



DICTAMEN

**SOBRE CUÁNDO SE ADQUIERE LA CONDICIÓN DE IMPUTADO
FORMALMENTE EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL**

emitido por

CARMEN SENÉS MOTILLA
CATEDRÁTICA DE DERECHO PROCESAL

VOCAL PERMANENTE DE LA SECCIÓN 5ª, DE DERECHO PROCESAL, DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN
(MINISTERIO DE JUSTICIA, GOBIERNO DE ESPAÑA)

ACADÉMICA DE NÚMERO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE GRANADA
ACADÉMICA CORRESPONDIENTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Málaga, 27 de febrero de 2019



I

ANTECEDENTES

PRIMERO.— Con fecha 13 de febrero de 2019, se dictó Auto del Juzgado de Instrucción Nº 8 de Málaga en las Diligencias Previas Nº 309/2019, del que resultan “investigados” los Sres. D. FRANCISCO POMARES FUENTES, D. JOSÉ CARDADOR JIMÉNEZ y D^a TERESA PORRAS TERUEL. En lo que interesa a este dictamen, del contenido del Auto son relevantes los contenidos siguientes:

En el apartado de “HECHOS”, consta uno “UNICO”, con el siguiente tenor:

«En este Juzgado se han recibido las actuaciones que preceden en virtud de denuncia de la Fiscalía Provincial de Málaga por presuntos delitos de prevaricación por omisión, tráfico de influencias, falsedad en documento oficial y malversación de caudales públicos contra Francisco Pomares Fuentes, José Cardador Jiménez y Teresa Porras Teruel.»

En el apartado de “RAZONAMIENTOS JURÍDICOS”, consta un razonamiento “SEGUNDO” con el siguiente tenor:

«No estando determinadas la naturaleza y circunstancias de tales hechos ni las personas que en ellos han intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruir Diligencias Previas y practicar aquéllas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación y en su caso, el procedimiento aplicable.»

En la “PARTE DISPOSITIVA”, el Magistrado-Juez ordena:



«INCÓENSE DILIGENCIAS PREVIAS dando cuenta de su incoación al Ministerio Fiscal, y practíquense las diligencias siguientes:»

De la relación de diligencias que indica el Auto, interesa a este dictamen la primera de las enumeradas, que acuerda oír *«en declaración a los investigados con instrucción de sus derechos...»*, D. FRANCISCO POMARES FUENTES, D. JOSÉ CARDADOR JIMENEZ y D^a TERESA PORRAS TERUEL.

SEGUNDO.– En fecha que no consta, fue suscrito un Acuerdo entre el PARTIDO POPULAR ANDALUZ y CIUDADANOS (C's) según se infiere de los logotipos de ambas formaciones políticas que encabezan el documento titulado "MEDIDAS DE DESARROLLO Y PROSPERIDAD PARA UN NUEVO GOBIERNO EN ANDALUCIA" (en adelante, el Acuerdo).

El documento que recoge el Acuerdo no está fechado pero su contenido revela que fue suscrito con posterioridad a la celebración de elecciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el pasado 2 de diciembre de 2018. En lo que interesa al objeto de este dictamen, el apartado 1.2. del Acuerdo es del siguiente tenor:

«"1.2. DESPOLITIZACIÓN, EFICIENCIA ADMINISTRATIVA Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

2.- Tolerancia cero con la corrupción: Ciudadanos y el Partido Popular se comprometen a la separación inmediata de los cargos públicos en todas las instituciones andaluzas, tanto autonómicas como locales, que hayan sido o sean imputados formalmente por delitos de corrupción, hasta la decisión definitiva del órgano judicial. Asimismo, ambos partidos se comprometen a que las personas que se encuentren en dicha situación no puedan ser incorporadas en las candidaturas electorales ni ser nombradas para desempeñar cargos públicos.»



TERCERO.— El Dr. D. ANTONIO CABA TENA, Abogado y Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Málaga y D. JOSÉ CARLOS AGUILERA ESCOBAR, Abogado, quienes ejercen la defensa letrada de D^a TERESA PORRAS TERUEL, D. FRANCISCO POMARES FUENTES y D. JOSÉ CARDADOR JIMÉNEZ, en el procedimiento de referencia: Diligencias Previas N^o 309/2019, incoadas por el Juzgado de Instrucción N^o 8 de Málaga, me requieren para la elaboración de un dictamen sobre cuándo se adquiere la condición de “imputado formalmente” en el proceso penal español.

CUARTO.— Los requirentes me hacen saber que los Sres. D. FRANCISCO POMARES FUENTES y D^a TERESA PORRAS TERUEL son concejales del “GRUPO POPULAR” en el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, y que el Sr. D. JOSÉ CARDADOR JIMÉNEZ es Coordinador General de Urbanismo y Vivienda y Gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras del citado Ayuntamiento.

QUINTO.— He sido requerida, de forma expresa, para que la respuesta a estas cuestiones sea evacuada de la forma más sencilla posible, aunque obviamente, sin renuncia al rigor jurídico en la utilización de los conceptos jurídico-procesales que están involucrados en las cuestiones sometidas a mi consideración¹.

II

CONSULTA

A la vista de estos antecedentes, los requirentes solicitan que emita dictamen sobre las siguientes cuestiones:

¹ Como quiera que las consideraciones de índole penal (cuestión de fondo en las Diligencias Previas que se siguen en el Juzgado de Instrucción N^o 8 de Málaga) no son objeto de este dictamen, omito cualquier consideración sobre los denominados vulgarmente, “delitos de corrupción” (sic), pero no sin dejar constancia de que dicha catalogación no existe como tal en el Código Penal español. Ni siquiera la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción incluye su definición, limitándose a enunciar una serie de conductas que los Estados partes deben tipificar como delito.



1.ª *¿Cuándo, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, una persona está imputada formalmente?*

2.ª *¿Se dan los presupuestos de hecho y legales para que deban aplicarse a los Sres., D^a Teresa Porrás Teruel, D. José Cardador Jiménez y D. Francisco Pomares Fuentes, las medidas previstas en el Acuerdo PP-C's de separación de los cargos o funciones públicas que desempeñan?*

En particular, respecto de la segunda cuestión sometida a mi consideración, los requirentes interesan que la respuesta sea evacuada haciendo abstracción de si el contenido del Acuerdo celebrado entre el PARTIDO POPULAR ANDALUZ y CIUDADANOS de Andalucía, titulado "MEDIDAS DE DESARROLLO Y PROSPERIDAD PARA UN NUEVO GOBIERNO EN ANDALUCÍA", es conforme a la legalidad constitucional y/u ordinaria.



III

DICTAMEN

1. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL QUE INCORPORA LA FIGURA DEL "INVESTIGADO" EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PENAL

Tradicionalmente, la denominación del sujeto frente al que se dirigen las diligencias de investigación penal ha sido controvertida tanto en la doctrina científica como en la práctica judicial. La polémica viene de lejos y, deriva, en gran medida, del carácter preconstitucional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), que data de 1882 y que, en consonancia con la catalogación de las infracciones punibles en el Código Penal, previó un único procedimiento por delitos (concebido además para el enjuiciamiento por jurados) y el denominado "juicio de faltas"².

En el estado anterior a la instauración del "procedimiento abreviado", en el marco del procedimiento por delitos (hoy conocido como "proceso ordinario" o "por delitos graves") tenía una importancia capital el *auto de procesamiento* como resolución de *imputación formal*; y esa importancia radicaba, precisamente, en que solo con dicha imputación, "*judicial*" y "*formal*", adquiría la condición de parte procesal el sujeto contra el que se dirigían las actuaciones de investigación (el "sumario") y, con ello, tenía el ya procesado derecho a la defensa letrada. La irrupción de la Constitución de 1978 y la doctrina del Tribunal Constitucional fueron decisivas en la alteración de este estado de cosas. La anticipación del derecho a la defensa (art. 118.1 LECrim) relativizó, en parte, la importancia del auto de procesamiento (en lo que a la defensa letrada se refiere). Pero la relevancia del procesamiento –o de la

² En la actualidad, desaparecida la catalogación de las faltas en el Libro III del Código Penal, dicho procedimiento sirve al enjuiciamiento de los hoy denominados "delitos leves" (arts. 962 a 977 LECrim).



resolución equivalente en el procedimiento abreviado (el auto de “transformación de las diligencias previas”)– como resolución de *imputación formal* que supone un *juicio jurisdiccional* de carácter preliminar e indiciario sobre el resultado de las diligencias de investigación, permaneció tras la instauración de los demás procedimientos por delito que han sobrevenido a la LECrim, ya hayan encontrado acomodo en su texto articulado, ya en leyes separadas (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado). Y la importancia de la imputación formal permanece en todos ellos sin restar un ápice de garantías a la figura del “investigado”, cuya entrada en escena tiene lugar en un momento anterior del procedimiento penal y, tan preliminar, que la condición de investigado nada prejuzga –ni siquiera a nivel indiciario– sobre el resultado de la investigación que acaba de iniciarse.

En este estado de cosas, irrumpe en el sistema procesal penal español la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* (BOE, núm. 239, de 6 de octubre), con la finalidad de poner coto a la censura y a la “pena social” que venía comportando la incomprensible denominación de “imputado” a quien simplemente había sido llamado a declarar para el esclarecimiento de unos hechos cuya investigación comenzaba. Dicha Ley Orgánica sustituye el término de imputado por los de “investigado” y “encausado”, según la fase del procedimiento penal tomada en consideración. Y mientras que con la primera expresión –*investigado*– se designa a la persona que es objeto de una investigación por su relación con un delito y, precisamente, para clarificar su “*posible*” participación en los hechos, la segunda expresión –*encausado*– se reserva para aquel sujeto a quien, una vez concluida la fase de investigación, la autoridad judicial le imputa formalmente la “*probable*” participación en un hecho delictivo concreto. La distancia que separa la “*posible* participación” de la “*participación probable*” es abultada y se corresponde, ni más ni menos, que con el diferente estado en que se encuentran las diligencias que conducen al esclarecimiento de los hechos y la identificación de los responsables. Respecto del investigado, dichas diligencias están por realizar; respecto del encausado, las diligencias de investigación



ya se han realizado y permiten sostener, a juicio del juez instructor, una imputación formal, aunque provisional.

Expresivo del contenido y finalidad del concepto de “investigado” es el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, a cuyo tenor:

“La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no



afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas» (E.M., V) (La cursiva es nuestra).

El tenor de este del Preámbulo de la Ley Orgánica, aun carente de valor jurídico, es un elemento esencial de la interpretación normativa en tanto es expresión de la voluntad del legislador (por todas, v. la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7º); voluntad del legislador que deja escaso margen para la paráfrasis:

“Investigado” es la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente, ni siquiera de forma indiciaria, la comisión de un hecho que podría ser constitutivo de delito³; y,

³ En este sentido se manifiesta la doctrina procesal más autorizada. Así, GIMENO SENDRA, V., considera parte pasiva del procedimiento penal al investigado, «quien recibe la denominación de encausado cuando ha sido imputado judicialmente (a través de un auto de procesamiento o de transformación del proceso penal abreviado», *Manual de Derecho procesal penal*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 135.

También GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M., abundan en que el investigado no es el sujeto formalmente imputado cuando señalan: «el sujeto pasivo del proceso penal se denomina investigado si no se ha dictado contra el mismo una resolución judicial en la que se le atribuya indiciariamente el delito y encausado tras el dictado de dicha resolución», *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 98.

Por su parte, CALAZA LÓPEZ, S., se manifiesta en los términos siguientes: «en aras de garantizar una mínima “seguridad jurídico-lingüística”, hemos propuesto mantener, al menos, las siguientes nomenclaturas: investigado/sospechoso/querellado/denunciado (sujeto sobre el que pende una investigación preliminar), imputado (sujeto sobre el que ha recaído un primer acto formal de imputación), procesado (sujeto contra el que se ha dirigido el auto de procesamiento), acusado (sujeto contra el que se ha dirigido la acusación) y, al fin, condenado o absuelto (no precisa explicación por su obviedad)», “Sospechosos, investigados, denunciados, querellados, imputados, procesados, acusados, encausados y, al fin... ¿condenados o absueltos? Todo ello sin dilaciones innecesarias”, disponible en *laleydigital*, (Ref. LA LEY 8568/2016).

“Encausado” es aquella persona a quien la autoridad judicial instructora, una vez concluida la fase de investigación del proceso penal (sumario, diligencias previas o diligencias urgentes), le imputa formalmente haber participado de manera indiciaria en la comisión de un hecho delictivo concreto, lo cual comporta, nada más y nada menos, que el deber de la autoridad judicial de concretar y argumentar, racionalmente, los indicios de criminalidad que concurren respecto de una persona determinada (o varias) y en los que fundamenta la imputación formal que se acuerda.

A la vista del contenido del Auto del Juzgado de Instrucción Nº 8 de Málaga, de 13 de febrero de 2019, en las Diligencias Previas Nº 309/2019, resulta palmario:

1.º Desde el punto de vista subjetivo, que los Sres. D. FRANCISCO POMARES FUENTES, D. JOSÉ CARDADOR JIMÉNEZ y Dª TERESA PORRAS TERUEL son meros “investigados”;

2.º Desde el punto de vista objetivo, que la única y mínima actuación que se acuerda respecto de los investigados es la toma de declaración, que, además, es la primera en las actuaciones;

3.º En el ámbito de la valoración judicial, que la falta de determinación de la naturaleza de los hechos denunciados y de las personas que en ellos han intervenido es absoluta, pues no en vano, el Auto razona en los siguientes términos: «No estando determinadas la naturaleza y circunstancias de tales hechos [los denunciados] ni las personas que en ellos han intervenido...» (Razonamiento Jurídico 2º); y,

4.º Desde el punto de vista funcional, no se concreta ningún resultado de la investigación que pueda avalar imputación alguna, ya sea formal, ya informal, pues las Diligencias Previas incoadas persiguen, tal y como razona el Auto, «practicar aquéllas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación [la de la naturaleza de los hechos, sus circunstancias y las personas que en ellos han intervenido] y en su caso, el procedimiento aplicable» (Razonamiento Jurídico 2º).



A mayor abundamiento, antes de dar respuesta a las cuestiones sometidas, incidiré brevemente en la finalidad de la fase de investigación del proceso penal por delitos, cualquiera que sea el procedimiento que corresponda seguir, que en el estadio preliminar de las Diligencias Previas Nº 309/2019, que se siguen en el Juzgado de Instrucción Nº 8 de Málaga aún está por determinar.

2. FINALIDAD Y CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL

Con diferente denominación según el procedimiento tomado en consideración (sumario, diligencias previas, diligencias urgentes), la finalidad de la fase de investigación es siempre la misma: esclarecer y determinar los hechos y sus circunstancias, por si pudieran ser constitutivos de delito, así como concretar las personas que hayan podido tener alguna intervención en los mismos y, en su caso, el grado de participación.

En el proceso penal español rige el principio acusatorio formal o mixto, siendo la fase de investigación (“Diligencias Previas” en el procedimiento abreviado) un estadio procedimental previo al auténtico proceso penal (*juicio oral*), cuya finalidad es, como decíamos, comprobar la existencia de los hechos denunciados y si los mismos pudieran ser indiciariamente delictivos, así como determinar si el investigado ha tenido participación en los hechos. Aunque la doctrina científica mantiene posicionamientos dispares sobre la naturaleza jurídica de la fase de investigación –administrativa, jurisdiccional o mixta–, existe unanimidad en que se trata de una fase instrumental del proceso penal porque persigue la *preparación del juicio*. Y lo prepara, en un doble sentido: positivamente, en cuanto posibilita la celebración del juicio (mediante el auto de apertura de juicio oral dictado tras la denominada “fase intermedia”); y negativamente, en cuanto excluye su celebración, ya por no ser los hechos constitutivos de delito, ya por no haber deparado la investigación resultados suficientes para sostener una acusación contra persona determinada (sobreseimiento).



El carácter instrumental de la fase de investigación es patente en el texto de la LECrim que, no en vano, para el proceso ordinario dispone que constituyen el “sumario” –entiéndase, la fase de investigación– «*las actuaciones encaminadas a preparar el juicio*» (art. 299). Otro tanto sucede en el marco del procedimiento abreviado, en el que las “Diligencias Previas” tienen un carácter tan preliminar e instrumental que preceden a la “Preparación del Juicio Oral” (las “Diligencias Previas” se regulan en el Capítulo III del Título correspondiente al Procedimiento Abreviado: arts. 774-779 LECrim y la “Preparación del Juicio Oral” se regula en el Capítulo IV: arts. 780-784 LECrim).

Durante la sustanciación de la fase de investigación, al igual que durante el desarrollo de la llamada “fase intermedia” y también en el juicio oral, el derecho fundamental a la presunción de la inocencia (art. 24.2 de la Constitución) permanece incólume, pues dicha presunción solo se destruye en virtud de sentencia condenatoria que haya ganado firmeza⁴.

Tras la práctica de las diligencias de investigación que –de oficio o a instancia de las partes personadas– acuerde practicar el juez instructor, si considera que los hechos, indiciariamente, revisten carácter delictivo, dictará “*auto de transformación de las diligencias previas*”⁵, el cual abre la llamada por la doctrina “fase intermedia”. En dicha fase, se conferirá traslado de las actuaciones a las partes acusadoras (Ministerio

⁴ En particular, sobre la salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia en los “aledaños” del proceso penal, v. el comentario de MUERZA ESPARZA, J., “Presunción de inocencia del investigado o encausado, también fuera del proceso penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 919/2016, en relación con la *Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de la inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*.

⁵ La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado reiteradamente que el auto de transformación es equivalente en el Procedimiento Abreviado al auto de procesamiento en el “proceso ordinario” (vid., por todas, la Sentencia Nº 1182/2006, de 29 noviembre).

Fiscal y acusador particular⁶), a las cuales les corresponde solicitar, en su caso, la apertura del *juicio oral* (el auténtico proceso penal por cuanto solo en dicha fase tiene lugar la genuina actividad probatoria, a salvo la prueba anticipada). En virtud del principio acusatorio, el juez instructor sólo puede acordar la apertura de juicio oral a petición de una parte acusadora, aunque sigue el debate doctrinal y jurisprudencial sobre si cabe abrir dicha fase a solicitud únicamente de la acusación popular (la denominada “doctrina Botín”).

En el procedimiento abreviado, por tanto, el citado “auto de transformación de las diligencias previas” constituye la declaración de conclusión de éstas y comporta un primer filtro de acusación indiciaria y de probable responsabilidad penal con una doble función objetiva y subjetiva: (i) delimitar objetivamente los hechos supuestamente delictivos que dimanen de la investigación y la persona o personas supuestamente responsables; y, (ii) abrir la denominada “fase intermedia”, ordenando el traslado de las diligencias a las partes acusadoras por un plazo de diez días para que, a la vista de ellas, formulen escrito de acusación o, en otro caso, insten el sobreseimiento (o, excepcionalmente, soliciten la práctica de diligencias de investigación complementarias). La fase intermedia se desarrolla en el procedimiento abreviado ante el mismo juez instructor, el cual tiene que practicar y valorar las diligencias previas conforme a las reglas generales de la Ley (art. 774 LECrim).

Pero existe aun un segundo filtro de acusación que cierra la fase intermedia y abre la de enjuiciamiento, cual es el ya citado “*auto de apertura del juicio oral*” (vid. art. 783 LECrim), mediante el cual se delimita provisionalmente el objeto del proceso⁷. Este auto, que como tal es una resolución motivada, habrá de contener: (i) la

⁶ La LECrim desconoce el concepto de “acusador popular” pero sí reconoce que la acción penal es pública y, por tanto, dicha figura se entiende implícita en la acusación particular (art. 101 LECrim).

⁷ De forma gráfica y correcta lo expresaba ARMENGOL VILAPLANA, A., *El imputado en el proceso penal*, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 107, incluso antes de la reforma de 2015, en los siguientes términos «*El auto de continuación [o de transformación] se presenta como una resolución de clausura de la instrucción y como una auténtica imputación formal, en la medida en que declara expresamente la imputación y fija provisionalmente el objeto del proceso*».



determinación indiciaria de los hechos punibles; (ii) la identificación de la persona o personas responsables, también indiciariamente; y, además, (iii) el auto de apertura de juicio oral no podrá ser dictado sin que previamente se haya tomado declaración a las personas investigadas en los términos previstos en el artículo 775 de la LECrim (art. 779.1-4ª de la misma Ley procesal).

No obstante, en lugar de dictar el “auto de transformación de las diligencias previas”, el juez instructor puede adoptar –también mediante auto– otras resoluciones. Así, puede “y debe” decretar el sobreseimiento provisional o libre del procedimiento por entender que los hechos no son constitutivos de delito, por no aparecer debidamente justificada su perpetración o por no aparecer identificadas personas presuntamente responsables de los hechos (ex art. 779.1-1ª LECrim). La razón de este último supuesto es poderosa: en ningún caso procede la apertura de juicio oral frente a persona o personas indeterminadas.

Y es que, como garantía esencial del proceso penal, la finalidad de la fase de investigación (“Diligencias Previas” en el procedimiento abreviado) y su conclusión mediante resolución motivada, no es solo posibilitar una eventual acusación y posterior enjuiciamiento de unos hechos indiciariamente delictivos, sino también, la de evitar que las personas investigadas puedan verse sometidas a una acusación infundada por delito y, por tanto, a un juicio público sin fundamento.

También la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (vid., por todas, la Sentencia Nº 326/2013, de 1 de abril) insiste en que el conocido como auto de transformación de las diligencias previas tiene por cometido realizar un juicio de razonabilidad de la indiciaria calificación delictiva de los hechos y de la procedencia de la apertura del juicio oral o, en otro caso, del sobreseimiento; señalando el Alto Tribunal, que ese juicio de razonabilidad tiene el doble alcance anteriormente indicado: delimitar los hechos justiciables y evaluar su carácter típico. En ese primer filtro o juicio indiciario, el juez instructor tiene que depurar el objeto procesal, de forma que expulse, mediante el sobreseimiento, aquellos hechos investigados

respecto de los que no haya indicios fundados de comisión y ordene la prosecución respecto de aquellos otros que cuenten con una base indiciaria sólida.

La finalidad que persigue ese primer juicio indiciario es patente en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

«...la Ley quiere garantizar también en la fase de investigación el derecho de defensa y la presencia de una valoración judicial sobre la fundabilidad de la acusación (para evitar acusaciones infundadas que, por más que acaben rechazadas en una futura sentencia absolutoria, siempre producen perjuicios). La fase de investigación tiene por objeto, preparar el juicio oral, pero también una función de filtro: evitar la apertura de juicios innecesarios.» (FJ. 2º).

Tras la práctica de las diligencias de investigación que se consideren necesarias, en caso de que el instructor estime razonable la indiciaria calificación delictiva de los hechos, deberá una parte legitimada formular la acusación formal por tales hechos contra una persona o personas determinadas.

Y posteriormente, en vista de la acusación o acusaciones sostenidas, tendrá el juez instructor que llevar a cabo un segundo control o juicio de acusación, constatando si los hechos objeto de los escritos de acusación son típicos y si hay fundamento para abrir el juicio oral contra personas determinadas; luego, vuelve el juez instructor a valorar, por segunda vez, el material que ya fue objeto de una primera valoración. Si dicho control fuere favorable al enjuiciamiento, dictará auto de apertura de juicio oral con los contenidos antes aludidos. En caso contrario, decretará el sobreseimiento de las actuaciones pues –insisto–, la otra finalidad esencial de las diligencias de investigación es determinar los sujetos que deben soportar el verdadero proceso penal (*juicio oral*), so pena de tolerar que los acusadores dirijan la acusación contra cualquier ciudadano, de forma interesada e infundada y, por infundada, injusta.



IV

CONCLUSIONES

PRIMERA.— Una persona solo está imputada formalmente cuando se dicta un auto de apertura de juicio oral en el que se la considera indiciariamente responsable de unos hechos que, también indiciariamente, revisten carácter de delito.

SEGUNDA.— Los Sres. D. FRANCISCO POMARES FUENTES, D^a TERESA PORRAS TERUEL y D. JOSÉ CARDADOR JIMÉNEZ *no están imputados formalmente* y, por tanto, no les serían de aplicación las medidas previstas en el Acuerdo PP-C's de separación de los cargos o funciones públicas que desempeñan.

Este es mi parecer en Derecho, que someto gustosamente a cualquier otro mejor fundado.

Málaga, fecha *ut supra*.

Fdo. Carmen Senés Motilla