

IV. Fase Inicial

A. Audiencia inicial

4.1. Resoluciones del juez de paz en la audiencia inicial

El artículo 256 CPP vigente y el art. 300 CPP aprobado, expanden las posibilidades decisorias a mucho más de lo que prevé el art. 13 Cn, para un momento tan limitado como el término de inquirir; tomemos en cuenta que el repertorio de decisiones que conforman la competencia funcional del Juez de Paz no se agotan con el contenido de los preceptos mencionados, pues por efecto de una especie de cláusula general contenida en ambas disposiciones, esas facultades se ven extendidas, a la resolución de “cualquier otro incidente”.

Es facultad del Juez de Paz pronunciar estas decisiones que provocan alguna incidencia sobre el curso del proceso penal:

a) En la actualidad y conforme al art. 256.1 CPP vigente, el juez de paz es quien decide si se habilita o no la instrucción. De identificar el contenido de esta decisión hemos de ocuparnos más adelante; porque de alguna manera, las consideraciones acerca de la instrucción y de sus requisitos, o la ausencia de los mismos y los efectos de ello, constituye una de las razones que pueden justificar que el Código Procesal Penal aprobado haya estimado que la instrucción formal, como etapa del proceso penal, no deba estar condicionada por un acto decisorio del juez de paz.

En el Código Procesal penal vigente, salvo la decisión anterior, todas las demás encuentran una regulación expresa de los presupuestos que las justifican. Eso permite apreciar la corrección jurídica de la decisión judicial que acuerde cualquiera de ellas, pues hay unos parámetros legales claramente dibujados. Con esto no queremos decir que la corrección jurídica de la orden de instrucción, por su falta de requisitos expresos, resulte de difícil, sino de imposible, determinación; o que por esa misma circunstancia tal orden del juez de paz, sea siempre sospechosa de arbitrariedad. Esto no es así, porque aunque sus presupuestos no están nominados en el Código Procesal Penal vigente,

los jueces de Paz han ido precisando de forma clara las condiciones necesarias para pronunciar esa decisión. Ya llegará el momento de desentrañar cuál sea el fundamento legal al que los funcionarios judiciales han recurrido.

b) Decretar la detención provisional del imputado u otra medida cautelar sustitutiva. Aunque la privación de libertad de una persona, en el contexto de un proceso penal, puede provocarse como efecto de diversas medidas cautelares, debe entenderse que la privación de libertad que surge como producto de la decisión contemplada en el número dos del Art. 256 CPP vigente y en el art. 300.1 CPP aprobado, lo es esencialmente por la detención provisional; sin perjuicio de que pueda ordenarse cualquier otra medida de las que le sustituyen. Entonces, los requisitos de esta decisión han de ser previstos por los artículos 292 y 293 CPP vigente o por los arts. 329 y 330 CPP aprobado, una vez entren en vigencia. En esas disposiciones legales, además de recogerse aquellas condiciones que conformarían lo que en la doctrina procesal se conoce como “Fumus Boni Iuris”⁷⁷, se regulan criterios vinculados a la necesaria proporcionalidad de la medida cautelar. Veamos brevemente de que se tratan esos requisitos.

En el número uno del art. 292 CPP vigente, que es equivalente a lo previsto por el art. 329.1 CPP aprobado, se exige que la privación de libertad que supone la detención provisional, tenga como sustento la previa constatación de la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado. Ambas circunstancias se corresponden con aquella apariencia de buen derecho, que no es otra cosa que una proyección acerca del contenido de una eventual sentencia definitiva, que aconseja resguardar, a través de la detención provisional, la eficacia del proceso para no volver nugatoria esa futura sentencia.

77. Asencio mellado, José María. La Prisión Provisional. Civitas Monografías. Editorial Civitas S.A., 1987. pag. 108. este autor se refiere al “Fumus Boni Iuris”, como un “juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia sobre la futura imposición al mismo de una pena” [...] Por tanto, el *fumus boni iuris* no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, pues es obvio que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del contradictorio.”

Decíamos que también se incorpora un requisito que tiene que ver con las consideraciones relativas a la proporcionalidad de la medida cautelar y que es la exigencia de que el marco punitivo previsto para el delito imputado, supere los tres años de prisión. La imposición de una medida cautelar de detención provisional contra el imputado de un delito que no alcance aquella pena, ha de estimarse completamente desproporcionada, salvo que surjan otras condiciones que aconsejen el resguardo personal del inculcado; estas condiciones son las que tienen que ver con el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la investigación. El art. 293 CPP vigente y el art. 330 CPP aprobado, establecen condiciones para el decreto de la detención provisional, que son manifestación del peligro de fuga y del peligro de entorpecimiento de la investigación. Debe advertirse, no obstante, que estas circunstancias por sí solas no tienen la virtud de legitimar la aplicación de la detención provisional, es necesario que estas se encuentren acompañadas de la constatación de los requisitos del número primero del art. 292 CPP y en el futuro, de los requisitos previstos por el art. 329 del Código Procesal Penal aprobado.

Es oportuno mencionar ahora que precisamente han sido esos requisitos los que se han trasladado como condiciones necesarias para que el juez de paz pueda dictar la orden de instrucción, cuando menos los que se refieren a la existencia de elementos de convicción razonables sobre la existencia del delito y de la probabilidad de autoría o participación; por eso intentaremos un esfuerzo mayor de precisión del contenido de esos requisitos, cuando hablemos con más detenimiento sobre la instrucción.

c) Decretar la desestimación solicitada por el fiscal.

La reforma que sufren el art. 256.3 CPP y el contenido del art. 249 CPP, vigentes, hace que ahora la desestimación no constituya una decisión que de forma autónoma pueda asumir el Juez. El Juez de Paz se encuentra vinculado por la petición de desestimación que formula el fiscal, salvo que eche mano del procedimiento de disconformidad previsto por el art. 258 CPP. Pero, en el Código Procesal Penal aprobado, la desestimación de la acción ya no constituye una posibilidad para el fiscal; de tal manera que tampoco ha de encontrarse dentro del contenido del art. 300 CPP aprobado, que regula las decisiones que puede pronunciar el juez de paz en audiencia inicial. Es el archivo fiscal, regulado en el art. 293 del Código Procesal Penal aprobado, el que sustituye a la actual

desestimación, porque dentro de sus presupuestos se incluye la imposibilidad de proceder.

d) Dictar el sobreseimiento provisional o definitivo.

Establecer ésta decisión como una facultad del Juez de Paz, al cabo de las diligencias iniciales de investigación y no como un acto conclusivo de la instrucción, es decir, después de haber profundizando en la investigación, constituye en nuestra opinión la razón que, junto a la falta de regulación de requisitos para la instrucción, provoca importantes disfuncionalidades en el proceso penal vigente, pues son muchos los casos que ven truncado su desarrollo al ser sobreseídos provisionalmente, porque no se practicó tal o cual acto de investigación, que bien pudo ser realizado durante una investigación más sosegada, durante la instrucción.

El dictado del sobreseimiento provisional supone, según el art. 309 CPP, vigente, que los “elementos de convicción” sean insuficientes para fundamentar la acusación; pero además, debe ser visible la probabilidad de que ese déficit sea superado en el futuro, con la obtención de otros y nuevos elementos de convicción. Este presupuesto del sobreseimiento provisional es una de las razones que conducen hacia la fijación de requisitos excesivos para la instrucción, pues se entiende que si lo que motiva el sobreseimiento provisional es la insuficiencia de los elementos de convicción, significa que, en sentido inverso, la instrucción solo puede ordenarse cuando aquellos elementos de convicción sí resultan suficientes para fundar “la acusación” (la pretensión inicial inclusive).

El sobreseimiento provisional se concibe ahora como una de las posibles decisiones que ponen fin a la instrucción y por ello se establece en el art. 351 CPP aprobado, que la conclusión de la instrucción constituye el momento procesal oportuno para el pronunciamiento de tal decisión. El juez de paz no ha de formular un juicio de mérito de la investigación realizada durante las diligencias iniciales, que le lleven a formular un sobreseimiento provisional. Ciertamente no hay una prohibición expresa con relación a que se pronuncien sobreseimientos provisionales por parte del juez de paz; pero es que tal prohibición resulta innecesaria, si tomamos en cuenta que el párrafo segundo del art. 86 de la Constitución de la República establece que los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; es decir, que en términos generales no solo el órgano Ejecutivo realiza actos de gobierno, sino

también los otros dos Órganos fundamentales. Es importante destacar esto, por lo que esa misma disposición constitucional indica en el párrafo siguiente, al señalar que “Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, pues esta limitación del poder público a la Constitución y a la ley, está destinada no solo a los actos del Órgano Ejecutivo, sino también a los demás órganos.

Lo dicho antes significa que la legitimidad de un acto de poder público está determinada no solo por la investidura de autoridad que ha recibido una persona como funcionario del Gobierno, de cualquiera de los Órganos Fundamentales, sino más bien, y esencialmente, por la conformidad de ese acto de poder público, con la Constitución y con la Ley

Tomando en cuenta lo anterior, debemos entender que el Juzgado de Paz, y cualquier otro juzgado, solo puede tener competencia para realizar aquellas actuaciones que la ley le delimita de manera expresa o que le han sido encomendadas por otros juzgados o tribunales de acuerdo con normas expresas; cruzar esos límites podría derivar en una arbitrariedad. Entonces, si el dictado de un sobreseimiento provisional no está incluido dentro de las posibles decisiones que puede adoptar el juez de paz durante la audiencia inicial, resulta claro que, desde la perspectiva del art. 86 Cn, este órgano jurisdiccional no puede en manera alguna pronunciar tal decisión.

El sobreseimiento definitivo por su parte, cuenta con unos presupuestos propios, que por los efectos conclusivos del proceso que esa decisión provoca, requieren un nivel de convicción de plena certeza. Es el art. 308 CPP vigente, el que se encarga de regular esos presupuestos y ahora los encontramos en el art. 350 CPP aprobado.

También se han visto reducidas las competencias del juez de paz, en el tema de los sobreseimientos definitivos, por cuanto si bien no es una opción decisoria que esté incluida dentro del contenido del art. 300 CPP aprobado, sí está prevista como una facultad del juez de paz, pero limitada a aquellos supuestos de sobreseimiento definitivo determinados por la extinción de la acción penal, tal como lo regula el párrafo segundo del art. 350 CPP aprobado.

Los supuestos de extinción de la acción penal que habilitan al juez de paz para decretar un sobreseimiento definitivo son: la muerte del imputado, la prescripción, la conciliación y mediación, el pago del máximo previsto para la pena de multa, la revocación de la instancia particular y por el cumplimiento del plazo de prueba en los casos de suspensión condicional del procedimiento.

Es muy probable que puedan encontrarse otros supuestos de sobreseimiento definitivo, distintos de los enlistados por la norma citada, pero que encuentran respaldo legal para poder formar parte de los ámbitos decisorios del juez de paz; dentro de estas posibilidades podrían enmarcarse, por ejemplo, los sobreseimientos definitivos que son resultado de la admisión de una excepción perentoria planteada en audiencia inicial o aquel sobreseimiento definitivo que tiene origen en la extinción de la acción penal por la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando proceda, pues tal decisión sí la puede pronunciar el juez de paz, conforme al art. 300.2 CPP aprobado.

e) Prescindir de la persecución penal, cuando proceda la aplicación de un criterio correspondiente al principio de oportunidad, suspendiendo las actuaciones o declarando extinguida la acción penal.

Que aparezca como novedad en el Código Procesal Penal de 1997, la oportunidad de la acción como excepción al principio de obligatoriedad, hacía necesario que aquella facultad otorgada al titular de la acción penal, de prescindir del ejercicio de tal acción, fuera controlada por un órgano jurisdiccional; pues la selección y discriminación de casos, que supone el principio de oportunidad, no puede ser arbitraria; es así, que además del Juez de Instrucción, el Juez de Paz también puede ejercer ese control. Como dijimos, la decisión de prescindir de la acción no es arbitraria y por tanto debe sujetarse a aquellos casos previstos de forma expresa en la ley, particularmente en el Art. 20 CPP vigente y en el art. 18 CPP aprobado.

f) Suspender condicionalmente el procedimiento.

La ineficacia de las penas de corta duración es la razón de la existencia de instituciones como esta, que equivale en buena proporción a la “probation” norteamericana. Los requisitos a satisfacer para que el

juez de paz, autorice la suspensión del procedimiento se encuentran fijadas en el contenido del art. 23 CPP vigente y en el art. 24 CPP aprobado. No ha sufrido variaciones importantes.

g) Resolver conforme al procedimiento abreviado.

Constituye ésta, otra de las alternativas que se presentan durante la audiencia inicial, y que podrían poner fin al proceso, a través del pronunciamiento de una decisión que posee, en lo pertinente, las características de una sentencia definitiva, que no necesariamente ha de ser de condena. Pero, esta decisión, según la regulación del Código Procesal Penal de 1997, no encuentra sustento en estricta prueba, sino en las diligencias iniciales de investigación y en la propia admisión de los hechos por parte del imputado, pues se trata de una especie de “justicia consensuada”. No obstante lo dicho, existe un sector importante de jueces que no reconocen en la admisión de hechos por parte del imputado, más que un valor como condición habilitante o de admisión a trámite del procedimiento abreviado.

El art. 417 CPP aprobado, ya no establece la sola admisión de los hechos como condición del procedimiento abreviado, sino que exige una verdadera confesión sobre los hechos, con lo cual se supera la discusión en torno al valor probatorio y no solo como condición de habilitación de este procedimiento especial, que podía tener este requisito. Por otro lado, también se prevé que pueda provocarse alguna actividad probatoria, o cuando menos la incorporación de la que se haya practicado durante las diligencias iniciales de investigación

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1997, se criticó del procedimiento abreviado la ausencia completa de actividad probatoria, de cargo o de descargo, con lo cual, se decía, se vulnera no solo el derecho de defensa del imputado, sino además, de resultar absolutoria la decisión por ausencia de actividad probatoria de cargo, el derecho que tiene la víctima a la tutela judicial efectiva, Derecho que ya ha sido reconocido por la Sala de lo Constitucional. Sin embargo, no encontramos que el derecho de defensa padezca alguna reducción ilegítima, por cuanto la conformidad del imputado con el procedimiento y su admisión de hechos- ahora confesión-, no es el fruto de la coacción u otro mecanismo que altere su libre determinación; por lo demás, esa

conformidad y admisión de hechos ha sido (o debería ser) adecuadamente asesorada por la asistencia letrada del defensor. Por otro lado, la admisión de hechos o la confesión, como requisito de habilitación de este procedimiento no exime a la parte acusadora de la carga probatoria, esto es, de demostrar (en la medida razonable según la etapa procesal en la que se plantee tal procedimiento) todos los extremos de su pretensión; lo contrario por supuesto que derivaría en una absolución. La perpetuación de aquel deber de probar las pretensiones más allá de la admisión de hechos que hace el imputado, es indicador de que tampoco existe una desmejora en el derecho de la víctima a contar con una tutela efectiva.

De tal forma que el Juez ha de pronunciar su decisión con una comprobación razonable de los hechos y del derecho, que asegure la satisfacción de la exigencia de juicio previo, tanto en su concepción ideológica como material, porque la sola conformidad del imputado y su defensor con la petición fiscal no ha de ser suficiente para concluir acerca de una condena; sino que ha de ser necesaria alguna corroboración fáctica y jurídica de las pretensiones. “...No puede hablarse entonces, de proceso de espaldas a la jurisdicción ni de falta de garantías suficientes en el reconocimiento convenido {...} de los hechos...” 78.

h) Autorizar u homologar la conciliación y la mediación.

Prevista como una forma de extinción de la acción penal por el art. 31.2 CPP vigente, la conciliación, ciertamente es una de las formas más importantes de evitar la instrucción, sea poniendo fin al proceso, cuando las obligaciones pactadas son cumplidas de inmediato, o bien solo suspendiéndolo cuando aquellas obligaciones han sido sometidas a condición o a plazo. El art. 38 CPP aprobado incluye ahora la mediación como una forma alternativa de resolución de conflictos. Ciertamente hay una diferencia no solo conceptual, sino además de procedimiento entre estas dos formas alternativas de solución. Tomando en cuenta eso y la existencia de instancias públicas distintas de los juzgados y tribunales, destinadas a la solución pacífica de los conflictos, se incluye la mediación y la conciliación realizada en esas otras instituciones públicas, como una posibilidad de tratamiento del conflicto penal, que luego debe ser planteado al juez de paz para su homologación.

El párrafo tercero del art. 39 CPP aprobado indica que la homologación de la conciliación o mediación celebrada en sede fiscal se va a hacer “sin necesidad de más trámite”. Esa expresión, sin embargo,

78. Jorge mesas, luis francisco de. La Regla 5ª del Art. 789-5 IECRIM, en Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial español. Edición Electrónica 2002.

puede sugerir cuando menos una doble interpretación: que sea el fiscal el que debe remitir el acta en la que se ha documentado la conciliación, “sin más trámite”; lo cual nos llevaría a preguntarnos qué significa eso. Puede entenderse que el fiscal no tiene siquiera que plantear incluso un requerimiento con todas las formalidades, o que no tenga que realizar ninguna otra diligencia que haga demorar la homologación del acuerdo por parte del juez.

Pero, también puede interpretarse, esa expresión, como una obligación dirigida a los jueces; pero, de nuevo hemos de preguntarnos qué debe entenderse, desde la perspectiva del juez, por esa expresión “sin necesidad de más trámite”. Una posible interpretación, que ya ha sido sugerida desde algunas visiones que de esta norma tiene algún sector del ministerio público fiscal, es que el juez pueda – y a caso deba – resolver la homologación de la conciliación, sin necesidad de convocar a audiencia inicial; sin embargo, esta interpretación resulta inadmisibles en tanto que el art. 300.6 CPP aprobado, indica que la homologación de la conciliación o de la mediación ha de resolverse en audiencia inicial; por supuesto que esta audiencia ha de celebrarse con quienes comparezcan e incluso podría resolverse con la sola vista de la petición fiscal, si ninguna de las partes asistiera a la audiencia.

En todo caso, y por lo expresado, lo cierto es que el juez de paz no puede prescindir de la convocatoria a audiencia.

i) Resolver sobre cualquier otro incidente.

Esta especie de cláusula general, extiende las posibilidades decisorias del juez de paz. Como lo anticipábamos, la lista del art. 256 CPP vigente y del art.300 CPP aprobado, no es taxativa. Pero, cuáles otras decisiones que afecten el desarrollo del proceso podría pronunciar el Juez de Paz, amparado en el número once del Art. 256 CPP o el recién aprobado número ocho del art. 300 CPP.

A vía de ejemplo podemos mencionar que por el trámite alternativo que está previsto para las excepciones (escrito u oral, según se interpongan o no durante una audiencia), en la audiencia inicial, el Juez de Paz también tendría poder para decidir acerca de la concurrencia o no de una excepción; si se trata de una excepción perentoria, el efecto de su declaratoria lo ha de ser el pronunciamiento de un sobreseimiento definitivo. (Art. 282 CPP vigente y 317 CPP aprobado).

El propósito de consignar en este apartado cuáles son las decisiones que el Juez de Paz puede pronunciar durante la audiencia inicial, ha sido solamente hacer evidente cómo todas esas decisiones que influyen en el desarrollo del proceso, tienen asignados unos requisitos claramente delimitados, lo que permite alcanzar un nivel importante de seguridad jurídica, en tanto que el justiciable y cualquier otro interesado en el proceso ha de conocer de antemano cuales han de ser las líneas de actuación a que el juez ha de sujetarse. El propósito dicho explica la falta de exhaustividad en la exposición de cada una de las posibilidades decisorias mencionadas. De todas maneras, algunas de las institucionales mencionadas, serán desarrolladas con más énfasis en otra parte de este trabajo.

j) La Orden de Instrucción.

Dentro de toda la gama de resoluciones que el Juez de Paz puede pronunciar durante la audiencia inicial, conforme al diseño procesal vigente, la orden de instrucción es la decisión que seguramente ha generado más dificultades para los operadores del sistema de justicia penal, aún cuando no se tenga conciencia de ello.

La dificultad aducida deviene de la falta de regulación de requisitos expresos con relación a qué circunstancias han de motivar esta decisión y el uso, algunas veces irreflexivo, de requisitos que no pertenecen a esa decisión sino a otras. De la identificación de esos requisitos y a qué decisión pertenecen es que vamos a ocuparnos a continuación.

*** Indeterminación legal en el vigente Código Procesal Penal, de los requisitos que habilitan la orden de instrucción y Alternativas para colmar ese vacío normativo.**

El repaso que hicimos con relación a las decisiones pronunciables por el Juez de Paz durante la audiencia inicial, pone en evidencia que de todas ellas, la orden de instrucción es la única que no tiene previstos requisitos de procedencia. No es que hayamos omitido deliberadamente mencionar requisitos de la instrucción, es que simplemente no existen dentro del Código Procesal Penal vigente.

Eso constituye un defecto del sistema de nuestras normas procesales. Según el profesor Manuel Atienza⁷⁹, las normas jurídicas solo forman un sistema cuando “...no generan lagunas – no hay casos

sin resolver - , ni contradicciones – no hay ningún caso resuelto por más de una norma en forma incompatible - , ni redundancias – no hay casos resueltos por más de una norma en forma coincidente. Un sistema normativo tiene, por tanto, las propiedades de plenitud (ausencia de lagunas), consistencia (ausencia de contradicciones) y economía (ausencia de redundancias). Un derecho positivo – o un sector del mismo – puede o no ser un sistema en este sentido estricto o, mejor, puede serlo en mayor o menor grado.”.

Tomando en cuenta lo dicho, hemos de concluir que desde que el legislador procesal previó la instrucción como una etapa del proceso que no surge de manera natural frente a la noticia de haberse cometido un delito, al margen de cuál sea el origen de esa noticia (Denuncia, querella, aviso), sino como una etapa del proceso cuya existencia resulta eventual, no porque la estructura legal del proceso comprenda un procedimiento sin instrucción (salvo los casos de delitos sometidos al régimen de acción penal privada y ahora también con el procedimiento sumario), sino por estar sometida a la actividad decisoria de un juez, era completamente necesario que se identificara cuáles habían de ser los parámetros que ese juez debía tomar en cuenta para pronunciar tal decisión; esto es, debía fijarse los requisitos legitimadores de esa decisión. Su ausencia (de los requisitos), debe estimarse como una laguna, en los términos expresados por el profesor Atienza, o como ya lo dijimos, como un defecto del sistema procesal.

La presencia de esa laguna por supuesto que no puede ser excusa para no resolver, para no cumplir con las obligaciones propias de la competencia funcional que ha sido asignada al Juez de Paz, dentro del proceso penal.

Cómo, entonces, puede resolverse el problema determinado por esa anomia. Es posible sostener que de forma recurrente los jueces, de manera consciente o inconsciente, ha colmado esa laguna normativa utilizando una técnica concreta de aplicación de la Ley: la analogía.

Ciertamente el art. 17 CPP vigente, impide que se haga uso de la analogía como forma de “interpretación” de la ley; pero la prohibición lo es cuando esa forma de “interpretación” no favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades al interior del proceso. Cuando el Juez transpone a la orden de instrucción, los mismos requisitos previstos por el art. 292 CPP vigente, para la detención provisional, no podemos concluir que tal aplicación analógica de la ley sea en perjuicio del imputado, porque se está estableciendo un canon más grande que el que,

según nuestra opinión, la simple orden de instrucción debía requerir. Eso no puede entenderse como perjudicial para el imputado.

*** Requisitos que surgen del empleo analógico del artículo 292.1 CPP.**

Antes hemos identificado, de forma liviana, los requisitos previstos para la detención provisional y decíamos que uno de ellos es el conocido como *Fumus Boni Iuris* o apariencia de buen derecho, que comprende básicamente la constatación de dos circunstancias: la existencia de un delito y la existencia de elementos de convicción suficientes sobre la probable autoría o participación del imputado en ese delito. De ellos nos ocupamos de inmediato.

*** Requisitos objetivos o del hecho: Existencia de un Delito.**

El primer requisito que se exige para ordenar la instrucción, por supuesto haciendo uso analógico de los requisitos del número primero del artículo doscientos noventa y dos del Código Procesal Penal, es que “se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito”. De esto surgen dos conclusiones importantes: la instrucción no podría acordarse si no ha existido un hecho previo que además reúna todas las condiciones para ser estimado como delito. Esto último nos lleva a la segunda de las conclusiones, que resulta sumamente obvia y es que jamás podría ordenarse la instrucción por un hecho constitutivo de falta, las cuales están sometidas, en su juzgamiento, a un procedimiento especial que no comprende una etapa instructora dentro de su configuración.

*** Requisitos Subjetivos o personales: Autoría y Participación.**

El otro requisito que determina el número uno del art. 292 CPP vigente, es que “existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe...” del delito. Y esto también se ha venido exigiendo de forma sistemática por los Jueces de Paz.

Aceptar esos requisitos como propios de la orden de instrucción hace necesario superar, para el solo efecto de pronunciar esa decisión, un análisis sobre los alcances del contenido de tales requisitos. Es necesario, pues, que se determine de forma precisa a qué se ha referido el legislador cuando hace uso de la expresión “elementos de convicción” y cuál es el sustrato de esos elementos de convicción; en el plano cognoscitivo ha de determinarse qué nivel de convicción es el que resulta exigible al juez de paz, desde el empleo de los requisitos de la detención

provisional para ordenar también la instrucción.

Entre los operadores del sistema de justicia penal, existe una tendencia persistente en confundir esos “elementos de convicción” con prueba. Sobre esta confusión es necesario aclarar que el contenido de esos elementos de convicción de ninguna manera podría ser prueba, por cuanto la estricta prueba solo es aquella que se produce durante el juicio, o en etapas previas al mismo, pero satisfaciendo las condiciones que al efecto impone el art. 270 CPP vigente.

Ninguna de las actuaciones llevadas adelante durante la instrucción puede transitar con pretensiones probatorias al juicio; así lo ha previsto el art. 276 CPP vigente. Entonces, todo lo que existe al momento de la audiencia inicial son actos o diligencias de investigación, pero no actos de prueba en estricto sentido.

Aún cuando ya hemos dicho en otra parte de estas anotaciones, que existe una diferencia sustancial entre actos de investigación y actos de prueba, bien vale la pena que ahora recordemos cómo José María Casado Pérez⁸⁰, distingue claramente la diferencia entre diligencias de investigación y actos de prueba, a partir de circunstancias como la forma, lugar y momento de su realización, por los sujetos encargados de ellas, por el distinto valor procesal que poseen y además por la función que han de cumplir. Y así ha dicho, citando a Vicente Gimeno Sendra, que “los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral (vista pública), bajo la intermediación del tribunal y mediante el contradictorio [...] Las llamadas por el Código “diligencias iniciales de investigación” (libro II, Título I) o actos de investigación o de instrucción, por el contrario son actuaciones encaminadas a preparar el juicio, por lo que su finalidad es la de averiguar y hacer constar la perpetración del delito y la identificación, a nivel de meros indicios, del delincuente, estando encomendados a la Fiscalía General de la República, quien dirige en tal función a la policía, con el control superior del juez”.

Así, pues, el sustrato empírico de esos “elementos de convicción” solo lo pueden ser las diligencias iniciales de investigación, como también lo reconoce Asencio Mellado, para algo más grave, como es la detención provisional.⁸¹

80. Casado Pérez, José María, et al. Derecho Procesal Penal Salvadoreño. CSJ-AECI, San Salvador, 2000. pag. 427

81. Asencio Mellado, José María. óp. cit. pág. 121.

Entonces, por elemento de convicción debía entenderse cualquier información con contenido incriminatorio que surge de las diligencias iniciales de investigación y que es capaz de sostener un juicio de probabilidad sobre la autoría o participación de una persona en un hecho delictivo. Esto nos lleva al siguiente nivel de análisis: que cuál es el grado de conocimiento que el Juez de paz debe alcanzar para acordar la instrucción.

No puede de ninguna manera exigirse que el Juez de Paz llegue a formarse una convicción de certeza absoluta, en la que no quepa fisura alguna que dé lugar a la duda; eso solo puede exigirse como sustento de una decisión a partir de la cual se enerve o destruya la presunción de inocencia que desde el acto inicial de imputación acompaña a la persona sometida a proceso penal por virtud del art. 12 Cn; pronunciar tal decisión no es competencia del Juez de Paz, salvo en los casos de procedimientos abreviados y ahora con la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal, en el caso de procedimientos sumarios. El Juez de Paz, en el diseño procesal vigente, únicamente ha de decidir si se habilita o no la instrucción y para ello se ha venido estimando como suficiente, como lo establece el art. 292.1 CPP vigente, con que pueda construirse un juicio de probabilidad a partir de aquellos elementos de convicción. Cafferata Nores, entiende como probabilidad la concurrencia simultánea de elementos positivos y negativos, pero los elementos positivos son superiores en fuerza, a los negativos⁸². Ese, pues, es el nivel de convicción que debe alcanzar el Juez de paz en la actualidad, para acordar la instrucción.

* Efecto del empleo analógico de los requisitos del actual art. 292 CPP.

Es evidente que aquellos requisitos a los que nos hemos referido en el apartado anterior, superan por mucho las condiciones que debían motivar la instrucción. Esos requisitos provocan unas consecuencias, que en nuestra opinión generan importantes disfunciones dentro del proceso penal; pues muchos casos en los que debía ordenarse la instrucción, por existir acreditada la existencia del delito y cuando menos una sospecha acerca del autor, son sobreseídos provisionalmente, pues la contrapartida de la exigencia de elementos de convicción suficientes, es que cuando los mismos no lo son, es decir, no son razonablemente suficientes, se cumplen los presupuestos de esa clase de sobreseimiento, conforme a lo

previsto por el art. 309 CPP. Pero lo que se pasa completamente por alto es el hecho de que la suficiencia razonable de los elementos de convicción viene exigida para acordar una decisión que provoca una grave reducción en la libertad personal como derecho fundamental; de ahí que vale la pena analizar si la instrucción por sí misma provoca desmedro en algún derecho fundamental que legitime la exigencia de tan altos requisitos.

La reclamación de unos “elementos de Convicción suficientes” que está prevista para la detención provisional como medida cautelar, resulta excesiva para ordenar la instrucción, decisión que pocos o ningunos efectos provoca sobre la persona del imputado; al contrario, la instrucción podría suponer un grado de garantía superior, pues la investigación que en ese contexto se va a realizar estará bajo la tutela de un órgano jurisdiccional, cosa que nunca o pocas veces ocurre, con la investigación suplementaria que se realiza después de pronunciado un sobreseimiento provisional.

La investigación del hecho delictivo y de las personas presumidas responsables de ese hecho, de forma amplia y sin las limitaciones temporales que suponen los plazos de la detención administrativa y el término para inquirir, no debía estar sujeta a una decisión judicial; la instrucción, como fase del proceso destinada a ampliar la investigación preprocesal (o las diligencias iniciales de investigación, como las denomina el Código) no supone más que el procesamiento de una persona, pero no necesariamente la sujeción de la misma al proceso a partir de una medida cautelar de tipo personal y por eso sus requisitos, si es que debía haber alguno, han de ser de menor entidad que los exigidos para la aplicación de medidas cautelares.

Es por eso que el legislador opta en el Código Procesal Penal aprobado, por una instrucción que constituye, ya no una fase eventual del proceso condicionada por una decisión judicial, sino esencial y por tanto ineludible, salvo casos excepcionales.

Entonces, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el juez de paz, habrá de emitir una valoración con relación al mérito de la diligencias iniciales de investigación para resolver sobre la procedencia o no de la detención provisional u otra medida cautelar; pero no para habilitar la instrucción; siempre que el proceso no concluya por cualquiera de las otras posibles decisiones que prevé el art. 300 CPP

aprobado, deberá dar cuenta de las actuaciones al juez de instrucción, remitiendo el expediente dentro del plazo de tres días.

4.2. Aspectos especiales en cuanto a la incomparecencia de las partes a la audiencia inicial

Siempre ha constituido una dificultad importante para los jueces de paz, enfrentarse a la ausencia de alguna de las partes en la audiencia inicial, cuando el término para inquirir o los cinco días que prevé el actual artículo doscientos cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal, se aproximan a su finalización. Frente a esto se intentó, por parte de algunos jueces, salvar la situación resolviendo con la sola vista del requerimiento fiscal; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en resolución de fecha 11 de diciembre de 2003, pronunciada en conflicto de competencia número CFP-28-2003, indicó que la ley ha previsto la alternativa de resolver con la sola vista del requerimiento fiscal, exclusivamente cuando el imputado no ha nombrado defensor y no cuando el fiscal no haya comparecido a la audiencia.

Este grave problema ahora se ve superado con la previsión legal que hace el párrafo segundo del art. 298 CPP aprobado, pues la audiencia se va a celebrar con quienes concurren y si ninguna de las partes asiste, se resolverá con la sola vista del requerimiento fiscal.