerpo. Resultaría en cambio afectado el derecho a la intimidad personal (artículo 76 de la Constitución de la República). Respecto a las intervenciones

corporales en sentido estricto, estamos hablando, por un lado, de la recogida de muestras o extracción de partes del cuerpo humano para ser sometidos a pericia (sangre, orina, pelos, uñas, saliva, etc.) o, por otro lado, de la exposición a los sujetos objeto de investigación a radiaciones (rayos X, resonancias magnéticas, TAC) o productos químicos (utilización de sustancias químicas como el pentotal con finalidades narcolécticas). Aquí sí que está en juego el derecho a la integridad física ya que implican un riesgo de lesión o un peligro para la salud humana (rayos X) o menoscabo para el cuerpo interno (extracción de sangre) o externo (saliva, pelos, etc.), distinguiéndose entre intervenciones corporales graves y leves según exista o no un riesgo para la salud.

En el caso concreto de las extracciones de sangre, aunque consideradas por regla general como graves, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 13 de diciembre de 1978, entendió que no quedaba afectado el derecho a la integridad.

También hay que tener en cuenta el momento en que se lleva a cabo la inspección o intervención corporal. Así cabría hablar de intervenciones corporales preprocesales y procesales, siempre teniendo en consideración el concepto que hemos dado de proceso y de actividad procesal. Las preprocesales son aquellas que se producen antes de la incoación de un proceso penal. Se trata de actuaciones policiales o de investigación preprocesal, y como tales deben ser valoradas. También gozarían de esa naturaleza, aun cuando sean encargadas por el órgano jurisdiccional, las que se produjeran una vez en marcha el proceso y se delegaran en la policía, ya que también entrarían a formar parte de las diligencias policiales.

Distinto es el supuesto de las intervenciones corporales procesales de naturaleza pericial, ya que forman parte del procedimiento preliminar y que pueden tener el valor de prueba pericial anticipada.

En Honduras se prohíben determinados tipos de intervenciones corporales como la aplicación de psicofármacos o hipnosis para obtener una declaración judicial (artículo 101 núm. 7 del Código Procesal Penal). No sería admisible en estos casos ni siquiera con el consentimiento del imputado como se admite en algún Estado (v.gr. los Estados Unidos de Norteamérica).

Comenzando por las que hemos denominado inspecciones corporales, el artículo 206 del CPP establece que, *cuando existan motivos que hagan presumir que dentro de sus ropas o pertenencias, una persona oculta, esconde o lleva adheridos a su cuerpo, objetos, señales o vestigios relacionados con un delito, se le practicarán registros incautándosele las cosas encontradas*. El registro puede hacerse en la misma vía pública por razones de seguridad. Ahora bien, teniendo en cuenta que el art. 207 exige el respeto absoluto para la dignidad, el pudor, la integridad corporal y la salud de las personas, el propio art. 206 contempla la posibilidad de que el registro pueda realizarse en las oficinas competentes y trata de evitar la intromisión que el mismo supone dando a la persona objeto de investigación la posibilidad de que voluntariamente muestre o exhiba lo que lleva consigo. La forma de llevarse a cabo el cacheo o registro la establecen los dos artículos enunciados, en resumen, dicha inspección deberá realizarse en presencia de dos testigos, de forma individual, evitando zonas corporales que afecten al pudor de las personas, por agentes o excepcionalmente personas del mismo sexo, *salvo el caso en que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de dicha persona*, levantándose el acta correspondiente.

En resumidas cuentas, estamos hablando en estos casos de los denominados cacheos. Éstos son intervenciones corporales llevadas a cabo para descubrir el cuerpo del delito: la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo

y la indumentaria del sujeto. Como supone una actuación externa sobre el cuerpo humano quedaría afectado únicamente el derecho a la intimidad personal como ya dijimos. Cualquier inspección de la persona que vaya más allá de lo indicado, como exámenes radiológicos, inspecciones vaginales, etc., se excluye de la actuación que estamos definiendo.

Es un acto de investigación puramente policial para el que no es necesaria la autorización judicial, formando parte de las diligencias policiales. No constituye prueba anticipada o preconstituida debiendo ser ratificada en el juicio por los agentes de la investigación que la llevaron a efecto. Se ha discutido si además del derecho a la intimidad quedaría afectado el derecho a la libertad. Aunque sea necesaria la conducción a dependencias policiales para llevar a cabo la inspección, de ordinario no se ha considerado afectado dicho derecho por la escasa duración de la intromisión en la libertad deambulatoria, de ahí que al no considerarse detención, tampoco sea precisa la presencia letrada.

En lo relativo a las intervenciones corporales, el artículo 107 del CPP establece que *para la determinación de la verdad, el órgano jurisdiccional podrá, a petición de parte interesada, ordenar, de ser necesario, que se practiquen a la persona imputada exámenes corporales o extracciones de muestras que técnica y científicamente sean útiles, confiables y proporcionadas para aquel fin, siempre que no entrañen peligro para su salud. Se practicarán en forma que no lastimen el pudor ni la dignidad del examinado. Cuando fueren imprescindibles para determinar la verdad, podrán practicarse incluso contra la voluntad de la persona imputada. Para su práctica solo se podrá utilizar la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad del examinando. Tales intervenciones necesariamente deberán ser efectuadas por profesionales de la medicina, profesionales sanitarios, técnicos en laboratorio o microbiólogos, según corresponda. Sujeto a las exigencias antes expuestas y en aquellos casos en que no sea posible obtener la autorización judicial porque el transcurso del tiempo*

---

*pueda perjudicar la investigación volviéndola inocua, el Ministerio Público podrá disponer la práctica de tales exámenes y extracciones de muestras, dando cuenta inmediata y razonada al Juez competente, quien convalidará o dejará sin efecto lo realizado. A su vez, el art. 206 del CPP reitera que las inspecciones corporales que afecten a zonas anatómicas íntimas, sólo podrán llevarse a cabo en virtud de mandato judicial, a petición fundada de parte, por médico o, en su defecto, por personal sanitario. El Juez, al tomar su decisión, por auto motivado, ponderará la utilidad, proporcionalidad e insustituibilidad por otros procedimientos de examen, de la inspección corporal y concluye en la misma autorización para el Ministerio Público con posterior dación de cuenta a la Autoridad Judicial en casos excepcionales.*

Aquí estamos hablando de las que hemos denominado intervenciones corporales. Suponen la actuación de personas con especiales conocimientos sobre el cuerpo humano a efectos de descubrir el cuerpo del delito.

Cualquier actuación distinta a los cacheos sobre el cuerpo humano, conlleva una intervención sobre el mismo de una cierta envergadura que afecta con mucha mayor intensidad al derecho a la integridad física, lo que implica la presencia del especialista y al necesaria intervención judicial, salvo que exista consentimiento expresamente emitido que autorice al intervención. Actuación que supone por tanto, una doble garantía, por un lado para el sujeto pasivo, por otro para la actuación en sí.

Comprenden una amalgama de actuaciones diversas, que implican intervenciones de distinta intensidad: desde los exámenes radiológicos o ecográficos, los registros anales o vaginales, análisis de sangre, de orina, pelos, uñas hasta cualquier otro tipo de actuación sanitaria.

Con la intervención corporal se trata descubrir efectos o instrumentos del delito, al igual que en el caso de los cacheos y tienen una naturaleza de carácter pericial.

Hay que tener en consideración que la necesidad de la autorización judicial salva la intromisión de los derechos fundamentales en juego, básicamente el derecho a la integridad física.

En cuanto a los requisitos, deben mencionarse los siguientes:

- Respeto a la intimidad de la persona o como nos dice el precepto, su realización en la forma que menos lastime el pudor y la dignidad del investigado.

- Utilidad de la intervención desde la óptica científica. No tiene sentido un ataque a la integridad con nula o escasa utilidad pericial.

- Proporcionalidad. Sólo se debe acudir a la intervención corporal cuando sea necesaria a los efectos de la investigación de un delito.

- Subsidiariedad. El artículo 206, párrafo 6 del CPP dice que para tomar la decisión cuando al intervención afecte a zonas anatómicas íntimas debe valorarse, *la insustituibilidad por otros procedimientos de examen*, criterio que debe aplicarse por regla general a todas las intervenciones, porque si existe otra posibilidad de acceder a la prueba que trata de obtenerse, la intervención debe ser siempre la “ultima ratio”.

- Intervención de un profesional

- Control judicial, bien “a priori”, bien convalidándolo “a posteriori” en los supuestos contemplados en el CPP.

- Motivación de la resolución judicial. Puesto que limita derechos fundamentales, de acuerdo con los artículos 139, párrafo tercero, último inciso y 141 párrafo segundo del CPP, debe adoptar la forma de auto.

### ***2.8.- Otros actos de investigación.***

Dejando al margen algunas cuestiones que serán objeto de estudio en otro título del módulo, nos vamos a detener brevemente en la inspección ocular y en la reconstrucción de hechos.

Con el nombre de **inspección y custodia del lugar de los hechos** al que se refiere el artículo 203 del CPP nos estamos refiriendo al acto de comprobación personal por la policía (o por el propio Juez) practicado para recoger los vestigios o elementos materiales de la perpetración del hecho punible, describiendo el lugar y el estado de las personas y las cosas.

Se trata de una actuación importantísima dado que trasladándose su resultado a un acta, este tiene la naturaleza de documento que se incorpora al juicio y es leído en el mismo como nos indica el párrafo cuarto del mismo precepto. Ahora bien la importancia del acta de inspección ocular lo será en cuanto a los datos objetivos incorporados al mismo, no en cuanto a las apreciaciones subjetivas que en el mismo se puede comprender (v. gr. valoraciones sobre la forma en la que se produjo el delito, etc.) en cuyo caso estaremos ante declaraciones testimoniales e, incluso, periciales que deberán ser reproducidas en el juicio por quienes las emitieron para que puedan ser valoradas por el Tribunal sentenciador.

La inspección puede recaer no sólo sobre lugares y cosas, sino también sobre cuerpos humanos, tanto cadáveres a los que se refiere el artículo 204 del CPP como sobre personas vivas en el denominado reconocimiento en rueda al que ya nos referimos anteriormente.

La inspección ocular como nos explica el citado Art. 203 CPP, puede ir acompañada de la realización de medios de investigación a través de peritos, de testigos, o incluso de personas que no merecen ni una ni otra calificación y que hubiesen sido halladas en el lugar del delito, a las que se tomará declaración, porque ello puede ser importante para la determinación de lo que pudo ocurrir aun cuando no hubiesen presenciado los hechos.

Cuando estemos en presencia de un delito que no deja huellas o vestigios, los agentes de la investigación procurarán hacer constar por declaraciones de testigos y por los medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa cuando el delito hubiese tenido por objeto la sustracción de la misma.

En orden a la **reconstrucción de los hechos**, esta es reseñada en el artículo 262 del CPP como una diligencia de carácter judicial con la correspondiente presencia de todas las partes de ahí que pueda ser valorada aunque se haga en fase de investigación como si de una prueba practicada en el acto del juicio se tratara. Se trata de una diligencia que puede ser de gran valor cuando es llevada a cabo por el Tribunal de sentencia, precisamente por su efecto directo en cuanto puede llevar a la convicción del Tribunal de la comisión del hecho delictivo. Ahora bien, realizada durante la investigación su valor es más limitado en cuanto carece de ese efecto directo.

La reconstrucción de los hechos no deja de ser una modalidad de inspección ocular en cuanto a que el Juez se traslada al lugar de la comisión del

hecho punible y a la misma hora, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiere par reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigos y del imputado; con el fin de adquirir un conocimiento seguro de la forma en que el hecho se perpetró y sus circunstancias levantándose el correspondiente acta. Aunque no lo diga el art. 262 del CPP, sin duda el Juez podrá valerse de expertos o peritos para la adecuada reconstrucción del hecho aplicando la misma norma que la establecida en el artículo 203.

No deja de ser un “experimento”, puesto que realizando determinadas operaciones, se logra un resultado que observado por los sentidos sirve para comprobar la existencia de un determinado hecho. Se trata de comprobar como ocurrió un hecho o si pudo o no producirse una pruebas (v. gr. no sólo si pudo cometerse un asesinato por el imputado, sino también si pudo presenciarlo un testigo).

### 3.- MINISTERIO FISCAL E INVESTIGACIÓN CRIMINAL

La finalidad del presente *Módulo Instruccional*, sin perder su sentido eminentemente práctico, es señalar los contornos de la actuación del Ministerio Público de Honduras en algunas fases de investigación criminal y especialmente durante el desarrollo de la llamada *Investigación Preliminar*. Se trata de una materia compleja que requiere una continua actualización formativa<sup>1</sup> y el examen pormenorizado de la legislación procesal, con frecuentes alusiones a la situación del derecho español que pueden resultar muy enriquecedoras.

---

<sup>1</sup> Recordemos que la propia Ley del Ministerio Público de 1993 establece en su art. 62 la necesidad de que sus programas de formación, capacitación y de perfeccionamiento se articulen *con el propósito de lograr la mayor eficiencia en los diferentes servicios que presta a la sociedad*.

Convendría comenzar esta reflexión recordando que los tradicionales sistemas procesales europeos aún vienen debatiendo intensamente y desde hace décadas acerca de la oportunidad de encargar al Ministerio Fiscal la instrucción de todas las causas penales<sup>2</sup>. Como en el caso de Honduras, en los últimos años diversas legislaciones europeas, siempre con algunos matices, imponen este sistema de investigación de clara inspiración anglo norteamericana por razones que apuntan, de una parte, a su mayor eficacia y, de otra, a la solución del grave problema jurídico que supone conjugar la labor jurisdiccional del Juez de Instrucción investigador con la exigencia de la llamada *imparcialidad objetiva*. Incluso en aquellas legislaciones de marcada inspiración francesa que otorgaban el monopolio de la investigación al Juez de Instrucción, como ocurre con la legislación procesal española, se viene observando una clara evolución que paulatinamente traslada estas labores de investigación a la Fiscalía hasta el momento en el que definitivamente asuma, con la promulgación de un nuevo código procesal penal, todas las labores de instrucción criminal.

La oportunidad, por tanto, de realizar labores de cooperación en esta materia, resulta singularmente enriquecedora para los procesalistas españoles porque al afrontar esta labor docente se nos permite conocer la experiencia profesional de nuestros colegas hondureños mediante el análisis teórico y práctico de una reconocida norma procesal con un fuerte sentido pragmático, de un gran valor doctrinal, de muy reciente implantación y que, como es sabido, ha trasladado la instrucción al Ministerio Fiscal en un sistema jurídico que presenta importantes analogías con la doctrina y con la jurisprudencia españolas.

Recordemos que el artículo 92 del Código Procesal Penal de la República de Honduras de 1998, en adelante CPP, establece que *corresponde al Ministerio*

---

<sup>2</sup> Es el caso de Dinamarca, Portugal, Alemania o Italia. La única competencia investigadora exclusiva que asume el Ministerio Fiscal en España es la que le otorga la Ley Orgánica 5 de 2000 *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* que viene referida a los delitos cometidos en la franja de los catorce a los dieciocho años. Se trata de una competencia de importancia creciente que viene determinada por diversos fenómenos delictivos cometidos por menores que presentan en España una preocupante evolución, como ocurre con la utilización de *internet* para la difusión de imágenes vejatorias o de acoso sobre menores.

---

*Público, por medio de sus funcionarios y órganos auxiliares, investigar los hechos punibles y promover la acción penal pública en representación de la sociedad, sin perjuicio de la limitación de la Procuraduría General de la República, para ejercitar la acción penal en materias propias de su competencia. Con tal propósito, realizará todos los actos que sean necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso, de conformidad con las disposiciones de su respectiva ley y del presente Código.*

La norma anterior otorga al Ministerio Público en Honduras un perfil netamente investigador, ya que cualquier participación posterior en el proceso viene marcada por esta previa labor que, conforme al espíritu de la ley, solo encuentra su verdadero sentido en la preparación de la acusación y en el sometimiento a un juicio público y contradictorio. El Ministerio Fiscal, por tanto, se configura, cuando menos en el ámbito penal, como el instrumento que cohesiona internamente la virtualidad del proceso. Su labor de impulso procesal, desde el comienzo mismo de la actuación oficial, permite que cada uno de los agentes jurídicos o sujetos procesales implicados pueda desarrollar adecuadamente su función y que, en definitiva, tenga lugar el desarrollo normalizado de la función jurisdiccional.

Para realizar esta labor investigadora y el eventual ejercicio de las acciones legales correspondientes, el Ministerio Público, como la Policía Nacional y los jueces y de acuerdo con lo establecido en el artículo 147 del CPP, cuenta con el expreso *deber de colaboración* de todas las autoridades y funcionarios público. Como es obvio, todas sus actuaciones deben someterse al cumplimiento estricto de la legalidad y fundarse en una serie de principios básicos y de garantías que se encuentran recogidos en la legislación procesal.

### **3.1.- Naturaleza de la función fiscal. La idea de imparcialidad**

El debate acerca de cual sea la verdadera naturaleza del Ministerio Fiscal es una cuestión primaria para cualquier análisis procesal y no debe afrontarse como un mero debate teórico. Se trata, por el contrario, de una decisión estructural que modula todo el sistema judicial y que se relaciona directamente con la eficacia institucional para combatir adecuadamente la criminalidad.

Puede resultar conveniente recordar en este punto la reciente experiencia española ya que no parece excesivo considerar que el Ministerio Fiscal español asiste en nuestros días a una serie de cambios sustanciales y organizativos que no tienen precedente en la historia de nuestra institución desde el restablecimiento del sistema democrático a través de la Constitución de 1978 y desde la promulgación de la trascendental Ley 50/81 reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, un texto legal sencillo pero de un enorme valor al que debe otorgarse el indudable mérito de situar, en el marco de la llamada *transición política española*, los perfiles de autonomía funcional y de imparcialidad que siguen siendo una apreciable *seña de identidad* de la labor del Ministerio Público en España y objeto de un continuo debate, análisis jurídico y de un limitado desarrollo legislativo. Cabría entender, conforme a la idea anterior, que la nueva y afortunada descripción institucional de la Fiscalía Española, plasmada en el artículo 2 del nuevo Estatuto Orgánico, como *un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia*, quizá sea consecuencia del mismo espíritu que inspiró a los legisladores españoles hace más de veinticinco años para redactar una Constitución reconocida en toda Europa como un modelo eficaz de transición política.

La naturaleza del Ministerio Público de Honduras no se diferencia de esta naturaleza *constitucional* que ha sido sucintamente expuesta respecto de la Fiscalía española. Aunque la Constitución Política de 1982 no alude de manera

expresa a la institución<sup>3</sup>, es obvio que las funciones que le fueron legalmente asignadas en un desarrollo normativo posterior, gozan de una mas que evidente relevancia constitucional. De hecho, la legislación hondureña ha sido, sobre este particular, anterior y mucho más expresiva y rotunda que la legislación española. Recordemos que la institución fiscal fue creada con posterioridad a la labor constituyente en virtud del Decreto Legislativo 228 de 1993. Esta norma legal configura al Ministerio Público hondureño, tal y como se establece en su artículo 1, como *un organismo profesional especializado, libre de toda injerencia político sectoria, independiente funcionalmente de los poderes y entidades del Estado*. Para alcanzar una serie de objetivos y fines que podrían sintetizarse en la defensa del interés social en el seno de la Administración de Justicia, el Ministerio Fiscal hondureño cuenta con una *completa independencia funcional, administrativa, técnica, financiera y presupuestaria*<sup>4</sup>, como nos señala el artículo 3 del mismo texto legal y sin que pueda, en consecuencia, *ser obstaculizado, impedido ni limitado en forma alguna por ninguna autoridad. Por el contrario todas las autoridades civiles y militares de la República estarán obligadas a prestar la colaboración y auxilio que el Ministerio Público requiera para el mejor desempeño de sus funciones*.

Conforme a las disposiciones anteriores y como ocurre en el caso español, el Ministerio Fiscal puede ser considerado como un órgano constitucional de control que se encuentra integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial<sup>5</sup> o que se configura, conforme a la terminología utilizada por el CPP, como uno de

---

<sup>3</sup> Recordemos que el Título V de la Constitución Política de 1982, genéricamente referido a los Poderes del Estado, alude en su Capítulo XII al Poder Judicial que, conforme a lo señalado en el segundo inciso de su artículo 303, *se integra por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones y los Juzgados que establezca la ley*.

<sup>4</sup> Conforme al artículo 318 de la Constitución Política el Poder Judicial goza de completa autonomía administrativa y financiera.

<sup>5</sup> En concreto, el artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal español al señalar que *el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad*.

los *Sujetos del Proceso*, que actúa bajo la dependencia de órganos propios y persigue la satisfacción del interés social a través de su actuación en el curso de la Administración de Justicia.

Este generoso marco normativo es el que posibilita, por tanto, que el Ministerio Público promueva, como su obligación básica, la investigación criminal de hechos delictivos buscando la verdad material, bajo un claro principio de imparcialidad u objetividad y conforme a las previsiones que se contienen en la legislación procesal. Al margen de su Ley reguladora y de otras disposiciones reglamentarias, su regulación básica se contiene en el Capítulo II del Título III que alude a los distintos *Sujetos Procesales* y dentro del Libro I del CPP que lleva la rúbrica de *Disposiciones Generales*.

Por otra parte, la idea de la imparcialidad fiscal aparece consagrada en el artículo 93 del CPP al describir la condición de objetividad de sus actuaciones y recordarnos que *en el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público actuará con absoluta objetividad y velará por la correcta aplicación de las leyes penales*. A consecuencia de lo anterior, el Fiscal *deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean causas de exención o de atenuación de responsabilidad del imputado; asimismo, deberán formular sus requerimientos conforme a ese criterio, aún a favor del imputado*.

Conforme a la disposición anterior, la imparcialidad se concibe como una obligación esencial y activa que afecta tanto a la institución en su conjunto como a las posiciones concretas que adopten los investigadores de la Fiscalía. Hay que tener en cuenta, además, que el sistema procesal de investigación otorga su realización material a los agentes policiales y la dirección jurídica o formal de su actividad al Ministerio Público de manera que esta condición de objetividad o imparcialidad que ha sido previamente señalada debe extenderse también a las labores de investigación policial que son entregadas al Ministerio Público.

---

Recordemos que en la fase de *Investigación Preliminar*, el último párrafo del artículo 273 del CPP establece que las investigaciones desarrolladas por el Ministerio Fiscal, la Policía Nacional o cualquier otra autoridad competente *comprenderán no sólo los cargos que se hagan al imputado, sino también los hechos que puedan servir para su defensa.*

Consecuencia de su actuación objetiva es el tratamiento legal de la prueba ilícitamente obtenida. Conforme a lo señalado en el artículo 94 del CPP, el conocimiento de que las pruebas entregadas fueron obtenidas *por métodos ilícitos, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes* determina que no puedan ser utilizadas a lo largo del proceso, pues de lo contrario el Fiscal podría incurrir en la responsabilidad penal o disciplinaria correspondiente, debiendo proceder contra quienes sospeche que hayan podido cometer la irregularidad si esta alcanza suficiente relevancia penal o disciplinaria.

En tales casos, la circunstancia de ilicitud debe ser puesta en conocimiento de todas las personas afectadas tan pronto como se tenga conocimiento de la misma.

Otra consecuencia de este principio de imparcialidad u objetividad es la obligación de los Fiscales, conforme a lo prevenido en el artículo 95 del CPP, de un deber de abstención, de excusarse cuando sepan que concurre alguna de las causas de recusación establecidas para los jueces y magistrados excepto la de *haber intervenido en el proceso como Fiscal o haber manifestado su opinión sobre la causa*. El incidente se sustancia conforme al procedimiento establecido para los jueces y magistrados<sup>6</sup> y es resuelto por el superior jerárquico sin que quepa ulterior recurso.

---

<sup>6</sup> Artículos 83 y siguientes del CPP.

La excepción de intervención previa resulta fácilmente explicable y en cuanto a la posibilidad de haber expresado opiniones, hay que ponerla en relación con la capacidad de los Fiscales para *dar opiniones de carácter general y doctrinario acerca de los asuntos en que intervengan* de acuerdo con lo establecido en la Ley del Ministerio Público.

### **3.3.- La Etapa Preparatoria. Sus fases**

La idea de que el Ministerio Público de Honduras ejerce una labor investigadora, se consagra en el CPP al regular la llamada *Etapa Preparatoria* dentro del llamado *Procedimiento Ordinario*.

Recordemos que el sistema del proceso penal en Honduras se sintetiza, como señala el artículo 263, en tres etapas bien diferenciadas en términos muy similares a los establecidos en la legislación procesal española o en las legislaciones europeas. Una primera *Etapa Preparatoria* en la que tiene lugar la investigación de los hechos propiamente dicha, la llamada *Etapa Intermedia* en la que el Ministerio Público y las demás partes personadas establecen las conclusiones de la investigación bajo el control judicial y, por último, la celebración del *Debate* o *Juicio Oral y Público* que corona toda la actuación jurisdiccional.

A su vez, el artículo 264 del CPP distingue en la *Etapa Preparatoria* un primer trámite de Denuncia *cuando se presente* y que no sería propiamente una subfase sino un *momento* procesal sometido a diversos controles formales, la llamada *Investigación Preliminar* donde se condensa, propiamente, la labor investigadora de la Fiscalía y otros dos últimos trámites de gran trascendencia práctica como el llamado *Requerimiento Fiscal* y la *Audiencia Inicial* que suponen fórmulas regladas de control jurisdiccional que permiten la continuación de la causa contra el reo hasta el plenario.

Como hemos señalado, la investigación criminal se contrae a la *Etap*a *Preparatoria* que es objeto de una regulación detallada en un Título independiente, el Título II del Libro II del CPP que está genéricamente referido al *Procedimiento Ordinario*.

La sistemática de la norma es muy sencilla y práctica ya que cada una de las subfases previamente citadas es objeto de regulación en un Capítulo breve e independiente.

### **A) La Denuncia**

La denuncia aparece regulada en un capítulo específico dentro del Título que alude a la *Etap*a *Preparatoria* y que discurre entre los artículos 267 a 271 del CPP. Con ella se inicia esta fase procesal aunque no necesariamente la investigación ya que podría rechazarse de plano por infundada o porque los hechos no revistan relevancia penal.

El hecho criminal se pone en conocimiento del Ministerio Público o de la Policía Nacional que, conforme señala el artículo 268, párrafo segundo, lo pondrá de forma inmediata en su conocimiento.

La denuncia puede ser presentada por cualquier persona, incluso menor de edad (artículo 268 del CPP), siempre y cuando *presencie o tenga conocimiento directo de la comisión de un delito o falta de acción pública, inclusive la víctima o su representante legal*. La redacción del precepto parece exigir un conocimiento suficiente de los hechos al aludir a la percepción física del delito o a su conocimiento directo sin que quepa considerar la mera sospecha o conjetura como suficiente para el inicio de la investigación.

La obligación de denunciar se circunscribe a un grupo de personas por su carácter de funcionario público y por el conocimiento de los hechos en atención a sus funciones o del desempeño de determinadas profesiones que, por su especial naturaleza, las hace frecuentes depositarias de algunas informaciones sobre hechos con trascendencia penal como los *médicos, farmacéuticos, odontólogos, estudiantes de medicina u odontología, enfermeros, paramédicos, parteros y demás personas relacionadas con el ejercicio de profesiones, oficios o técnicas vinculadas con la salud* así como una serie de profesionales que tienen *bajo su cuidado bienes ajenos, que tengan conocimiento de delitos cometidos en perjuicio de los intereses con los que estén relacionados* (artículo 269 del CPP).

La denuncia presenta una serie de sencillos requisitos formales que se recogen en el artículo 270 del CPP. Aunque puede ser presentada de forma verbal, en tal caso tiene que recogerse en un *Acta* que refiere la identidad de la autoridad que la extiende y de las personas denunciadas, así como una relación circunstanciada de los hechos que resulte suficiente, requisitos que son igualmente exigibles para la denuncia escrita. De otra parte, el denunciante puede ser requerido para que aporte *datos complementarios* de manera que la autoridad competente pueda *valorar la confiabilidad de la información* y debe ser advertido, tal y como señala el artículo 271 del CPP de las penas establecidas para las situaciones de denuncia falsa.

Al margen de que se entregue al denunciante copia del *Acta*, en su caso, que haya sido extendida, resalta en la legislación hondureña el derecho del denunciante *a que se mantenga en reserva su nombre y su identidad*. Parece lógico considerar que basta con la mera petición para obtener esta posibilidad procesal. Esta singular protección obedece a razones de política criminal y presenta grandes diferencias con la legislación española que solo permitiría esta

situación mediante la aplicación de la figura del llamado *testigo protegido*<sup>7</sup>. Por último, el artículo 271, párrafo segundo del CPP señala que, en el caso de procederse por denuncia falsa, la persona ofendida tendrá derecho a que se le suministre la identidad del denunciante, información que deberá trasladarse en todo caso y sin necesidad de que medie petición alguna sobre el particular.

## **B) Investigación Preliminar**

La *Investigación Preliminar* aparece regulada en el Capítulo siguiente que discurre entre los artículos 272 a 284 del CPP. Tiene como objeto practicar con plena objetividad las diligencias que sean *necesarias y útiles* para el esclarecimiento de los hechos y para la eficaz persecución de las personas responsables (artículo 272 del CPP). Hablamos, por tanto, de la investigación criminal propiamente dicha que se inicia una vez que tiene lugar un *juicio de verosimilitud* de la información que ha sido aportada al Ministerio Público.

La *Investigación Preliminar* se encuentra vinculada a distintos principios que deben inspirar la actuación oficial y que analizaremos brevemente a continuación. Para llevarla a cabo y conforme a lo establecido en el artículo 273 del CPP, las autoridades podrán recibir declaraciones y pericias, practicar inspecciones oculares y adoptar las medidas que sean necesarias y urgentes y que tengan por objeto preservar los elementos de prueba que sean susceptibles de perderse. Estas diligencias no requieren autorización judicial, salvo que puedan afectar algún derecho fundamental conforme a lo definido en la Constitución de la República o en los Tratados Internacionales que hayan sido suscritos por Honduras.

---

<sup>7</sup> En España, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica 19 de 23 de diciembre de 1994 *de protección a testigos o peritos en causas criminales* para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Como elementos más destacables de esta actividad, al margen de distintos principios y garantías que analizaremos en otros epígrafes diferenciados, cabría destacar:

- El deber de colaboración que se impone a todos los funcionarios y empleados públicos para facilitar la información que sea pertinente con la única limitación de los *Secretos de Estado* (artículo 274 del CPP) junto con una obligación universal de comparecer a cualesquiera llamamientos realizados desde la Fiscalía.
- La necesidad de mandato judicial para obtener información del sistema financiero nacional, debiendo resolver el Juez competente la petición en el plazo de 24 horas desde su presentación y de forma siempre motivada.
- La posibilidad de presentación voluntaria de la persona investigada para ser oído en declaración (artículo 276 del CPP). Se trataría de una declaración previa a la imputación.
- La posibilidad de practicar pruebas anticipadas entendiendo por tales aquellas que deben ser realizadas durante la fase de investigación por un órgano jurisdiccional distinto del órgano de enjuiciamiento y ante el riesgo de su pérdida o de su muy difícil o imposible reproducción en el momento del Juicio Oral. Como presupuestos, la *prueba anticipada* cuenta con la necesidad de su petición motivada por el Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes, así como de la acreditación del riesgo o peligro, cuando menos indiciariamente. El CPP establece la necesidad de que se ofrezca, a través de la oportuna citación judicial, la oportunidad de asistir a la práctica de la prueba y de intervenir en el

debate a todos *los interesados*. En cuanto a los imputados, se permite su asistencia siempre que no exista riesgo de fuga. Si el imputado no fuera conocido y resultara urgente la práctica de la prueba, esta podrá practicarse con asistencia de un Defensor de Oficio *para que controle el acto* (artículo 277 del CPP). El criterio que sostiene la norma procesal hondureña en orden a la admisión de prueba anticipada es, por razones de política criminal y con acierto, muy amplio y se extiende numerosas situaciones de peligro un tanto indefinidas como el hecho de estar *expuesto a presiones*.

Al margen de las anteriores disposiciones, el capítulo correspondiente refiere diversas funciones y reglas para llevar a cabo la investigación de los delitos por los agentes policiales, siempre bajo la tutela del Ministerio Fiscal.

### **C) Requerimiento Fiscal y Audiencia Inicial**

El artículo 284 del CPP establece el amplio marco de decisiones que puede adoptar el Ministerio Fiscal, una vez que ha concluido la investigación inicial de los hechos y distingue tres situaciones:

- El archivo del Expediente que decide de forma unilateral y que tendrá un carácter esencialmente provisional. Conviene recordar la fórmula de solución para las situaciones de disconformidad judicial con el archivo acordado por el Ministerio Fiscal. Según lo establecido en el artículo 299 del CPP, en tales casos, que pueden extenderse igualmente a las solicitudes de suspensión condicional del proceso o a su continuación como Procedimiento Abreviado, debe trasladar su oposición motivada al superior jerárquico del Fiscal quien deberá pronunciarse en el plazo de cinco días y sin ulterior recurso. De acceder, deberá nombrarse otro

Fiscal distinto para que formule requerimiento. Como señala el precepto, *en caso contrario, el Juez resolverá de conformidad con lo pedido.*

- El sometimiento del mismo al *Juez de Letras* para la aplicación del *Principio de Oportunidad* mediante la suspensión de la persecución penal, para buscar una fórmula de enjuiciamiento rápido<sup>8</sup> mediante los trámites del llamado *Procedimiento Abreviado*, o bien para declarar los hechos competencia del Juez de Paz como un simple Juicio de Faltas o, por último, para que pueda dictar el sobreseimiento definitivo cuando los hechos no presenten caracteres delictivos
- Presentar *Requerimiento* ante el Juez competente. El *Requerimiento* deberá identificar al imputado, contener una relación sucinta de los hechos, su calificación jurídica y una *relación de pruebas mediante las cuales pretenda acreditar la existencia del delito y la participación del imputado en la comisión de aquel* (artículo 293 CPP). Una vez presentado el anterior, tiene lugar la llamada *Audiencia Inicial* que abre definitivamente el curso del proceso hasta el definitivo debate del plenario.

Estas situaciones, de marcado carácter *decisorio* o conclusivo, no constituyen propiamente fases de investigación sino una fórmula legal o tasada, desde una perspectiva formal, de valoración de la misma una vez que está concluida. El *Requerimiento* viene a configurarse, como el presupuesto previo de la imputación, como una especie de *peroratio* o resumen de toda la labor previamente realizada por el Ministerio Público y que es presentada ante el Juez competente para que pueda tener lugar de una forma correcta la imputación y decidir posteriormente sobre la situación personal (artículo 292 del CPP).

---

<sup>8</sup> El sistema procesal español mantiene un régimen análogo de enjuiciamiento rápido e inmediato. Sin embargo, como quiera que la función de investigación preliminar se encomienda al Juez de Instrucción, en el caso español la sentencia se dicta por un órgano de enjuiciamiento distinto de carácter unipersonal, el Juzgado de lo Penal.

El *Requerimiento Fiscal* se regula pormenorizadamente en un capítulo específico que discurre entre los artículos 285 a 293 del CPP y que contienen diversas reglas procesales de gran valor para llevar a cabo la imputación correctamente, distinguiendo según se encuentre el imputado detenido o no, refiriendo la forma de recibir declaración, subrayando el fortalecimiento de las garantías de los derechos individuales del imputado, la presencia obligatoria del Ministerio Fiscal o la prohibición estricta de cualquier mecanismo irregular para obtener la declaración.

El *Requerimiento*, una vez establecida la situación personal del imputado, determina la celebración de la llamada *Audiencia Inicial* que debe tener lugar en el plazo de seis o treinta días, según se encuentre o no detenido el imputado y en la que deben practicarse las pruebas que las partes propongan para sostener sus respectivas pretensiones (artículos 294 y siguientes del CPP).

Tanto el *Requerimiento* como la *Audiencia Inicial* se configuran como imprescindibles elementos de control jurisdiccional de la actividad investigadora de la Fiscalía, pudiendo adoptarse tras la práctica de la prueba distintas decisiones judiciales que van desde el sobreseimiento provisional o definitivo hasta la prisión preventiva o la declaración de reo del imputado para que, finalizada esta *Etapas Preparatoria*, el reo pueda ser sometido a un Juicio público y contradictorio con todas las garantías.

### **3.3.-Ministerio Público y Policía Judicial**

La ventaja del sistema procesal hondureño respecto al sistema español radica en la dependencia permanente y exclusiva de la fuerza policial investigadora del Ministerio Público. No se trata de una fórmula de dependencia

como la que originariamente establecía la Ley del Ministerio Público en 1993 pero es evidente que la permanente asunción de funciones de instrucción comporta de forma *natural* esta relación.

La Policía Judicial puede ser definida como aquella que se integra por el conjunto de Funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado que auxilian y colaboran con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la averiguación y esclarecimiento del delito, asegurando la identificación de las personas responsables del mismo y su puesta a disposición de las autoridades competentes<sup>9</sup>.

Según establece el artículo 293 de la Constitución Política, la Policía Nacional, bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, *es una institución profesional permanente del Estado, apolítica en el sentido partidista, de naturaleza puramente civil, encargada de velar por la conservación del orden público, la prevención, control y combate al delito; proteger la seguridad de las personas y sus bienes; ejecutar las resoluciones, disposiciones, mandatos y decisiones legales de las autoridades y funcionarios públicos, todo con estricto respeto a los derechos humanos.*

Como ha señalado Edmundo Orellana Mercado<sup>10</sup>, la finalidad primaria del precepto era ofrecer una respuesta adecuada a la necesidad de someter el poder civil a la policía nacional y llevar a cabo un posterior desarrollo legislativo. Esta circunstancia aparece claramente reflejada en el segundo párrafo del artículo

---

<sup>9</sup> En tales términos, *Derecho Procesal* de Álvaro Conde Lozano, dentro de los manuales elaborados por la Escuela de Seguridad Pública de Andalucía, Sevilla, 2004, dirigidos a los agentes policiales y que son un elemento formativo básico y muy práctico para conocer adecuadamente los elementos básicos de la doctrina procesal y los principios del proceso.

<sup>10</sup> Se puede consultar el trabajo de Edmundo Orellana Mercado *Honduras: Régimen Jurídico para la seguridad pública* en la página electrónica del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de Honduras.

previamente citado cuando se dispone que *la Policía Nacional se regirá por legislación especial*.

La Dirección General de Investigación Criminal es la que tiene asignada la función básica para la investigación criminal. Esta función puede ser auxiliada por la Dirección General de la Policía Preventiva cuando resulte necesario, actuaciones que deben estar, en tal caso, presididas por una intensa coordinación.

La Policía Judicial recibe orientaciones generales impartidas por el Ministerio Fiscal<sup>11</sup> para el desarrollo de su labor, recibe igualmente instrucciones concretas en relación con las investigaciones que dirige la Fiscalía y mantiene iniciativa propia para trasladar al Ministerio Público la labor que haya realizado para combatir la criminalidad de forma preventiva o autónoma. En este último caso, la norma procesal impone rígidos controles temporales por cuanto, conforme a lo prevenido en el artículo 283 del CPP, la Policía Judicial debe informar al Fiscal correspondiente de manera inmediata, *en todo caso dentro de las seis horas siguientes a la recepción de la información de cada delito de que tengan noticia*, pudiendo practicar una limitada investigación inicial que permita asegurar los elementos de prueba evitando su destrucción o manipulación, así como la fuga u ocultación de los sospechosos.

Especialmente importante es la minuciosa regulación procesal sobre la forma de practicar la detención o captura de una persona que se contiene en el artículo 282 del CPP, con especial referencia al uso proporcionado de la fuerza y al respeto de la dignidad y derechos fundamentales de la persona detenida.

### **3.4.- La posición de la persona investigada**

---

<sup>11</sup> Existen un régimen análogo para el Ministerio Fiscal Español. Puede consultarse en la página electrónica de la Fiscalía General del Estado, [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) la reciente Instrucción 1 de 2008 *sobre dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de Policía Judicial*

Conforme a los principios instaurados en la Constitución Política y de acuerdo con lo señalado en el artículo 14 del CPP, el derecho de defensa es inviolable y se concreta, durante la fase de investigación preliminar, en la posibilidad de estar presente con la asistencia jurídica adecuada en todas las diligencias de prueba que se incorporen a la causa, formulando las observaciones y solicitudes que se estimen pertinentes, con la única limitación de no perjudicar *el curso normal de los actos del proceso*.

El CPP establece, al margen de la declaración anterior y entre los artículos 101 a 110, al regular los sujetos del proceso, el régimen de derechos que corresponden a la persona imputada o que es sometida a investigación por el Ministerio Fiscal.

Tiene una singular importancia, por su relevancia constitucional, el artículo 101 del CPP que se inicia ofreciéndonos una definición legal del imputado como *toda persona a quien, en virtud de querrela o por requerimiento fiscal, se atribuya participación en la comisión de un delito o falta ante los órganos encargados de la persecución penal*. El mismo precepto distingue las distintas posibilidades que ofrece la ley en orden a su situación personal y concluye que desde el momento mismo en el que tenga lugar el primer acto de procedimiento y hasta que finalice *podrá ejercer todos los derechos que la Constitución de la República, los tratados o convenios internacionales y este Código le reconocen*.

El precepto establece un amplio sistema de garantías del derecho de defensa que, al margen del desarrollo extenso de la norma, se podría resumir en la capacidad para conocer de forma inmediata los hechos que se le imputan, llevar a cabo una comunicación fluida con la persona natural o jurídica que designe, recibir la asistencia jurídica pertinente y no sufrir cualquier menoscabo de su dignidad ni de sus derechos fundamentales y hasta solicitar, por último, la práctica

de alguna diligencia de investigación por el Ministerio Fiscal que deberá resolver lo que estime oportuno motivadamente y en el plazo de 24 horas. Contra la decisión denegatoria de la prueba cabe plantear nueva solicitud ante el Juez de Letras que resolverá en el plazo de 48 horas, ordenando al Fiscal que disponga su práctica si la estimara procedente.

El sistema de garantías se extiende a cualquier persona sospechosa o sometida a investigación por el Ministerio Fiscal que, aunque no tenga la condición formal de imputada, se encuentra sometida a una investigación oficial con una posible trascendencia penal y por ello, como manifestación de los principios de contradicción y de defensa, podrá comparecer *para que se le informe sobre los hechos que se le atribuyen y para que se le escuche*. Tiene lugar en estos casos una completa extensión de todo el sistema de garantías de la imputación que corresponde garantizar al Ministerio Público, practicándose la información o declaración de la persona investigada con todas las garantías y quedando debidamente documentada en un *Acta*.

El incumplimiento del sistema de garantías del artículo *hará que la detención sea considerada ilegal, solamente para los efectos de la responsabilidad penal*.

El Capítulo de la Imputación se complementa con una serie de alusiones al nombramiento del Defensor, identificación, situaciones de incapacidad sobrevinida o rebeldía en las que no podemos entrar por falta de tiempo.

### **3.5.- Otras formas de iniciación del proceso. La Querella**

Al margen de la presentación de la denuncia o de la actuación de oficio del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, la legislación procesal establece la posibilidad de interposición de Querella *que deberá reunir los mismos requisitos*

que la acusación para la persecución de los llamados *delitos de acción privada*, todo ello conforme a la regulación que ofrece, entre los llamados *Procedimientos Especiales* que se regulan en el Libro Quinto del CPP, el Capítulo II referido a los *Procedimientos por delito de acción privada*.

Les preciso recordar que los delitos perseguibles sólo por acción privada aparecen referidos en el artículo 27 del CPP y serían los delitos contra el honor, la violación de secretos, su revelación y el chantaje, la negación de asistencia familiar a personas mayores de edad o las situaciones de estafa consistentes en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión.

Conforme al artículo 405 del CPP la *Querrela* puede ser presentada ante el Tribunal de Sentencia competente o ante el Juez de Paz quien la remitirá inmediatamente al organismo anterior y está sometida a distintos requisitos formales. La regulación procesal hondureña se inspira, con buen criterio, en un principio de economía procesal y jurisdiccional, en estos casos, y extrema la búsqueda de soluciones previas al debate del Juicio Oral, exigiendo una *Audiencia de Conciliación* (artículo 408 del CPP), permitiendo el *desistimiento expreso de la querrela* o *tácito de la acción Privada* (artículos 411 y 413 del CPP) o declarando que el perdón del ofendido, la retractación oportuna del ofensor y sus explicaciones satisfactorias a juicio del agraviado, son causas legales de extinción de la acción penal (artículo 412 del CPP).

Conviene añadir que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 del CPP, en los delitos susceptibles de ser perseguidos mediante la acción privada a los que se refiere el artículo 27 del mismo texto legal, los agentes policiales *sólo podrán actuar a instancia de la víctima*.

## 4.- PRINCIPIOS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL (I)

La trascendencia de la labor investigadora llevada a cabo durante la *Investigación Preliminar* para el respeto de los derechos fundamentales de las personas afectadas, determina el sometimiento de la examinada *Etapas Preparatoria* a diversos principios y garantías procesales de extraordinaria trascendencia y al margen del deber de objetividad o imparcialidad que ya hemos señalado y que compete especialmente al Ministerio Público. Hay que tener en cuenta que el artículo 20 del CPP establece un principio de *generalidad de las Garantías y Principios Procesales* que no sólo determina que deban extenderse a cada tipo de procedimiento sino a cada una de sus fases o etapas en cuanto les conciernan.

Abordaremos en este epígrafe algunos de estos principios utilizando generalmente la visión del Ministerio Fiscal como encargado de la investigación y con una especial referencia al principio de publicidad del proceso por la enorme incidencia que tiene en la sociedad actual y las dificultades que comporta.

### **4.1.- La reserva sumarial: El deber de información a la opinión pública**

#### **A) Introducción**

La importancia de la publicidad del proceso, más aún durante las fases iniciales de investigación criminal y en asuntos de una especial trascendencia, merece un amplio comentario diferenciado por la continua afectación al trabajo cotidiano de quienes ejercen funciones de policía judicial, al servicio del Ministerio Público o labores jurisdiccionales de garantía o enjuiciamiento.

La repetida idea de que existe, en estos últimos años, una mayor *presencia* de los medios de comunicación social en la actividad oficial de investigación de hechos supuestamente delictivos es una idea errónea y, no pocas veces, una idea deliberadamente distorsionada. Suele indicarse por distintos e interesados agentes sociales que la prensa actual -básicamente la prensa escrita- tiene una presencia *excesiva* en la investigación de hechos delictivos con trascendencia pública, así como una enorme influencia social y denunciarse de forma vehemente los posibles riesgos de manipulación en el tratamiento de la información, de entorpecimiento de las pesquisas judiciales o de presión a los jueces, fiscales o tribunales para el desarrollo imparcial y sosegado de sus obligaciones.

Pero esta crítica o comentario no es -en contra de lo que se afirma por algunos- una experiencia novedosa, se trata de una idea muy antigua<sup>12</sup> que cuenta con una rancia tradición social y jurídica, cuando menos en España y en otros países europeos desde los comienzos de este siglo, cuando se afianza en los textos legales la idea de otorgar, como garantía esencial para el correcto cumplimiento de las leyes, un carácter esencialmente público al proceso penal.

---

<sup>12</sup> Buena prueba de la *antigüedad* del problema es la Circular de la Fiscalía General del Estado de España del 28 de Julio de 1928 acerca del carácter secreto de las actuaciones sumariales establecido en el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, documento en el que se insiste en la necesidad, ya entonces, de que los funcionarios del Ministerio Fiscal cumplan *especialmente* el precepto velando *con todo cuidado y diligencia porque el secreto del sumario no se quebrante, y en cualquier ocasión en que resulte infringida la ley insten lo conveniente para el castigo de la infracción.* Más recientemente, la Consulta a la Fiscalía General del Estado de 20 de Abril de 1971 aclaraba el carácter secreto de las llamadas Diligencias Previas y, una vez restablecido el sistema democrático en España, la Instrucción de 16 de Marzo de 1993, recordaba el deber de los Sres. Fiscales de velar por el secreto sumarial, coincidiendo esta última Instrucción con la aparición en los medios de comunicación de numerosas informaciones referidas a graves procedimientos judiciales relacionados con la corrupción. Allí se recomendaba la reacción del Fiscal *frente al quebrantamiento del secreto sumarial cuando este se produce por quienes están obligados a guardar silencio* estableciendo la oportunidad de llevar a cabo investigaciones sólo en aquellos casos en los que se encuentren indicios de una filtración oficial y no en aquellos otros en los que se haya obtenido alguna información *antes y al margen del sumario.*

De manera contingente, la misma Instrucción se refería a otros aspectos procesales que de algún modo se relacionan con la publicidad de actuaciones como en el apartado referido a la *denuncia anónima* y su virtualidad como *notitia criminis* o al comentar diversos derechos fundamentales.

Más recientemente, la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado de España *sobre relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*, cuya lectura se propone como complemento de este Modulo Instrucción al, ha supuesto un verdadero punto de inflexión en el problema.

Al margen de lo anterior, como símbolo de las tensiones de cada momento histórico, la información forense ha sido siempre una información reclamada de forma masiva por todos los estratos sociales, objeto de una continuada y apasionada atención y lo ha sido, desde el nacimiento mismo de la prensa moderna, que ha utilizado todos los medios técnicos a su alcance para mostrar a la sociedad lo que ha ocurrido en la salas de justicia y el desarrollo de aquellas investigaciones criminales que han merecido la mayor atención por la opinión pública.

Es obvio que las actuaciones judiciales, por imperativo de lo establecido en los arts. 24.2 y 120. 1 de la Constitución Española<sup>13</sup>, son actuaciones *esencialmente públicas* y que la falta de esa publicidad o su simple limitación puede acarrearles *de plano* una nulidad de pleno derecho. Es obvio además, como ha resaltado hace tiempo el Tribunal Constitucional, que este principio de publicidad tiene la doble finalidad de proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y de mantener –en todo caso- un *principio de confianza de la comunidad en los tribunales*<sup>14</sup>.

Como ha manifestado la doctrina más autorizada *la publicidad del proceso penal ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia*<sup>15</sup>; lo cual equivale a decir, en mi opinión, que tal posición institucional en el Estado de Derecho a quien corresponde realmente es a los medios de comunicación social por cuanto sólo a través de su presencia en la actuaciones

---

<sup>13</sup> Establece el art. 24.2 de la Constitución Española el derecho a un proceso público y el art. 120.1 indica que *las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*. Por su parte, la Constitución Política de Honduras, en su artículo 90 señala que *nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece*.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 96/1987, de 10 de junio.

<sup>15</sup> Así lo indica acertadamente el catedrático Francisco Ramos Méndez en *El Proceso Penal. Tercera lectura constitucional*. Editorial Bosch, Barcelona 1993. Página 37.

judiciales se puede otorgar al proceso penal una publicidad *adecuada* en una sociedad moderna que es una sociedad, como todos sabemos, virtualmente articulada como un *régimen de opinión pública*. Dicho de otro modo, la ausencia de los medios de comunicación en el proceso penal frustraría su legitimidad de tal modo, cuando menos desde una perspectiva social, que no podríamos considerar que contara con una legitimidad constitucional o democrática; todo ello con independencia -claro está- de los derechos a la publicidad del proceso o a la tutela judicial efectiva que ostentan los ciudadanos desde una perspectiva estrictamente individual.

A pesar de esta radical afirmación acerca de la imprescindible presencia de la prensa en el proceso penal, los sucesivos textos procesales han reiterado por distintas razones la necesidad de ocultar la información obtenida en las fases primarias de cualquier investigación penal hasta su finalización *provisional*, es decir hasta el momento mismo en el que un órgano jurisdiccional y la acusación pública, convienen que existen suficientes elementos probatorios para la exigencia de una responsabilidad criminal y permiten formalmente la iniciación de un juicio público y con las debidas garantías<sup>16</sup>.

El problema se plantea por cuanto la formidable lentitud judicial y la paralela necesidad de informar a la opinión pública en unos límites temporales razonables hacen imposible la conjugación de ambos intereses que, inevitablemente, tienen que entrar en conflicto. La falta de una información sumarial<sup>17</sup> puntual y fluida la

---

<sup>16</sup> El Consejo General del Poder Judicial de España en su declaración de 25 de Enero de 1995 estableció la necesidad de llevar a cabo un *escrupuloso* respeto al secreto sumarial *externo* o *interno* sin menoscabo del derecho a la información reiterando la necesidad de esperar a la presentación de una acusación jurisdiccionalmente contrastada. En *Boletín de Información del C. G. P. J.*, 3ª época, año XV, nº 122, Madrid, 1995.

<sup>17</sup> Conviene recordar una vez más que gramaticalmente la primera acepción de la palabra *sumario* es la de breve o sucinto. Es obvio que uno de los argumentos esenciales para establecer y exigir el secreto sumarial es precisamente este dato de la necesaria brevedad o urgencia de la investigación judicial; de ahí que la simple tardanza en la tramitación de una causa provoque una especie de *deslegitimación* de la norma legal y obligue a un replanteamiento de la cuestión en la que se ponga de manifiesto la necesidad de establecer los límites de

convierte en un bien escaso y como tal valioso, proclive a su utilización con fines completamente ajenos al cumplimiento de la ley y al descubrimiento de la verdad. Este espinoso problema ha sido una constante desde el nacimiento mismo de la sociedad moderna y nunca ha sido posible escapar a los riesgos de *estigmatización*, de manipulación informativa o de *instrumentalización política* de una investigación judicial inacabada.

La configuración de la prensa como un instrumento de control del poder no sólo es indudable en nuestra sociedad desde un punto de vista *práctico* sino que, incluso, ha merecido desde hace algún tiempo un cierto refrendo oficial a través de una nutrida y constante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha tenido posterior reflejo y arraigo en la *jurisprudencia nacional*<sup>18</sup>. Este refrendo *oficial* resulta de una gran importancia por cuanto se produjo a la

---

las informaciones que afecten a una investigación judicial. Es posible que la palabra sumario, por influencia del término judicial, acabe por significar en el futuro lo contrario y sea sinónima de tardanza o lentitud.

<sup>18</sup> El *Corpus* normativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) viene integrado, básicamente, por el *Convenio de Roma para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales* suscrito el 4 de Noviembre de 1950 y que fue ratificado por España en 1977. Su art. 10 establece la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras, precepto que ha sido reiteradamente interpretado, resaltando la función de control de los medios de comunicación.

Esta función de control de la prensa es resaltada por Eduardo Torres Dulce en su práctico trabajo *La libertad de expresión y el derecho penal*, que le fuera editado por el Consejo General del Poder Judicial en sus Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993; trabajo el anterior donde el autor citado lleva a cabo un amplio examen de la jurisprudencia suscrita sobre la materia por el TEDH. Antes de proseguir es preciso aclarar que la doctrina del Tribunal es esencial para entender la evolución de la jurisprudencia española sobre la materia, ejerciendo una influencia decisiva a la hora de interpretar el derecho a la libertad de información.

En particular la Sentencia del denominado Caso Castells de 22 de Abril de 1992 -tras la condena en España de un periodista que había publicado diversos artículos en los que se hablaba de la grave situación de violencia vivida en el País Vasco y de la responsabilidad de distintas autoridades en la situación- pone de manifiesto en su Fundamento 43, que en una sociedad democrática el control de los actos del Gobierno recae no sólo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial sino sobre la prensa y, a través de ella, sobre la opinión pública, estableciéndose en todo caso *límites mínimos* a la libertad de prensa en su relación con el debate político y los actos de gobierno.

Acerca de los problemas de ejecución de las decisiones del Tribunal del Estrasburgo conviene consultar, por su concisión, los trabajos de José M<sup>a</sup> Morenilla Rodríguez, desde *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Ámbito, Organización y Procedimientos*, editado por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia en 1985. Recordemos que sus sentencias tienen fuerza ejecutiva en los estados, como es el caso de España, en los que se ha comprometido la *aplicación directa* del Convenio. La Jurisprudencia constitucional española ha sostenido esta vinculación, arbitrando soluciones para otorgar eficacia a las sentencias del TEDH, soluciones que no se pueden abordar por falta de espacio en una ponencia de estas características.

hora de establecer la posición de la prensa no ante la difusión de actuaciones esencialmente públicas, como lo son casi todas las actuaciones judiciales, sino ante aquellas otras, como las actuaciones sumariales, que se encuentran en principio sustraídas a la información general, pero que pueden y deben -en opinión del Tribunal- ser difundidas en determinadas condiciones cuando afectan a un interés social indudable. Es evidente que el control social de la actividad pública sería hoy día imposible sin llevar a cabo una publicidad, aunque sea limitada, de dichas actividades sustraídas a la información general, publicidad -además- que debe ser una publicidad *crítica* si reconocemos la tendencia oficial de cualquier administración hacia la ocultación de sus propios errores. Este principio de transparencia institucional es consecuencia de un derecho fundamental que es el derecho de cualquier sociedad a recibir una información puntual y veraz, el derecho a comunicar libremente informaciones o ideas veraces con una mínima injerencia<sup>19</sup> estatal.

Así pues la legitimidad de la prensa para difundir información en principio reservada debe circunscribirse -por tanto- a los sucesos o hechos que afectan a la Administración Pública o cuentan con una indudable trascendencia social, es decir, hechos o sucesos cuyo conocimiento es necesario para que la sociedad se articule como una verdadera sociedad democrática, es decir como una sociedad que cuenta con suficientes mecanismos de control social ajenos a la actividad oficial precisamente por ser suficientemente informada.

---

<sup>19</sup> La utilización de la palabra *injerencia* es consecuencia de la terminología barajada por el TEDH. Se trata en definitiva de establecer gráficamente una corriente de transmisión de información entre prensa y la sociedad y la posibilidad de que exista una mínima y tasada *injerencia* o interposición en aquellos casos en los que resulte *necesario* conforme a la legislación de cada Estado que viene a cortar esa transmisión de información.. La previsión legal del secreto sumarial -con declaración formal o sin él- sería, en definitiva, una injerencia estatal motivada por la necesidad de llevar a buen término la investigación y de proteger, en sus diversos aspectos, la intimidad de las personas afectadas. Sobre el particular pueden consultarse numerosos pronunciamientos como el famoso Caso *Sunday Times* (26.4.79) o los casos *Barthold* (25.3.85) o *Radio Groppera AG* (28.5.90), entre otros.

Cabría pensar que los términos que expresamos se refieren exclusivamente a informaciones acerca de procesos judiciales que afectan a personas con responsabilidades públicas y que -como consecuencia de ello- pasan a formar parte del debate político. Es obvio que en tales situaciones la prensa ocupa una situación de relevancia que no es otra que aquella *posición institucional* que le corresponde como instrumento imprescindible para dotar de la oportuna publicidad al proceso penal. En aquellas ocasiones, sin embargo, en las que la mera *notoriedad* de algunas personas que se ven afectadas por investigaciones o procesos judiciales penales provoca una intromisión de los medios de comunicación, nos encontramos ante una dimensión diferenciada de la anterior ya que si bien tales personas cuentan con una intimidad de algún modo *disminuida* por su fama o notoriedad, es evidente que el conocimiento de algunas informaciones sumarias y por tanto secretas que se encuentren referidas a su privacidad estricta permite considerar tales intromisiones como *ilegítimas* y ello, con independencia del sólido argumento de su derecho fundamental a la protección de su intimidad<sup>20</sup> ya que tales informaciones, contrariamente a lo que antes manifestamos, es muy improbable que resulten necesarias para que una sociedad se articule como una verdadera sociedad democrática<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Merecerían un comentario especial los llamados *juicios paralelos* que tienen mayor cabida en los medios audiovisuales. Es curioso, sin embargo, que casi siempre tales actividades supongan en la prensa una cierta actitud de contrapoder ajena al debate político y que partan de una crítica a las autoridades policiales o judiciales que han dirigido la investigación efectuada para el esclarecimiento de cualquier hecho delictivo, provocando hipótesis diferenciadas de la *oficial*, generalmente escandalosas, con escaso rigor y abonadas por la exageración, casi siempre, de habituales problemas de funcionamiento forense. El antiguo Código Penal francés establecía -único caso del que tengo conocimiento en el derecho comparado- sanciones explícitas para estos supuestos. Sobre el particular se puede consultar la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado previamente citada.

<sup>21</sup> Particularmente expresiva es la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Julio de 1999. Allí se define la *información relevante* como aquella *que sirve al interés general por referirse a un asunto público* entendiendo por tal aquel acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos. La sentencia establece que cierta información periodística referida a una red de adopciones ilegales vulneraba el derecho a la intimidad de los menores adoptados por una mujer famosa, prevaleciendo en este caso la privacidad sobre la pretendida *relevancia pública* de la información. La información sobre dicha red puede y tiene un indudable interés social pero no es *relevante* la identificación de los menores y la intromisión en su intimidad

La complejidad del problema cuenta con otra dificultad añadida que es la notoria escasez de un marco legal a todas luces insuficiente para afrontarlo y que ha tenido que ser reinterpretado en diversas ocasiones por la jurisprudencia constitucional. Es también sorprendente que nunca se haya cuestionado, ni en España ni en los países de nuestro entorno, la vigencia del secreto sumarial, cuando menos de forma oficial. En cualquier caso, como posteriormente veremos, desde una perspectiva penal la *adecuación a los tiempos* de la información de investigaciones judiciales ha sido muy profunda, marcándose un verdadero abismo entre la formalidad de los textos legales y la realidad diaria que terminan por imponer los medios de comunicación social.

## **B) La legislación hondureña**

El artículo 7 de la Ley del Ministerio Público de 1993, señala que *el Ministerio Público no podrá divulgar información que atente contra el secreto de las investigaciones o que pueda lesionar los derechos de las personas. Sin embargo, añade el mismo precepto, sus funcionarios podrán, extrajudicialmente dar opiniones de carácter general y doctrinario acerca de los asuntos en que intervengan.*

La norma parece establecer como única causa para sostener la reserva la posible lesión moral de las personas interesadas, situación que cabría vincular con el derecho a la intimidad y a la propia imagen que se consagran en la Constitución Política pero debe entenderse que también encuentra su fundamento en conseguir el buen fin de la investigación que ha sido emprendida.

La anterior previsión legal debe conjugarse con lo establecido en el artículo 278 del CPP que establece, bajo la rúbrica de *secretividad de las investigaciones* que estas deberán mantenerse *en secreto respecto de toda persona que no forme parte de las mismas, mientras sus resultados no sean presentados ante los*

---

*órganos jurisdiccionales. Las autoridades encargadas de la investigación procurarán no lesionar los derechos de los investigados durante la práctica de sus investigaciones.*

El sistema procesal penal hondureño igualmente permite sustraer al conocimiento de las partes, como fórmula del llamado *secreto interno*, algún aspecto muy concreto de la investigación ya que, conforme a lo prevenido en el artículo 225, puede tener lugar la llamada *orden de reserva* respecto a la ejecución de las medidas urgentes que necesarias para la constatación del delito y que se regulan en los artículos 203 y siguientes del mismo texto legal. Esta forma de secreto parcial puede acordarse por *la autoridad competente* aunque deber ser convalidada por el Juez al autorizar la medida afectada y quien deberá, además, establecer sus límites a través de una motivación suficiente señalando el daño que la publicidad no deseada puede producir a la investigación. Es evidente que esta medida restrictiva de derechos debe tener lugar durante el menor tiempo posible para facilitar el derecho de defensa.

Por su parte, el artículo 275 del CPP establece que las informaciones obtenidas durante la *Etapa Preparatoria* solo podrán utilizarse con la finalidad de servir a la investigación iniciada, *debiendo guardarse la más absoluta reserva para cualquier otro efecto, so pena de incurrir en el delito de revelación de secretos.*

La regulación sucintamente expuesta determina que la finalización de la reserva tenga lugar, en términos generales, con la finalización de la *Investigación Preliminar* y una vez sean presentados ante el Juez los elementos probatorios que aconsejan la continuación del proceso contra persona determinada.

Es importante recordar que el artículo 282.5, al regular la *Investigación Preliminar* se refiere a la actuación de la Policía Nacional en materia de detención, señalando que los detenidos no pueden ser presentados ante los representantes

de los medios de comunicación *preservando su derecho a que se les considere y trate como inocentes y el respeto a su propia imagen.*

Cabe añadir, por último, que el artículo 79 de la Ley de 1993 al crear el llamado *Consejo Ciudadano* con funciones consultivas y de apoyo a la gestión del Ministerio Público, integra con buen criterio en este organismo al Presidente de la Asociación de Medios de Comunicación.

### **C) La problemática en la legislación española**

Como he tenido oportunidad de señalar con anterioridad<sup>22</sup>, la transmisión oficial de información judicial ha sido continuamente limitada en España por el viejo atributo del *secreto sumarial*. No es apropiado, sin embargo, confundir la virtud de la discreción con el atributo del silencio en la misma medida que tampoco es lógico confundir el proceso penal en su conjunto, que es -conforme a su definición constitucional- un proceso esencialmente público, con una de sus fases, la de la instrucción o investigación sumarial. Es evidente que se trata de una fase de gran importancia y *reservada* pero recordemos que, justamente por ello, es la que debe ser más breve y más limitada. Habría que añadir a lo anterior que esta reserva, además, es una reserva meramente parcial, permitiendo el acceso genérico a distintos aspectos de lo instruido que ni dificulten su finalidad investigadora siempre y cuando estas informaciones puedan guardar un indudable interés social.

Es preciso y aconsejable el desarrollo de una *Retórica propia* por el Ministerio Fiscal y debe hacerse, teniendo en cuenta la naturaleza de la institución con un marcado carácter *diglósico*, por cuanto su mensaje está dirigido tanto al tribunal jurisdiccional como a la opinión pública, en dos planos bien diferenciados

---

<sup>22</sup> *Una Retórica de la Imparcialidad*, ponencia presentada en el Curso *Retórica, Derecho y Ministerio Fiscal* publicado en el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2008.

pero que son complementarios. Resulta innegable, como ya hemos reiterado, que el discurso fiscal concreto se debe dirigir al Juez instructor o al Tribunal pero es obvio que su finalidad trasciende del ámbito puramente objetivo del proceso y alcanza la necesidad de *alcanzar* la confianza de la ciudadanía en todo el sistema judicial.

Es evidente que la ausencia de esta *Retórica propia* de la Fiscalía viene en gran medida determinada por cierta indefinición existente respecto a los deberes de reserva y también es indudable que los obstáculos propios del secreto sumarial han sido igualmente decisivos para que no tenga lugar un discurso retórico y didáctico a la hora de exponer sus decisiones y deshacer continuos equívocos sobre su labor.

La regulación penal del secreto no se ha visto modificada desde la promulgación del Código Penal Español de 1995 aunque se trata, en ocasiones, de una regulación sin apenas aplicación práctica ante la falta de pronunciamientos jurisdiccionales.

Para debatir la cuestión tenemos que abordar, aunque sea de forma somera, la regulación del secreto sumarial en la legislación procesal española. La doctrina procesal más autorizada ha sostenido que la regulación legal acerca de la publicidad del proceso penal, es una regulación desbordada y *simplista*<sup>23</sup>.

El art. 301 de la L. E. Cr. dispone que *las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral*<sup>24</sup> con las excepciones

---

<sup>23</sup>Así lo manifiestan Antonio del Moral García y Jesús M<sup>a</sup> Santos Vijande en su excelente libro *Publicidad y Secreto en el Proceso Penal*, Editorial Comares, Granada, 1.996.

<sup>24</sup>De forma clara y concreta hay que establecer que la *apertura del Juicio Oral* tiene lugar una vez que el Juez de Instrucción da por terminada la investigación dando traslado a las partes acusadoras para que formulen su

*determinadas en la presente ley.* Como tales excepciones habría que considerar no sólo las existentes al régimen de publicidad del acto del Juicio Oral, es decir los supuestos de juicios a puerta cerrada o de limitación de la publicidad por razones de orden público o de protección de los derechos y libertades<sup>25</sup>, sino también los casos de preservación de la identidad para los testigos o víctimas de un delito al objeto de evitarles la confrontación con el agresor o aquellas otras previsiones específicas -ciertamente muy escasas- que se establezcan en la ley<sup>26</sup>. Hay que recordar -además- que, conforme a la Real Orden Ministerial de 25 de Mayo de 1.927<sup>27</sup>, este régimen de publicidad de actuaciones se extendería a todas las que tuvieron lugar anteriormente durante la fase de instrucción sumarial.

De otro lado, el art. 302.1º establece la posibilidad de las partes personadas de intervenir activamente en el procedimiento tomando conocimiento de las actuaciones judiciales si bien el mismo precepto en su apartado 2º establece una excepción a este principio general al indicar que, *si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes*

---

Escrito de Acusación. Así pues, el primer documento que contaría con una plena publicidad no sería propiamente el Escrito de Acusación del Fiscal sino el Auto en virtud del cual se le conferiría el traslado para ello. Hay que pensar, además, que la legislación procesal española establece distintos *momentos procesales* de apertura de Juicio Oral según se trate de Sumarios, Procedimientos Abreviados, Procedimientos ante el Tribunal del Jurado o incluso Juicios de Faltas; ello obliga a establecer como criterio más seguro el de la finalización de la investigación y no propiamente el del trámite procesal de la *apertura del Juicio Oral*. En la práctica diaria de los tribunales españoles, las Fiscalías suelen esperar a la constancia de notificación de su Escrito de Acusación al resto de las partes personadas para hacerlos públicos al objeto de que los afectados sean los primeros en conocer la exigencia de responsabilidades penales. En cualquier caso, desde la finalización de la investigación o conclusión del Sumario no cabe hablar propiamente de *filtraciones*.

<sup>25</sup>Arts. 680 de la L. E. Cr. y 232 de la Ley Orgánica del poder Judicial.

<sup>26</sup>En este punto hay que citar, de un lado, como limitación *externa* de la publicidad del juicio, la Ley 35/95 de 11 de Diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y, de otro, como limitación *interna* del proceso, la Ley 19/94 de 23 de Diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales.

<sup>27</sup>Como indicábamos al inicio de este trabajo, hay muchos argumentos que indican la antigüedad del problema del secreto sumarial como es el caso de la vigencia de esta Real Orden.

*personadas por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.*

Esta sencilla regulación establece en primer término y con independencia de la excepción señalada en el apartado 2º del art. 302 que posteriormente analizaremos, un régimen de *publicidad interna* por cuanto todas las partes personadas, es decir quienes cuentan con un interés en la causa que les permita convertirse en protagonistas de la actuación procesal, al objeto de poder articular eficazmente su derecho de defensa o de obtener la tutela judicial efectiva, tienen un acceso completo a todas las diligencias judiciales. La ley establece, sin embargo, en segundo término, un régimen de *secreto externo*, es decir un régimen de reserva de las actuaciones de investigación con la doble finalidad de preservar el resultado de la misma y de evitar males innecesarios a la imagen pública de los supuestos responsables, víctimas de hechos delictivos o a quienes de cualquier modo deban aportar su conocimiento o experiencias a una investigación judicial. Se trata de una reserva, naturalmente, provisional y exclusivamente referida a la *fase primaria* del procedimiento o de investigación sumarial que culmina con la llamada *apertura del Juicio Oral*.

Es resaltable que la ley procesal al establecer este régimen provisional de *secreto externo* no indica de forma expresa la razón o razones de su mantenimiento, lo cual no resultaría excesivo si tenemos en cuenta que se trata, en definitiva, de una excepción al régimen general de publicidad de las actuaciones judiciales<sup>28</sup>. La ubicación sistemática de

---

<sup>28</sup>La oportunidad de mantener el régimen de *secreto externo* de las actuaciones sumariales es discutida, entre otros, por Ramos Méndez quien llega a indicar que *la facultad de investigar no se coarta porque se haga con publicidad* -ob. cit. página 173-. En cualquier caso, la práctica diaria viene a demostrar que las voces airadas que reclaman una mayor vigencia del secreto sumarial no lo hacen desde una perspectiva procesal que indique

estos preceptos procesales, sin embargo, permite establecer como fundamento procesal del *secreto externo* de las actuaciones sumariales el de no ver frustrado el resultado de la investigación. En cuanto a la protección de la intimidad, es consecuencia del régimen establecido en el art. 18 de la Constitución Española que garantiza el derecho al *honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen*; derechos que se pueden ver afectados por la difusión de datos contenidos en documentos judiciales provisionalmente declarados secretos. Los derechos a la privacidad, por tanto, que se pueden ver afectados por la difusión de actuaciones sumariales tienen una razón ajena al proceso penal y son protegidos en tanto que al ser difundidos puedan afectar a la vida privada como ha reiterado de forma insistente la jurisprudencia constitucional y europea<sup>29</sup>.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que la regulación sustantiva del delito de *revelación de secretos* nos permite considerar una importante *presencia legal* de la intimidad en la fundamentación del *secreto externo* del sumario. Efectivamente, el art. 417 del Código Penal castiga la revelación de secretos o informaciones de los que por razón de su cargo tengan conocimiento las autoridades o funcionarios públicos e impone una penalidad agravada en los supuestos en los que tales revelaciones

---

los riesgos de limitación de un derecho a un proceso público, lo hacen -precisamente- intentando restar publicidad al proceso judicial que les afecta, por razones de oportunidad política o de carácter extrajurídico.

<sup>29</sup>Hay autores como Del Moral y Santos Vijande que establecen una *presencia* del derecho a la intimidad del imputado en la ley procesal, cifrando la misma en los arts. 520 y 552 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero de los preceptos citados establece que *la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación o patrimonio*. Por su parte el segundo precepto establece que los registros judiciales deben practicarse adoptando *todo género de precauciones* al objeto de no comprometer la reputación de las personas y sin desvelar aquellos secretos que sean indiferentes a la investigación. En mi opinión, es precisamente el hecho de que los preceptos que regulan el secreto del sumario eludan cualquier alusión a la *reputación* de la persona investigada el que permite considerar con cierta base que la protección de la intimidad es ajena a la fundamentación del secreto sumarial en la ley procesal.

Sobre el particular, el Consejo General del Poder Judicial en su citada *Declaración de 25 de Enero de 1995* señaló expresamente que el secreto sumarial se configuraba, entre otras cosas, como garantía del derecho al honor de las personas que en algún momento pueden aparecer relacionadas en el transcurso de una investigación judicial hasta el momento de poder sostener una acusación jurisdiccionalmente contrastada.

supongan *un grave daño* no sólo para la *causa pública* sino también para *un tercero*. De otra parte, el apartado 2º del mismo precepto se refiere a la revelación de *secretos de un particular*<sup>30</sup> como otra de las modalidades de comisión, circunstancias las anteriores que implican necesariamente la tutela no sólo de un interés público en cuanto al buen resultado de la investigación, sino además de un interés privado en cuanto que la revelación de datos sumariales pueda perjudicar a los particulares.

El Tribunal Supremo de España se ha referido en muy escasas ocasiones a posibles delitos de *revelación de secretos* cometidos por Jueces o Fiscales. Quizá la Sentencia más extensa referida a un supuesto de revelación de datos sumariales por un miembro del Poder Judicial sea la Sentencia nº 1.020/95 de fecha 19 de Octubre (Ponencia Sr. Martín Pallín) en la que se abordó el caso de una Magistrada que hizo diversas declaraciones a los medios de comunicación sobre su propia investigación, declaraciones que no afectaban al contenido específico de las actuaciones sumariales.

En este caso la Sala Segunda revocó la anterior condena realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y dictó una sentencia absolutoria estableciendo muy interesantes precisiones acerca de cuales debían ser los límites de actuación penal en la protección del secreto sumarial. Se establece en la sentencia, como referencia inexcusable para la persecución de estos hechos como delictivos, la acreditación de tres extremos básicos:

1º Que lo revelado tenga un carácter secreto. Tal carácter viene determinado por lo establecido en el art. 301 de L. E. Cr. y otras

---

<sup>30</sup>Morales Prats y Rodríguez Puerta indican la posible confusión del legislador entre *secretos de un particular* e *intimidación*. En *Comentarios al Código Penal de 1.995* dirigidos por el profesor Quintero, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.996. No puede ser de otra forma y, por tanto, cuando el Código Penal habla la revelación de secretos de un particular hay que entender *revelación de su intimidad*.

disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

2º Que el conocimiento de lo divulgado sea conocido por razón del oficio o cargo.

3º Que se trate de una información que no pueda ser divulgada por cuanto exista una *prohibición de difusión de secretos o informaciones sobre cualesquiera materia del conocimiento funcional que no este destinado al público conocimiento* como se estima que ocurre con lo prevenido en el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sobre esta base y habida cuenta la lectura constitucional que la jurisprudencia ha venido haciendo del secreto del sumario, la Sala Segunda establece una serie de apreciaciones de indudable interés que merecen ser sistematizadas para una mejor comprensión y que podrían ser resumidamente las siguientes:

1º El secreto sumarial es una excepción al régimen general de publicidad de las actuaciones judiciales porque la *publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales, como son el derecho a un proceso público y el derecho a recibir libremente información*<sup>31</sup>.

2º El secreto sumarial, de cualquier forma, ha de estar relativizado, sin que *uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar*, es decir, no puede sin más privarse a la sociedad de cualquier información de una realidad con relevancia social que esta siendo investigada. Ha de ser interpretada,

---

<sup>31</sup> Toda la cursiva del epígrafe corresponde a la sentencia citada.

en un una palabra, la difusión de noticias referidas a investigaciones judiciales de forma restrictiva en beneficio de la libertad de información.

3º El proceso penal debe integrarse en el marco constitucional llevando a cabo, entre otras labores, una adecuación del alcance y trascendencia del secreto sumarial en un doble sentido, primero respecto del derecho de defensa ya que puede privarse en ocasiones a las partes del conocimiento de la actuación procesal con la declaración de secreto *interno* -al que la sentencia llama muy expresivamente secreto *reduplicado* o de segundo grado- y segundo respecto del derecho a la información habida cuenta el régimen de secreto *externo* que consagra la ley procesal respecto de cualquier investigación penal.

En lo que concierne al derecho a la información, la realidad -es decir- la constatación permanente de vulneración del secreto del sumario por los particulares que intervienen en procesos judiciales relevantes aconsejan un *replanteamiento* del problema en aquellos casos en los que concurre un interés social de tal forma que sólo *debe ser resguardado todo aquello que pueda perjudicar el éxito de la investigación o afectar a la intimidad o seguridad de las personas.*

4º Entendiendo por sumario el conjunto de *aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos* que son objeto de una investigación, se establece en la sentencia un límite que no puede ser difundido y que vendría integrado por:

- a) El contenido de las declaraciones de los imputados y testigos.
- b) Los dictámenes periciales.
- c) Los restantes documentos que se aporten a la causa pero no aquellas resoluciones interlocutorias dictadas solamente para resolver cuestiones relativas a la libertad personal de los imputados o aquellas relacionadas con las

responsabilidades civiles, ni tampoco los autos de inhibición o los informes o dictámenes elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos a salvo, claro está, de que exista una declaración formal de secreto.

Todo ello viene a configurar un tanto difusamente lo que se llama en la sentencia *la esencia de lo que debe ser resguardado* no pudiendo en modo alguno sustraerse al conocimiento público las referencias genéricas a la materia y naturaleza así como a los perfiles básicos del hecho investigado. Se trataría, en definitiva, de una distinción entre la información general sobre un hecho relevante o la aportación de datos concretos y minuciosos sobre la investigación; si bien, en mi opinión, existirán muchos supuestos en los que resulte materialmente imposible distinguir el carácter *detailed* o genérico de la noticia.

5º La sentencia comentada, si bien estima poco recomendable que una Juez sea portavoz de su propia investigación -opinión que comparto- siendo su conducta *reprochable por otros conductos*, considera que no hay base para estimar el delito por las manifestaciones realizadas a la prensa de forma genérica sobre el contenido de la instrucción.

Como resumen al contenido de esta Sentencia cabría decir que, a los efectos de la relevancia penal acerca de *filtraciones*<sup>32</sup> producidas por funcionarios públicos, sería admisible facilitar una información genérica referida a una investigación judicial pero no la aportación de datos concretos sobre la misma. En cualquier caso serán numerosas las situaciones en las que para explicar el

---

<sup>32</sup> Habría que discutir mucho acerca de cual sea el concepto de *filtración*. Hablamos de *filtración* como de aquella información reservada y por tanto valiosa que se transmite a la prensa con la intención de que sea posteriormente divulgada, sin entrar necesariamente en las motivaciones últimas de la acción. Son muy frecuentes los errores de periodistas al calificar como *filtraciones* datos que cuentan con una plena publicidad o viceversa. La otra gran polémica acerca de la divulgación de informaciones sumariales quizá sea la dificultad actual de señalar con garantías la condición profesional de periodistas de algunos interlocutores sociales que desarrollan algunas dudosas labores *divulgativas* como comentaristas de la vida social.

contenido de las investigaciones será inevitable referirse, de algún modo, a aspectos concretos de la investigación.

La consecuencia práctica del problema planteado, a pesar del esfuerzo jurisprudencial por *producir* información judicial no es otra que la tradicional opacidad de la Administración de Justicia en las causas relevantes ante el riesgo que vislumbran los funcionarios de ser posteriormente denunciados o acusados públicamente de llevar a cabo una difusión interesada, de buscar el famoso *estrellato* judicial u otros comportamientos similares generalmente descritos en un tono peyorativo.

Pensemos que la propia aplicación de la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre *relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*, el primer texto retórico que intenta sistematizar algunas formas de comunicación fiscal, ya viene generando algunas dificultades graves al establecer que *los Portavoces de las Fiscalías, a la hora de proporcionar información habrán de excluir modalidades de convocatoria a los periodistas que generen tratos de favor o privilegios a unos medios respecto de otros* por cuanto han tenido lugar algunas denuncias contra *Portavoces* al estimar que no habían suministrado la información de una manera equitativa, circunstancia que no siempre resulta fácil habida cuenta la escasez de medios personales y materiales.

La idea de *secreto sumarial* sigue plenamente vigente en la legislación española pero también lo está la obligación de información a la opinión pública en los términos expresados en el artículo 4.5 de la Ley 50/81 que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Español al señalar que deberá el Fiscal *informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados*. Las tradicionales dificultades existentes en España para conciliar desde una

---

perspectiva eminentemente práctica los deberes de reserva e información, se han visto en gran medida superadas con el dictado de la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado (Fiscal General Sr. Conde-Pumpido) que se configura como un relevante punto de inflexión y establece cuales deban ser las *relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*.

Como ya hemos señalado, la Instrucción citada establece una embrionaria y novedosa, aunque parcial, *Retórica de la Comunicación* para el Ministerio Público cuando nos señala lo siguiente:

El Ministerio Fiscal debe articular unas relaciones con la prensa conforme a cánones de transparencia y claridad, posibilitando el acceso de los medios de comunicación -con las reservas y garantías necesarias- a los datos nucleares de los procesos penales en los que concurra interés informativo. La propia definición funcional del Fiscal acuñada por nuestra Constitución como defensor de los derechos de los ciudadanos le imbrica en esa obligación prestacional de proporcionar información sobre los procesos en curso para satisfacer el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz.

El Fiscal, respetando los límites reseñados, ha de asumir un rol mas activo en el desarrollo de esta facultad atribuida estatutariamente, debiendo tomar la iniciativa e informar en todos los casos de relevancia social desde el momento de la iniciación del proceso. Las Fiscalías deberán pues fomentar unas relaciones fluidas con los medios de comunicación, como mediadores en el suministro de la información al público en una sociedad democrática.

Se añade, de otra parte, un criterio práctico de singular valor retórico al establecer la inutilidad de una reserva continuamente *quebrantada* y que puede abonar situaciones de indeseable manipulación informativa.

Es un axioma que la realidad confirma a diario el de que cuando concurre interés informativo sobre un determinado proceso, los medios acaban por suministrar la información requerida, aunque sea a espaldas de las instancias oficiales.

Si el Fiscal no informa a la opinión pública, otros lo harán en su lugar. Los medios de comunicación acudirán inexorablemente a las partes, que carecen de un estatuto que les obligue a ser imparciales. La ausencia de datos ciertos durante la instrucción penal fomenta la elucubración y la formulación de hipótesis respecto de los hechos ocurridos, cuando no la exposición de rumores o informaciones infundadas o interesadas o la publicación de documentos o declaraciones sumariales que cobran un sentido distinto separados del entramado global del sumario.

La información suministrada por el Fiscal siempre tendrá el valor añadido de su imparcialidad y de su alta cualificación jurídica. La explicación técnica de la posición en cada caso adoptada por el Ministerio Público evitará debates pseudo jurídicos en muchos casos generados por el desconocimiento del Derecho o de los hechos nucleares por los que se sigue la causa, que pueden a su vez dar lugar a estados de opinión basados en apriorismos inexactos o contrarios a los presupuestos de nuestro ordenamiento penal.

El Ministerio Fiscal, en su dimensión social, precisa del informador como intermediario inevitable, sin que quepa establecer situaciones de privilegio en el ofrecimiento de información. La figura del informador cuenta con un status jurídico que, aunque someramente, igualmente convendría recordar por su no poca complejidad.

En un principio la figura del informador quedaría fuera de cualesquiera sanciones legalmente previstas para los casos de vulneración del secreto

sumarial. Recordemos que no existe castigo a los particulares cuando se habla de secreto *externo* y en cuanto al secreto *interno* tal responsabilidad se circunscribe a quienes actúan como Abogados o Procuradores y a *cualesquiera otros particulares que intervengan en el proceso*.

El periodista no interviene en el proceso y por tanto estaría al margen de cualquier responsabilidad de tipo penal. Hay quienes han sostenido la posible incriminación del informador como cómplice o cooperador necesario, por cuanto la difusión de la información propiamente dicha se lleva a cabo con su publicación y no con el hecho en sí de la revelación. Ello, como indica la doctrina más autorizada, es impensable habida cuenta el derecho fundamental a informar verazmente en asuntos con relevancia social.

Es preciso aclarar -una vez más- que la situación jurídica anteriormente descrita no afecta a la supuesta comisión de otros delitos frecuentemente relacionados con la profesión periodística o de otras responsabilidades de carácter civil; es decir delitos de injurias, calumnias, revelación de secretos de estado o injerencias ilegítimas en el derecho a la intimidad. En tales casos la posición del informador es diferente. Incluso, de admitir la posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda ordenar a los medios de comunicación la reserva sobre aspectos determinados de la investigación, cabría la imputación -cuando menos a nivel teórico y estimando se trata de una posibilidad francamente remota- de un delito de desobediencia a la autoridad.

La posición del informador con respecto a la información sumarial en asuntos de indudable relevancia social es bastante clara. Puede y debe difundir todas aquellas informaciones que hayan sido obtenidas por una vía oficial o privada por cuanto no deben confundirse la realidad que está siendo investigada con las actuaciones concretas llevadas a cabo por el Juez y que son las que verdaderamente se encuentran amparadas por el secreto.

En los casos de difusión de noticias obtenidas a través de filtraciones ilícitas, cabría pensar que la cuestión debe tener un enfoque diferente por cuanto - considerando que su actuación estaría amparada en el derecho a comunicar una información veraz con interés social- se trata de establecer con la mayor claridad cuales deban ser los límites de su colaboración en el esclarecimiento de un hecho que puede revestir caracteres delictivos. Nos referimos a una cuestión tan espinosa como la referente a la prestación del testimonio del profesional de la información para desvelar sus *fuentes* en el curso de una investigación iniciada para esclarecer un posible delito *de revelación de secretos* o de *obstrucción a la Justicia* así como cualquier otra responsabilidad delictiva en la que sea preciso conocer el origen de su información. Hablamos, en definitiva, de la vieja problemática del secreto profesional de los periodistas y de su frecuente incidencia en el procedimiento penal<sup>33</sup>.

El secreto profesional de los periodistas cuenta con lo que se ha llamado una singularidad constitucional española por cuanto nuestra Constitución es la única del mundo occidental que lo consagra -junto con la cláusula de conciencia- entre los derechos fundamentales y libertades públicas, otorgándoles la máxima protección posible en el terreno jurídico y jurisdiccional. Efectivamente, el art. 20.1.d) reconoce y protege, entre otros derechos, *el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*, añadiendo que *la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas facultades*.

---

<sup>33</sup> Acerca de esta materia, cabe recordar el interesante debate que tuvo lugar en el Centro de Estudios Constitucionales bajo el título *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas* y que tuvo lugar el 24 de Enero de 1994, publicado en su día por el organismo anterior y precedido por dos breves trabajos del catedrático Javier PÉREZ ROYO y del periodista Javier PRADERA. Como texto jurídico *clásico* en la materia y de gran interés para los profesionales de la información habría que citar el del profesor Marc CARRILLO *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, editado en colaboración con el Centre de Investigación de la Comunicació dependiente de la Generalitat de Catalunya por Cuadernos Civitas, Madrid, 1993.

Sobre esta base constitucional el problema se plantea como un verdadero *centro de conflicto jurídico*<sup>34</sup> por cuanto puede alegarse frente a los poderes públicos pero al mismo tiempo debe conjugarse con la obligación de declarar que se establece con respecto a cualquier testigo de un hecho delictivo en una investigación criminal. En contra de lo manifestado puntualmente por una posición doctrinal absolutamente minoritaria es indudable la no obligación de declarar del profesional de la información porque, como se ha reiterado por la doctrina constitucional nacional e internacional, debe, en cualquier caso, primar el derecho a la información como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho a través de una generosa aplicación del secreto profesional que le otorgue la máxima amplitud.

Se ha señalado que la vigencia del secreto es un factor fundamental en la producción de informaciones relevantes para la comunidad y que la posición del periodista en este punto es la de un verdadero *agente social* cuyo concurso –y el de la empresa editora ya sea pública o privada- es una condición necesaria para la articulación de un régimen político democrático<sup>35</sup>.

No se trata, en modo alguno, de un derecho absoluto o ilimitado, sino que como derecho constitucional debe contar con una doble limitación. La primera está referida a un aspecto puramente legislativo al no incluirse en su esfera de aplicación, de un lado, las materias calificadas como secretos oficiales conforme aparecen definidos en nuestra legislación y, de otro, los delitos contra la seguridad exterior del Estado, siempre –en ambos casos- tras el dictado de una resolución judicial motivada. En segundo término, por la naturaleza de la actividad profesional desarrollada y la posible injerencia en otros derechos fundamentales de entidades

---

<sup>34</sup> Así lo expresa Marc CARRILLO, obra citada, página 201.

<sup>35</sup> Sobre este particular, de extraordinaria importancia es la *Proposición de Ley Orgánica reguladora del secreto profesional de los periodistas* reconocido en el art. 20 1 d de la Constitución Española. Su texto puede ser consultado en el número 1 de la Revista del Ministerio Fiscal, Madrid, 1997.

o particulares, cabe establecer otros límites éticos o deontológicos que puedan ser objeto de una amplia regulación sectorial.

Por *secreto profesional del periodista*, cabe entender aquel derecho que legitima al periodista a negarse ante su propia empresa, ante los poderes públicos o ante terceras personas a desvelar la identidad del autor o autores de toda información obtenida, así como negarse a soportar cualquier registro o incautación del material relativo a la información por el elaborada y difundida a través de cualquier medio de comunicación legítimamente constituido. La anterior definición puede completarse, por último, con la definición de periodistas, entendiéndose por tales aquellos profesionales que como trabajo principal y retribuido se dedican a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla públicamente por cualquier medio técnico.

Todas las explicaciones anteriores son necesarias para enfatizar que el sistema constitucional español articula mecanismos suficientes para *desatar* el discurso retórico judicial y dirigirlo con normalidad hacia la opinión pública. Al margen de una patente falta de medios materiales y personales que debiera ser urgentemente mitigada, solo la falta de un nuevo Código Procesal que sea respetuoso con la nueva realidad social y con una *Nueva Retórica* explica esta carencia histórica de nuestro proceso, carencia que ha venido enturbiando, en cierta medida y al permitir otros cauces paralelos de información, la vida pública española durante los últimos años.

La conocida *Retórica de las Masas* constituye una realidad tan apasionante como incuestionable pero ¿forma el debate judicial parte de ella o debe aislarse de la misma por su naturaleza independiente o imparcial? Desde un punto de vista puramente constitucional, sin embargo, las *pasiones* extraprocesales de la actualidad podrían reconducirse, en términos generales, a una indeseable instrumentalización partidista del proceso. Pero esta utilización, cuando se

produce con respeto al ordenamiento jurídico, es totalmente lícita y hasta comprensible. Sólo en aquellos casos en los que se adivina una visión sesgada o falsa de las causas judiciales o de la actuación de sus protagonistas, cabe rechazar una relación que es inevitable para que una sociedad pueda ser considerada como una sociedad democrática.

Lo que parece evidente es que la mejor manera de reconducir los posibles excesos de la información es mediante el ejercicio de una Retórica desde la imparcialidad que comporte un diálogo permanente entre el sistema judicial y la ciudadanía y en el que ejerce como interlocutor principal sus funciones, cuando menos en las fases de investigación del proceso penal, el Ministerio Público.

#### **D) Conclusiones**

La publicidad del proceso penal debe entenderse como un principio fundamental que, de no respetarse, comporta la plena nulidad de las actuaciones. La llamada *fase preparatoria*, que es esencialmente investigadora, debe entenderse como una excepción a la regla general y debe entenderse, además, que no comporta la obligación de una reserva completa de la actuación institucional. La reserva debe ser aquella que permita, de una parte, alcanzar el buen fin de la investigación y de otra, no generar un daño innecesario en las personas que están sometidas a la investigación.

El Ministerio Público debe comprender que cuando realiza sus peticiones se dirige tanto al interlocutor judicial como a la opinión pública y debe sostener una forma de *diglosia* o doble lenguaje que no reste un ápice de rigor a su labor.

La publicidad del proceso es una superación de los procedimientos inquisitivos y debe entenderse como una garantía para la persona que resulta

acusada y para el sostenimiento de la confianza de la ciudadanía en la Administración de Justicia.

#### **4.2.- Legalidad y Oportunidad.**

El principio de legalidad penal, con carácter general, ya aparece consagrado en el artículo 1 del CPP al establecer que *ninguna persona puede ser condenada en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público y conforme a los distintos principios y garantías del proceso.* El propio artículo 95 de la Constitución Política señala, por su parte, que *ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la ley.* Estas previsiones deben ser completada con el artículo 90 del mismo texto legal que, de forma más genérica, establece que *nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece.*

Al margen del respeto a la legalidad procesal vigente, el principio de legalidad determina, con carácter general, la obligación de ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal en todos los casos en los que el hecho investigado alcance alguna relevancia penal. A consecuencia de ello, se instala en el proceso, con carácter general, un efecto fundamental como es el impulso de oficio para alcanzar el debate público del Juicio Oral. El artículo 25 del CPP señala que *el ejercicio de la acción penal le corresponderá al Ministerio Público, el cual procederá de oficio o a instancia de parte interesada.*

Durante la fase de investigación criminal, el principio aparece consagrado en el artículo 275 del CPP establece que toda diligencia investigativa que realice el Ministerio Fiscal debe guardar el más absoluto respeto a los derechos individuales consagrados en la Constitución de la República y en los Convenios

Internacionales relativos a derechos humanos que formen parte del derecho interno tras su ratificación por Honduras.

El *Criterio de Oportunidad* viene a limitar, por razones de justicia material, de eficacia o de política criminal, este *Principio de Legalidad* conforme a las causas y situaciones tasadas a las que alude el artículo 28 del CPP.

La aplicación de este criterio de oportunidad compete al Ministerio Público que se abstendría de ejercer total o parcialmente la acción penal y estaría condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos o controles que pueden ser resumidos en la siguiente forma:

- La autorización del Fiscal General de la República, quien puede delegar en el Director de Fiscales y *este en el sentido descendente de la jerarquía* salvo en los supuestos relacionados con el crimen organizado o los delitos graves (artículos 28 del CPP).
- El pago de los daños o perjuicios producido por el imputado o el acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación. El incumplimiento del acuerdo determina el posterior ejercicio obligatorio de la acción penal si no hubiera prescrito (artículos 29 y 31 del CPP).
- La Ley habilita, como señala el artículo 28 del CPP, un ejercicio parcial del criterio de oportunidad por el Ministerio Fiscal, limitándolo a alguna de las infracciones cometidas o de los imputados.
- Prohibición de su utilización como elemento de presión para obtener la confesión del imputado aunque comporte un reconocimiento de los hechos (artículos 35 del CPP).

- 
- Aplicado el criterio de oportunidad, tiene lugar un *principio de audiencia a la víctima* y posteriormente el archivo del caso que debe serle debidamente notificado (artículos 30 del CPP). Los artículos 32 y siguientes del CPP establecen una fórmula de rígido control externo al establecer la posibilidad de que la víctima disconforme acuda al *Juez de Letras* en el plazo de cinco días para conseguir su revocación, bajo el prisma de una clara idea de celeridad procesal, dando traslado por otros cinco días al Fiscal para que realice sus alegaciones y resolviendo lo procedente en el plazo de otros tres días.
  - En el caso de revocación, el Fiscal se verá obligado a ejercer la acción penal al margen de su criterio y de que la víctima se constituya o no como acusación privada en el proceso. El sistema hondureño guarda en este punto importantes diferencias con el sistema procesal español que impide esta exigencia de acusación forzosa y en contra del criterio fiscal, cuando el perjudicado se constituye como acusación particular. Esta personación podría cumplir con las exigencias derivadas del principio acusatorio, sin necesidad de obligar al Ministerio Público, que es compelido al ejercicio de una acción penal por un Juez unipersonal, sin ulterior recurso y en contra de la aplicación de un criterio *subjetivo* de oportunidad conformado por su superior jerárquico. Todo ello podría determinar una posible vulneración del principio acusatorio.
  - El sistema de justicia penal en la República de Honduras establece, en el artículo 28 del CPP, hasta cinco situaciones *sucesivas* para la posible aplicación de este *criterio de oportunidad*.

1. Situación de pena que no exceda de cinco años y cumplimiento de algunos conceptos jurídicos indeterminados valorados por la Fiscalía como afectación mínima del interés público y falta de peligrosidad del imputado en atención a sus antecedentes y circunstancias personales.
2. Reparación del daño por el imputado haciendo *cuanto estaba a su alcance* junto a la falta de peligrosidad del imputado en atención a sus antecedentes y circunstancias personales. No tiene porqué tratarse de una reparación necesariamente material.
3. Cuando el imputado o sus parientes más próximos *haya sufrido, como consecuencia de directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave.*
4. En atención a la mera gravedad punitiva *cuando la pena a aplicar por un delito, sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo.*
5. La situación de mayor importancia se refiere a los casos de delincuencia organizada, criminalidad violenta protagonizadas por grupos o bandas o delitos de una especial gravedad en su persecución siempre y cuando tenga lugar una colaboración activa y eficaz del imputado. Se trata de una medida de política criminal que debe llevar a aparejadas diversas medidas de protección y un control exhaustivo del resultado de la colaboración prestada. Esta situación comporta, además, la aplicación de *las disposiciones relativas a la imposición de medidas cuando proceda la suspensión condicional de la persecución penal.*

Al margen de la aplicación total o parcial del criterio de oportunidad, este presenta otra manifestación de gran importancia y trascendencia práctica en la llamada *suspensión condicional de la persecución penal* que se regula en los artículos 36 y siguientes del CPP y que se configura como un valioso instrumento procesal para la agilización del proceso y el mejor cumplimiento de su finalidad rehabilitadora, un instrumento que no exime, sin embargo, al Ministerio Fiscal de realizar cuantas diligencias sean precisas para la prueba del delito<sup>36</sup>.

El propio *Requerimiento Fiscal*, una vez concluida la investigación inicial, puede concluir con esta aplicación del criterio de oportunidad, solicitando la autorización judicial para suspender la aplicación penal y e imponer alguna de las reglas de conducta que están previstas en el artículo 37 del mismo texto legal.

En términos generales, la regulación procesal hondureña permite esta suspensión, solicitada por el Fiscal de forma exhaustiva una vez ha comprobado que existe acuerdo con la víctima sobre la reparación del daño y acordada motivadamente por el Juez, cuando el término medio de la pena aplicable no exceda de seis años y se trate de delincuentes primarios, todo ello conforme a un criterio de valoración subjetiva que permitan considerar con suficientes garantías la falta de peligrosidad del imputado.

Conforme a la sustitución acordada, el imputado queda sometido a una posible serie de medidas educativas o prohibiciones que se refieren en el artículo 37 del CPP y que fijadas durante un plazo que no puede exceder de seis años, siempre con expresa advertencia al imputado de las consecuencias que puede ocasionar su inobservancia.

---

<sup>36</sup> La Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha instado a todos los Estados miembros a simplificar el procedimiento penal. A su vez, la Recomendación (2000) 19 *relativa al papel del Ministerio Fiscal en el sistema judicial penal* insta al Ministerio Fiscal para que procure una justicia penal lo más rápida posible con respeto a los límites y garantías del proceso.

La inobservancia, tanto de las medidas decretadas como de la reparación del daño acordada con la víctima, determina la revocación de la suspensión (artículo 38 del CPP) al igual que ocurre si el imputado resulta condenado por la comisión de un nuevo delito.

#### **4.3.- El objeto del proceso**

La finalidad del proceso, en términos generales, es la *realización pronta y efectiva de la justicia penal* tal y como señala el artículo 7 del CPP. Su objeto viene determinado, en primer término y desde una perspectiva puramente natural, por aquellos hechos que son conocidos e investigados y que procuran ser suficientemente esclarecidos y que, en un segundo término y desde una perspectiva puramente jurídica, con el control jurisdiccional pertinente, son formalizados a través de la imputación.

Como pone de manifiesto la doctrina española, el objeto del proceso penal es, por tanto, lo que podríamos llamar la *pretensión penal*, entendiendo por tal, de acuerdo con la definición que nos proporciona el catedrático español José María Asencio Mellado, *la petición de una consecuencia jurídica dirigida al órgano jurisdiccional frente a una persona, fundamentada en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica*.

El objeto del proceso debe quedar, por tanto, suficientemente delimitado con carácter previo a la realización de la *Etapas Preparatoria* para que pueda desplegarse adecuadamente el derecho de defensa. El mismo autor anterior señala como características de la *pretensión penal* las siguientes:

- La *Singularidad*, en cuya virtud el hecho debe quedar perfectamente individualizado. El respeto a las garantías procesales requiere que se

concrete de manera clara y respecto a cada uno de los imputados para que pueda ser objeto de una defensa suficiente.

- La *Indisponibilidad* por cuanto debe abarcar la totalidad del hecho investigado con las excepciones comentadas de aplicación del criterio de oportunidad.
- La *Indivisibilidad* que requiere que la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional se refiera a la totalidad de los hechos que han sido esclarecidos y que tienen alguna relevancia jurídico penal.

Durante la fase de investigación criminal, el Ministerio Fiscal también debe acotar de una manera suficiente su objeto, para que puedan conocerse las necesidades concretas de la misma, pueda contar con el impulso suficiente y darse un cumplimiento efectivo a los principios de contradicción, proporcionalidad y de defensa.

#### **4.4.- El principio de búsqueda de la verdad material.**

Hemos señalado que la finalidad del proceso penal es la realización de la justicia pero para que tenga lugar esta consumación de la ley es necesario que se previamente se encuentre la verdad material.

Conforme a la idea anterior y de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 del CPP, la finalidad de los medios de prueba es *el esclarecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias*, conforme a un desarrollo que debe promover el estricto cumplimiento de todas las normas y garantías del proceso. Habría que señalar que, además, la búsqueda de la verdad material determina

que sean admisibles cualesquiera medios de prueba, aunque no estén regulados expresamente en la ley procesal, siempre que resulten *objetivamente confiables* y que cumplan los requisitos de pertinencia y utilidad (artículo 199 CPP).

Cabría comentar, en relación con lo anterior, que a la hora de encontrar este horizonte, este principio de búsqueda de la verdad material, la sociedad de nuestro tiempo reclama en ocasiones una respuesta que no solo aparece en el texto jurídico penal aplicable, sino que busca la realización de una justicia material, de la justicia tal y como la entiende o percibe quien acude a los tribunales, de la justicia como valor supremo del ordenamiento jurídico según la Constitución Política.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal o desde el Poder Judicial, cuyo esquema de funcionamiento no ha variado, está cambiando sin embargo las claves de la resolución de los conflictos, de modo que en sus sentencias llegan a aplicar directamente la Constitución, al margen de algunas previsiones legales. Su asidero es derivar la resolución de lo que la doctrina italiana llama *indirizzo político de la Constitución*, de las líneas esenciales del modelo de Estado, y del modelo de sociedad que en el texto fundamental se contiene. Esta función puede resultar exigida por el ordenamiento cuando el legislador incorpora al texto de la norma los objetivos perseguidos, singularmente cuando se trata de regular los nuevos sectores de intervención pública, con lo cual se modifica el estilo de razonamiento jurídico y, especialmente la lógica que guía las decisiones; en efecto, mientras en el esquema tradicional de las resoluciones judiciales se debía decidir con la mirada vuelta al pasado, hoy se le pide al juez que escoja frente a alternativas que explícitamente se le han dejado abiertas, transfiriéndole la responsabilidad de considerar las posibles soluciones, evaluar sus consecuencias y tomar una decisión con la mirada puesta en el futuro.

---

Sin embargo, esa *visión de futuro* del poder judicial sólo resulta legítima en aquellos campos en donde expresamente se prevea, como en la justicia administrativa. Desde luego, tal modo de razonar debe rechazarse por completo de otros ámbitos, como el Derecho Penal, en donde se ha asentado, tras muchas décadas de lucha, el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), la ruptura definitiva con el llamado Derecho Penal de autor, y la implantación y respeto de una serie de garantías para el imputado que, hoy por hoy, deben considerarse irrenunciables conquistas de las democracias avanzadas. Es verdad que no faltan ocasiones en que la demanda social de justicia, también de justicia penal, puede impulsar al Ministerio Fiscal o al Juez en un determinado sentido, intentando condicionar –con buena intención– mediatizar sus resoluciones. La presión de los medios de comunicación sirve además de eficaz aliado de esa sensibilidad social que no es indiferente al resultado de los procesos, como sucede cuando se tratan casos de terrorismo o de narcotráfico, que se contaminan de estas formas de *jurisprudencia prospectiva*.

Esta tensión jurídica que anida en el proceso otorga un valor enorme al principio de búsqueda de la verdad material como elemento que sirva para los fines correctos del proceso, afirmación que equivale a señalar que debe ser buscada con el cumplimiento estricto de todos los principios y garantías procesales y con una aplicación ponderada del criterio de oportunidad.

## 5.- PRINCIPIOS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL (II).

### **5.1.- Derecho al Juez imparcial. Separación de las funciones de Instrucción y de decisión.**

Uno de los principios que deben regir en materia de investigación e instrucción es la imparcialidad de los directores de la misma y, particularmente del Juez que lleve a cabo la instrucción o que intervenga durante la investigación en salvaguarda de los derechos de las partes. No es posible, como ocurría en el Antiguo Régimen, confundir las facultades investigadoras y decisorias en el Juez de Instrucción a la hora de enjuiciar determinados delitos. No debemos confundir imparcialidad e independencia pues la segunda se predica de la relación del Juez o Tribunal con el resto de los Poderes del Estado mientras que la primera hace referencia a la relación del Juez con el proceso concreto.

Respecto a las fases preparatorias e intermedia del proceso no hay precepto específico en la Constitución de Honduras que se refiera a la imparcialidad judicial, pero la idea está implícita en el art. 90 cuando nos dice que *nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece* y más concretamente en el artículo 303, párrafo segundo al señalar que *en ningún juicio habrá más de dos instancias: el juez o magistrado que haya ejercido jurisdicción en una de ellas, no podrá conocer en la otra, ni en recurso extraordinario en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad*. Si no cabe la posibilidad de intervenir en el mismo proceso en la fase de juicio tampoco debe admitirse en la de instrucción de la causa, dando con ello un sentido amplio a la expresión “juicio”.

Por otro lado, el artículo 7 del Código Procesal Penal se refiere a que *el juzgamiento de los delitos y de las faltas, así como, el control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, corresponderá a jueces y Magistrados independientes e imparciales, sólo sometidos a la Constitución de la República, a los tratados y a las leyes*. Se está refiriendo en este caso a la imparcialidad subjetiva (la relación personal del Juez con las partes o con el proceso) no a la objetiva (la relación misma con el proceso). Y ya más concretamente el artículo 83 del CPP contempla como causa de recusación en su número 3 y correlativa del deber de abstención del artículo 84, la de *haber sido Juez o integrante de un tribunal en una etapa anterior del proceso*, supuesto que ya se está refiriendo a la imparcialidad objetiva que es la que nos interesa, dejando otros casos de recusación y correspondiente abstención a la imparcialidad subjetiva. Nótese, además, de ahí la importancia del precepto, que ya no habla de enjuiciamiento sino de *etapa* del proceso.

Existe un precepto específico en el CPP que trata de salvaguardar esa imparcialidad objetiva en un caso concreto. Nos referimos al procedimiento por delitos de acción privada. En el caso de que no sea posible la conciliación previa, bien porque no comparezca el querellado, bien por que no se logre la misma, no podrá formar parte del Tribunal de Sentencia aquel de sus miembros que haya intervenido en la conciliación (art. 409 del CPP).

Es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que nos permite contemplar en toda su importancia el derecho al Juez imparcial. El artículo 8, número 1 establece: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e **imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*.

Como hemos dicho, se distingue entre una imparcialidad subjetiva y una imparcialidad objetiva.

Utilizando las expresiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v. gr. sentencia de 1 de octubre de 1982, caso PIERSACK) *“sí la imparcialidad supone de ordinario la ausencia de perjuicios, su existencia se puede apreciar de distintas formas. Se puede distinguir entre un enfoque subjetivo que trata de averiguar la convicción personal de un determinado Juez en un caso concreto y en un enfoque objetivo que trata de determinar sí éste ofrece garantías suficientes para excluir una legítima duda al respecto”*.

El principio de la imparcialidad objetiva no se recogía de ordinario en las legislaciones procesales de los países, lo que no impide que deba entenderse consustancial a la función jurisdiccional. Por ello, no mereció el interés de los autores ni Tribunales hasta que las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos crearon un cuerpo de doctrina que luego fue seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuya recepción en nuestros sistemas procesales penales era simple cuestión de tiempo.

El esquema de separación de funciones que garantiza la imparcialidad judicial no es novedoso en modo alguno, ni ha tenido que llegar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para recordárnoslo, pues tiene un antecedente tan remoto como el de la Constitución de Cádiz de 1812 que tanta influencia tuvo en América en la que si bien el concepto de la Justicia era muy distinto y no existía un sistema constitucional de garantías, su artículo 254 establecía: *“Los magistrados que hubieren fallado en segunda instancia, no podrán asistir a la vista del mismo pleito en la tercera”*. Era evidente que el legislador trataba de evitar la sospecha de parcialidad o lo que se ha denominado *“iudex suspectus”*.

Como el enjuiciamiento penal se regía por otros parámetros distintos de los actuales en los que se confundían las funciones de instruir y fallar, no consideró el legislador constitucional de Cádiz establecer semejante cautela en el enjuiciamiento criminal.

Sin embargo no fue preciso esperar a que el 17 de enero de 1970 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia (la nº 11/70) del caso Emile Delcourt contra el Estado Belga citara el adagio inglés, “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*” ( Fundamento 31), pues ya Alonso Martínez en su magistral Exposición de Motivos a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, nos recordaba los males de una Justicia Penal vinculada a las ideas del Antiguo Régimen y entre ellos el de la confusión de las funciones de instruir y fallar: “ *Lo peor de todo es... que el Juez que instruye éste (el sumario), es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción, que, confundido lo civil con lo criminal y abrumados los Jueces de primera instancia por el cúmulo de sus múltiples y variadas atenciones, delegan frecuentemente la práctica de muchas diligencias en el Escribano...*” Para decirnos a continuación que “... *nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio con el resultado de las diligencias sumariales...*”. Cuanta actualidad tienen estas palabras.

Como además era preciso restablecer la igualdad de condiciones en la contienda jurídica entre la acusación y la defensa, concluye el Ministro de Justicia en que es preciso instaurar la instancia única; la oralidad del juicio y la separación de lo civil y lo criminal, de modo que “*El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte*”. Se separa así la función de instruir o formar el sumario que se otorga a los Jueces de Instrucción y

la de fallar que lo es a las Audiencias de lo Criminal y consiguientemente se introduce como causa de recusación en el art. 54 nº 12 la de “*haber sido instructor de la causa*”

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia ha aplicado los mismo parámetros que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de hecho en numerosas ocasiones cita sus decisiones. Aquí hay que puntualizar en relación con el art. 8 núm. 1 de la Convención Americana que la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos suponen lo que ha venido a denominarse un “estándar mínimo.” Las legislaciones y los Tribunales de los restados firmantes de los Convenios, pueden establecer mayores garantías que las recogidas en el propio Convenio y la jurisprudencia europea o americana, como de hecho así ocurre en la práctica.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2005, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, se cuestionó la imparcialidad de los Tribunales Militares Chilenos concluyendo que *toda persona tiene el derecho de ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.*

*El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia.*

---

*La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial*

*La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.*

*El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales (parágrafos 124, 125, 145, 146 y 147).*

En la sentencia de 2 de julio de 2004, caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, La Corte considera que *el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática (parágrafo 171).* Se trataba de un proceso contra una persona absuelta por el Tribunal de instancia y cuya sentencia fue anulada por la Corte Suprema de Justicia. Devuelta la causa fue condenado y revisada esta segunda sentencia en casación por la misma Sala y los mismos integrantes de la Corte Suprema que confirmó la condena.

En relación con el Ministerio Fiscal, la garantía de imparcialidad se predica únicamente respecto a la denominada imparcialidad subjetiva, porque el CPP excluye expresamente la imparcialidad objetiva en el artículo 95, párrafo segundo cuando indica, que *no les serán aplicables* (las causas de abstención y recusación), *sin embargo, las de haber intervenido en el proceso como Fiscal o haber manifestado su opinión sobre la causa*. La cuestión es lógica y no merece mayor comentario dado que los Fiscales no toman la decisión definitiva en el pleito.

## **5.2.- Derecho de defensa**

El derecho de defensa aparece consagrado en todos los Tratados y Convenios Internacionales relativos a derechos y libertades de naturaleza fundamental, así, por ejemplo, el art. 6 ap. 3 epígrafe c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950 el art. 14 ap. 3 epígrafe d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 y el artículo 8 núm. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hecho en San José de Costa Rica en noviembre de 1969.

Concretamente, este último precepto establece: *d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.*

El artículo 14 del Código Procesal Penal establece en su párrafo primero que el derecho de defensa es *inviolable* y el artículo 15 contempla el derecho de defensa de los imputados al recordarnos que, *toda persona deberá contar con la asistencia y defensa técnica de un Profesional del Derecho, desde que es detenida como supuesto partícipe en un hecho delictivo o en el momento en que voluntariamente rinda declaración, hasta que la sentencia haya sido plenamente ejecutada. Si el imputado no designa Defensor, la autoridad judicial solicitará de inmediato el nombramiento de uno a la defensa pública o, en su defecto, lo nombrará ella misma. Este derecho es irrenunciable. Su violación producirá la nulidad absoluta de los actos que se produzcan sin la participación del Defensor del imputado.* A su vez el art. 16 contempla el derecho de las víctimas de los delitos y faltas a constituirse en acusación privada.

Desde el mismo momento en el que se inicia la investigación puede ejercerse este derecho como se desprende del artículo 101 del CPP en sus dos últimos párrafos. No es necesario adquirir el estatus de imputado las cual formalmente se adquiere con el requerimiento fiscal, pues el precepto señalado establece que a la persona que sea objeto de investigación aunque no sea imputada ha de hacersele saber por la Policía, el Ministerio Público y los Jueces cuando comparezca todos los derechos a los que se refiere el artículo.

Corolario de lo anterior es el derecho a la asistencia letrada por profesionales del derecho a los que se refieren los arts. 15 y 101 del CPP. La presencia de letrado durante el proceso en general o su presencia cuando el inculpado presta declaración policial o judicial en particular, representa, por tanto, una garantía de legitimidad, de ahí que se haya hablado en otras ocasiones de "*filtro garantizador de constitucionalidad*", "*testigo fehaciente de veracidad*", o "*fedatario de legitimidad constitucional*".

El derecho de defensa está recogido en la propia Constitución de la República en su artículo 82, derecho nunca puede ser considerado como mero requisito formal.

Su contenido estricto viene configurado por el derecho del acusado para encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y estime más adecuado en la realización de su defensa. De todas formas, el derecho de libre elección y de cambio cuantas veces lo considere conveniente para sus intereses, puede ser limitado razonablemente cuando se interfiera con el derecho a un proceso sin dilaciones, de manera que cuando se pretenda un ejercicio abusivo de dicho derecho con finalidades dilatorias, puede denegarse eficacia a la designación de nuevo abogado, forzándose la continuación del hasta entonces nombrado, pues es corriente en los denominados “procesos de ruptura”, la renuncia sucesiva a los distintos letrados designados con el fin de dilatar lo más posible la celebración del juicio.

En el caso de las investigaciones policiales la presencia letrada tiene por objeto asegurar con su presencia personal que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma. En Honduras, a diferencia de lo que ocurre en España, el detenido tiene derecho a entrevistarse con su defensor desde el inicio de la detención incluso antes de prestar declaración. Permitir la entrevista con el letrado en dependencias policiales antes de la declaración es una posición del legislador audaz, porque siempre se ha entendido que esa posibilidad perjudica la investigación, principalmente cuando son varios los detenidos en dependencias policiales por la comisión del mismo hecho delictivo.

La presencia letrada, incluso en el caso de los imputados es preceptiva e irrenunciable, como se desprende de diversos preceptos del CPP como el art. 15: "Toda persona *deberá* contar con la asistencia y defensa técnica de un Profesional de Derecho" o 289: "La declaración del imputado... se prestará siempre en presencia del defensor"

### **5.3.- El principio de contradicción.**

El principio de contradicción es considerado por la doctrina consustancial al proceso penal que exige o comporta la necesidad de que frente a la postura de las acusaciones pública y/o privadas se oponga la postura de aquel a quien se acusa, es decir la dualidad de sujetos procesales en posturas opuestas y la situación primordialmente expectante del Juez, que contempla, con más o menos pasividad, la pugna entre las dos partes y decide según lo que estime que resulte de esa contienda". Supone, en suma, la materialización efectiva en el proceso penal del derecho de defensa, de modo que si el derecho de defensa se puede ejercer plenamente, en condiciones de igualdad con las demás partes, existirá efectiva contradicción, mientras que si la parte de que se trate no puede defenderse, por las razones que sean, excluidas las únicamente atribuibles a la misma, no existirá contradicción.

Desde esta perspectiva es claro que la regulación legal del principio de contradicción está implícitamente contenida en la regulación del derecho de defensa, del que constituye su materialización.

El principio de contradicción no sólo tiene una dimensión técnica -en cuanto materialización del derecho de defensa técnica-, sino también una dimensión que podríamos denominar psicológica o subjetiva, dimensión

íntimamente relacionada con el principio de inmediación, al que sirve, cuando menos parcialmente, como fundamento.

En efecto, creemos que es indiscutible que, caso de que una persona realice manifestaciones perjudiciales para otra que no sean ciertas, total o parcialmente, su actitud puede variar en función de que la persona destinataria de las mismas esté o no presente en el momento de verter aquéllas, de la misma manera que será distinta la actitud de aquel a quien se le atribuye una acción perjudicial para su persona o bienes según que tal atribución sea hecha directamente ante él por la persona que lo afirma, o transmitida por terceros pero sin estar presente la persona que le imputa la acción de que se trate.

Por ello, las alegaciones fácticas de la acusación pueden ser contradichas, no sólo a través de la dialéctica de la defensa técnica, es decir, del Abogado defensor, sino también por medio de la presencia física de la persona a quien perjudiquen.

Al principio de contradicción se refiere el artículo 4 del Código Procesal Penal cuando nos dice que, *salvo que el presente Código señale otro procedimiento, el juicio será oral y público y en él regirá el principio de contradicción. Tanto el imputado como su Defensor, tendrán derecho a presentar los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso, incluso durante la investigación preliminar. En este último caso lo harán ante el Fiscal a cuyo cargo se encuentre la investigación.* A su vez el artículo 14 párrafo segundo establece de manera imperativa *que el imputado y su Defensor tienen derecho a estar presentes en los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que consideren oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario de la autoridad correspondiente, cuando los derechos en referencia perjudiquen el curso normal de los actos o del proceso.* Y el artículo 101 núm. 10 contempla como derecho del imputado el de

*estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario.* Consecuencia de lo anterior es la igualdad de partes que contempla el art. 13 del CPP.

Como se desprende de los preceptos anteriores, el principio de contradicción está presente desde la investigación preliminar. En esta fase hay preceptos específicos en el CPP que se refieren a ese principio al que estamos haciendo referencia en los artículo 246 para la prueba pericial, 256 para el reconocimiento de personas y en el artículo 277 con carácter general para todas las pruebas.

Hay que tener en cuenta en principio que si bien puede considerarse un dogma del Derecho Procesal actual que las únicas diligencias que pueden reputarse auténticas pruebas son las practicadas en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, no es menos cierto que determinadas diligencias practicadas durante la fase de investigación pueden igualmente concurrir a formar la convicción judicial como se desprende del artículo 311 del CPP, siempre que se hayan respetado las reglas de la prueba anticipada o sean de imposible reproducción en el juicio mediante el expediente de su lectura en la vista oral.

En esencia, hay que concluir:

1.- Que en todas aquellas diligencias de investigación susceptibles de constituir pruebas anticipadas o preconstituidas se exige legalmente la presencia física del afectado o inculpado o al menos de su Defensor como establece el último párrafo del art. 277.

2.- Que dado que el inculpado puede, desde el mismo momento de serlo, ser asistido de Abogado defensor, debe reconocerse a éste el derecho asimismo a asistir a la práctica de tales diligencias y,

3.- Para el caso que se desconozca quien es el imputado (o no sea posible localizarlo, añadimos nosotros) si la prueba es de extrema urgencia (posible fallecimiento de un testigo, destrucción u ocultación de algún objeto de prueba, etc.), el Ministerio Público podrá requerir la intervención del Juez para que actúe de la manera más expedita debiendo citar a un Defensor de oficio para que controle el acto.

***5.4.- Principios de necesidad y oficialidad. Inmutabilidad del objeto del proceso.***

Sin perjuicio de estudiar en otro apartado los principios de legalidad y oportunidad, cuando hablamos del principio de necesidad estamos diciendo que el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir la autor, juzgarle y, sobre todo, imponer la pena (“nullum crimen, nulla poena sine lege et iudicio”), a diferencia del proceso civil donde por la vigencia del principio dispositivo es posible establecer el derecho entre las partes mediante la conciliación o una transacción o arbitraje extraprocesales e, incluso, alterar las normas de competencia, esto no es posible en el proceso penal. No cabe acudir a medios de auto composición al margen del proceso como ocurre en el derecho civil y cuando se aplican criterios de oportunidad basados en la reparación del daño, el posible acuerdo con la víctima (ex art. 29, segundo párrafo) nunca quedaría al margen del proceso y del control del Ministerio Público e, incluso del Juez por la vía del art. 32 del CPP.

Y esta obligatoriedad del proceso penal ofrece la importante característica de que la reconoce el Estado, pues aun siendo titular del “ius punendi” no lo hace valer directamente, sino que lo ejercita a través del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales y siguiendo al vía del proceso a que dicho principio se somete (legalidad procesal).

No cabe, por tanto, actos dispositivos de las partes, ni la renuncia ni el allanamiento a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil.

Otra cosa distinta es que el legislador admita la conformidad reglada en el artículo 322 del CPP, pero sería inadmisibles el acuerdo con hechos que no fueran constitutivos de delito o cubiertos con una eximente de responsabilidad penal, de ahí que este tipo de acuerdos no vinculen al Juez.

Y otra cosa distinta es la aplicación de criterios de oportunidad también reglada en los artículos 28 y ss del CPP. El Ministerio Público tienen la obligación de ejercer la acción penal pública y ha de perseguir de oficio todos los delitos salvo los denominados semipúblicos o los privados (arts. 28, primer párrafo y 25 último párrafo del CPP), pero incluso en el caso de los delitos semipúblicos, *formalizada la acusación, el desistimiento de la víctima no impedirá que continúe el proceso* (art. 26, párrafo último del CPP). Cuando el Ministerio Público decide por criterios de oportunidad abstenerse de perseguir los delitos, debe ajustarse a las previsiones legales. Y algo parecido puede decirse sobre la suspensión de la persecución penal a la que se refieren los artículos 36 y ss. del Código Procesal Penal. Su origen están en la “probation” anglosajona que hace depender la suspensión no en el momento de la ejecución de la pena impuesta, sino en el momento de decidir continuar con la persecución. Tampoco en este caso se eliminan los principios que estudiamos porque la suspensión de la persecución penal se hace depender del cumplimiento de unas condiciones en un determinado plazo de tiempo.

Por otro lado, a diferencia igualmente del proceso civil, el objeto o materia del proceso penal es inmutable, de forma que durante el curso del proceso no puede desaparecer o presentarse con distinta fisonomía por voluntad de las partes. Así por ejemplo, aunque el autor de un delito de robo o de apropiación indebida restituya la cosa, esta restitución no elude la continuación del proceso, la sentencia, ni la imposición de la pena, pues una vez realizado el hecho que daña un bien jurídicamente protegido, ofreciendo las características de delito o falta, ha de seguir siéndolo hasta el final. De ahí el brocardo latino “semel delictus, semper delictus”.

Una vez fijado su objeto no cabe la posibilidad de hacer cambios, pues afectaría al derecho de defensa, de ahí que la sentencia tiene que ser congruente con la acusación (art. 337 del CPP) y que cualquier cambio en la acusación debe respetar el derecho del imputado a aportar nuevos medios de prueba o a pedir la suspensión del juicio para preparar la defensa y sólo en el caso que esto no fuera posible, es necesario abrir un proceso nuevo (art. 321 del CPP).

### ***5.5.- Documentación de las diligencias de investigación.***

Tan importante es la documentación de las diligencias de investigación que el artículo 311 del Código Procesal Penal admite la lectura en juicio y debida contradicción de determinadas actuaciones de investigación adecuadamente documentadas. El legislador hondureño es consciente de ello y dedica diversos preceptos para fijar el contenido de las actas en las que se documenten diligencias de investigación.

Cuando se trata de actuaciones judiciales la fe pública corresponde en exclusiva al Secretario del Juzgado o Tribunal como se desprende de los artículos

137 y último párrafo del art. 140 del CPP. En los demás casos es preciso la documentación del acto el funcionario interviniente estará asistido de su secretario (art. 131 del CPP). Al contenido de las actas, su corrección y subsanación de errores se refieren los artículos 132 as 134 del CPP.

Cuando en la investigación interviene el Juez, el principio de inmediación judicial ha de cumplirse, no sólo mediante la intervención personal del Juez en la práctica de todas las diligencias, sino también con la del Secretario. Es el depositario de la fe pública y, por tanto, el único legitimado para dar autenticidad a los actos procesales en los que intervenga. El Secretario es el depositario de la denominada “potestad de instrumentación” , dotando al acto el carácter de documento público auténtico. Por ello la intervención del Secretario adquiere una singular importancia en todos los actos de prueba anticipada y preconstituida que permitirán al Tribunal decidor fundamentar en ella una sentencia de condena sin violentar la presunción de inocencia.

En los actos concretos de investigación, a la necesidad de hacer constar la actuación en una acta firmada por los intervinientes se refieren los artículos 101 último párrafo (lectura de derechos), 203 (inspecciones oculares), 206 y 207 (inspecciones personales), 208 (inspección de vehículos), 209 (registro de sitios públicos), 212 y 214 (allanamientos de morada), 222 (intervención de correspondencia), 224 (clausura de establecimientos), 235 (testimonios en las fases preparatoria e intermedia), 256 y 258 (reconocimiento en rueda de personas), 262 (reconstrucción de hechos), 270 (la denuncia) y el artículo 283 respecto a las investigaciones que lleve a cabo los miembros de la Dirección General de Investigación Criminal.

## 6.- LA LLAMADA CADENA DE CUSTODIA (I)

Desde la perspectiva fiscal, la *Cadena de Custodia* puede ser definida como aquel conjunto de operaciones policiales y procesales que son oficialmente desarrolladas para la recogida, obtención, conservación y puesta a disposición íntegra del tribunal de enjuiciamiento de todas las pruebas que han sido previamente obtenidas a lo largo de la investigación criminal, con un pleno sometimiento a las reglas del proceso y que sirven para fundamentar la culpabilidad o inocencia de una persona.

Se trata, por lo tanto, más que de un concepto, de una *praxis* adecuada para que la prueba obtenida cumpla su función y pueda cumplirse una de las principales garantías del proceso que es la de valorar aquellas pruebas que fueron obtenidas durante la investigación sumarial sin género de duda alguno acerca de su autenticidad, una garantía que se extiende sobre las distintas fases del proceso y que debe ser objeto de una continua actualización.

La famosa Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica de 14 de agosto de 1992 la describe de manera muy expresiva cuando incide en *la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el que los representantes del Ministerio Público y los jueces, pero sobretudo los oficiales de la policía cumplan con los requisitos mínimos de seguridad en la recolección o extracción, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros elementos de convicción levantados en el lugar de los hechos, de tal manera que se garantice, con plena certeza, que las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos.*

La misma resolución citada incide en considerar que el enjuiciamiento penal no puede encontrar su fundamento exclusivo en el testimonio policial o en otras pruebas referenciales. Es necesario, por tanto, que todas las evidencias materiales que hayan sido obtenidas durante la investigación se traslade a los distintos sujetos del proceso de manera sucesiva, íntegra e inequívoca y que alcance con toda garantía el debate del Juicio Oral sin que exista duda alguna acerca de su identidad, de su verosimilitud y de su relación original con los hechos, que se haya respetado, en definitiva, la oportuna *cadena y custodia de la prueba*.

### **6.1.- Principios inspiradores**

Puede hablarse, en primer término, de la vigencia de un *principio de incolumidad o integridad de la prueba* obtenida durante la fase de investigación y al que se alude, con cierto tono asistemático, en el último inciso del artículo 278 del CPP que, como ya hemos indicado, regula el régimen de secreto de las diligencias practicadas durante las investigaciones iniciales, cuando permite que pueda protegerse o aislarse *cualquier elemento de prueba* que haya podido ser incautado o reconocido *a fin de evitar su contaminación o destrucción*.

Este cuidado legalmente exigible para preservar la prueba pone de manifiesto su fragilidad pero cuando hablamos de fragilidad no nos referimos a una fragilidad intrínseca de los materiales u objetos intervenidos sino a otra forma de fragilidad y es que cualquier *rotura* de la cadena de custodia que comporte su posible manipulación o su sustitución, con independencia de cual sea nuestro grado de convicción moral sobre los hechos, determina que no podamos tenerla en cuenta para sustentar una sentencia condenatoria o la adopción provisional de cualesquiera medidas restrictivas de los derechos fundamentales del imputado. En

tales casos quedaría convertida en una prueba irregular y entraría en colisión con el derecho al debido proceso e incluso a la presunción de inocencia.

Antes de proseguir es preciso reconocer que la *cadena de custodia* debe adaptarse a distintas situaciones según cual sea el carácter de la investigación desarrollada y la naturaleza de la prueba que ha sido realizada e incluso el perfil de los funcionarios que han practicado efectivamente las diligencias, teniendo en cuenta que los avances científicos y técnicos determinan que las fórmulas oficiales de conservación y custodia de la prueba tengan que ir adaptándose necesariamente a las circunstancias de cada caso.

Las mayores dificultades, como resalta la doctrina española, suelen centrarse en la conservación y documentación de la prueba pericial<sup>37</sup> que es la que se verá más frecuentemente afectada por las dudas que puedan surgir en el tribunal acerca de la continuidad de la *cadena de custodia*, aunque cualquier vestigio que haya sido considerado relevante para formar la convicción de los sucesivos tribunales que intervienen en el caso, precisa de un *íter* perfectamente documentado que no ofrezca ninguna duda al tribunal de enjuiciamiento.

El problema habitual que presenta el análisis de la cadena de custodia es justamente la ausencia de una regulación específica. A lo largo de la norma procesal aparecen distintos preceptos que refieren garantías concretas para sostener esta continuidad documentada de la prueba, pero falta una norma sistematizada que protocolice la forma de documentar la actuación investigadora.

---

<sup>37</sup> Sobre el estudio de la *cadena de custodia* puede consultarse el trabajo del Magistrado Vicente Magro Servet publicado bajo el título *Cadena de Custodia y Prueba de Cargo* en el diario La Ley, número 6.863 de 17 de enero de 2008.

Como algunos ejemplos de normas procesales de la legislación hondureña que se refieran, aunque limitadamente y durante la llamada *Etapa Preparatoria*, al problema de la *cadena de custodia* podríamos citar los tres siguientes:

- El artículo 203 del CPP se refiere a la *Inspección ocular y Custodia del lugar de los hechos* y encarga a la policía nacional estas labores que deben extenderse a la búsqueda de *señales, huellas, rastros o efectos materiales que tengan una relación directa o indirecta con la comisión del delito*. Esta labor puede ser desarrollada directamente por el Juez, a petición del Fiscal o de las partes y debe quedar reflejada en un *Acta* pormenorizada. Está previsto legalmente, cuando fuera posible, que dos vecinos del lugar ejerzan como testigos de la diligencia practicada. La Ley procesal hondureña igualmente establece su lectura en el acto del Juicio Oral para que alcance su plenitud probatoria.
- El artículo 217 del CPP se refiere al comiso de *cosas y documentos secuestrados* y que puedan ser importantes para la investigación y que quedan en depósito de las autoridades pertinentes con la obligación de conservarlos del mejor modo posible.
- El artículo 246, por último, alude a la *pericia durante la investigación preliminar* que puede ser ordenada por el Fiscal durante la investigación preliminar y que se tralada al debate mediante su lectura que debe ser pormenorizada. En tales casos debe verificarse, con el oportuno control jurisdiccional, la prueba anticipada sin perjuicio de que el tribunal, el Ministerio Público o cualquiera de las partes pueden *exigir la declaración del perito durante el debate*. En tales casos, las muestra o pruebas que hayan podido ser utilizadas para realizar la pericia deben quedar

perfectamente documentadas e identificadas en la causa y quedar a disposición del tribunal siempre que fuera posible.

En términos generales, lo deseable sería llevar a cabo una regulación detallada de la *cadena de custodia* que no tendría porqué producirse en la propia norma procesal pero, en tanto este desarrollo reglamentario pueda tener lugar, lo más apropiado es establecer, mediante el concurso de otros funcionarios diferentes de aquellos que efectúan la incautación o desarrollan la diligencia de prueba correspondiente.

Es evidente que toda la fase investigadora incumbe especialmente al Ministerio Fiscal que, no solo debe procurar documentar e identificar adecuadamente los vestigios del delito, sino que debe comprobar que las actuaciones policiales realizadas previamente han sido respetuosas con esta exigencia procesal.

Es preciso señalar, por último, que la jurisprudencia española viene considerando que las meras discrepancias formales no tienen que suponer, en todo caso, la rotura de la *cadena de custodia*.

#### **6.6.- La presunción de inocencia y la correcta valoración de la prueba.**

La presunción de inocencia aparece consagrada en el artículo 89 de la Constitución Política de Honduras al considerar que *toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente*. La ley procesal (artículo 2 del CPP) alude al llamado *Estado de inocencia* en cuya virtud *todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por el órgano jurisdiccional competente* conforme a las reglas del proceso penal.

Esta presunción o *estado de inocencia* se extiende a lo largo de las distintas instancias del proceso de manera que pervive en tanto las resoluciones condenatorias alcancen la condición de firmes. Ello no es óbice, sin embargo, para que a medida que se desarrollan las distintas fases del proceso la *presunción de inocencia* pueda ser valorada por el Ministerio Fiscal o por los órganos jurisdiccionales de distinta manera. A la hora de establecer las medidas cautelares que sean pertinentes, por ejemplo, la situación de la persona imputada al inicio de la investigación sumarial no puede ser comparada con la de aquella otra que ha sido condenado en primera instancia en una resolución ampliamente motivada y que pende de que sea resuelto el recurso que ha sido interpuesto por su defensa.

De cualquier manera, la presunción de inocencia es un principio que debe iluminar toda la actuación jurisdiccional, que mantiene su vigencia hasta el momento mismo de la ejecución de la pena y que debe vincularse con la idea de imparcialidad y de proporcionalidad del proceso, así como con la necesidad de motivar de manera suficiente las decisiones limitadoras de cualesquiera derechos fundamentales, valorando de manera suficiente no solo la prueba de cargo presentada por las acusaciones, también los elementos de descargo que hayan sido expuestos por la defensa.

Aunque esta necesidad motivadora se refiere especialmente a las decisiones judiciales propias de las fases más avanzadas del proceso, es obvio que debe extenderse no sólo a la actuación fiscal sino incluso a toda la actividad policial que se desarrolla previamente y que se pone en conocimiento del Ministerio Público para generar el ejercicio de la acción penal. No se trata en este caso de llevar a cabo una extensa fundamentación jurídica, sino de exponer una completa relación de los hechos y el conjunto de indicios y pesquisas que son realizadas por los agentes policiales para proscribir cualquier clase de indefensión y para que el Fiscal pueda llevar a cabo una valoración suficiente que permita

justificar la investigación que se inicia o que se desarrolla y que puede desembocar en la imputación de la persona investigada.

La presunción de inocencia se complementa con la necesidad de llevar a cabo una correcta y libre valoración de la prueba que escape de los procedimientos inquisitivos que se mostraban partidarios de su valoración tasada. Conforme a lo anterior, el artículo 202 del CPP, impone la regla de la *sana crítica*, debiendo formar su convicción el órgano jurisdiccional competente de una forma *conjunta y armónica*. Esta norma es perfectamente extensible al Ministerio Público durante la fase de investigación para decidir su continuidad y su evolución en orden a la acreditación de los hechos y a las distintas diligencias de prueba que deban practicarse.

En lo que respecta a las llamadas *pruebas ilícitas o prohibidas* a las que se refiere el artículo 200 del CPP, en cuanto vulneran el sistema de garantías del proceso y sin perjuicio de la responsabilidad en la que hayan podido incurrir quienes las obtuvieran, carecen de cualquier eficacia probatoria y extienden esta situación de plena ineficacia a toda la actividad probatoria que derive de las mismas, conforme a la famosa teoría procesal del *fruto del árbol envenenado*.

Un tratamiento diferenciado merecen, por razones de economía procesal, los llamados *hechos notorios* ya que, en tales casos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 201 del CPP y salvo que exista objeción de parte, *el órgano jurisdiccional podrá rescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo*. Aunque no son definidos podríamos entender por tales aquellos que no admiten duda alguna sobre su existencia conforme a un juicio de inferencia lógico realizado en relación con los hechos.

### **6.3.- El examen corporal desde la perspectiva fiscal**

Al regular el sistema de garantías de la imputación, el CPP en su artículo 107 se refiere a los *Exámenes Corporales y Extracción de Muestras del Imputado*. Su finalidad es el descubrimiento de la verdad y los requisitos procesales que se imponen el que sea acordada motivadamente por el órgano jurisdiccional competente a petición de una de las partes, que se practique por técnicos con suficiente cualificación y de manera que no entrañe peligro ni atente contra el pudor ni la dignidad del examinado y, por último, en situaciones de necesidad *para determinar la verdad* podrá practicarse *incluso contra la voluntad de la persona imputada* llevando a cabo, si fuera preciso, un uso proporcionado de la fuerza.

El último párrafo del artículo 107 del CPP merece algún comentario añadido. Se refiere a los supuestos en los que, por razones de urgencia y ante el riesgo de que el transcurso del tiempo pueda perjudicar la investigación y hacer desaparecer las muestras o vestigios que sean necesarios, de no poder obtener la autorización judicial correspondiente, el Ministerio Público pueda disponer que se lleve a cabo esta diligencia en términos similares a los anteriormente expuestos, *dando cuenta inmediata y razonada al Juez competente, quien convalidará o dejará sin efecto lo realizado*.

Se establece, por tanto, un control jurisdiccional posterior de la decisión fiscal que ha sido ya adoptada y que puede generar algunas dificultades prácticas en materia probatoria. Parece evidente que la decisión judicial debe contar con una motivación suficiente, producirse a la mayor brevedad y establecer, dentro de lo posible, si queda afectada exclusivamente la prueba que dimanase del examen corporal o de la extracción de las muestras que fue acordada por razones de urgencia o se extiende a otras diligencias probatorias o de investigación posteriores que hayan sido realizadas a consecuencia de la anterior.

#### **6.4.- La proporcionalidad en la investigación**

La idea de proporcionalidad, conforme a la jurisprudencia constitucional española y europea, es una exigencia procesal para la motivación de aquellas facultades investigadoras que de manera más intensa afectan al desarrollo y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Estos requisitos de motivación se refieren, teniendo siempre en cuenta que su incumplimiento comportaría la nulidad total de las pruebas así obtenidas, de un lado, a la demostración de la necesidad de la adopción de tales medidas y, de otro, a que las medidas sean adecuadas objetivamente para la acreditación de la actividad delictiva que es objeto de investigación.

La Sentencia del Tribunal Constitucional español 186/2000 reiteraba que cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales tiene que venir precedida de una estricta observancia del criterio de proporcionalidad, llevando a cabo, en primer término el llamado *Juicio de Idoneidad* que debe aclarar si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto la medida adoptada; en segundo término tiene lugar un *Juicio de Necesidad* que aclara si no es posible establecer otra medida más moderada con igual eficacia y, por último, lo que podríamos llamar un *Juicio de Decisión* que determina que los beneficios o ventajas para la investigación superan la limitación de los derechos en conflicto.

Este último *Juicio de Decisión* es el que debiera valorar y tener en cuenta todas las peculiaridades comisivas que presenta el cibercrimen: Un perímetro jurídico extraordinariamente extendido en el que tiene lugar la injerencia del Estado y que puede generar graves consecuencias para los derechos

fundamentales de un amplio número de personas, al margen de la propia persona investigada.

No cabe duda que los derechos más afectados por estas investigaciones son todos aquellos que giran en torno a la idea de privacidad e intimidad informática que podrían englobarse dentro de la protección que establece el artículo 18 de la Constitución Española. Se debe tener en cuenta, por tanto y al margen de las habituales exigencias para la limitación de derechos de cualquier persona incurso o afectada por un procedimiento penal, el especial sistema jurídico de protección de datos personales que introduce el legislador en nuestro derecho a través de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre *de Protección de datos de carácter personal*.

Las medidas, como señalábamos, tienen que ser idóneas para conseguir la finalidad de protección, necesarias, basadas en la existencia de diversos indicios de la comisión del hecho delictivo y proporcionadas en relación con el interés tutelado, pero deben igualmente ponderar y valorar el riesgo objetivo que siempre comporta para las víctimas, ya sean directas o indirectas, la simple acreditación de una situación de esta naturaleza y las dificultades añadidas que son inherentes para su persecución.

Estos requisitos de proporcionalidad deben ser exigibles en su esfera de competencia al Ministerio Público, habida cuenta la trascendencia que tiene la fase investigadora del proceso y, asimismo, serían perfectamente aplicables a los agentes policiales que desarrollan su labor bajo la tutela de la Fiscalía.

### **6.5.- El principio de la oralidad**

El llamado *Principio de Oralidad* referido a la necesidad de realizar de manera oral y no escrita las pretensiones ante el órgano jurisdiccional competente se refiere, como norma general, a los trámites de audiencia y al propio debate del Juicio Oral, aunque de manera puntual, también se concreta en diversos preceptos y en distintos trámites que se sustancian durante la fase de investigación.

Conforme a lo señalado en el artículo 93, párrafo tercero, del CPP, *los Fiscales formularán oralmente, en forma clara, precisa y motivada sus requerimientos, solicitudes y conclusiones en la audiencia inicial, así como en el debate y en las demás audiencias que convoquen los jueces y magistrados*. Se insta, por tanto, un principio de oralidad en la labor de requerimiento y en todas las audiencias convocadas por el órgano jurisdiccional competente durante la llamada *Etapa Preparatoria* aunque esta naturaleza es compatible con la presentación por escrito de sus pretensiones *en los demás casos* y a lo largo de la fase investigadora, como señala el mismo precepto *in fine*. El propio artículo 298 del CPP, al describir el Acta de la *Audiencia Inicial* manifiesta que contendrá la decisión del Juez, una breve fundamentación y un sucinto relato de los hechos, *evitando la transcripción literal de lo acaecido para no desnaturalizar su carácter de audiencia oral*.

El *Principio de Oralidad* se configura históricamente como un argumento retórico ya que se ha estimado siempre, desde el mundo clásico, que la verdad aflora con mayor facilidad cuando lo declarado no puede buscar el amparo de la lectura o las notas. El artículo 103 del CPP, conforme a lo anterior, se refiere a la *forma de practicar los interrogatorios* y señala que los deponentes, salvo en

algunas situaciones autorizadas por el Juez, *responderán de viva voz y sin consultar notas o documentos.*

En términos generales, al margen del contenido oral de las audiencias, cabe señalar que las Etapas *Preparatoria* e *Intermedia* se rigen por un principio general de escritura en tanto que el debate oral y público del plenario se rige por el principio estricto de oralidad.

## **7.- LA LLAMADA CADENA DE CUSTODIA (II).**

### **7.1.- Derecho comparado.**

Entre los diversos ordenamientos jurídicos existen básicamente dos procedimientos en cuanto a la custodia, gestión y análisis de efectos o muestras. Por un lado, están los países que encargan a laboratorios externos todo lo relativo a la adecuada conservación de la llamada “cadena de custodia” como en el caso de Estados Unidos y aquellos otros en los que la gestión están encomendada a organismos oficiales dependientes del Gobierno, como es el caso de la Europa continental. En el caso concreto de la obtención de muestras de ADN, Estados hay que no exigen la autorización judicial, como en el caso británico, de otros que si lo imponen, supuesto en el que también están la mayoría de los países de la Europa continental.

Hay que reseñar que al principio, ante la inexistencia de una doctrina asentada o una legislación decretada sobre la validez de las pruebas de ADN se llegó a criticar en algún momento por parte de juristas norteamericanos y alemanes la facilidad con que se aceptaban estos análisis por los tribunales de justicia como pruebas irrefutables, cuando se manifestaron serias dudas sobre su

credibilidad y fiabilidad en algunos casos (por las técnicas utilizadas, por el estado de las muestras, etc). Se objetó entonces también que estas técnicas no eran todavía defendibles y que resultaba prematuro aplicarlas a causa de la existencia de fuentes de error no totalmente controlables en la práctica forense, por lo que era necesaria una mayor discusión científica hasta encontrar un estándar aceptable. Además, en diversos procesos se ha puesto de manifiesto la importancia de que se garantice la incolumidad de la "cadena de custodia" de la muestra, referida al aseguramiento de la identidad y la adecuada conservación y custodia de la muestra biológica sobre la que se realizan los análisis de ADN desde su obtención en el entorno del delito (la víctima, el lugar de los hechos) hasta que se incorpora definitivamente al proceso como medio de prueba.

Desde entonces los esfuerzos de los especialistas forenses han ido encaminados a la acreditación de laboratorios que practiquen estas pruebas observando una serie de protocolos en la custodia y análisis de las muestras, permitiendo la práctica de contra análisis.

Examinando el caso concreto de la obtención de muestras de ADN, cuestión sobre la que los diversos Estados han legislado con mayor precisión podemos mencionar los siguientes:

Así, en el Reino Unido la Ley de Justicia Penal de 1994 establece un procedimiento en el que no está prevista la intervención judicial y quienes toman las iniciativas son los oficiales de la policía. Distingue, a estos efectos, entre muestras íntimas y no íntimas. Las primeras podrán ser obtenidas de una persona que no se encuentre bajo detención policial si así lo autoriza un jefe de policía con rango de comisario y se otorga el consentimiento apropiado, siendo condición previa que en el curso de la investigación de un delito se hayan obtenido ya dos o más muestras no íntimas idóneas para realizar el análisis, pero que hayan resultado ser insuficientes. En cuanto a las muestras no íntimas, podrán obtenerse

sin el consentimiento correspondiente del interesado si ha sido condenado por una infracción penal, o cuando ha sido acusado por una infracción penal o se le ha informado que será denunciado por la misma, siempre que no se le haya tomado alguna de aquéllas en el curso de una investigación policial o, de haberlo sido, no fueron adecuadas o suficientes para la realización del análisis. En estos casos de no consentimiento se informará previamente al interesado de los motivos de la obtención de la muestra y se dejará constancia escrita de ello. En el caso de desatender el requerimiento policial para presentarse a la realización de estas pruebas podrá ser arrestado por el agente sin orden de detención.

La Circular 16/1995 del Home Office británico sobre el Banco Nacional de Datos de ADN dispone en una de sus secciones (la 42), que el procedimiento de obtención de muestras por la policía, su envío al laboratorio, los procesos internos de manipulación de muestras, se ajustará a las normas reguladoras de las pruebas penales, exigiendo la garantía total en todos esos procedimientos. Concretamente nos dice que *las muestras se deben precintar, embalar y etiquetar en presencia del donante y se deben enviar a la organización que lleve a cabo el perfil por uno de los procedimientos de entrega aprobados. Se facilitarán los siguientes detalles en el impreso ADN – 1: i) el nombre, fecha de nacimiento, sexo, y apariencia étnica de la persona; ii) el tipo de muestra: frotado bucal o pelos; iii) la fecha de obtención de la muestra; iv) el nombre, rango y número del agente que toma la muestra; v) el número de identificación de la muestra; vi) el código del cuerpo/comisaría; y vii) el número del arresto phoenix/número del informe de citación. En los casos en que no sea posible la entrega en un plazo de 48 horas, las muestras se conservarán a –20 C (junto con la información identificativa necesaria)*. Especialmente riguroso es el art. 50 respecto a la aceptación de las muestras por parte del laboratorio encargado de realizar los perfiles de ADN (análisis de ADN), puesto que prescribe que deben rechazarse aquellas muestras que no lleguen en condiciones satisfactorias, sin la debida identificación o cuya consistencia sea motivo de duda.

En el caso holandés, el Decreto 522/1994 de desarrollo de las previsiones sobre ADN en el Código de Enjuiciamiento Criminal, Código que fue reformado para esta materia por la Ley 596, de 8 de noviembre de 1993, dedica una serie de epígrafes para regular la obtención de muestras con una serie de expresas previsiones. Por ejemplo, la toma de sangre, de la mucosa bucal y de la raíz del cabello se hará delante de un agente de la investigación que levantará acta. El agente de la investigación hará llegar el material celular en envase precintado y en el plazo de 48 horas al laboratorio judicial y que el precinto y envase serán revisados por el laboratorio judicial. En la obtención de muestras se confiere la iniciativa de forma exclusiva al Juez Instructor, sin perjuicio de reconocer ciertas posibilidades de acción al sospechoso de un delito que está siendo objeto de investigación criminal. El Juez puede ofrecer al sospechoso que se someta a pruebas sobre los perfiles de ADN, pero también este mismo puede solicitarlo (art. 195a) y, a la vista de los resultados del análisis, puede solicitar asimismo un contra-análisis (art. 195b.1). Cuando se trate de la instrucción de delitos cuya pena sea superior a ocho años de privación de libertad o de otros delitos indicados expresamente por la ley, el juez, de oficio o a instancia del fiscal, podrá ordenar, motivadamente, la realización del análisis del ADN del sospechoso, siempre que los hechos o circunstancias parezcan representar una grave acusación para aquél y la investigación fuera estrictamente necesaria para el esclarecimiento de la verdad (art. 195d.1 a 3). En todo caso, el sospechoso tiene previamente el derecho a ser oído o, si lo prefiere, a interponer una apelación. Una vez acordada la medida definitivamente, no podrá negarse a la extracción de una cantidad de sangre suficiente, salvo que fuera desaconsejable por razones médicas especiales, pudiendo a tal fin obtenerse aquélla con el auxilio de la fuerza pública (art. 195d.4 y 5).

En la *República Federal Alemana*, los tribunales llegaron a admitir, conforme a su ordenamiento jurídico, la obtención de las muestras necesarias sin el consentimiento del interesado, pudiendo acudir incluso al empleo de la fuerza. Este criterio, no obstante, no fue aceptado entonces de forma unánime por la doctrina. La cuestión ha sido resuelta legislativamente en este país, con la reforma de la Ley Procesal Penal, en la que se han introducido dos nuevos preceptos. En cuanto a la posible utilización de muestras obtenidas indebidamente o subrepticamente, la doctrina no admite su validez si no se han seguido los criterios establecidos en el párrafo 81 e) del Código Procesal Penal. Se considera en estos casos, de manera distinta a España como luego veremos, que la forma encubierta de obtener muestras corporales es una vulneración del principio constitucional a la libre incriminación. Ya que el inculpado contribuye a los medios de prueba de forma involuntaria o sin su conocimiento.

En *Francia*, se establecen también algunos criterios para la obtención y utilización de las huellas genéticas con diversas finalidades (Ley núm. 94-654, de 29 de julio de 1994), incluidas las de identificación, habiéndose prohibido recientemente su realización *postmortem*, salvo que el interesado hubiera consentido en vida.

## **7.2 Caso de España**

Realmente estamos hablando de algo completamente novedoso que no ha merecido la atención de nuestros autores y Tribunales hasta fechas recientes y, por ellos, ninguna referencia específica existía en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa a la regulación de cuestión tan esencial. No es hasta la reforma procesal por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre cuando empieza a introducirse en la Ley Procesal mecanismos que garanticen la preservación de la cadena de custodia.

---

Así, el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al regular la inspección ocular señala: *Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.*

*A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.*

A dichos párrafos se adicionó por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre otro que establece que *cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282.* A su vez, el artículo 363 párrafo segundo, según la redacción dada por esta ley, establece la posibilidad de obtener muestras biológicas del sospechoso para determinar su perfil de ADN mediante resolución motivada.

La referencia al artículo 282 es al atestado de la policía y a la obligación que en dicho precepto se establece de los miembros de la Policía judicial de recoger todos los efectos, instrumentos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial. Si examinamos el precepto, la recogida y custodia de muestras o vestigios debe hacerse de tal manera que quede garantizada su autenticidad.

Por otro lado, el artículo 334 de la LECr. dentro del epígrafe del “cuerpo del delito” señala que *el Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, extendiendo diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo.*

*La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos.*

No se refiere el precepto de forma concreta a lo que se ha venido en denominar “cadena de custodia”. Por ello, en virtud de la Ley Orgánica 18/2006, de 5 de junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, dictada para incorporar al ordenamiento jurídico español la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concretamente dentro del capítulo del “cuerpo del delito”, el artículo 338 según la nueva redacción establece que *sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II bis del presente título, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.*

El capítulo II bis (artículos 367 bis a 367 quinquies) se titula “de la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales” y tiene por finalidad al destrucción bajo determinadas condiciones de los denominados

efectos judiciales sin esperar a la celebración del juicio. Trata de regular básicamente las dificultades que existen en la conservación de determinados efectos, bien por tratarse de bienes perecederos, cuya conservación no es factible, bien por tratarse de objetos peligrosos cuya conservación comporta un peligro real, bien por tratarse de efectos cuya conservación supone destinar un gran espacio en dependencias oficiales por su volumen. Al efecto el Juez de Instrucción, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del propietario si fuera conocido o la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos , podrá acordar *la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia.* Tratándose de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez de Instrucción previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores investigaciones o comprobaciones. *En todo caso, (sigue diciendo el artículo 367 ter) se extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción.*

Es decir, el Juez de Instrucción debe recoger los vestigios y pruebas materiales del delito y los debe conservar pudiendo destruir, dejando muestras suficientes, algunos de los efectos cuya conservación pueda plantear problemas. Aunque no se diga, evidentemente la recogida debe ser con las debidas garantías no sólo para preservar su autenticidad, sino su adecuada conservación, para que estén incólumes el día del juicio, conservación que se hará, bien en la sede del Tribunal, bien en dependencias específicas (Intervención de armas de la Guardia Civil en caso de armas e instrumentos peligrosos, dependencias gubernamentales

de sanidad en el caso de drogas tóxicas y estupefacientes, Institutos de Medicina Legal o Institutos Nacionales de Toxicología, etc.).

En la práctica la recogida de las muestras suele realizarse por los miembros de la Policía Judicial o por los Médicos Forenses. Es absolutamente imprescindible ejercer un rigurosísimo control sobre la cadena de custodia. En este sentido, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuando practican la inspección ocular en el lugar del delito y recogen las pruebas e indicios los ponen a disposición de la Autoridad Judicial. La constatación de tal recogida mediante actas, fotografías y cualquier otro método que se estime oportuno, opera en favor de una seguridad jurídica y debe de constituir, igualmente, un objetivo prioritario del control de manejo y control de calidad.

En este sentido, una vez que las piezas quedan a disposición judicial una correcta "cadena de custodia" que garantice que la muestra recogida, enviada y analizada es la que debía ser, debe hacerse con la intervención del Secretario Judicial cuya participación en el sistema procesal español como fedatario público es fundamental. Esta cadena debe quedar reflejada, sin dudas y sin interrupciones -a través de diligencias de remisión y copia de oficios-, en la documentación sumarial. Por ello ante la falta de regulación específica se echa de menos una normativa que regule la materia y que evite los problemas que de ordinario se plantean los que ya dio motivo a una Instrucción de la Fiscalía General del Estado, la Instrucción n.º 9/1991, de 26 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes.

### ***7.3 Forma y gestión de muestras. Medicina Legal.***

Aparte de estos preceptos que con carácter general hacen referencia a la recogida y conservación de muestras y vestigios no hay en la Ley de

Enjuiciamiento Criminal normas específicas relativas a la adecuada preservación de la cadena de custodia. Sí existe una Orden ministerial de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de las muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología.

Hay que tener en cuenta que en España existen Institutos de Medicina Legal en todas las capitales de provincia, pero los análisis más importantes están centralizados en cuatro Institutos Nacionales de Toxicología ubicados en Madrid, Barcelona, Sevilla y Santa Cruz de Tenerife a donde hay que remitir las muestras obtenidas en los reconocimientos de personas, cadáveres o cualquier otro tipo de efectos toxicológicos encontrados en la escena del crimen.

Del análisis de dicha orden podemos extraer algunos de sus preceptos más importantes en relación con la denominada cadena de custodia.

Así, en cuanto a la documentación la Orden ministerial exige *que los Tribunales, Juzgados o Médicos forenses comunicarán al Instituto el envío que hayan efectuado, expresando fecha de la expedición, procedimiento utilizado, nombre del transportista y breve descripción del paquete y su precintado... Debe existir un documento anejo al envío de muestras, que acredite la observación en todo momento de la «Cadena de Custodia», desde la toma de las muestras hasta su recepción en el INT. Se propone como modelo el que figura incluido como anexo, en los distintos modelos de formularios, pudiendo ser válido cualquier otro documento, siempre que quede constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras.* En dicha norma se regula el modo en el que se deben embalar las muestras tanto en el embalaje exterior como en los interiores (embalajes primario y secundario), el etiquetado y precintado de las muestras. La orden regula también las normas de preparación y remisión de muestras para investigación químico-toxicológica distinguiendo según el tipo de tóxico o para el caso de que el tóxico sea desconocido; para experimentación

toxicológica según el tipo de estudio que se va a llevar a cabo; para investigaciones biológicas y para análisis histopatológico.

Siguiendo las recomendaciones del Instituto de Toxicología de Madrid y su Jefa de la Unidad de Garantía de Calidad, Doña Josefina Gómez podemos establecer lo siguiente:

La gestión de muestras incluye la toma, manipulación de muestras, conservación, transporte y custodia desde la toma o generación de la muestra hasta que se destruye.

Hay que tener en cuenta que las muestras judiciales son únicas e irrepetibles por ello es imprescindible que exista un control sobre todos y cada uno de los procesos.

En la gestión de muestras hemos de considerar:

- La toma
- Conservación
- Transporte
- Proceso de análisis
- Períodos de almacenaje previo y post-análisis.

En cuanto a la toma de muestras, existen una serie de recomendaciones generales que son:

- Antes de recoger las muestras se debe estudiar cuales son las mas indicadas, la cantidad y el tipo de conservación y el envase a utilizar.

- 
- Las muestras deben recogerse con todo tipo de medidas de seguridad y equipos de protección: batas, guantes, calzas, etc.
  - Las muestras para estudios genéticos deben de recogerse con todo tipo de cuidado para evitar contaminación con otras muestras, especialmente de referencia, y del propio operario.
  - Las muestras frescas deben conservarse y transportarse refrigeradas
  - Las muestras para estudio químico-toxicológico deben ir en fresco, es decir sin fijación.
  - A las muestras para estudio toxicológico deben añadirse un conservante, siendo el Fluoruro sódico el recomendado y como anticoagulante se recomienda la utilización del oxalato potásico.
  - Las muestras para estudio químico toxicológico, al ser principalmente fluidos biológicos, deben envasarse con cuidado, en recipientes adecuados a su tamaño, y cerrarse herméticamente, sin cámara de aire, especialmente si interesa el estudio de gases y sustancias volátiles.
  - Las muestras para estudio histopatológico deben ir fijadas en formol
  - Las muestras para estudios de heridas deben enviarse en fresco.
  - Las muestras fijadas en formol deben ser correctamente fijadas, en envases de tamaños adecuados para evitar deformaciones y conservarse y transportarse sin refrigerar para evitar la formación de artefactos.
  - Se deben recoger el número de muestras adecuado al tipo de análisis que interesa, aunque luego no se analicen todas las muestras recogidas.
  - Todas las muestras deben ir correctamente identificadas, etiquetadas y si es posible, precintadas.
  - Deben observarse las Normas generales de envío de muestras, recomendadas por la Unión Postal Internacional, que obliga a la utilización de envases primarios, estancos y rígidos, envases secundarios estancos y envase exterior homologado para estos fines.

En cuanto al documento en el que queden reflejadas todas las incidencias de la muestra, es decir la denominada “cadena de custodia” referida al laboratorio, consiste en que queden reflejadas todos los movimientos e incidencias de la muestra desde que entra hasta que se destruye o devuelve. Pero en un concepto más amplio, y suponiendo que el Laboratorio no sea el responsable de la toma de muestra, se entenderá como “cadena de custodia” aquel documento en que queden reflejados todos los movimientos y acciones ejercidas sobre las muestras desde que se realiza la toma hasta que se destruye o devuelve.

Es necesario su seguimiento para asegurar la integridad de la muestra y de su correcta identificación a través de su transporte al laboratorio y subsiguiente análisis.

De aquí que sea de gran importancia el que estos conceptos sean bien entendidos y asimilados por todas aquellas personas que tienen acceso a la muestra, en su toma, conservación, transporte, análisis, etc.

Procedimiento:

Se enumeran a continuación una serie de datos que han de quedar reflejados y convenientemente archivados.

En la toma:

- Fecha y hora de la toma.
- Persona que la realiza.
- Lugar de la toma.
- Descripción, envasado, identificación y precintado de la muestra.

Si procede se realizará fotografía o dibujo de la muestra “in situ”.

En la conservación:

- Lugar almacenado hasta su remisión al Laboratorio
- Tiempo transcurrido.

En el transporte:

- Fecha
- Medio y condiciones de transporte

En la entrada al laboratorio:

- Fecha y hora de entrada
- Persona y Empresa que realiza la entrega
- Tipo de envoltorio recibido
- Estado y tipo de precintado
- Persona que lo recibe
- Lugar donde se conserva hasta su apertura
- Persona que realiza la apertura del paquete y etiquetado de las muestras
- Descripción del envío: Número y tipo de envases, anormalidades detectadas, documentación adjunta, etc. .
- Descripción del etiquetado: legible, completo, incompleto, sin etiquetar, etc.
- Tipo de manipulación que se realiza: separación de alícuotas, adecuación de envases, adicción de conservantes, etc.
- Lugar donde se conserva hasta su análisis

- Fecha de entrega a los laboratorios persona que lo recibe y los entrega en cada uno de sus pasos.

En el análisis:

- Fecha de comienzo del análisis
- Descripción de la muestra. Si procede se realizarán fotografías o dibujos.
- Manipulación de la muestra: separación de alícuotas, centrifugado, muestreo, etc.
- Cantidad de muestra analizada
- Registro de todas las acciones ejercidas sobre la muestra durante el análisis: trasvases en extracciones, análisis en distintos equipos o técnicas, anormalidades observadas, etc. Estos registros incluyen la fecha, acción ejercida y persona que la realiza, y si se considera punto crítico firma de la persona que lo chequea.

Después del Análisis

- Fecha de determinación del análisis
- Muestras y cantidades sobrantes
- Lugar de conservación hasta su destrucción
- Período de custodia post-análisis
- Forma y Fecha de destrucción o devolución.

En definitiva se trata de conocer todas aquellas acciones ejercidas sobre la muestra de manera que se pueda demostrar su identidad e integridad y su relación inequívoca con los resultados generados o por contrario detectar cualquier anormalidad como contaminación, confusión o deterioro, que conlleve la no fiabilidad y por lo tanto la anulación del análisis realizado.

Como **anexo** al final se recogen algunos formularios utilizados por el Instituto Nacional de Toxicología para la solicitud de determinados análisis

#### ***7.4.- Doctrina de los Tribunales.***

Como se ha indicado antes, no es hasta fechas recientes cuando la Jurisprudencia y la doctrina científica han mostrado interés por el examen de la denominada “cadena de custodia”. La Instrucción núm. 9/1991, de 26 de diciembre de la Fiscalía General del Estado a la que hicimos referencia, trata algunas cuestiones relativas a la destrucción de las drogas tóxicas y estupefacientes, su tratamiento como pieza de convicción y los problemas que plantea y la validez de los informes periciales emitidos por los laboratorios oficiales, pero no examina la cadena de custodia como tal.

La Jurisprudencia emanada de las sentencias del Tribunal Supremo se ha planteado fundamentalmente en delitos de tráfico de drogas y estupefacientes, planteando los recurrentes condenados en la instancia la posible violación de la adecuada cadena de custodia.

Básicamente, el Tribunal Supremo (v.gr. ss. de 3 de mayo de 2007, 26 de abril de 2007, 20 de abril de 2007, –núm. 343/2007-, 3 de abril de 2007, 26 de marzo de 2007, 29 de septiembre de 2006, 12 de julio de 2005) exige la adecuada documentación de las incidencias que se producen con los efectos del delito.

En primer lugar, la recogida de muestras puede ser llevada a cabo por la policía judicial como acto de investigación en la correspondiente diligencia policial de inspección ocular (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006, núm. 1281/2006 en un caso de toma de huellas dactilares, 4 de octubre de

2006, núm. 949/2006 en un supuesto de toma de muestras de ADN de una colilla y un vaso y 14 de febrero de 2006, también en un supuesto de toma de muestra de ADN de una colilla). Sobre este particular hubo una interesante polémica en el Tribunal Supremo sobre la validez de las muestras biológicas tomadas subrepticamente por los cuerpos policiales de detenidos o sospechosos. A consecuencia sobre todo de actos de terrorismo callejero, los miembros de la policía autónoma vasca contaban con un registro anónimo de muestras biológicas obtenidas de capuchas y otros objetos. Cuando se sospechaba de la implicación de algún detenido o sujeto objeto de investigación en dichos actos de terrorismo, comenzó a tomarse muestras biológicas de colillas arrojadas en la calle o en dependencias policiales, vasos utilizados por el individuo, etc. Hubo sentencias del Tribunal Supremo que admitieron tal recogida de muestras por la Policía Judicial, pero en alguna sentencia se aplicó un criterio más restrictivo con fundamento en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal declarando nula tal toma de muestras al no haberse realizado bajo control y autorización judicial. Finalmente, la polémica quedó zanjada por la Sala 2ª en Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero de 2006 que estableció: *la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.*

Por otro lado, deben evitarse algunas malas prácticas como documentar a posteriori la recogida de muestras cuando ya se tiene conocimiento meses después de los resultados del laboratorio. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006 ya citada denuncia esta mala praxis en la documentación de la recogida de las evidencias, pero señala que en la vista oral comparecieron tanto los agentes de la policía que recogieron las muestras como los que las trasladaron al laboratorio pudiendo ser interrogados por todas las partes bajo posprincipios de contradicción, publicidad, oralidad e inmediación, por lo que quedó debidamente acreditado que las evidencias recogidas y remitidas fueron las mismas que las que fueron objeto de análisis en el laboratorio oficial.

El Alto Tribunal no da relevancia la hecho de que se tarde más o menos tiempo en remitir las muestras al laboratorio. Así la segunda de las sentencias citadas (núm. 340/2007) establece sobre la corrección de la cadena de custodia: *a esos efectos indiferente que se trata de tres o cinco los días que tarde la Policía en remitir la sustancia intervenida al centro de análisis, dado que si la droga ha sido correctamente custodiada en ese tiempo no pueden albergarse dudas al respecto. En este caso concreto, al folio 6 del sumario se dice que la droga intervenida "queda en custodia de la Sección Fiscal de este aeropuerto"; al folio 72 está el Acta de recepción de la droga ocupada por el Laboratorio Oficial de Drogas el día 30 de marzo de 2005, cinco días después de la aprehensión. Se hace constar en dicho documento el número de Diligencias de la Guardia Civil, que son las 120 del 2005, las mismas que las del atestado incoado en el aeropuerto; y el resultado del paso de la sustancia intervenida es prácticamente el mismo que sin los instrumentos de precisión del laboratorio realizó la Guardia Civil en presencia de la acusada. No puede haber dudas, pues, y no las tuvo la Sala de Instancia de que ni se había roto la cadena de custodia ni de que la droga intervenida es la misma que fue luego analizada por el laboratorio oficial. Igualmente, en la sentencia de 3 de abril de 2007 (núm. 266/2007) no se considera relevante un retraso de dos días.*

En cuanto a la documentación de la cadena de custodia, en la sentencia de 3 de mayo de 2007 (núm. 359/2007) en un supuesto en que también se dudó de la adecuada conservación de la droga, el Tribunal Supremo nos dice: *fácilmente se comprueba cómo la sustancia de referencia fue depositada por la Policía en el Juzgado Instructor y éste dispuso, posteriormente, su entrega a la Guardia Civil para el traslado al Laboratorio oficial, donde es recepcionada por funcionaria que, nominativamente, se identifica a su recibo; extremos que se encuentran perfectamente documentados.* El resolución de 20 de abril de 2007 (núm. 343/2007), quedó documentada en el atestado la intervención de los fardos de

hachís en un barco en alta mar por el Servicio de Vigilancia Aduanera, su custodia por los agentes de hacienda, su recepción por el Secretario del Juzgado de Instrucción de Algeciras al llegar el barco a puerto y su remisión al Juzgado Central de Instrucción que conocía de las diligencias, *cumpliendo con los criterios y protocolos oficialmente aceptados para la comprobación de su naturaleza, resultando tratarse, en efecto, de haschish, con un peso superior a las doce toneladas y media.* En la sentencia de 12 de julio de 2005 (núm. 918/2005) se dice respecto a la adecuada documentación puesto que se denunció en el recurso que hubo ruptura en la cadena de custodia de la droga: *esto no puede aceptarse, pues, como bien razona el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, es evidente que las sustancias intervenidas, tanto en el momento de la detención del recurrente como en el registro domiciliario, fueron entregadas por los agentes que las hallaron al instructor del atestado una vez que se personaron con el detenido en la comisaría y que, en cumplimiento de la normativa vigente sobre depósito y conservación, se ordenó por ese instructor su entrega al organismo adecuado, documentándose la entrega en el organismo receptor, con las referencias oportunas al número de atestado y persona implicada, emitiéndose el dictamen correspondiente, dictamen que mantiene la misma referencia al número del atestado policial que el segundo del depósito efectuado por el funcionario de la policía comisionado por el instructor. Por otro lado, el hecho de que no asistiese al juicio oral ese funcionario policial que transportó materialmente la droga desde la comisaría al laboratorio, no implica falta de constancia entre lo intervenido y lo analizado, no rompiéndose con ello de modo alguno la cadena de custodia.*

La sentencia ya citada de 3 de abril de 2007 otorga un papel fundamental en la conservación de la droga a los Servicios de Control de Estupefacientes y niega que la legislación exija en control judicial, señalando que la Ley 17/1967, de 8 de abril prevé que dicho control queda asignado de manera exclusiva al referido Servicio y a la Brigada Especial de Investigación de Estupefacientes (en la actualidad Grupos de Estupefacientes de la Policía Judicial, vulgarmente

conocidos como “estupas”). De hecho la citada sentencia recoge la manera habitual de actuar en materia de drogas tóxicas y estupefacientes: en caso de detención de un delincuente con sustancias estupefacientes o psicotrópicas, estas sustancias no se remiten al Juzgado como cuerpo del delito, sino que es directamente la policía la que las remite a dicho Servicio para su análisis, quedando custodiadas en este organismo administrativo a disposición del órgano judicial competente que es quien en su día puede acordar la destrucción dejando muestras suficientes para futuros análisis. Igualmente en la sentencia de 7 de febrero de 2007 (núm. 77/2007) se indica: *en cuanto a la falta de control judicial por ser una unidad administrativa la que custodió la sustancia, pesó y analizó la misma, es de señalar que tratándose de estupefacientes o sustancias psicotrópicas el Convenio Único de 1961 sobre los primeros, ratificado por España mediante Instrumento de 3/2/66, y el Convenio de Uso de las segundas de 21/2/71, ratificados por España, obligan a concentrar en un servicio administrativo la intervención de dichas sustancias cuando son decomisadas, siendo su creación un medio para impedir que las drogas tóxicas circulen por dependencias públicas distintas a las previstas para ello .*

En la sentencia de 26 de marzo de 2007 (núm. 257/2007), el defecto en que se incurre al no constar identificado el funcionario de policía que entrega la droga en el laboratorio, se subsana por el hecho de que queda constancia de la recepción mediante la firma correspondiente.

En la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2007 en un delito de incendio terrorista en la que la policía había recogida tres capuchas o pasamontañas abandonados por los autores del incendio de un autobús con fines terroristas y, posteriormente, detuvo a unos sospechosos de los que, sin autorización judicial, recogió en dependencias policiales restos de una colilla y dos esputos de los que extrajo el ADN comparándolo con el de las capuchas, se cuestionó por la defensa la cadena de custodia de los restos biológicos. La

Audiencia Nacional, después de recordar la doctrina del Tribunal Supremo que ya hemos citado, concluye: *sobre la cadena de custodia debe señalarse que además de constar las actas de comparecencia de los agentes que recogen las evidencias, que han sido ratificadas en el acto del juicio oral, aparece documentada la entrega, y relacionada en cada uno de los informes, aunque no se haga constar la persona de la que procede el vestigio, con lo que no cabe temer una ruptura de la cadena de custodia. También debe señalarse que si los acusados tenían dudas sobre la cadena de custodia, podían haber solicitado nuevos análisis de contraste, que si no se hicieron fue porque tanto Ángel , como Gabino se negaron a someterse voluntariamente a una toma de muestras.*

Sin embargo, en la sentencia del Alto Tribunal de 20 de abril de 2007 (núm. 315/2007) se estimó parcialmente el recurso de casación en un supuesto en el que había dos pruebas periciales sobre la pureza de la heroína divergentes. En la causa constaba un informe donde se identificaba la droga, la referencia al atestado policial y las diligencias del Juzgado y la remisión de la droga al área de sanidad de la delegación del gobierno: pero este informe era contradictorio en cuanto a la pureza con otro anterior elaborado por los laboratorios de la policía científica. Como la sustancia estupefaciente fue destruida no pudo realizarse una tercera prueba pericial, motivo por el que el Tribunal Supremo termina declarando que se ha acreditado la intervención de la droga, pero no su pureza, algo que tiene relevancia en el Código Penal español para determinar la concurrencia de una agravante específica de notoria importancia.

De todo lo dicho hasta ahora, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.º La constatación de todo lo efectuado en el momento de la práctica de la inspección ocular ya sea por la policía judicial ya por el Juez de Instrucción, con descripción minuciosa de todo lo recogido e indicación de las circunstancias en las que lo han sido.

2.º La garantía de que no se rompa la cadena de custodia de tal forma que no se produzca ningún tipo de contaminación de las muestras ni de error en su manipulación, debiendo dejar constancia de la remisión al laboratorio y de su recepción con la firma y designación de las personas que intervienen en todo el trance, siendo irrelevante que se tarde más o menos tiempo en remitir las muestras al laboratorio, aunque debe realizarse dicha remisión a la mayor brevedad.

3º De acuerdo con la Ley 17/1967, de 8 de abril, no se exige un control judicial en la intervención, custodia y remisión de la droga tóxica o sustancia estupefaciente. La droga intervenida al delincuente por los Grupos de Estupefacientes de la Policía Judicial son remitidos directamente por ésta a las Áreas de Sanidad de las Delegaciones del Gobierno que se encargan de su análisis y custodia, correspondiendo el control a dicha policía y a Sanidad. Los Convenios Únicos de 1961 y 21 de febrero de 1971 sobre sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas obligan a concentrar en una unidad administrativa la intervención de dichas sustancias.

4.º Máxima transparencia y documentación de todas las operaciones practicadas en relación con la consecución del informe pericial.

5.º La defensa del informe pericial ante los Tribunales de Justicia con la premisa de que es allí donde la prueba adquiere todo su validez.

## **8.- BREVE ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN ESPAÑA**

Este apartado pretende ofrecer una visión sencilla sobre la polémica desatada en España sobre los perfiles esenciales del proceso penal. Al margen de los avances del sistema de justicia penal español de los últimos años, públicamente se vienen reconociendo numerosas carencias que se asocian, en gran medida, con lo arcaico de nuestra legislación procesal y a la necesidad de promulgar un nuevo marco legislativo.

La República de Honduras cuenta con un nuevo Código Procesal Penal que, al margen de cuales sean las dificultades prácticas para su correcta aplicación, sería francamente deseable para la mayor parte de los juristas españoles.

De ahí la importancia de llevar a cabo esta reflexión al objeto de valorar la diferencia entre ambas legislaciones.

### **8.1.- Nota histórica sobre el sistema procesal español**

En la Exposición de Motivos de la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal española (1882) quien fuera su redactor, el Ministro de Gracia y Justicia don Manuel Alonso Martínez, señalaba lo siguiente: *El extranjero que estudie la organización de nuestra justicia criminal, al vernos apegados a un sistema ya caduco y desacreditado en Europa y en América, tiene por necesidad que formar una idea injusta y falsa de la civilización y cultura españolas.* Estas palabras, firmadas a 14 de septiembre de 1882, bien pudieran suscribirse hoy día porque, en efecto, como señala de forma casi unánime la doctrina española, nuestra legislación procesal está necesitada de una profunda revisión.

En primer lugar, es imprescindible aportar un desarrollo legislativo garantista para instituciones cuya regulación resulta a todas luces insuficiente (como por ejemplo la intervención de las nuevas comunicaciones, centrada todavía en las cautelas que deben adoptarse en la observación de un telegrama, pero que deja de lado la forma en la que debe intervenir un correo electrónico). Por otra parte deben reorganizarse los papeles procesales de los distintos operadores jurídicos (en particular del Ministerio Fiscal, que debe asumir la instrucción de los procedimientos penales, pero también la incorporación de un *Juez de Garantías*). Finalmente, deben incorporarse nuevas tecnologías, ya que ya son de uso frecuente en nuestra vida cotidiana, a la práctica de nuestros juzgados (desde la presentación telemática de documentos como cauce natural de comunicación con los Tribunales al uso generalizado de la videoconferencia –que ya prevé el artículo 325 LECrim.- o la grabación de las vistas penales, pasando por la *prisión electrónica* como una alternativa de extraordinario valor frente a la prisión preventiva<sup>38</sup>).

Atravesamos en la actualidad por unos momentos de profunda reflexión acerca del proceso penal en la mayoría de los países europeos y de América Latina, esencialmente desde una doble consideración, que debe hacerse de una forma complementaria: por una parte, se discute sobre la eficacia del proceso penal, como instrumento de política criminal, que debe dar una respuesta cumplida, ágil y eficaz a las infracciones contra los bienes jurídicos más preciados

---

<sup>38</sup> Por *prisión electrónica* entendemos la utilización de un conjunto de sistemas que permiten conocer a distancia datos sobre lo que está haciendo una persona que tiene limitada parte de su libertad en virtud de la ejecución de una pena, o como medida cautelar en un procedimiento penal. La esencia del sistema es por tanto la vigilancia a distancia, esto es, quien verifica el cumplimiento de la pena o medida cautelar personal no lo hace directamente a través de sus sentidos, sino que busca el auxilio de nuevas tecnologías que le transmiten información sobre lo que está sucediendo en un espacio físico distinto. Algunos autores prefieren hablar de *cárcel electrónica*, supervisión electrónica o televigilancia penitenciaria. Todavía no existe una denominación ampliamente aceptada. El término prisión electrónica recuerda que existe restricción de libertad, lo que es positivo porque la sociedad y el penado pueden minimizar *a priori* los auténticos efectos de esta pena, mucho más severa de lo que parece en un principio. Sobre el particular se puede consultar el trabajo publicado en la Memoria de la Fiscalía Provincial de Granada en el año 2007.

por el conjunto de la sociedad, que son los que el Derecho Penal protege. Por otra parte, se cuestiona la adecuación del proceso penal al respeto a las exigencias constitucionales, o, dicho de otro modo, se analiza si el proceso actual respeta las garantías procesales que se han ido construyendo tanto en las normas constitucionales, como en las resoluciones que las interpretan y en los textos internacionales sobre derechos humanos.

Esta doble aproximación a la reforma del proceso penal en España coloca el punto de mira en diferentes aspectos del actual enjuiciamiento penal, tales como una mayor vigencia del principio de oportunidad en nuestro país, la aplicación de algunas formas de mediación penal, la discusión acerca de la dirección jurídica de la investigación de los delitos o el modelo de proceso penal y del sistema de recursos, respetando adecuadamente el derecho a la doble instancia penal.

El proceso penal es -sin duda- el instrumento último de la política pública de seguridad, por lo cual el interés y la responsabilidad de los gobernantes en el diseño del proceso penal, que atiende desde luego a la mejor represión de las conductas delictivas, pero sin menoscabo alguno al debido respeto de las libertades individuales, es uno de los momentos de equilibrio más delicados de Estado democrático.

Además debe tenerse en cuenta que a lo largo de los últimos años la vida social se ha ido haciendo mucho más compleja y los objetos de enjuiciamiento han cambiado de un modo notable. De los procesos penales por delitos contra la propiedad en una economía rural, como el robo de gallinas o de una parte de cosechas, se ha pasado a enjuiciar el crimen organizado, que actúa a través de relaciones y contactos transnacionales, con una trama compleja y métodos sofisticados, la criminalidad económico-financiera, los llamados *delitos de cuello blanco* o las acciones de corrupción política. Al propio tiempo, la justicia penal se

ha visto abocada al enjuiciamiento de delitos de terrorismo continuado y organizado que, por fuerza, termina contaminando de algún modo a los tribunales específicos a los que se encomienda la instrucción y la resolución de estos procesos. En definitiva, los tribunales penales se enfrentan ahora con nuevos desafíos y ni disponen de los conocimientos especializados que resultan imprescindibles, pues no se les capacitó para ello, ni siempre encuentran el suficiente apoyo del personal técnico de investigación criminal.

También debe tenerse en cuenta una creciente demanda social de mejora en la calidad de la justicia. Los ciudadanos, cuando entienden que no se satisface su propio sentido de la justicia material acuden de cualquier modo a los tribunales, que se ven obligados a resolver siempre, y a intervenir cuando se trata de una materia jurídica, haya o no ley aplicable al caso (los supuestos de eutanasia o de protección del medio ambiente pueden ser ejemplos bien ilustrativos).

Cuando se producen situaciones sociales de desamparo, los tribunales se ven en la tesitura de acudir en auxilio de las víctimas, utilizando normas diseñadas para hacer frente a otra realidad, y ante la incapacidad de otras instancias políticas de dar respuesta a las demandas ciudadanas. Estos casos colocan sin duda al Poder Judicial al borde del campo que le es propio: la sumisión a la ley y el respeto a las normas procesales, en donde encuentra su legitimación para resolver los conflictos; los jueces tienen la potestad jurisdiccional en exclusiva porque son independientes y porque están sometidos a la ley.

El modelo liberal de proceso penal español encuentra sus primeros antecedentes en los principios de la Revolución Francesa y hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y el respeto por la persona humana, y una de las primeras derivaciones, de acuerdo con las doctrinas de los enciclopedistas y de los iluministas, es situar al hombre en el centro del procedimiento penal, de modo que el imputado pasa a ser el

protagonista del mismo en vez de seguir representando el papel de mero objeto de la investigación. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito desde el *Derecho Penal de autor* hasta el *Derecho Penal del hecho*, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las inquisiciones generales.

El tratamiento del imputado presenta en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal un cambio radical, pues se trasladan a las leyes procesales los principios de respeto y salvaguarda de los derechos básicos de la persona en el tratamiento que los órganos públicos que intervienen en el procedimiento han de dispensar al imputado y, además, se reconocen algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso penal.

El gran principio de la libertad individual tiene que impregnar también las actuaciones procesales y, de acuerdo con él, se han de establecer los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, poniéndose coto a las ilimitadas facultades que se conferían a la autoridad judicial para la privación de libertad del imputado durante el procedimiento. La presencia de un Juez Instructor permitió diseñar la intervención de un órgano imparcial para adoptar en la investigación las medidas que pudieran suponer un menoscabo de los derechos del imputado, de tal modo que así se garantizase que tales medidas se ordenaran sólo en cuanto resultaran indispensables.

En otro orden de cosas, con el proceso surgido de la Revolución Francesa se atribuyó al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, de modo que había de promover el proceso cuando entendiera que se habían producido unos hechos delictivos, instando su represión, y, al propio tiempo, debía pedir la terminación del procedimiento para quien considerase inocente, o solicitar su absolución al final de

juicio. Se restituía de este modo el enjuiciamiento penal a la estructura que nunca debió perder, y quedaba garantizado que, ante la agresión que el delito entraña, la sociedad situaba a un valedor de los bienes públicos y de los intereses generales, que estaba fuera de la estructura judicial, para formular la acusación.

Por tanto, el acusador no podrá en adelante enjuiciar y su función procesal se limitará precisamente a la de postular, a intervenir en el proceso desde una posición de parte, pidiendo la aplicación de la ley penal al caso concreto conforme entienda que se han producido los hechos, y de acuerdo con su visión y valoración de los mismos. Es decir, el acusador público interviene en el proceso y formula la acusación con un interés objetivo en la represión, aunque no pueda sustraerse al resultado de la actividad procesal y, al carecer de derecho o interés subjetivo o personal que defender en el proceso (por eso no se puede recusar al representante del Ministerio Fiscal, pero sí instar su separación del procedimiento), debe solicitar la absolución de quien considere inocente. Por su lado, al juzgador le está vedada cualquier intervención que pueda suponer ejercicio de acusación, de modo que no podrá formular imputación, ni introducir hechos nuevos en el proceso, sino que habrá de atenerse, con algunas situaciones excepcionales, a lo alegado y probado por las partes en un juicio contradictorio.

En este proceso penal, el imputado, tradicionalmente considerado objeto del proceso, pasó a ser su protagonista y podía intervenir en él desde el momento en que se formulara la imputación por el instructor. Al propio tiempo, como consecuencia de la implantación del jurado, se modificó de un modo radical la forma de enjuiciamiento, que pasó a convertirse en un proceso oral y público, de instancia única, en donde iba a regir el principio de libre valoración de las pruebas, pues no era exigible que los jurados se hubiesen de sujetar a las complejas normas legales de valoración probatoria entonces vigentes. Finalmente, se distinguió de un modo nítido las funciones de acusación, investigación y

enjuiciamiento, pero encomendando estas dos últimas a órganos del Poder Judicial.

En lo que se refiere a la respuesta pública ante la comisión de un hecho delictivo, la Revolución francesa atribuyó en un primer momento la función de iniciación del procedimiento penal y la investigación de los delitos a un Juez de Paz que era elegido por el pueblo y creó la figura de los acusadores populares, precisamente por la desconfianza que suscitaban en los revolucionarios los comisarios o acusadores del Rey, que luego fueron suprimidos. El modelo procesal penal que se adopta definitivamente en la codificación napoleónica modificó de modo sensible aquella situación, pues el sistema ya había convertido a los jueces en funcionarios burocratizados.

La inercia de los años revolucionarios y el control que ejercía de facto el Ejecutivo sobre los Jueces y, por tanto, sobre la instrucción, permitió mantener el modelo de Juez de Instrucción, a quien se encomendaba realmente la dirección de las actuaciones de investigación de los hechos delictivos, al tiempo que se le sustraía la facultad exclusiva de iniciación del procedimiento. Ello era debido precisamente a la recreación de un órgano del antiguo régimen, el acusador oficial, el Ministerio Público, con el cometido esencial de diferenciar estructuralmente las funciones de acusación y decisión, de modo que obviamente ha de concedérsele intervención en la primera fase del procedimiento.

La fase de investigación es característica propia del proceso penal, pues los acusadores desconocen normalmente la dinámica comisiva del delito perseguido, las circunstancias en que se produjo y las personas que participaron en el mismo, ya que, con carácter general, se habrá tratado tanto de ocultar la perpetración del delito como de destruir u ocultar los elementos o efectos del mismo, y las piezas de convicción que puedan indicar o acreditar las responsabilidades penales.

La garantía de la imparcialidad del órgano que ha de dictar la sentencia penal, resolviendo en el proceso sobre la acusación, exige desde luego que se le preserve de posibles influencias derivadas de sus relaciones con los sujetos que intervienen en el proceso, a través de las tradicionales causas de abstención por consecuencia de las situaciones subjetivas del juzgador (parentesco, dependencia, interés o amistad). Pero a esa clásica imparcialidad se había de unir luego otra, derivada de la nueva estructura del proceso, que puede calificarse como imparcialidad objetiva, porque, en efecto, la garantía básica de la imparcialidad del juzgador puede verse amenazada o conculcada por su intervención en una fase anterior del procedimiento, en la que pudo o debió realizar cualquiera de las tres actuaciones que como juzgador le están absolutamente vedadas: formular acusación, aportar hechos a consecuencia de su investigación, o tomar conocimiento de las pruebas sin la imprescindible contradicción.

En efecto, el que instruye queda inhabilitado para intervenir como juzgador decidiendo sobre la acusación planteada siempre que con anterioridad hubiera formulado por sí mismo una imputación, atribuyendo responsabilidad criminal a una persona aunque sea indiciariamente -o hubiera acogido la formulada por alguna de las partes-. Una decisión de este tipo, de la que normalmente se derivan graves consecuencias para el imputado, supone un avance o adelanto del resultado del proceso, y acredita un prejuicio de todo punto incompatible con la imprescindible imparcialidad del llamado a dictar sentencia, que se ha *contaminado* por la decisión que ha debido adoptar en la anterior fase procesal, puesto que el juzgador sólo debe tomar conocimiento de lo que es objeto del proceso cuando se haya implantado la dialéctica procesal y se hayan configurado las posiciones de parte. Esta pérdida de imparcialidad, que convierte al juez en personal o subjetivamente interesado en el resultado del proceso, se refuerza cuando debió ordenar durante la instrucción algunas medidas cautelares, sobre todo de naturaleza personal que, al privar al imputado de su libertad o limitarla,

resultan ser materialmente idénticas a las penas; tales medidas, y la inevitable inclinación a sostener el anterior convencimiento, inhabilitan al instructor para decidir en definitiva sobre la pretensión penal.

También queda inhabilitado el instructor para dictar sentencia si ha ordenado con anterioridad diligencias de investigación, sea por propia iniciativa o aceptando la instancia de las partes, puesto que tales decisiones implican el ejercicio de opciones para el descubrimiento de los hechos delictivos y, lo que es más importante, supone desechar otras posibilidades de lograr ese conocimiento, cualquiera que hubiera sido el resultado de las actuaciones.

Por último, toda decisión judicial ha de basarse en una previa actividad probatoria. Pues bien, durante la instrucción, con una intervención limitada de las partes, o con imposibilidad de hacerlo por no estar aún determinadas, no puede decirse que tenga lugar la práctica de verdaderos medios de prueba, que requieren tanto la presencia judicial como el escrupuloso respeto a una efectiva contradicción. De aquí que la decisión del proceso no pueda estar sustentada en una actividad probatoria practicada sin la presencia tanto del juzgador como de las partes y con la imprescindible publicidad.

## **8.2.- La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881**

La instrucción se había diseñado como una actividad de mera preparación del Juicio Oral y, por tanto, subordinada a este momento culminante del procedimiento; como dispone el art. 299 de la LECRIM, *constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus*

*personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.* Se trata, pues, de diferentes finalidades que en todo caso tienden a la preparación del juicio oral.

Desde esta perspectiva, la instrucción había de ser rápida (el art. 324 de la LECRIM prevé que el sumario no dure por regla general más de un mes) y secreta, para respetar la presunción de inocencia de quienes, en muchos casos sin imputación judicial, se hallan sometidos a un proceso penal. Sin embargo, en la actualidad esta fase del procedimiento ha cobrado en todos los países europeos una relevancia desmesurada, que ha logrado eclipsar en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del enjuiciamiento. La instrucción se ha convertido en la piedra angular del proceso penal, no sólo por lo que en ella se obtiene, sino por su trascendencia en la represión, con lo cual se han traicionado sin un ápice de resistencia los dos principios básicos de este momento del procedimiento.

En efecto, una de las razones que provoca en la práctica la desmedida duración de la instrucción en España ha sido precisamente su exhaustividad, debido en buena medida al hecho de que el juez no investiga para sí, y no puede conocer qué busca y cuándo ha obtenido lo suficiente para formular acusación, sino que normalmente investiga para la acusación, y el fiscal tradicionalmente no ha puesto coto a las diligencias instructoras que el juez ordenaba. Esta circunstancia eterniza la investigación de los delitos con grave quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues indebida es la demora en la resolución cuando las diligencias y actuaciones que se practican, por muchas que sean, no son conducentes de forma inmediata o mediata a la obtención de la respuesta judicial.

Pero la conocida hipertrofia de la instrucción ha acarreado otras consecuencias, quizás más perniciosas aún que la apuntada. En efecto, lo que en un principio se estableció como una fase corta y secreta se ha convertido en interminable y pública. La contradicción y el desmentido de la práctica forense a

las previsiones de la ley no sólo suponen un nuevo ejemplo del menosprecio a las normas sino que en este caso puede quedar afectada incluso la presunción de inocencia.

Parece haberse asumido en la actualidad que la publicidad de la instrucción, de todas las actuaciones y las diligencias que en ella se practican, es la regla, sin parar mientes en las consecuencias que se derivan de tal concepción. El reproche que implica la condena penal, cuando declara la responsabilidad del acusado, y que viene sustentado y legitimado por el juicio contradictorio y público, en la generalidad de los casos se ha logrado mucho antes, desde el momento en que el procedimiento penal se incoa y el imputado se encuentra desde luego amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

La práctica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ha logrado no sin dificultades mantener en secreto la identidad de las personas que se ven sometidos a las diligencias policiales de prevención, a las diligencias preprocesales. Sin embargo, cuando la autoridad judicial ordena la apertura del procedimiento penal se abren de par en par las puertas, se levantan todas las cautelas y se olvidan todas las garantías, aunque persista el mismo status para el imputado, y deba rodeársele de todos los derechos, también la presunción de inocencia como regla de tratamiento. El reproche social se anticipa así a un temprano momento del procedimiento, cuando se está actuando sólo a partir de indicios o de imputaciones que la autoridad judicial puede no haber hecho suyas, quedando afectados de forma muchas veces irreversible bienes enormemente valiosos para el imputado.

Por último la instrucción, concebida como una fase instrumental del juicio, que comprendía actuaciones meramente preparatorias, ha acrecentado su valor y adquiere una gran relevancia en el resultado del proceso. Aunque se haya acabado con la tradicional práctica de asumir en el acto del juicio todo el material

obtenido durante la instrucción sin una verdadera contradicción, y se hayan logrado perfilar los supuestos en que pueden ser valoradas en la sentencia actuaciones de la fase anterior del procedimiento, el valor de la instrucción no es escaso. No sólo por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con las repercusiones aflictivas que antes se apuntaron, sino por la eficacia en el juicio y la sentencia de las diligencias instructoras, en cuanto realizadas con la garantía de la presencia judicial la instrucción, apartándose de los principios que la debían regir, ha adquirido un carácter y decisivo en el curso del enjuiciamiento penal.

Parece llegado el momento de reflexionar sobre todas estas circunstancias que rodean a la instrucción, y que suponen una modificación radical de su esencia: sobre su desmedida duración, sobre sus consecuencias aflictivas y sobre su relevancia en el momento de la sentencia, pues el modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que resulta difícilmente reconocible y no se sostiene por más tiempo. Es verdad que el ataque de la delincuencia no es el mismo que a comienzos del siglo XIX, pero no podemos engañarnos por más tiempo; el proceso penal que ahora tenemos es un remedo del modelo diseñado por el Estado liberal; porque cuando se subvierten elementos esenciales de un orden procesal, cuando se cambian piezas relevantes, lo que antes era un retrato se convierte en una caricatura.

A estos efectos las respuestas pueden llegar desde dos vías, que no resultan en absoluto excluyentes: por una parte, atacando directamente cada uno de los defectos aludidos; por otra parte, modificando la distribución de responsabilidades de los órganos públicos que intervienen en el proceso penal.

En la primera aproximación se trataría de acometer varias propuestas de solución: por un lado, podría establecerse un plazo máximo de duración de la instrucción de los procesos penales, una vez que ésta se dirige contra una persona determinada. De ese modo, se impediría mantener al imputado sometido

a una investigación que se adivina en muchos casos como eterna, olvidando la aflicción que ello supone, de la que le resulta imposible desprenderse porque el cierre de la instrucción depende del criterio ajeno, sea del Ministerio Fiscal, sea del instructor. Con la medida del plazo máximo se exige la apertura del juicio oral antes de que se supere el mismo, o se perderá la persecución de la conducta irremediadamente; de esta forma, el Estado se compromete a agilizar los trámites, disminuyendo la incertidumbre y la zozobra para el imputado.

Por otro lado, debería procurarse que se limitaran las informaciones sobre el sometimiento de una persona a un proceso penal, dada la trascendencia que para el imputado tiene el conocimiento general de esa noticia, puesto que normalmente se da y se lee como equivalente a una sentencia condenatoria.

Finalmente, y en tercer lugar, debería limitarse la instrucción a las diligencias imprescindibles y evitar por todos los medios que en el juicio se pueda tener presente cualquier actuación instructora, salvo que se trate de una prueba anticipada o de preconstitución probatoria.

Junto con estas medidas, que respetan la actual organización de la justicia penal, tal vez resulte más interesante aproximarse a los problemas de la instrucción desde una solución estructural, que permitiría responder a todos ellos sin detrimento de la primitiva virtualidad atribuida a esta primera fase del procedimiento. Esta vía supondría, en efecto, expropiar al juez de la responsabilidad de dirigir la instrucción, atribuyéndola al Ministerio Fiscal.

El modelo procesal liberal ha conocido en Europa y en las últimas décadas - después de la Segunda Guerra Mundial- un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos, tomando como referencia el proceso de investigación anglonorteamericano y, esencialmente, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el

---

Ministerio Fiscal, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo la responsabilidad y el peso de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad desde el inicio del procedimiento.

Las dos modificaciones esenciales se refieren, pues, a lo siguiente: por un lado, se atribuye la responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos, se encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento. Por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos -en Europa el CEDH y el PIDCP- se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa que debe asistir al imputado.

El movimiento innovador, se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal -Ley Orgánica del Ministerio Público de 1986 y Código de proceso penal de 1987- y en Italia -Codice di procedura penale de 1988-. El Ministerio Fiscal deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el Juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo le venía dada la facultad de vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de las diligencias que considerase necesarias. La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, al producirse un cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse en ningún momento de la instrucción respecto de las líneas y de las estrategias de investigación.

La evolución que se experimentó en los países europeos tuvo también reflejo en nuestro país y en la *Memoria* que acompañaba el Proyecto de Ley del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado finalmente como Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se decía que el proyectado art. 5 *confiere al Ministerio Fiscal facultades de investigación de los hechos delictivos, pudiendo recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y ordenar en general, cuantas diligencias prevean las Leyes que no supongan inculpación de persona alguna o adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos respecto de la misma, facultades que quedan lógicamente reservadas a los jueces y tribunales. También puede ordenar la detención preventiva y podrá recibir denuncias y atestados, cursándolos a la Autoridad judicial o acordando su archivo definitivo o provisional cuando los hechos no fueran constitutivos de delito o careciesen de autor conocido. Como fundamento de estas disposiciones se afirmaba que se trataba de dar agilidad al proceso penal y de ajustar las normas legales a la propia lógica procesal. Si el Fiscal es quien titulariza la, acción penal es lógico que sea él quien dirija la preparación de los elementos que necesite para su ejercicio.*

Todo esto hizo plantearse a la doctrina española la posibilidad de que el Ministerio Fiscal jugara un papel diferente en el proceso penal. El debate científico salió a la luz y tuvo un amplio eco a mediados de los años 80, reclamando algunos para el Ministerio Fiscal una mayor responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos.

El Gobierno acogió tímidamente la iniciativa, y cuando hubo de modificarse el proceso penal por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 145/1988, se articuló un nuevo rol para el Ministerio Fiscal. Esta solución normativa implicaba desapoderar a los jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, donde hacían y deshacían de acuerdo sólo con su criterio, y con una tímida

y escasa intervención del Ministerio Fiscal para corregir alguna vez excesos judiciales. Las reacciones contrarias a este cambio no se hicieron esperar y provinieron tanto de los jueces como de los fiscales y, a la postre, la idea primera perdió todo su vigor, y quedó un tímido art. 785 de la LECRIM en la reforma de 28 de diciembre de 1988, donde se alude a una investigación del Ministerio Fiscal preliminar al inicio de las actuaciones judiciales, y que debe cesar tan pronto como éstas den comienzo.

Con posterioridad, en la modificación de 1992, cuando se introdujeron en la LECRIM medidas de aceleración del procedimiento abreviado también tímidamente se pretendió otorgar mayor protagonismo al Ministerio Fiscal, con poco éxito, salvo en lo que se refiere a la negociación con el imputado.

Más recientemente, la Ley orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, también ha terciado en el problema de la instrucción, aun cuando era éste en principio un campo ajeno a la regulación de este procedimiento. Parece que debe destacarse sobre todo el deseo ferviente del legislador de seguir avanzando en otorgar responsabilidades de instrucción al fiscal, aunque sin decidirse a abordar definitivamente una nueva estructura del proceso penal en España.

Esta Ley Orgánica pretende de forma velada dar un mayor protagonismo al Ministerio Fiscal e implicarlo en la formulación y sostenimiento de la imputación, de tal forma que el juez de instrucción se limite a valorar la verosimilitud de la imputación, se pronuncie sobre la fundamentación de la imputación, etc., pero no la formule. Se trata de una modificación de gran calado, que viene luego reconocida en la Disposición Final 4.º, rubricada *futuras reformas procesales*, cuando se ordena al Gobierno que presente un proyecto de modificación de la LECRIM *generalizando los criterios procesales instaurados en esta ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo*

*el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva.* Con el mismo criterio se sigue disponiendo que se deben adoptar las reformas legales necesarias para adaptar a ese procedimiento el Estatuto y las funciones del Ministerio Fiscal.

Por último, la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, da un paso decisivo en el procedimiento para depurar las infracciones cometidas por menores y deja en manos del Ministerio Fiscal todas las actuaciones que no sean las de puro enjuiciamiento o la necesaria intervención judicial en garantía de derechos fundamentales del menor.

Así pues, la polémica sobre el papel del Ministerio Fiscal como responsable de la instrucción penal sigue abierta, por lo que es imprescindible en este momento una respuesta clara y definitiva por parte del legislador que despeje una incógnita que tiene consecuencias muy importantes en la organización del enjuiciamiento penal y en la provisión de los medios necesarios para responder a las exigencias de la represión penal.

### **8.3.- El debate sobre la instrucción en España**

Cuando se debate en España acerca de la responsabilidad del Ministerio Fiscal en la instrucción penal, en ocasiones se mezclan argumentos coyunturales con problemas estructurales. Por eso hay que considerar que o bien se mantiene la figura y las funciones del *Juez de Instrucción*, con las correcciones que determinados derechos fundamentales exigen y con una función inspectora de la

Instrucción por parte de los Fiscales<sup>39</sup>, o bien se encomienda la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal.

Con independencia de la aptitud del Ministerio Fiscal para asumir la instrucción de los procesos penales, se barajan una serie de argumentos en favor de mantener la situación presente, en la que siempre ha de intervenir como instructor un juez. El primero de ellos alude a la naturaleza de la instrucción, que es considerada una función judicial (ORTELLS), porque no se agota en la búsqueda de las pruebas sino que se extiende a su valoración, y hay actuaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional, como ordenar la prisión o la libertad, inadmitir la querrela o practicar anticipadamente la prueba (CARNELUTTI y, en España, DE LA OLIVA).

Pues bien, aceptando que esas concretas actuaciones tengan naturaleza jurisdiccional porque o bien suponen una labor de enjuiciamiento o bien se realizan en protección de derechos fundamentales (y a las dos finalidades o contenidos se refiere el art. 117.3 CE), es lo cierto que la instrucción comprende otras muchas actuaciones que escapan de la esfera jurisdiccional por mucha extensión que pretenda darse al término. Naturalmente que la adopción de medidas cautelares personales, la práctica anticipada de la prueba o las diligencias que supongan restricción o privación de derechos fundamentales deberá seguir atribuida a la autoridad judicial, pero no necesariamente a un juez de la investigación sino a un juez defensor de los derechos de las partes mientras duran aquellas actuaciones previas al juicio.

En segundo término se aduce que la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial (FAIRÉN y GÓMEZ COLOMER). Sin embargo, la dependencia del

---

<sup>39</sup> Sobre esta naturaleza de la función fiscal puede consultarse la reciente Instrucción 2/2008, de 10 de marzo, de la Fiscalía General del Estado *sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción*.

Ministerio Fiscal respecto del Gobierno es muy relativa. El Ministerio Fiscal no pertenece desde luego al Poder Judicial por mucho que en el Estatuto de 1980 se dijera que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ya que ni juzga ni hace ejecutar lo juzgado; pero tampoco el Ministerio Fiscal en España pertenece al Ejecutivo, como una suerte de apéndice del Ministerio de Justicia. El Ministerio Fiscal sólo actúa ante los tribunales impulsando la acción de la justicia, y lo hace con órganos propios, que no son los del Ejecutivo, por más que la designación del Fiscal General del Estado corresponda al Gobierno conforme al artículo 124 de la Constitución Española.

Parece necesario insistir, finalmente, en que la situación del Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo no implica sumisión a órdenes del Gobierno, que sólo podrá, de acuerdo con el Estatuto, "interesar" su actuación (art. 8). Es verdad, por otra parte, que la Constitución atribuye al Gobierno la responsabilidad de la política interior (art. 97), y dentro de ella se comprende sin lugar a dudas la política criminal; así pues, la acción política del Gobierno en este punto no puede quedar reducida a la actuación de la policía de seguridad ni a la iniciativa legislativa; ninguna de estas actuaciones es propiamente política criminal. Por consiguiente, si convenimos en que existe la política criminal, y que no puede reducirse a asistir como un espectador pasivo a lo que ocurra en los órganos jurisdiccionales para la persecución de las conductas delictivas, será preciso permitir al Gobierno que realice algún género de indicaciones e incluso pueda conocer de primera mano e intervenir en los procesos penales, no ya defendiendo los intereses patrimoniales del Estado, sino ejerciendo la acción política.

De todos modos, frente a esta objeción, no cabe olvidar que precisamente en España el monopolio de la acción penal no le corresponde al Fiscal, de modo que en el ámbito de la instrucción habría de permitir siempre la intervención no sólo del imputado, sino también de quienes pretendan constituirse en partes acusadoras. Asimismo, y en último término, su responsabilidad para dirigir la

instrucción no significaría por supuesto que se pudiera prescindir de la intervención judicial en todos aquellos casos en que fuera necesario, a saber, tanto para adoptar medidas restrictivas de derechos cuanto para exigir la realización de diligencias que hubieran sido negadas por el Ministerio Fiscal.

También se ha argumentado para mantener el *status quo* que el cambio provocaría múltiples inconvenientes prácticos. Entre ellos se aduce que entonces instruiría de facto la policía judicial, sin tener en cuenta que, como se ha dicho, precisamente sería con la instrucción del Ministerio Fiscal y la dependencia respecto de él como podría llegar a funcionar una verdadera policía de investigación criminal, lo que resulta imposible si la dependencia se sigue estableciendo respecto de los jueces. Se señala también que hay peligro de impunidad para personas *gubernamentales*; sin embargo, la reciente experiencia de nuestro país acredita precisamente lo contrario: sea de la mano de los jueces instructores, sea de la mano de fiscales investigadores es lo cierto que en nuestro país se ha llegado a una situación donde no parecen tener cabida zonas de impunidad.

Se aduce como objeción, de otro lado, que el número de fiscales en nuestro país es escaso y que existe grandes carencias funcionales en la Fiscalía (VÁZQUEZ SOTELO). Sin embargo, no se trata de un problema de concepto sino de recursos humanos y materiales; no es una imposibilidad esencial sino circunstancial. Para superar el inconveniente bastaría con dotar el suficiente número de plazas con una adecuada planificación, que podría comprender incluso la facultad de que los titulares de los puestos judiciales que eventualmente se amortizaran pudieran optar por ocupar plaza de fiscal. Es claro que con un fiscal por cada 31.000 habitantes no puede pensarse en atribuirle la instrucción penal.

Finalmente, se dice que si se atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal estaríamos abocados a un encarecimiento del proceso y a una privatización de la

justicia penal, puesto que tanto el acusador particular como el imputado deberían buscar fuera de la instrucción del Fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso. Este problema debería paliarse sin lugar a dudas con un acceso rápido y efectivo a la autoridad judicial que, a la vista de las alegaciones del solicitante y de las razones de la negativa del Ministerio Fiscal, pudiera ordenar la práctica de la diligencia requerida. A mi juicio, esta opción no implica dejar en desamparo al imputado, pues hemos de partir de que el encargado de la instrucción ha de respetar escrupulosamente todos los derechos procesales de aquél, garantizando el ejercicio del derecho de defensa y todos los reconocidos en nuestras normas procesales, a lo largo de la instrucción. La infracción de estos derechos puede encontrar un mecanismo de petición o de recurso a la autoridad judicial, quien, como garante de los derechos de los ciudadanos (art. 117.3 CE), habrá de resolver contradictoriamente, preservando su propia imparcialidad.

Como es obvio, encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el Ministerio Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos (VIVES), porque el papel que debe desempeñar el Juez durante la instrucción no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad jurisdiccional por el Poder Judicial.

El modelo de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal introduce no sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del delincuente tanto al órgano público de la acusación como a

quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

La polémica en torno a la instrucción del Ministerio Fiscal no puede hacernos perder de vista lo que sucede con carácter general en la investigación de los delitos, pues la dirección de instrucción no supone encomendar ni al Juez ni al Fiscal conocimientos que son ajenos a su formación. La Policía Judicial es responsable constitucionalmente de la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, y en el ejercicio de tales funciones depende de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal, conforme a lo establecido en el artículo 126 de la Constitución Española de 1978.

#### **8.4.- El modelo de Policía Judicial en España**

En verdad los funcionarios policiales son quienes han sido adiestrados profesionalmente para investigar los hechos delictivos, si bien el modelo español se ha desarrollado con notables carencias, creando una Policía Judicial, como veremos posteriormente, de doble dependencia, orgánica del Ministerio del Interior (y de las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas con policía foral o autonómica) y funcional de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal. En todo caso, como pilar básico de la investigación penal, debe clarificarse la posición de la Policía Judicial, poniendo remedio, de un lado, a la calculada ambigüedad que supone la dependencia funcional, sobre todo en relación con los jueces, titulares cada uno de ellos de la potestad jurisdiccional e independientes y, de otro lado, a la entrada de cuerpos policiales diferentes a las Unidades Orgánicas o Adscritas en funciones de policía judicial, como sucede con Cuerpos de Policía Local o con el *Servicio de Vigilancia Aduanera*.

Es habitual que la doctrina procesal española refiera, en ocasiones, las dificultades de articular una dependencia lo suficientemente eficaz de la Policía Judicial respecto de los *Jueces de Instrucción* en el actual modelo de proceso penal español, porque estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de ellos, organizados precisamente de acuerdo con el principio de independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Otra cosa bien distinta sucedería, suele añadirse, si la dependencia se estableciera respecto del Ministerio Fiscal, que actúa de acuerdo con los principios de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Así pues, una solución de este tenor permitiría al tiempo atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico, suprimiendo las intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal.

El art 126 de la Constitución Española de 1978 establece que *la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.*

Como señala la reciente Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado, el texto constitucional no establece un modelo de Policía Judicial sino que tan sólo señala dos únicas exigencias al legislador: una, la necesidad de crear y regular la Policía Judicial y, dos, que la misma tenga una dependencia funcional de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Dicho con los términos de la anterior Consulta 2/1999, la Constitución enuncia la tarea que incumbe a la Policía judicial, pero no atribuye la función a ningún órgano, ni efectúa la distribución material y geográfica de la competencia. En rigor, tampoco predetermina si ha de constituirse

como cuerpo específico o como mera función ejercitable por los Cuerpos de Seguridad, ni si su régimen de dependencia de Jueces y Fiscales debe ser orgánico o funcional, por lo que deja en manos del legislador un extenso margen de libre configuración que aún se encuentra, en buena medida, pendiente de desarrollo.

El sistema español, por todo ello, es muy complejo. Hay que recordar que, al margen de las funciones instructoras del *Juez de Instrucción*, el Ministerio Fiscal español también puede realizar investigaciones propias y previas a la incoación de las diligencias judiciales conforme a lo establecido en los artículos 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en la misma situación, prácticamente, que actúa la Fiscalía hondureña. De otra parte, la legislación en materia de fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado española otorga las funciones de coordinación de Policía Judicial, con carácter preprocesal, a los Fiscales Jefes territoriales.

Todo ello determina que la Policía Judicial española presente una doble dependencia y que lo haga funcionalmente de la autoridad judicial o fiscal para la que investiga, conforme a las disposiciones procesales que se apliquen en cada momento.

Para finalizar, recordemos que la propia Fiscalía General del Estado, recientemente recuerda la posibilidad de desarrollar diligencias de investigación propias, incluso cuando ya está actuando el *Juez de Instrucción*, siempre y cuando la prueba obtenida sea incorporada de forma inmediata a la causa, comunicada a las partes y sometida al posterior control jurisdiccional.

### **8.5.-La investigación fiscal y el Estatuto Orgánico de 1981.**

Muy brevemente, señalaremos las características esenciales de la investigación fiscal en España que está muy sucintamente regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que ha sufrido una reforma de gran importancia en virtud de la Ley 24/2007 de nueve de octubre.

Sus líneas esenciales serían las siguientes:

- Sometimiento a un plazo semestral de investigación que puede ser prorrogado, en determinadas situaciones, por otros seis meses mediante una resolución motivada del Fiscal General del Estado.
- Sometimiento de las investigaciones fiscales a los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa. Notificación a la persona investigada de su situación desde el momento en que puedan inferirse indicios contra ella de la comisión de algún hecho delictivo.
- Notificación de la decisión finalmente adoptada a los perjudicados, quienes podrían reproducir sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional competente y reclamar copia de las actuaciones realizadas por la Fiscalía.
- Cese obligatorio de la investigación fiscal con el inicio de la investigación judicial sobre los mismos hechos; debiendo remitir al Juez de Instrucción todo lo instruido.

- Garantías propias de la imputación judicial para el caso de la declaración de la persona investigada.
- Necesidad de motivación de las resoluciones de la Fiscalía para impulsar la investigación, que adoptan la forma de *Decreto*.

En la actualidad la investigación fiscal presenta una importancia creciente, principalmente en aquellas formas delictivas vinculadas con la delincuencia medioambiental y urbanística.

### **9.- EL PRINCIPIO DE *ESPECIALIZACIÓN OBJETIVA***

Hemos señalado que el Ministerio Público de Honduras se configura en su Ley reguladora como un organismo especializado para la persecución de la criminalidad. Esta definición es meritoria porque tiene lugar en una época en la que no resultaba frecuente desarrollar la actuación de las Fiscalías desde una perspectiva de especialización objetiva.

En la situación actual, las fórmulas de especialización de la investigación criminal resultan indispensables ante el creciente desarrollo de la legislación sectorial, la aparición de nuevos conceptos jurídicos poco conocidos en el ámbito penal, la tipificación de muchas infracciones relevantes como *preceptos penales en blanco* que deben ser completados con la legislación administrativa o las fórmulas cada día más sofisticadas de ocultación de los beneficios del delito y de *agotamiento* de la actividad criminal.

El fenómeno afecta, teniendo en cuenta la naturaleza de cada institución, de una manera singular al Ministerio Público a la Policía Judicial, aunque debe extenderse, dentro de unos límites razonables, al Poder Judicial.

En el caso español, las fórmulas tradicionales de especialización, como ocurría con las Fiscalías especiales constituidas para combatir el narcotráfico o la corrupción, se han visto notablemente incrementadas con nuevas *redes* de Fiscales expertos en materias como la seguridad vial, siniestralidad laboral, cooperación internacional, violencia de género, medio ambiente, urbanismo, patrimonio histórico o la delincuencia informática.

### **9.1.- La coordinación institucional**

La complejidad de la investigación criminal en nuestro tiempo determina la necesidad de contar, desde su inicio, con una serie de capacidades técnico científicas que permitan abordar todos los aspectos que pueden verse afectados por el delito.

Quizá a consecuencia de todo lo anterior, el nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal español, reformado en el año 2007, establece la posibilidad de firmar *Convenios de Colaboración* –que han servido reiteradamente como eficaz instrumento para promover esta especialización- con distintos Ministerios o con los Gobiernos de las Comunidades Autónomas<sup>40</sup>. Estos Convenios permiten el desarrollo de una continua actividad formativa que aprovecha a todas las instituciones implicadas y que comporta una mayor coordinación institucional y

---

<sup>40</sup> El Estatuto de Autonomía para Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, señala en su artículo 143.5 que la Junta de Andalucía podrá celebrar *Convenios de Colaboración* con el Ministerio Fiscal. En los mismos términos se expresa el Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado con anterioridad.

una notable mejora en la eficacia investigadora del Ministerio Público y de la Policía Judicial.

La implantación paulatina de este nuevo Principio de Especialización Objetiva ha generado en los últimos años numerosos comentarios por parte de las Fiscalías españolas.

Como ejemplo de todo ello, la *Memoria Anual* de la Fiscalía Superior de Andalucía del año 2006 consideraba como la incidencia más novedosa que debía ser aludida en el apartado de la evolución cualitativa de la criminalidad<sup>41</sup>, era la que suponía para la realidad cotidiana de los tribunales penales de la Comunidad Autónoma la aplicación paulatina y creciente del *Principio de Especialidad Objetiva*.

La organización fiscal sobre la base de *Secciones* integradas por Fiscales sometidos a un proceso de especialización permanente, sin necesidad de olvidar las *líneas maestras* de su formación jurídica, ha determinado que un caudal muy importante de información se traslade desde distintos organismos públicos y a través de la Fiscalía hasta los órganos jurisdiccionales y ello permite que estos profundicen en distintas investigaciones que, hasta hace algún tiempo, tenían en muchos casos un significado casi simbólico desembocando en situaciones de impunidad o en la incoación de procedimientos totalmente inadecuados, como ha venido ocurriendo -a modo de ejemplo paradigmático- con la incoación de simples *Juicios de Faltas* para el enjuiciamiento de graves accidentes laborales con incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos.

---

<sup>41</sup> Las Fiscalías españolas redactan anualmente una *Memoria* de actividades donde obligatoriamente y conforme a las Instrucciones impartidas desde la Fiscalía General del Estado deben realizar un comentario, en otros muchos, acerca de la evolución cuantitativa y cualitativa de la criminalidad.

Efectivamente, esta carencia venía determinada por una vieja concepción del tratamiento jurídico del accidente laboral que, amparada en una estricta aplicación del *Principio de Intervención Mínima*, lo situaba en el ámbito administrativo sancionador como si este fuera su único *territorio natural* y que, en todo caso, entendía la implicación del derecho penal a través de una especie de infracción degradada que procuraba, con una perspectiva profundamente distorsionada y como finalidad práctica inmediata, la obtención de las satisfacciones puramente económicas a las víctimas directas o indirectas, utilizando para ello, como cauce procesal totalmente inadecuado, la tramitación de los accidentes generados por el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos como simples *Juicios de Faltas* con resultado de muerte o de graves lesiones. La progresiva especialización, que se vería muy fortalecida de extenderse a la Policía Judicial y algunos órganos jurisdiccionales, determina la aparición en la evolución cualitativa de la criminalidad de un número apreciable, aunque no excesivamente numeroso de procedimientos, acusaciones y sentencias por delitos de esta naturaleza, verificándose un salto cualitativo de verdadera importancia y en el que cobra un singular protagonismo el Ministerio Fiscal.

Lo mismo cabría señalar respecto de la delincuencia medioambiental en general y, en concreto, respecto de la delincuencia urbanística, muchas veces asociada al blanqueo de capitales, que comienza a ser objeto de frecuentes investigaciones judiciales en las que no menos esencial resulta el papel de un Fiscal *especializado* que ha tenido una relación permanente desde el comienzo mismo de la investigación policial con los agentes encargados de las primeras pesquisas, integrados en equipos multidisciplinares en los que igualmente trabajan funcionarios de la Agencia Tributaria. La experiencia nos demuestra que resulta absolutamente imprescindible que, desde el comienzo mismo de una investigación con una

posible trascendencia penal, las fuerzas policiales aborden todas las implicaciones procesales de sus decisiones y ello solo es posible a través de una relación fluida y coordinada con una Fiscalía especializada y que tiene el asesoramiento técnico necesario.

Todo ello determina, como se pone de manifiesto por la Fiscalía Provincial de Granada, que la evolución de la criminalidad desde una óptica cualitativa presenta algunos incrementos muy notables, al enfrentar graves formas delictivas que se encontraban en gran medida ocultas y engrosaban las llamadas *cifras negras de la criminalidad*, como ocurre con las que han sido previamente comentadas y se configura como una especie de derivación natural de este *Principio de Especialización* sectorial.

Es evidente que este complejo proceso requiere una labor coordinadora de importancia en una institución jerarquizada como ocurre con el Ministerio Público, por cuanto resulta obligado conjugar la unificación de criterios de cada especialización con el principio de jerarquía territorial.

La Fiscalía General del Estado en España ha creado para ello la figura de distintos *Fiscales de Sala*, con la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, que actúan como Delegados del Fiscal General a los que se puede asignar el despacho concreto de algún asunto de especial relevancia y que realizan funciones esencialmente coordinadoras de cada una de estas *redes* estatales, estableciéndose diversas normas de relación con los distintos Fiscales Jefes territoriales<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> La labor ha dado lugar a la publicación de distintas Circulares o Instrucciones de la Fiscalía General del Estado en España. Por todas, la Instrucción 5/2007 que se puede consultar en la página electrónica [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

## **9.2.- Algunas notas sobre el cibercrimen y su tratamiento procesal**

La aparición masiva, cuando menos en los países europeos, de diversas fórmulas de *cibercrimen* ha obligado a realizar un esfuerzo importante que merece ser destacado. Se trata de una problemática que se asocia, en buena medida, al problema de las garantías del proceso y, en especial, de las fases iniciales de investigación criminal, de ahí que parezca oportuno introducir algunos comentarios sobre el particular.

Ha sido, como en otras ocasiones, el Consejo de Europa la institución que primero ha procurado la creación de un instrumento jurídico internacional y uniforme que sea *propio* del cibercrimen y que lo afronte como un creciente fenómeno criminal que es preciso conocer y controlar, aunque –insistimos– siempre con las debidas garantías, diseñando un marco jurídico homogéneo por los Estados firmantes y con una vocación de universalidad.

Con fecha 23 de Noviembre de 2001 se afronta por primera vez el problema de una manera global, al margen de algunas *Directivas y Decisiones Marco* adoptadas con anterioridad y que afectaban a diversas cuestiones jurídicas particulares vinculadas con la Informática, tiene lugar en Budapest la firma del *Convenio ETS 185 sobre Cibercriminalidad*, elaborado por los países de la Unión Europea con la colaboración de los Estados Unidos de América, Japón y Canadá y África del Sur.

En su *Preámbulo* se pone de manifiesto que tiene lugar ante la necesidad de prevenir, de un lado, *los actos atentatorios de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, de las redes y de los datos* y, de otro lado, el posible uso fraudulento de tales sistemas y de los datos allí almacenados.

Para ello se propone la *atribución de poderes suficientes para permitir una lucha eficaz contra estas infracciones penales facilitando la detección, la investigación y la persecución tanto a nivel nacional como internacional, y previendo algunas disposiciones materiales al objeto de una cooperación internacional rápida y fiable.*

Con la firma de esta *Convenio* se pretende, por tanto, tras establecer un catálogo cerrado de infracciones delictivas especialmente vinculadas a la informática, la formulación de un procedimiento eficaz al que debieran adaptarse las legislaciones nacionales reguladoras del proceso penal de manera respetuosa con las garantías procesales.

La actividad delictiva realizada a través de la red comporta un efecto en múltiples lugares y a un mismo tiempo y ello provoca serias dudas acerca de cual sea el órgano jurisdiccional competente para su investigación y para su posterior enjuiciamiento.

Esta decisión no sólo debe ser tenida en cuenta como una simple regla competencial o de reparto para resolver un problema práctico de investigación ya que la delincuencia informática, por su enorme complejidad, se podrá desarrollar con mayor o menor facilidad y eficacia según cual sea el órgano jurisdiccional finalmente elegido. Esta decisión o *juicio de territorialidad* se debe relacionar con las reglas de proporcionalidad que inspiran el proceso porque tiene que valorar distintas situaciones que son esenciales para la investigación criminal y que merecen ser adecuadamente motivadas, ya que pueden incidir de una manera directa en el derecho sustantivo aplicable y en el ejercicio del derecho de defensa.

En primer término, el *Acuerdo* no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2005 parte de una especie de relativa competencia *electiva*, atribuyendo estas investigaciones al Juzgado de Instrucción

de cualquiera de los territorios en los que se haya realizado algún elemento del tipo delictivo que debe ser investigado.

Este criterio, enunciado textualmente como *Principio de Ubicuidad*, lo que hace es valorar la especial naturaleza de la actividad delictiva investigada. Lo ubicuo, conforme a su sentido puramente gramatical, es *lo que está presente a un mismo tiempo en todas partes* forzando -con tan peculiar condición- a la formulación de una serie de nuevos postulados jurídicos que permitan la eficacia de la actuación judicial.

Pero este *Principio de Ubicuidad* no sólo debemos interpretarlo conforme al lugar múltiple de la actividad delictiva, ya que puede resultar un criterio insuficiente en algunos casos de especial importancia como ocurre con los fraudes masivos que afecten, en muchas ocasiones, a distintos territorios y poblaciones y debe, por ello, ser completado con otros criterios que terminen de perfilar su concepto.

La elección entre los distintos órganos jurisdiccionales comporta una forma de decisión o elección sustancial que, como acabamos de señalar, por su incidencia práctica, debe ser objeto de contradicción procesal. El criterio de cumplimiento de elementos típicos no es el único porque la decisión debe estar basada, además, en un *principio de facilitación de la investigación criminal* estimando competente al órgano judicial que presente mayores garantías y, en tercer término, se debe valorar igualmente y de manera muy significativa, el respeto a los derechos de las víctimas teniendo en cuenta que debe ser elegido el lugar en el que puedan encontrar una mayor y más rápida satisfacción a sus intereses.

Los pronunciamientos jurisprudenciales que se han producido en España, con el planteamiento de cuestiones de competencia negativas ante el Tribunal Supremo, inciden sobre todo lo anterior y sobre un criterio de *versatilidad procesal*

que señala aquel órgano jurisdiccional más *adecuado* en cada caso concreto, haciendo conciliables estas decisiones con la seguridad jurídica a través de un respeto escrupuloso a las reglas de proporcionalidad.

Al margen de la aplicación del *principio de ubicuidad* se ha señalado la necesidad de que las investigaciones sobre cibercrimitos que afecten a diversos territorios o estados, conforme al principio *pro actione*, pueden mantenerse de una forma paralela llevando a cabo su unificación en el momento procesal oportuno, que sería el de finalización de la investigación para la formulación efectiva de cargos contra las personas imputadas. La determinación de esta competencia no resulta fácil pero, en lo que aquí nos interesa, es evidente que, como hemos señalado con anterioridad, debe ser relacionada con las reglas de proporcionalidad del proceso.

No olvidemos que a nivel internacional, por último, se abre camino una nueva manera de entender las reglas de competencia territorial que parece totalmente necesaria para la persecución eficaz de estos nuevos delitos y esta nueva mentalidad debe barajar -como elemento esencial- el principio de persecución universal inspirado en el carácter supranacional del bien jurídico agredido<sup>43</sup>.

Algunas de las peculiaridades del proceso penal, que han sido anteriormente esbozadas, deben llevarnos a considerar qué tratamiento jurisprudencial podemos encontrar en el futuro próximo, una vez se lleven a cabo las reformas inspiradas en el *Convenio de Budapest* y que la persecución de la *ciberdelincuencia* más grave pueda ser, ante la previsible interposición de recursos, analizada por tribunales constitucionales especialmente respetuosos con las garantías del debido proceso, así como por tribunales internacionales.

---

<sup>43</sup> Sobre el particular, Manuel Marchena Gómez en *Algunos aspectos procesales de Internet* en Cuadernos de Derecho Judicial, Vol 4, Madrid, 2000. De interés, por su relación con todo el epígrafe, las interesantes precisiones realizadas en la ponencia del Fiscal David Calvo López, anteriormente mencionada.

El problema de proporcionalidad en la lucha contra la cibercriminalidad, sin embargo y contrariamente a lo que pudiera pensarse en un principio, no se presenta a la hora de llevar a cabo la incautación de datos almacenados o registros de comunicaciones personales.

Desde esta perspectiva del decomiso, la única discusión de *suficiente* entidad se centra en el distinto tratamiento procesal que deba tener la incautación del contenido mismo de la comunicación electrónica y de aquellos listados o registros donde aparecen identificadas con los datos básicos del espacio y del tiempo de su emisión ya que, conforme al artículo 18 de la Constitución Española, cada una de estas situaciones puede tener un *marco de referencia* constitucional diferente<sup>44</sup>.

Ciertamente, cuando protegemos el contenido mismo de la comunicación, cuando protegemos –en definitiva- el mensaje enviado o recibido nos referimos al respeto de la inviolabilidad de las comunicaciones tal y como aparece definida en el artículo 18.3 de la Constitución Española pero cuando nos referimos a la incautación de los registros de comunicaciones que se encuentran almacenados una vez que la comunicación o el mensaje ya se ha recibido, nos referimos a la protección constitucional que merece el mero flujo informático, el derecho básico a comunicar mediante el uso de las redes electrónicas y que aparece consagrado en el apartado 4 del mismo precepto.

---

<sup>44</sup> Recordemos que el artículo 18 de la Constitución Española establece que:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

De cualquier manera, conforme al criterio expuesto en su día por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/99 de 29 de diciembre<sup>45</sup>, aun cuando existe una diferencia de *enfoque constitucional* parece aconsejable que la incautación de listados o registros de acuerde en virtud de un mandamiento judicial tras el dictado de una resolución motivada, principalmente cuando los datos electrónicos pueden estar referidos, directa o indirectamente, a diversos aspectos de la privacidad más estricta, todo ello conforme a lo señalado en el artículo 18.3 de la Constitución Española y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ciertamente, como sostiene un sector doctrinal, los datos adjetivos o registros de tráfico de nuestras comunicaciones pueden ser intrascendentes y ello debiera permitir su incautación administrativa o policial sin necesidad de mandamiento judicial. Esta *visión* pragmática de la investigación criminal, sin embargo, parece tener más inconvenientes que ventajas y puede generar situaciones de abuso y consiguientes dificultades procesales. En todo caso y teniendo en cuenta que el carácter sensible de los datos obtenidos no podemos saberlo hasta el momento mismo de su incautación, parece que debe ser una cuestión judicialmente valorada y para ello se hace aconsejable una resolución adaptada a las circunstancias de cada caso concreto.

Al margen de la discusión anterior, los problemas más graves e incisivos sobre la proporcionalidad de la investigación se plantean en las fases primarias de la actuación policial y ante la posible intervención *unilateral* de agentes policiales que puedan desarrollar funciones investigadoras muy próximas a la figura del agente encubierto o a la provocación delictiva<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Servía como base argumental la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular STEDH 30/07/98, *Caso Valenzuela Contreras*.

<sup>46</sup> Sobre el particular y en especial sobre la provocación delictiva, se puede consultar el trabajo de Francisco Hernández Guerrero *La intervención de las comunicaciones electrónicas* publicado por Ministerio de Justicia en Estudios del Ministerio Fiscal, Volumen III, Madrid, 2001.

La especial naturaleza del ciberdelito justifica plenamente esta actitud pero debería la actividad preprocesal debería contar con una normativa adaptada que evite una posible anulación posterior o, cuando menos, con el control jurisdiccional o incluso del Ministerio Fiscal que cumple en nuestro derecho algunas funciones de investigación (pensemos en la jurisdicción de menores).

La figura del *agente encubierto* fue configurada recientemente en el sistema procesal español, conforme a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero<sup>47</sup>, que introdujo el artículo 282 bis en la Ley Enjuiciamiento Criminal en los siguientes términos:

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 5/99, este nuevo artículo proporciona habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada delincuencia organizada. De esta forma, se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a peritos y testigos de causas criminales. Asimismo, se delimita a estos efectos el concepto de delincuencia organizada, determinando las figuras delictivas que comprende. Finalmente, se faculta al agente encubierto para utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación.

Se ha manifestado que esta figura policial es especialmente adecuada para la erradicación de la delincuencia informática. Efectivamente, el anonimato en la red y la falta de contacto físico con la persona o grupo investigado permite que varios agentes configuren una sola identidad encubierta o que, por el contrario, un

---

<sup>47</sup> La misma norma introduce la figura de la *entrega vigilada* de drogas y sustancias estupefacientes.

solo agente desarrolle identidades diferentes para así facilitar su labor. A pesar de ello, el legislador español no valoró la criminalidad en la red para introducir esta figura en nuestro derecho. No se alude a ninguna forma de ciberdelito ni se argumenta con el desarrollo creciente de esta forma de criminalidad aunque muchos de los delitos enumerados, en una relación que requiere una urgente revisión<sup>48</sup>, utilizan con frecuencia los sistemas informáticos para su comisión.

El énfasis legislativo se ubica en la idea de *delincuencia organizada* entendiendo por tal la que se desarrolla de manera estable y por un grupo de personas que mantienen una estructura permanente con un apreciable *reparto de papeles*, circunstancia que parece cuadrar con las situaciones habituales de criminalidad en la red, aunque pueden darse algunas situaciones conflictivas que debieran merecer una reflexión legal.

El agente encubierto debe contar, por aplicación del apartado tercero del precepto, con la oportuna autorización judicial mediante una resolución motivada y suficiente que analice cada caso concreto y debe extenderse al otorgamiento de una o varias *identidades informáticas* que incluya documentos electrónicos de crédito, direcciones postales, incluso imágenes<sup>49</sup> o líneas telefónicas, procurando llevar a cabo una completa descripción de las situaciones que sean planteadas por el agente y exigiendo, a lo largo de la investigación sumarial, una dación de cuenta suficiente y periódica que permita un adecuado control jurisdiccional.

En cuanto a la provocación delictiva, problema vinculado íntimamente con el anterior, parece que cabría entender que la exposición u ofrecimiento público de

---

<sup>48</sup> Basta citar como ejemplo el caso del tráfico de seres humanos que no se incluye en la relación del precepto.

<sup>49</sup> El uso de imágenes manipuladas plantearía serios problemas jurídicos pero no cabe descartarla de plano si, conforme a las posibilidades de manipulación tecnológica, no corresponde a persona alguna y se adoptan las garantías adecuadas.

la actividad en la red evitaría el riesgo de la misma, aunque siempre sería deseable que esta situación tuviera lugar con la oportuna autorización judicial y ante agentes legitimados para la actuación encubierta en la red.

Todo lo manifestado debe llevarnos a considerar una serie de factores que deberían ser considerados por el legislador español y en el futuro más inmediato y que podemos resumir, una vez más sin ánimo exhaustivo, en los siguientes términos:

- a) Reconocida la necesidad de autorizar fórmulas de acceso indiscriminado a los sistemas informáticos, estableciendo para ello distintos sistemas legales y judiciales de control, debe promover, de una forma paralela, una exigencia similar para la aplicación de las reglas de proporcionalidad en el desarrollo de las investigaciones criminales de esta naturaleza.
  
- b) La dificultad de establecer criterios uniformes en la investigación criminal, cuando menos en España, a consecuencia del poder *difuso* de nuestra *Instrucción* penal, a pesar de la paulatina importancia de la Fiscalía, debe generar una situación de contacto permanente entre las fuerzas policiales especializadas y el Ministerio Fiscal para verificar siempre que sea preciso el cumplimiento de las garantías procesales que giran en torno a la idea de proporcionalidad. De otra parte, deben intensificarse, a pesar de su limitación temporal semestral, las llamadas *Diligencias de Investigación Penal* que se encuentran reguladas en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en el artículo 773 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas *Diligencias de Investigación Penal* pueden desarrollar una función esencial para la uniformidad de la actuación policial.

- c) Este desarrollo debe relacionarse, además, con la reforma que puede ser operada en estas investigaciones pre procesales que, en todo caso, están garantizadas por la aplicación exhaustiva de los principios de proporcionalidad<sup>50</sup>, audiencia y defensa y por la posibilidad futura de declarar, en situaciones excepcionales, el secreto de las mismas<sup>51</sup> con la anterior limitación temporal.
- d) La adaptación de la legislación interna a los preceptos del Convenio de Budapest y a otros instrumentos jurídicos internacionales y la posible elaboración de un nuevo Código Procesal Penal que sustituya a la mas que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, al margen de resolver numerosos problemas prácticos que aparecen durante la fase de instrucción, permitiría establecer un procedimiento *diferenciado* que permita asumir con garantías el impacto de las nuevas tecnologías informáticas en el procedimiento penal y perfilar con una mayor nitidez la extensión, desde una perspectiva jurídico penal, de la llamada *intimidad informática* y su tratamiento procesal.
- e) Es preciso romper con urgencia el *abismo cronológico* procesal que opera en nuestro derecho procesal cuando nos enfrentamos a la compleja problemática que presenta la investigación del *ciberdelito* y de la *cibercriminalidad* aplicando a diario una normativa que fue promulgada en 1881. Por muchas adaptaciones parciales que hayan tenido lugar,

---

<sup>50</sup>La Fiscalía General del Estado de España ha sostenido criterios muy estrictos en materia de investigación de las comunicaciones. En este sentido, puede consultarse la Circular 1/99 que extendía la inviolabilidad de las comunicaciones no solo al contenido del mensaje sino a la existencia misma del mismo y sus circunstancias de espacio y tiempo de emisión, exigiendo en tal caso para obtener la información, la autorización judicial.

<sup>51</sup> La propuesta aparece formulada, ya en su día y en términos parecidos, por el Fiscal Manuel Marchena López en *Algunos aspectos procesales de Internet*, CDJ, 2000/IV en el curso monográfico *Problemática jurídica en torno al fenómeno Internet* dirigido por Juan Martín-Casallo López. Algunas Fiscalías como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya han desarrollado estos servicios especializados en nuevas tecnologías.

dictadas con mayor o menor rigor, hay una imposibilidad esencial de la normativa vigente de abarcar en todos sus aspectos este grave problema con las debidas garantías.

- f) No parece apropiado, en cualquier caso y conforme a las garantías actuales del debido proceso, que puedan llevarse a cabo intervenciones indiscriminadas o masivas del contenido de los sistemas informáticos, tanto el contenido sustantivo como los registros de tráfico, aunque sí debe operarse un cambio de actitud generalizado de los operadores jurídicos que afronten la relación con la red como un instrumento eficaz para la persecución y erradicación del delito y no como un territorio de posible impunidad.
  
- g) Parece necesario establecer con prontitud una jurisprudencia penal *suficiente* en la materia sobre la relación de la *ciberdelincuencia* con los derechos a la libre opinión y a la transmisión de informaciones y que permita dotar de la suficiente seguridad jurídica a la actuación policial y que lleve a cabo, por último, una labor propedéutica de la comunidad de usuarios de las redes informáticas poniendo de manifiesto que, con sujeción a las reglas de proporcionalidad procesal, es posible conjugar la condición del ciberespacio como un espacio de libertad con una persecución eficaz del ciberdelito.

### **9.3.- Conclusiones**

La investigación criminal presenta aspectos cada vez más complejos y mayores dificultades que no deben suponer un obstáculo insalvable para la realización de la justicia penal.

La creación de equipos multidisciplinarios de investigación y un proceso formativo inspirado en un proceso paulatino de especialización, objetiva en el que colabore todo el Estado, pueden permitir una lucha más eficaz contra las formas complejas de criminalidad que pueden resultar especialmente intensas en el futuro de la República de Honduras, especialmente en materia de *ciberdelito*.

La legislación procesal hondureña *básica* cuenta con instrumentos suficientes para conseguir este propósito, si bien resulta necesario que tenga lugar en el futuro el desarrollo legislativo y reglamentario de los distintos sujetos del proceso como ocurre con el Poder Judicial, el Ministerio Público o la Policía Judicial, así como un *corpus* jurisprudencial suficiente que también procure algo tan indispensable para el Estado de Derecho como es la aplicación uniforme de la ley penal.

**ANEXOS**

**FORMULARIO IV  
PARA SOLICITUD DE ANALISIS CRIMINALÍSTICO**

Precisando completar el reconocimiento médico legal de.....

.....se solicita estudio de:.....  
.....  
.....

(Restos óseos, colgajos cutáneos, ropas, otras muestras para investigación de residuos de disparos. Cartuchos, proyectiles, armas. Pelos, uñas, fibras, pinturas. Fauna cadavérica. Vidrios. Suelos. Contenido gástrico. Contenido bronquial. Restos de explosión y /o incendios. Muestras con posibles huellas dactilares y /o pisadas. Documentos.)

**Se adjuntan los siguientes datos para orientar la investigación:**

Edad ..... aproximada  
.....Profesión.....Sexo.....  
La muerte se estima ocurrida el .....de.....de.....Lugar donde falleció.....  
Posible causa de la muerte.....  
Otras observaciones de interés.....  
.....

**(Rellenar si procede)**

Arma y munición utilizada si se trata de herida por arma de fuego.....

Antecedentes del caso.....

Circunstancias, hallazgo de restos óseos.....

Informe de autopsia: Se envía  Se enviará con posterioridad

**CADENA DE CUSTODIA:**

La toma de muestras se ha practicado en el día de ...../...../.....  
 Las muestras han sido envasadas y etiquetadas por: .....  
 Tipo y/o número de precinto.....  
 Fecha de remisión de muestras al laboratorio...../...../19.....  
 Condiciones de almacenaje hasta su envío.....(rellenar si procede)  
 Transporte efectuado por:.....Firmado por.....

**Se remiten muestras de:**

- Restos óseos.....
- .....
- Colgajos cutáneos.....
- .....
- Ropas.....
- .....
- Cartuchos, proyectiles, armas.....
- .....
- Pelos.....Uñas.....
- .....
- Fibras.....Pinturas.....
- .....
- Fauna cadavérica.....Vidrios.....
- .....
- Suelos.....
- .....
- Contenido gástrico.....Contenido bronquial.....
- Restos de explosión y /o incendios.....
- .....
- Muestras con posibles huellas dactilares y /o pisadas.....
- Documentos.....
- .....
- Otras muestras.....
- .....

Ruego a Uds. que una vez concluido este estudio, remitan directamente el correspondiente informe al Juzgado de Instrucción nº..... de ....., teléfono a contactar (Indicar prefijo).....

.....a, .....de.....de 19.....

## EL MÉDICO FORENSE,

Nombre del firmante.....

**ILMO. SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ..... DEL INT****FORMULARIO VII  
PARA SOLICITUD DE INVESTIGACIÓN DE DELITO ECOLOGICO**

Precisando completar las diligencias instruidas por el Juzgado N° .....de....., con motivo de la presunta comisión de un delito contra el Medio Ambiente, se remiten muestras para estudio:

Químicotoxicológico Toxicidad Microbiológico • **Muestras remitidas:**

N° total de muestras.....

Sólidas .....

Líquidas.....

•

**Procedencia de las muestras:**Vertido Residuo Medio receptor Agua  Río Mar Embalse o lago Otro..... Suelo 

- Lugar de muestreo (localidad, polígono industrial, punto kilométrico, etc.):.....

• **Etiología posible de la contaminación:**Agrícola  Industrial 

Tipo

de

actividad

industrial.....

la

Productos utilizados en la industria.....

Accidentada  Urbana

1

Otra.....

• **Motivo de la demanda de análisis:**

Mortandad de  Vertido

peces incontrolado

Intoxicación  Otro.....

Todas las muestras han sido envasadas, precintadas y etiquetadas conforme a normas de muestreo ( contactar con el laboratorio si se necesita información).

<b>CADENA DE CUSTODIA</b>			
Persona que toma la muestra, Organismo al que pertenece y cargo que ocupa:.....			
.....			
Fecha de toma de muestra:.....de.....de			
.....Hora.....			
Tipo o número de precinto.....			
Fecha de remisión de las muestras al laboratorio:.....de.....de.....			
Conservación de las muestras hasta su envío.....			
Medio de transporte utilizado.....Firmado por:.....			

Ruego a Vds. que una vez concluido el estudio remitan directamente el correspondiente informe al Juzgado de Instrucción n°.....de.....Teléfono a contactar (indicar prefijo) .....

.....a,.....de.....de.....  
Firma:

Nombre del firmante y cargo que ocupa:.....  
**ILMO. SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ..... DEL INT**

**FORMULARIO III  
PARA SOLICITUD DE ANALISIS HISTOPATOLÓGICO**

Precisando completar el reconocimiento médico legal de.....

.....se solicita estudio de:.....

.....

.....

(General, sumersión, intoxicación, muerte inesperada-súbita, drogas, asfixia, traumatismo, vitalidad, anafilaxia, embarazo, yatrogenia, etc.)

**Se adjuntan los siguientes datos para orientar la investigación:**

Edad ..... Profesión..... Sexo..... aproximada

La muerte se estima ocurrida el .....de.....de.....Lugar donde falleció.....

Posible causa de la muerte.....

Datos de la historia clínica y tratamiento(si se conocen).....

.....

Datos anatomopatológicos macroscópicos encontrados en el cadaver.....

.....

.....

Otros datos de interés.....

.....

Informe de autopsia: Se envía  Se enviará con posterioridad

**CADENA DE CUSTODIA:**

La toma de muestras se ha practicado en el día de ...../...../.....  
 Las muestras han sido envasadas y etiquetadas por: .....  
 Tipo y/o número de precinto.....  
 Fecha de remisión de muestras al laboratorio...../...../19.....  
 Condiciones de almacenaje hasta su envío.....(rellenar si procede)  
 Transporte efectuado por:.....Firmado por.....

**Se remiten muestras de: (todas ellas en líquido fijador).....(indíquese cual)**

- Encéfalo     Hígado     Riñón     Útero y anejos  
 Corazón     Bazo     Estómago     Músculos  
 Pulmón     Páncreas     Intestino     Otros.....

Ruego a Uds. que una vez concluido este estudio, remitan directamente el correspondiente informe al Juzgado de Instrucción nº..... de ....., teléfono a contactar (Indicar prefijo).....  
 .....a, .....de.....de 19.....

EL MÉDICO FORENSE,

Nombre del firmante.....

**ILMO. SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ..... DEL INT**

**FORMULARIO I  
 PARA SOLICITUD DE ANALISIS QUIMICO-TOXICOLÓGICO**

Precisando completar el reconocimiento médico legal  
 de.....  
 .....se ..... solicita ..... estudio  
 de:.....  
 .....

**Se adjuntan los siguientes datos para orientar la investigación:**

Edad ..... aproximada  
 .....Profesión.....Sexo.....  
 La muerte se estima ocurrida el .....de.....de.....Lugar donde se encontró el cadaver.....  
 Posible causa de la muerte.....  
 Datos de la historia clínica y tratamiento(si se conocen).....  
 .....  
 Posibles tóxicos encontrados cerca del cadaver.....  
 .....  
 Otros datos de interés.....  
 .....  
 Informe de autopsia: Se envía  Se enviará con posterioridad

**CADENA DE CUSTODIA:**

La toma de muestras se ha practicado en el día de ...../...../.....  
 Las muestras han sido envasadas y etiquetadas por: .....  
 Tipo y/o número de precinto.....  
 Fecha de remisión de muestras al laboratorio...../...../19.....  
 Condiciones de almacenaje hasta su envío.....(rellenar si procede)  
 Transporte efectuado por:..... Firmado por.....

**Se remiten muestras de:**

- Sangre                      Conservante, anticoagulante.....
  - Suero       Orina       Pulmón     Hígado
  - Riñón       Corazón       Cerebro     Estómago y contenido
  - Vómitos     Vesícula, bilis       Pelos       Otras.....
- Muestras no biológicas de interés (jeringuilla, papelina, medicamentos, etc)  
 .....  
 .....

**Todas ellas sin mezcla alguna de producto conservador (excepto para determinación de alcoholemia), en recipientes limpios, bien cerrados y etiquetados.**

Ruego a Uds. que una vez concluido este estudio, remitan directamente el correspondiente informe al Juzgado de Instrucción n°..... de ....., teléfono a contactar .....

.....a, .....de.....de 19.....

EL MÉDICO FORENSE

Nombre del firmante.....

**ILMO. SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ..... DEL INT**

<b>FORMULARIO VI</b> <b>PARA SOLICITUD DE ESTUDIOS EXPERIMENTALES</b>
--

Juzgado de Instrucción N°..... de .....N° de  
Causa.....

Nombre.....

Se solicita investigación

de.....

Investigación de toxina botulínica  Toxina tetánica  Estudio Experimental

**Datos de interés para la investigación de toxinas:**

Diagnóstico previo:  Botulismo alimentario  Botulismo infantil  Muerte súbita del lactante  
 Heridas  Otras.....

Se remiten muestras de:  Suero  Heces  Contenido gástrico

Herida en profundidad  Alimento: Tipo.....

Las muestras se conservarán refrigeradas a 4°C hasta su envío

• **Motivo por el que interesa estudio experimental de Toxicidad con animales o mediante métodos alternativo.....**

• Sustancia/s a estudiar.....

..

- .....
- Tipo de estudio que se solicita:
 

<input type="checkbox"/> Toxicidad aguda	<input type="checkbox"/> Toxicidad a largo plazo
<input type="checkbox"/> Irritación de la piel	<input type="checkbox"/> Otros.....
  - Via previsible de entrada.....

( Contactar con el laboratorio, Sección de Experimentación Toxicológica, para la elaboración de un Protocolo previo de Toxicidad, teniendo en cuenta la Legislación vigente sobre " protección de animales de experimentación" y "Normas de Buenas Prácticas de Laboratorio")

**CADENA DE CUSTODIA**

- Fecha y hora de la toma de muestras...../...../.....
- Nombre y firma de la persona que efectúa la toma.....
- Tipo y/o número de precinto:.....
- Remitidas al laboratorio el...../...../.....
- Condiciones de almacenaje hasta su envío..... (rellenar si procede)
- Transporte efectuado por.....Firmado por:.....

....., a.....de.....de.....

EL MEDICO FORENSE

Nombre del firmante.....  
Teléfono de contacto.....

**ILMO. SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ..... DEL INT**



H.C.:.....  
**INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL**  
**SERVICIO DE CLÍNICA MÉDICO FORENSE**  
 Juzgado:.....  
**CÁCERES**  
 Referencia:.....

## PROTOCOLO DE RECONOCIMIENTO EN ABUSO/AGRESIÓN SEXUAL

### DATOS PERSONALES

Persona afectada.....  
 DNI.....  
 Fecha de nacimiento..... Sexo..... Estado  
 civil.....  
 Telf. Contacto.....

### DATOS GENERALES

Fecha y hora del reconocimiento..... Médicos que lo  
 realizan.....  
 ..... Persona que le  
 acompaña.....  
 Información y Consentimiento  
 Informado.....

### DATOS DEL ABUSO/AGRESIÓN

Fecha y hora del  
 abuso/agresión.....  
 Lugar de la  
 agresión.....  
 Tipo de  
 agresión.....  
 Violencia o  
 intimidación?.....

Uso de preservativo? (describir tipo).....

Agresor (número, conocido o no).....

Provocó lesiones en el agresor? (Tipo y localización).....

Actividad posterior del agresor.....

Disminución nivel conciencia víctima?.....

Minusvalía víctima?.....

Actividad posterior víctima (se lavó, cambió de ropa, micción, deposición, tomó medicamentos?).....

.....

### **ANTECEDENTES**

Enferm. propias infancia.....

Enferm. de transm. Sexual.....

Hepatitis.....

VIH.....

Interv. Quirúrgicas.....

Menarquia..... Última regla.....

Relaciones sexuales anteriores..... Data última relación anterior.....

Partos.....

Abortos.....

Uso de anticonceptivos/productos vaginales (medicam., lubricantes).....

Grupo sanguíneo.....

**EXPLORACIÓN GENERAL**

Constitución..... Estado de  
nutrición.....

Estado de las  
ropas.....

Actitud.....  
.....

Estado  
emocional.....

Conciencia, atención y  
orientación.....

Memoria.....  
.....

Lenguaje.....  
.....

Pensamiento.....  
.....

Capacidad de juicio y  
raciocinio.....

**EXAMEN EXTERNO**

A la inspección se observan las siguientes lesiones:

.....  
.....  
.....

**EXAMEN GENITAL**

Vulva.....

.....

Himen.....

.....

Vagina.....

.....

.....

.....

.....

.....

Periné.....

.....

.....

.....

.....

.....

Ano.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tacto vaginal.....

.....

.....

Tacto rectal.....

**TOMA DE MUESTRAS A NIVEL GENITAL**

Hisopos secos y estériles (3) Orificio vaginal

(1).....

Canal endocervical

(2).....

Si el himen se halla intacto:..... Orificio vaginal

.....

Lavado vaginal con S. Fisiológico (10 ml).....

Extensión en porta para observación en fresco (opcional)

.....

Recogida de Pelos: Víctima: Si .....No..... Agresor : Si ..... No.....

**TOMA DE MUESTRAS DE EXTRAGENITALES****Toma de muestra en localización anal y perianal**

Hisopos secos y estériles (2) ..... Canal ano-rectal (1) ..... (Si se observa abundante

mate- Esfínter anal (1) ..... ria fecal, desechar primer

hisopo)

Lavado anal con S. Fisiológico (10 ml)

.....

Extensión en porta para observación en fresco

(opcional).....

**Toma de muestras en localización bucal y perioral**

Hisopos secos y estériles (2) ..... Cara interna incisivos superiores

(1).....

## Orofaringe

(1).....

Lavado bucal con S. Fisiológico (10 ml)

Extensión en porta para observación en fresco

(opcional).....

**Toma muestra de uñas.**

Se recoge material subungueal en tubo seco y estéril

**Toma muestra manchas en piel.**

Esperma (raspado en frasco estéril y seco)..... Localización

Sangre (raspado en frasco estéril y seco)..... Localización

**Toma muestra de sangre.**

Se recogerá 1 tubo de 5 ml con anticoagulante ( 1mg EDTA Na sólido/ml sangre)

Etiquetado: Nombre víctima y fecha.

Podrá solicitarse: Drogas ..... Alcohol..... En este supuesto deberá recogerse otro tubo con 5 ml de sangre a ser posible con 50 mg de oxalato potásico/50 mgs de fluoruro sódico.

**Toma muestra de orina**

Se recogerá en frasco de orina estéril, sin conservante y deberá hallarse refrigerado.

Etiquetado: Nombre víctima y fecha.

Se solicitará: Drogas ..... Embarazo.....

**Recogida de ropa**

Ropa interior: Braga ..... Sujetador ..... Calzoncillo .....

Camiseta.....

Ropa vestir : Chaqueta ..... Camisa ..... Pantalón ..... Otros  
.....

Etiquetado: Nombre, Tipo de prenda, Fecha, Lugar recogida

La ropa deberá estar seca e introducirse en un envoltorio individual y transpirable.

### **CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS RECOGIDAS**

Muestras recogidas por el Médico  
Forense.....

Remitidas a  
.....

Método de transporte y medios de conservación  
.....

Muestras recogidas por el Médico asistencia hospitalario  
.....

### **RECOMENDACIONES**

#### **Recogida de muestras para enfermedades de Transmisión Sexual**

Deberán ser recogidas preferentemente y remitidas por personal facultativo al centro hospitalario de referencia.

(2) Hisopos  
vaginales.....endocervicales.....anales.....faríngeos.....

Ambos hisopos irán en medio de mantenimiento.

### **ACTITUD TERAPÉUTICA**

Tratamiento Profiláctico: Toxoide tetánico ..... E.T.S.  
.....Anticoncepción.....

Tratamiento

Sintomático

.....

Derivación

a

Centro

Asistencial

.....

Derivación

a

Servicios

Sociales

.....