

LA INVESTIGACIÓN PREVIA AL PROCESO PENAL CANÓNICO Y LA DEFENSA DEL ACUSADO

RESUMEN

La Investigación previa al proceso penal canónico presenta aspectos delicados, pues puede afectar derechos fundamentales de los investigados por el tipo de actuaciones que se llevan a cabo. Se destaca la necesidad de que sea preceptivo que el investigado pueda conocer desde el primer momento la acusación y que desde ese momento se le dé oportunidad de defenderse.

Palabras clave: Investigación previa, defensa, derecho de defensa, proceso penal canónico, Abogado.

ABSTRACT

THE PRELIMINARY INVESTIGATION OF THE CANONICAL PENAL PROCESS AND THE DEFENSE OF THE ACCUSED

The Preliminary Investigation of the canonical penal process presents delicate aspects, as it may affect fundamental rights of the investigated by the type of actions that are carried out. It means the need for the investigated to be able to know from the first moment the accusation and that from that moment he is given an opportunity to defend himself.

Keywords: Preliminary Investigation, defense, right of defending, canonical penal process, lawyer.

1. ÁMBITO PROPIO DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA AL PROCESO PENAL CANÓNICO

La Investigación previa regulada en los cc. 1717-1720 CIC sin ser un proceso formal, constituye en sí misma un procedimiento que tiene por finalidad aclarar toda una serie de circunstancias inciertas. Sobre este asunto se han publicado diversas aportaciones de autores que han examinado desde diferentes puntos de vista este instituto¹. Aunque formalmente no se haya establecido en el momento

¹ SANCHIS J., L'indagine previa al processo penale (cann. 1717-1719), in: I procedimenti speciali nel diritto canonico, ed. Arcisodalizio della Curia Romana, Città del Vaticano 1992; SANCHIS J. L'indagine previa

de la Investigación previa al proceso penal, pues no hay demanda ante el Tribunal competente, la Investigación previa se lleva a cabo por la recogida de materiales que puedan justificar una eventual demanda contra el investigado «*siempre que el Ordinario tenga noticias, al menos verosímil, de un delito*» (c. 1717), para determinar el hecho del delito, la imputabilidad del concreto autor del concreto delito (con las eventuales circunstancias modificativas de la punibilidad ex cc. 1321-1327). Se busca concretar la existencia del fundamento subjetivo, las circunstancias referidas a la imputabilidad, en su caso las eximentes, atenuantes o agravantes de la punibilidad, la fecha de la comisión de los hechos, así como lo procedente de cara a una eventual prescripción. En cuanto actividad de tipo preliminar la Investigación previa, no tiene regulación legal formal, por ser su único objetivo recabar datos para, en su caso, sucesivas actuaciones. De ahí que las normas se ocupen solo de delimitar dicho objetivo, a saber, que una vez recibida la noticia del delito se adquieran más datos sobre su existencia real y sobre la imputabilidad, estableciendo como única cautela que en el desarrollo de la investigación no se ponga en peligro la buena fama de nadie².

Lo anterior no resta importancia a la normativa de aplicación en los casos de *delicta graviora* contenida, además de en el CIC, en las modificaciones que han sido introducidas para los *delicta graviora* desde 2001 hasta llegar a las *Normae 2010*³. En definitiva se busca obtener la información necesaria sobre

al proceso penal in: IE 4, 1992, 511-550; MIZINSKI A.G., L'Indagine previa [cc. 1717-1719], en: A cura di Z. SUCHECKI, Il Processo penale canonico, Roma 2002, 159-198; LAGGES P. R., El Proceso Penal. La investigación preliminar del c. 1717 a la luz de las Essential Norms, in: Fidelium Iura, 13, 2003, 71-118; ASTIGUETA, D.G., L'investigazione previa: alcune problematiche in: Periodica 98, 2009, 195-233; IDEM., L'investigazione previa, in A. D'Auria - C. Papale (ed.), I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede, Quaderni di Ius Missionale 3, Città del Vaticano 2014, 79-108; RAMOS, F., La Investigación Previa en el Código de Derecho Canónico [cc. 1717-1719] in: Reformas al motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela, in: La dimisión del estado clerical y su normativa canónica más reciente, Actas del IV simposio de Derecho Canónico 27-29 de septiembre de 2011, México 2012, 75-112; SÁNCHEZ GÓMEZ, M. A., Líneas procesales de las causas para juzgar algunos delitos gravísimos cometidos por clérigos, in: Retos del Derecho Canónico en la sociedad actual. Actas de las XXXI Jornadas de Actualidad Canónica, ed. Peña García, C., Madrid 2012; CORTÉS DIÉGUEZ M., La Investigación previa y el proceso administrativo penal, in: REDC 70, 2013, 513-545.

2 ARROBA CONDE, M., Justicia reparativa y Derecho penal canónico. Aspectos procesales, in: ADC 3, 2014, 39.

3 Los textos son los siguientes:

1. JUAN PABLO II, m.p. «Sacramentorum sanctitatis tutela», quo Normae de gravioribus delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis promulgantur, 30-IV-2001, in: AAS, 93, 2001, 737-739; Id., «Normae substantiales et processuales» promulgate col m.p. «Sacramentorum sanctitatis tutela» (30 aprile 2001) e successive modifichie (7 novembre 2002-14 febbraio 2003), in: Ius Ecclesiae, 16, 2004, 313-321; CDF, Epistula missa ad totius Catholicae Ecclesiae Episcopos aliosque Ordinarios et Hierarchas interesse habentes: de «delictis gravioribus» Congregationi pro Doctrina Fidei «reservatis», 18-V-2001, in: AAS, 93, 2001, 785-788. Traducción al español del M. Pr., de las Normae y de la Carta de la CDF in: AZNAR GIL F.R., Delitos de los clérigos contra el sexto mandamiento, Salamanca 2003, 95-128.

2. Texto de las Normas del Papa BENEDICTO XVI junto con una Carta de presentación a los obispos de la Iglesia Católica y una Breve relación de las diecisiete modificaciones introducidas, in: AAS 102, 419-434: Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis, approvate e promulgate con rescripto «ex audientia

la verdad de los hechos cometidos y sobre su autor⁴ de cara a que el Ordinario pueda decidir, con conocimiento de causa sobre las medidas a tomar⁵. No

Sanctissimi», 21-V-2010, in: AAS, 102, 2010, 419-434: a) Rescritto «ex audientia Sanctissimi», 419; b) «Normae de delictis CDF reservatis», 419-430; c) Lettera ai Vescovi della Chiesa Cattolica e agli altri Ordinari e Gerarchi interessati circa le modifiche introdotte nella lettera apostolica motu proprio data «Sacramentorum sanctitatis tutela», 431; d) Breve relazione circa le modifiche introdotte nelle «Normae de gravioribus delictis» riservati alla CDF, 432-434.

Versión en español: Congregación para la Doctrina de la Fe (21 de mayo de 2010). Carta a los Obispos de la Iglesia Católica y a los demás Ordinarios y Jerarcas interesados acerca de las modificaciones introducidas en la Carta Apostólica, dada motu proprio, «*Sacramentorum Sanctitatis tutela*». Breve relación sobre los cambios introducidos en las «*Normae de Gravioribus delictis*» reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe. Normas sustanciales y procesales con introducción histórica, in: REDC 69, 2011, 399-418.

Por el Rescripto de 21 mayo 2010 se modificaron las «*Normae de gravioribus delictis*» aprobadas por M. Pr de San Juan Pablo II *Sacramentorum sanctitatis tutela* (30 abril 2001), de manera que se promulgaba por inserción en AAS una segunda edición. Se reformaban los artículos 1 §1, 1 §2, 2, 3 §1.2º-3º, 3 §2, 4 §1.2º-3º, 4 §2, 5, 6 §1.1º, 6 §1.2º, 7, 17, 18, 19, 21 §2.1º, 21 §2.2º y 27. Siete novedades responden a facultades ya concedidas por Juan Pablo II y confirmadas por Benedicto XVI el 6 mayo 2005, como la ampliación de la clase de personas que pueden ser juzgadas por el dicasterio, la extensión del plazo de prescripción a los veinte años, derogable por la congregación y la facultad de dispensar a letrados y ministros del Tribunal de los requisitos del sacerdocio y doctorado en Derecho Canónico. Otras diez son nuevos cambios, como la introducción de los delitos contra la fe, el delito de atentación de ordenación sagrada a una mujer o el de posesión y divulgación por un clérigo de imágenes pornográficas, y la equiparación al menor del mayor de edad con uso imperfecto de razón. Cf. AZNAR GIL, F. R., Los «*graviora delicta*» reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe. Texto modificado (2010). REDC 68 (2011) 283-313.

3. Posteriormente destacamos la Carta del Cardenal William Levada para la presentación de la circular a las conferencias episcopales sobre las líneas guía para los casos de abusos sexuales de menores por parte del clero de 3 de mayo de 2011 y la Carta circular subsidio para las Conferencias episcopales en la preparación de líneas guía para tratar los casos de abuso sexual de menores por parte del clero in: REDC 68, 2010, 923-930 con comentario de F. R. AZNAR (Ibid. 931-937).

Además en la página web de la Santa Sede, en el portal «*Abusos contra menores. La respuesta de la Iglesia*» se encuentran publicados en diversas lenguas los documentos e intervenciones de diversa naturaleza emanados por los sucesivos Romanos Pontífices y por diversos organismos eclesiales. http://www.vatican.va/resourcex/index_sp.htm Consulta 30 diciembre 2016.

4 Lo más adecuado, en español, sería denominar al posible autor del delito en la Investigación previa, en la que solo hay indicios y se pone en marcha la investigación como *denunciado, investigado o indiciado* conforme indica GARCIA MATAMOROS, L., El proceso judicial penal cc. 1721-1728 CIC 1983, in: REDC 175, 2013, 555; MIZININSKI, A. G., L'indagine... art. cit. 183: «L'indiziato non è un oggetto ma un soggetto, anche se passivo di essa (...) L'autore dell'azione descritta nel can. 1321 §1-2 fino al momento in cui gli si comunicherà, con decreto, 'atto formale' d'accusa (cfr. can. 1718 §1) non può essere, dal giuridico punto di vista, considerato come *accusato*». Por su parte Mosconi indica que cuando ha comenzado el Proceso penal la persona «indiziata» asume una nueva calificación con el término «*reus*» conforme al c. 1720, 1º y que en otros cánones relativos al Proceso judicial (cc. 1722; 1725; 1728 § 2) se prefiere la expresión «*accusatus*». A su vez que el CCEO utiliza sólo la expresión «*accusatus*» (cc. 1471 § 2; 1473; 1474; 1475 § 2; 1477 § 1; 1478; 1482, acerca del Proceso extrajudicial c. 1486 § 1). Sólo después de comunicar el Decreto penal al imputado puede ser considerado «*reo*» cf. MOSCONI, M., L'indagine previa e l'applicazione della pena in via amministrativa, in: Gruppo Italiano Docente di Diritto Canonico (a cura) I giudizi nella Chiesa, Processi e procedure speciale, Milano 1999, 215-217. En la legislación civil española según el apartado 21 del artículo único de la Ley Orgánica 13/2015, el sustantivo «imputado» se ha sustituido en la Ley de enjuiciamiento criminal, para la fase de instrucción, por el término de «investigado».

5 SANCHIS, J., Comentario al c. 1717, in: A. Marzoa-J. Miras-R. Rodríguez-Ocaña (eds.), Comentario exegético al CIC, vol. IV/2, 3.ª ed. actualizada, Euns, Pamplona 2002, 2064.

hay que olvidar que en Derecho canónico no hay una diferenciación formal entre ilícito penal e ilícito administrativo, así como tampoco entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, aunque puede sostenerse que de facto existen ilícitos, sanciones y normas administrativas que forman un «*alter genus*»⁶. Con los materiales recogidos en la Investigación previa se dará respuesta, si bien no definitiva, a si el delito se ha cometido y en qué circunstancias, y a si la persona sospechosa es el verdadero autor y si el autor es imputable.

Nos cabe recordar que la Investigación previa esta pensada para cualquier tipo de delito canónico⁷, no solamente para los delitos reservados⁸, por lo que su configuración deber, en buena técnica legislativa, ser común y unificada para todos los delitos⁹.

Advertimos que el tratamiento legislativo diferenciado según el tipo de delito de que se trate genera diversificación de tratamiento legislativo, y se afecta de modo diverso al ejercicio de la defensa.

De la finalidad de la Investigación previa se deduce que concurren toda una serie de elementos jurídicos de trascendencia indudable para el resto del proceso penal (judicial o administrativo)¹⁰. La implicación de los investigados en los hechos, independientemente del archivo de las actuaciones o del eventual proceso judicial o administrativo que se siga, no puede ni debe ser un hecho desconocido. Uno de esos elementos fundamentales es el derecho de defensa, que en la Investigación previa esta en juego juntamente con la buena fama del investigado¹¹ pues se va a afectar a unos investigados, por lo demás y de ordinario fieles bautizados, y que más allá de la condición canónica de los mismos deben ver tutelados sus derechos en la sustancialidad de los mismos.

6 PÉREZ-MADRID, F., Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico, Pamplona 1994, 90.

7 CITO, D., «Delicta graviora» contro la fede e i sacramenti, in *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, 31-54; PAPAIE, C., I delitti contro la morale, in *ibidem*, 55-66; OSTROWSKI, J., L'indagine previa nel processo penale giudiziario in riferimento alla dimissione dallo stato clericale nel Codice di Diritto Canonico di 1983 in: *Studia Prawnoustrojowe* 24, 2014, 257-267.

8 Aunque la mayor parte de la actividad de la Congregación para la Doctrina de la Fe, en materia disciplinar, gira en torno a los casos de abusos sobre menores por parte de clérigos, habiéndose publicado cifras de en torno a los 500 expedientes anuales en los años 2012 a 2015. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/attivita-cfaith/rc_con_cfaith_index-attivita-cfaith_sp.html Consultado el 30 diciembre 2016.

9 SCICLUNA, CH. J., «Delicta graviora»: ius processuale, in: *Questioni...* op. cit., 79-94; ORTAGLIO, L., L'indagine previa nei casi di «delicta graviora», in: *ibidem*, 95-112; D'AURIA, A., La scelta della procedura per l'irrogazione delle pene, in: *ibidem*, 113-134.

10 LÓPEZ SEGOVIA, C., El derecho a la defensa en el proceso penal administrativo, in: *ADC* 3, 2014, 106. Esta publicación resulta esencial para conocer con profundidad y rigor la cuestión que nos ocupa.

11 MIZINSKI, A.G., L'Indagine previa... art. cit. 183; AZNAR GIL F.R., Delitos... op.cit., 66; JUAN PABLO II, Lettera ai Vescovi degli Stati Uniti, 11 giugno 1993, in *L'Osservatore Romano*, 24 giugno 1993.

Todo lo anterior sin olvidar que también deben tenerse en cuenta las diferentes circunstancias y valores que suelen estar implicados en estas situaciones: las víctimas y sus familias, el clérigo, la comunidad eclesial, la repercusión social, etc. Es decir: se debe investigar tanto la credibilidad de la acusación como la sustancia o el objeto del delito denunciado¹².

La necesidad de que se profundice en que el investigado debe conocer desde el primer momento la acusación y de que desde ese momento se le dé oportunidad de defenderse es un hecho, pues los materiales recogidos en la Investigación previa llegan a ser la base de la acusación formal, y en su caso el proceso penal se va a instaurar en base a los mismos. Por ello se hace necesario que el investigado pueda tomar parte en la Investigación previa ejerciendo así su derecho de defensa de un modo real y desde el primer momento, personalmente o mejor por medio de un defensor. Esta actuación no solo puede ayudar a evitar escándalos o que se vea afectado el buen nombre del investigado sino que garantiza sus derechos, pues el investigado va a poder argumentar desde el primer momento lo que crea procedente.

Por otra parte, para llevar a cabo esta tarea de un modo adecuado conviene tener presente que el investigador, para averiguar si se da ese acto al que se refiere la ley, ante todo debe conocer bien la ley, de tal forma que pueda reconocer el acto, con las circunstancias exigidas por la ley. Por ejemplo, si se trata del abuso sexual a un menor, deberá conocer en qué consiste el abuso sexual y averiguar si se ha realizado el abuso sexual; lo mismo que conocer las circunstancias estipuladas por el derecho para este concreto delito y si se han dado en el caso concreto¹³.

Y es que las cuestiones que suscita la aplicación de la actual normativa codicial van más allá de la mera exégesis de los textos legales¹⁴, pues las mismas se han de considerar elementos tan esenciales como el derecho de defensa, que es tutelado por el ordenamiento jurídico canónico como lo que

12 AZNAR GIL, F.R., *Delitos...* op. cit., 65-66.

13 RAMOS F.J., *La investigación previa en el Código de derecho canónico (CIC, Cann. 1717-1719)*, in: Janusz KOWAL e Joaquín LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, Città del Vaticano, 2010, vol. 4, 2114.

14 El prof. Aznar Gil cita que el Cardenal Z. Grocholewski indicaba en el año 2003 que a pesar de lo establecido en el CIC, algunos proponían modificar la legislación canónica en el sentido de poder infligir penas gravísimas, como por ejemplo la expulsión del estado clerical, por decreto administrativo. Esto, en opinión del Cardenal significaría un fuerte retroceso en relación a varios valores ya sólidamente adquiridos: «El motivo principal —afirmaba— de la mencionada praxis y de esas propuestas parece ser la falta de personas capaces de llevar adecuadamente el proceso penal. De hecho, los otros motivos que se aducen a favor de estas propuestas son poco consistentes ... Es verdad que faltan canonistas suficientemente preparados para juzgar las causas penales. Pero eso no es motivo razonable para dar un paso atrás en lo que se refiere al respeto de la persona y de sus derechos, sino que debe conducir a tomar concretas resoluciones para formar seriamente canonistas adecuadamente preparados». AZNAR GIL, F.R., *La expulsión del estado clerical por procedimiento administrativo* in: REDC 67, 2010, 266.

es: un derecho fundamental del fiel. En el Código de Derecho Canónico no existe un elenco cerrado de supuestos de violación del derecho de defensa, de modo que hay que ir a los casos particulares, y si se concluyera que el ordenamiento no tutela suficientemente el derecho a la defensa del investigado, aun con el mero riesgo de tal posibilidad, sería suficiente como para postular una norma o una praxis que tutelara de manera real y efectiva tal derecho fundamental del fiel en la fase de Investigación previa al proceso penal canónico. En definitiva, la cuestión a determinar será hasta qué punto en la Investigación previa puede resultar lesionado el *ius defensionis* y los medios que hay que poner para evitarlo.

Compartimos completamente la opinión, referida a los casos de los *delicta graviora* pero extensible a otros delitos canónicos, de que «No resulta fácil, en la cultura jurídica actual, entender que un sacerdote pueda verse sometido a una investigación, cuyos resultados pueden dar con sus huesos en Roma y, por indicación de la CDF, ser objeto de un proceso judicial en el ámbito diocesano con penas muy graves y, sin embargo, que no goce, desde el primer instante de la denuncia, de la debida y necesaria asistencia técnica de su total confianza. Pueden buscarse explicaciones varias, pero ninguna aceptable. Tal situación no es defendible desde ninguna perspectiva respetable y la Iglesia ya debiera haberle puesto remedio. El derecho de defensa y la asistencia y asesoramiento al denunciado son piezas esenciales y no admiten excepciones ni excusas de ningún tipo»¹⁵. Por tanto es importante que vayan planteándose cuestiones aún no estudiadas, sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo, que carecen de un desarrollo teórico-práctico suficientemente consolidado¹⁶.

Convendría ir formulando y revisando principios, para que la actuación de todos sea más justa y razonable sin merma alguna del carácter sobrenatural y de la constitución jerárquica de la Iglesia, y además es necesario que se elabore una doctrina y jurisprudencia. Es un camino que deben recorrer los Ordinarios y los tribunales, adoptando las soluciones correspondientes, evitándose así obstáculos para la reflexión científica y para el progreso de la doctrina jurisprudencial, de cara a una eventual regulación legislativa.

15 DELGADO DEL RÍO, G., La Investigación previa. La respuesta de la Iglesia al delito de abuso sexual. Cizur Menor (Navarra), 2014, 113. Obra esencial que compartimos plenamente, de la que hemos recogido muchas de las cuestiones que ahora desarrollamos, y que contiene aspectos prácticos de esta fase procesal. Estas cuestiones están reclamando una respuesta legal y una praxis consolidada que garanticen de un modo real y efectivo, sin abstracciones procesales, la tutela efectiva de los derechos de los fieles que se ven implicados en estos procesos.

16 LABANDEIRA, E., La defensa de los administrados en el derecho canónico, in: IC 31, 1991, 275.

2. LA DEFENSA ANTE UNA ACUSACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS FIELES EN LA IGLESIA

El Código de derecho canónico, que reconoce como uno de los derechos fundamentales de todos los fieles el de reclamar los derechos que tienen en la Iglesia y el de defenderlos en el fuero eclesiástico competente, alude al principio de legalidad al decir expresamente que la reclamación y la defensa ha de hacerse «conforme a la norma del derecho» (can, 221 §1), el cual a su vez otorga al juez amplios poderes discrecionales en cuanto a plazos, cuestiones incidentales y práctica de la prueba. El c. 221 es eje de un triple ángulo de las normas relativas al derecho de defensa: la *vindicatio* de los derechos del fiel (§ 1), la *vocatio in iudicium* (§ 2); la *applicatio* de la pena (§ 3). Los tres imponen el respeto del derecho sustantivo y formal: *ad normam iuris* en el primer caso; *servatis iuris praescriptis cum aequitate applicandis* en la segunda hipótesis; *ad normam legis* en el texto del §3¹⁷.

Como ya señalaba Acebal, en general se ha mantenido según la doctrina de los canonistas que el derecho de defensa supone no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa, siempre que tal privación o limitación acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable no imputable a quien lo alega¹⁸.

Es sabido, y así lo recordamos, que no debe confundirse el derecho de defensa en sentido propio, que tiene un extenso contenido, con el derecho a la defensa o asistencia por Abogado, que es simplemente una de las manifestaciones del genérico derecho de defensa. También hay que distinguir entre la posibilidad de la defensa y el ejercicio real del derecho de defensa, porque en ambos casos puede producirse el rechazo o la violación del mismo.

El derecho de defensa es un derecho subjetivo de las partes¹⁹. Por su parte el órgano judicial o el administrativo tienen el deber de facilitar a las partes las condiciones adecuadas para que tengan posibilidad de ejercer su derecho en todas las fases del proceso. Es clara la fundamentación en el dere-

17 G. DI MATTIA, Diritto alla difesa e procedura penale amministrativa, in: *Fidelium Iura* 3, 1993, 310.

18 ACEBAL LUJÁN, J. L., Abogados, procuradores y patronos ante los tribunales eclesiásticos españoles, in: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro X*, Salamanca, 1992, 576 ss.

19 En este sentido cabe recordar el Discurso que el Papa San Juan Pablo II dirigió a la Rota Romana el 26 de enero de 1989 en el que resaltó la condición de derecho fundamental del derecho de defensa en el proceso canónico, sobre todo en las causas para la declaración de la nulidad del matrimonio, exponiendo con precisión y sobriedad las diversas manifestaciones en el proceso de este derecho de defensa, para terminar invitando a todos los operadores de la justicia a tutelar el derecho de defensa en la perspectiva de los derechos fundamentales del hombre. GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio Ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos coram admissos*, in: *AAS*, 81, 1989, 922-927

cho natural²⁰, si bien cabe por derecho positivo que tal derecho sea vulnerado y tal vulneración tenga efectos anuladores, pues el Derecho natural, como derecho sustancial, tutela el derecho de defensa para que las partes puedan defenderse ya por sí mismas ya mediante Abogado. La tutela se hace en términos indeterminados dependiendo su aplicación conforme a los principios de la defensa. Es por derecho positivo como se concretan los términos del derecho natural.

En el Código de derecho canónico de 1983 ha configurado el derecho de defensa sobre nuevos fundamentos ya anunciados incluso por la jurisprudencia²¹. El más importante es que se hace operativo un nuevo concepto eclesial de la libertad individual, un concepto que ha sido extraído de las instancias ya connaturales al mismo íntimo sentir de los fieles, al menos de aquellos que viven la experiencia de los sistemas constitucionales²².

Por tanto el derecho de defensa queda configurado en la legislación canónica como un derecho fundamental del cristiano, en cuanto se formaliza por el can. 221²³ el derecho natural del *ius defensionis*, lo que le da carácter constitucional, de rango superior a las normas ordinarias.

El desarrollo y la necesidad de aplicación de este derecho lleva a conclusiones como que *«ha de tenerse por no aplicable todo canon presente en el sistema procesal canónico que no esté estructurado o sea conforme con el principio del can. 221 § 1, es decir con el principio de tutela judicial del fiel... la naturaleza constitucional del derecho de defensa y su carácter de derecho fundamental según establece el can. 221 §1, anteriormente examinado y, por lo tanto, su prelación jerárquica sobre la legislación ordinaria, lo que conduce a la derogación de las normas de derecho positivo de inferior rango que afectan al derecho de defensa»*²⁴.

La doctrina y la jurisprudencia han mantenido de modo constante que la violación del derecho de defensa produce la nulidad de la sentencia por derecho natural, y eso aunque a veces no lo sancionase expresamente el

20 Como afirma J. Llobell: Non vi è alcun dubbio che le manifestazioni essenziali del diritto di difesa appartengano al diritto naturale, con indipendenza della natura amministrativa o giudiziale della procedura. Quindi, il diritto a conoscere l'identità del denunciante, l'oggetto preciso della denuncia e le relative prove, ed a contraddirle non può mancare in ogni processo giusto (giudiziale o amministrativo). E non solo perché è richiesto dal diritto di difesa, ma anche perché come abbiamo segnalato a più riprese, detti istituti sono strumenti tanto preziosi quanto necessari per assicurare l'accertamento della verità da parte di chi deve decidere. LLOBELL, J., Il giusto proceso penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede, in: Archivio Giuridico, vol. CCXXXII, fasc. 3, 2012, 310.

21 Sent. coram Ferraro, de 25 noviembre 1975, en SRRD, 67, 1975, 661 ss.

22 GHERRO, S., Diritto a la difesa nei processi matrimoniali canonici, in AA. VV., «Il diritto a la difesa nell'ordinamento canonico», Città del Vaticano, 1988, 5-6.

23 Sobre el iter del can. 221 véase: REYES VIZCAÍNO, P.M., La tutela jurídica en el ordenamiento canónico in: Excerpta e dissertationibus in iure canonico. Cuadernos doctorales, 11, 1993, 359 ss.

24 BLASI, A., *Appunti di diritto processuale canonico*, in: «Monitor Ecclesiasticus», 1987, 378- 379.

derecho positivo²⁵. Este escenario parece que se repite en la actualidad pues como tratamos de exponer el derecho de defensa, en la Investigación previa, se encuentra cuanto menos en entredicho, máxime si consideramos las cuantitativas y cualitativas cuestiones implicadas.

Es más, la mención expresa del derecho de defensa en el Código, no es sino la explicitación o consolidación y perfeccionamiento de una figura jurídica bien conocida. Tal mención, sin embargo, no carece de importancia, pues destaca soberanamente el derecho de defensa, elevándolo de manera expresa a la categoría de principio procesal indiscutido e indiscutible²⁶. En cada caso habrá que concretar si ha habido violación del derecho de defensa, sus límites precisos y los efectos, pues a priori es difícil la determinación²⁷.

Como vamos a detallar a continuación, en el caso de la Investigación previa estimamos que el hecho de que la misma se lleve a cabo sin el conocimiento o sin la participación involuntaria del investigado, o sin la posibilidad de defenderse, es algo que afecta al derecho de defensa pues aunque lo actuado se reproduzca en el proceso penal posterior, cabe que ello no sea así.

Y decimos esto pues en caso de archivo de la Investigación previa, se habrán llevado a cabo diligencias que afectan al fiel y a sus derechos más fundamentales. Y lo mismo cabe decir en el caso de que se siga un proceso penal administrativo o judicial, puesto que no es neutral el modo y la calidad de la instrucción llevada a cabo, pues va a determinar o condicionar de un modo muy notable todo el proceso, al que se van a aportar las actuaciones de la Investigación previa que se presentan de facto, y casi *de iure*, como pruebas incontestables que pueden dar lugar a interpretaciones que van en contra v. gr. de la presunción de inocencia, o de principios como el de que quien acusa ha de probar; la misma existencia de la Investigación previa conlleva en muchos casos una tendencia muy peligrosa: que sea el acusado quien tenga que probar su inocencia, algo que repele al derecho.

25 ACEBAL LUJÁN, J.L., *El derecho de defensa en las causas de nulidad matrimonial*, in: Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro XI, 1994, 281.

26 Ibid.

27 También es importante señalar que la tutela del derecho de defensa en el ámbito del derecho administrativo disciplinar, tiene una particular manifestación en la potestad sancionatoria de los dicasterios de la Curia Romana, estando expresamente regulado el respeto al derecho de defensa en los sucesivos Reglamentos de la Comisión disciplinar de la Curia Romana. Según el Reglamento se ha de solicitar la opinión de la Comisión por parte de la autoridad administrativa competente para imponer una sanción disciplinaria (art. 1 § 1 y 2). Todo esto pone de relieve la necesidad del pleno respeto del derecho de defensa: el derecho a tener un Abogado, a conocer los cargos y las pruebas y a rebatirlos (arts. 5-7). Por último, la acción disciplinaria puede ser apelada por medio del contencioso administrativo ante la Signatura Apostólica, sin efectos suspensivos automáticos (art. 12). Cfr. Segreteria di Stato, Regolamento della Commissione Disciplinare della Curia Romana, approvato «*de mandato Summi Pontificis*» in data 23 dicembre 2010 «*ad quinquennium*», in ULSA Bollettino, 18 (2011): http://www.vatican.va/roman_curia/labour_office/docs/documents/ulsa_b18_index_it.html. Consultado el 30 diciembre 2016. J. LLOBELL, Il giusto processo... art. cit., 304.

3. ASPECTOS DESTACABLES DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA PARA LA DEFENSA DEL ACUSADO

Como ya hemos indicado, la Investigación previa ha sido un tema tratado por la doctrina de manera reiterada, estudiándose aspectos de su naturaleza jurídica, configuración y desarrollo²⁸. Incluso algunos estudios más recientes han destacado que en esta fase la defensa queda más desprotegida debido a su carácter a o pre-procesal²⁹. El proceso penal eclesástico se desenvuelve en dos fases: una fase preliminar denominada Investigación previa y el proceso propiamente dicho que podrá ser de carácter administrativo o judicial.

Es apropiado iniciar el proceso penal canónico si existe la probabilidad de aplicar una pena al autor de una acción descrita en el c. 1321, §§ 1-2. La oportunidad del proceso se fundamenta en que exista una motivada y prudente hipótesis por la cual la punición al autor como ultima ratio resulta inevitable. La oportunidad del proceso penal en concreto constituirá el resultado de la Investigación previa (c. 1717, §1). Esta actuación que es la Investigación previa debe aportar al Ordinario la necesaria información sobre los hechos, las circunstancias y sobre la imputabilidad del autor del delito.

La Investigación previa es una acción de carácter administrativo³⁰, pues formalmente el proceso penal no está aún iniciado en tanto en cuanto no se ha presentado demanda al tribunal competente; por tanto estamos ante una fase preparatoria del Proceso penal y la Investigación previa no forma parte del Proceso como tal, ni administrativo ni judicial. Será precisamente después de los resultados de esta investigación cuando el Ordinario decidirá si inicia o no algún Proceso. En este sentido encontramos el paralelo en legislaciones civiles v. gr. en la legislación estatal española que prevé que en las Diligencias previas que se practican por los juzgados en la fase de instrucción ante un posible delito, al investigado (antes imputado) se le garantiza su derecho de defensa fundamentalmente con la preceptiva asistencia de Abogado y con la posibilidad de conocer la acusación y el sumario, salvo en casos tasados³¹.

El c. 1717 § 1, al determinar el objeto de la Investigación previa establece que se debe investigar *«sobre los hechos y sus circunstancias, así como sobre la imputabilidad»*, es decir sobre los elementos esenciales constitutivos

28 Vid. supra nota 1. MIZINSKI, A. G., L'Indagine previa... art. cit. 189; SANCHÍS J. M., L'indagine previa al proceso penale, in: *Ius Ecclesiae* 2, 1990, 633.

29 LÓPEZ SEGOVIA, C., El derecho a la defensa... art. cit. 107-108.

30 MIZINSKI, A.G., art. cit., 173; SANCHÍS J., L'indagine previa al proceso penale, in: *IE* 2, 1990, 633; ACEBAL, J.L., sub can. 1717, in: *Código de Derecho Canónico*, ed. bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, BAC, Madrid 1983, 829; RIONDINO, M., *Giustizia riparativa e mediazione nel diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2012 (2), 163.

31 Arts. 118 a 127 de la Ley de enjuiciamiento criminal española.

del delito, configurado como tal, y por tanto estableciendo una punibilidad, existiendo por tanto un criterio de punibilidad y dando lugar a la acción solamente cuando concurren todos los requisitos esenciales.

Es destacable la observación de F. Ramos que llama la atención sobre el hecho de que el delito comprende los tres elementos indicados (*los hechos, sus circunstancias y la imputabilidad*). La forma de expresarse de los distintos Códigos en esencia se corresponde:

- en el CIC 1983 explícitamente se dice «*circa facta et circumstantias et circa imputabilitatem*» (can. 1717, § 1);
- en el CIC 1917 de forma implícita se afirmaba lo mismo: *an et quo fundamento innitatur imputatio* (can. 1939*, § 1);
- el CCEO implícitamente concurre con el CIC de 1983: *circa facta et circumstantias* (can.1468, § 1).

Puesto que el fundamento de la imputación es el delito, que consiste en el acto, con sus circunstancias, moralmente imputable, contrario a una ley o precepto penal, implícitamente los tres Códigos son equivalentes en este punto³².

Por tanto la Investigación previa de un delito que puede ser probado en el fuero externo viene subordinada, en primer lugar, a un juicio positivo sobre la existencia del delito mismo, y secundariamente a que la investigación sea considerada como necesaria³³.

Los sujetos de la Investigación previa se pueden agrupar en tres grupos:

- a) el Ordinario y el investigador, que son los sujetos activos que conducen la investigación;
- b) los colaboradores de la investigación (Promotor de justicia y Notario);
- c) los otros implicados: investigado y la parte perjudicada.

El Ordinario puede recibir la noticia de un delito por diversas vías³⁴:

32 RAMOS, F. J., La investigación previa en el Código de derecho canónico (CIC, cann. 1717-1719) in: Janusz KOWAL e Joaquín LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, Città del Vaticano, 2010, vol. 4, 2114.

33 RIONDINO, art. cit., 165.

34 MIZINSKI, A.G., L'Indagine previa... art. cit. 185-187. Sobre posibles y habituales formas de conocimiento del Ordinario y actuaciones, la Conferencia Episcopal Española fija un *Protocolo de actuación según la legislación del Estado*. Prot. 9/10, Madrid, Noviembre de 2010, firmado por Nieto Núñez, S (inédito) (Prot. 9/10), cit. por C. López Segovia, in: El derecho a la defensa... art. cit. 127-133, donde se apuntan escenarios habituales tratando de conciliar, para su aplicación, la normativa canónica y la civil. Desde luego que la falta de publicidad de tal protocolo puede ser un ejemplo más de elementos que por su desconocimiento y por ser aplicados, son susceptibles de generar indefensión.

- por la vigilancia habitual de que sea observada la disciplina eclesiástica, algo que se deriva del cargo mismo;
- por la denuncia judicial hecha por una persona oficial o privada;
- por la querrela presentada por la parte perjudicada para la reparación de los daños sufridos;
- por el «rumor» y la fama pública (noticia divulgada de un delito o de hechos que pudieran llegar a ser constitutivos de un posible delito);
- o por otras fuentes posibles (mass media, publicaciones...).

Habrà de darse en todo caso mayor relevancia al contenido y a la probabilidad de la veracidad de la noticia que a su proveniencia.

El Ordinario, una vez que ha tenido noticia de la posible comisi3n de un delito can3nico, debe, ante todo, verificar si la noticia es veros3mil, para lo cual deberà valorar discrecional y prudentemente los datos que le consten. Por tanto, para dar inicio a la Investigaci3n previa no basta la sola noticia del posible delito, como si se tratara de un efecto o acto jur3dico automàtico, pues se requiere en todo caso, la decisi3n del Ordinario el cual, por un decreto, iniciarà la Investigaci3n previa, conteni3ndose las indicaciones oportunas al investigador o instructor. La Investigaci3n previa concluye, mediante nuevo decreto, cuando a juicio del Ordinario, los elementos recogidos se consideren suficientes y permitan tener una idea exacta de lo sucedido.

Por tanto no cabe desconocer, para destacar la importancia de la Investigaci3n previa, que la misma contiene en si misma, en su propia regulaci3n, la completa pràctica jurisdiccional penal, que se articula fundamentalmente en tres momentos:

- el momento de la adquisici3n y por ello de pràctica de los elementos relevantes, que en el proceso penal son las pruebas en si mismas (c. 1717, §1). La adquisici3n y pràctica de los elementos concurrentes tiene una dimensi3n jur3dica fundamental, y se manifiesta en la necesidad de proceder a una investigaci3n respetando cada medio probatorio, con las oportunas modificaciones (cc. 1526-1583)³⁵;
- el momento del tratamiento particularizado de los elementos adquiridos (c. 1718§1: estimaci3n de suficiencia de los elementos reunidos). Sobre este particular no hay reglas de derecho pero hay reglas: las derivadas de aplicar principios generales de derecho y de derecho procesal penal en particular, sin olvidar que el denominador es la obligada prudencia que el mismo canon indica. No se ha de llegar, como se requiere para dictar sentencia judicial, a la certeza

35 MIZINSKI, A. G., *L'Indagine...* art. cit. 192.

moral sobre la culpabilidad del acusado, pero sí a la constatación de indicios graves que permitan actuar ad ulteriorem;

- y el momento de la decisión final del Ordinario sobre si archivar o si continuar por la vía judicial penal o administrativa, en base a lo actuado (c. 1718, §1, opciones del Ordinario), que en todo caso se va regir por el principio de in dubio pro reo.

Cabe decir que es posible, conforme al c. 1722, que el Ordinario establezca medidas cautelares desde el inicio de la Investigación previa (art. 19 de las «Modificaciones»), lo que también podrá llevar a cabo el presidente del Tribunal que sustancie un juicio penal por uno de los delitos reservados a la CDF, siempre que sea a petición del Promotor de justicia.

Concluida la Investigación previa, llega el momento en el que el Ordinario debe tomar la decisión oportuna, a partir de los datos recogidos en el sumario y por cuanto de ellos se derivan. El c.1718,§1 enumera las cuestiones que deben ser objeto de valoración prudencial por el Ordinario:

- la posibilidad del proceso, su oportunidad (teniendo presente el contenido del c. 1341),
- y la conveniencia de seguirse la vía administrativa o la judicial.

Si el proceso resulta posible y se juzga conveniente la aplicación de una pena (en el cual el delito resulte en su caso probado mediante el proceso), se seguirá la tramitación procesal que corresponda; si por el contrario, el proceso no es posible o se estima que no es conveniente, se procederá al archivo.

El c. 1719 indica que si no requieren para el proceso penal, existe obligación de custodia en el archivo secreto de la Curia de las actas de la Investigación previa y de los decretos del Ordinario, así como todo aquello que precede a la investigación (c. 489), algo más que justificado sobre todo en los casos en que la Investigación previa resulte infructuosa, ya que el honor y la buena fama de las personas implicadas podrían verse en entredicho injustamente³⁶.

Si el Ordinario ha estimado necesario o cuanto menos oportuno llevar a cabo el proceso penal, debe decidir la vía que se seguirá: administrativa o judicial.

La decisión que debe tomar el Ordinario es de gran relevancia, pero siempre supeditada a la eventual existencia de elementos nuevos que le puedan llevar a decidir otra cosa, revocando o modificando lo ya dispuesto, deci-

³⁶ SANCHIS, J., «Investigación previa al Proceso penal» in: J. OTADUY et al., *Diccionario general de Derecho Canónico*, Cizur Menor 2012, vol. IV, 788.

sión que deberá darse en forma de decreto (c. 1718,§2). Para dar los decretos de tramitación procesal, o de revocación o modificación conviene que el Ordinario oiga a dos jueces o a otros jurisperitos, si lo considera oportuno (c. 1718,§3).

El CCEO se muestra más respetuoso con el acusado y sus derechos cuando establece en el c. 1469 §3: *«Antes de decidir sobre ello (si se debe promover un proceso penal) el Jerarca oiga sobre el delito al acusado y al promotor de justicia; si él mismo lo considera prudente, a dos jueces u otros peritos en derecho; considere también el Jerarca si, para evitar juicios inútiles, es conveniente que, con el consentimiento de las partes, él mismo o el investigador dirima lo referente a los daños de acuerdo a la equidad»*

Por tanto el CCEO, de un modo que compartimos como más acertado, concede al investigado la posibilidad de ser escuchado por el Ordinario e incluso manifestarle su posición sobre el delito e incluso sobre la opción judicial o administrativa del eventual proceso penal, y el mismo derecho se le otorga al Promotor de Justicia garantizando un mayor contradictorio en esta fase. En la misma línea que el CCEO se sitúan las Normae 2010 (art. 19) praxis confirmada por la misma CDF en 2011 en la Carta Subsidio punto II: *«A no ser que haya graves razones en contra, antes de transmitir el caso a la CDF el clérigo acusado debe ser informado de la acusación presentada, para darle la oportunidad de responder a ella. La prudencia del Obispo o del Superior Mayor decidirá cuál será la información que se podrá comunicar al acusado durante la Investigación previa»*; y *«a no ser que haya graves razones en contra, ya desde la fase de la Investigación previa, el clérigo acusado debe ser informado de las acusaciones, dándole la oportunidad de responder a las mismas»*³⁷.

Sobre los delitos más graves hemos de decir que se ha mantenido la exigencia de hacer la Investigación previa, tal como consta en *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* y en las posteriores *«Modificaciones»* a los delicta graviora³⁸. La modificación de las *«Normas sobre los delitos más graves»* introducida por la versión de 2010, tuvo como finalidad disipar cualquier duda respecto a la función de la Congregación para la Doctrina de la Fe en la promoción y tutela de la doctrina de la fe. Estos documentos establecen que la comunicación a la Congregación para la Doctrina de la Fe debe realizarse *«una vez realizada la Investigación previa»* [SST art. 16 de las *«Modificaciones»*] de modo que la misma no aparece como optativa, sino como una fase previa necesaria al Proceso penal.

37 (cf. *Ibid.*, III, e). Carta Subsidio in: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_abuso-minori_sp.html>. Consultado el 31 agosto 2016. Cf. LÓPEZ SEGOVIA, C., *El derecho a la defensa...* art. cit., 112.

38 Vid. *Supra* nota 3.

El art. 14 de SST se ha mantenido igual en las Normae de 2010, señalando el art. 17 que «Si el caso se presenta directamente ante la Congregación para la Doctrina de la Fe, sin haberse realizado la Investigación previa, estas tareas preliminares del Proceso, que pertenecen por derecho común al Ordinario o Jerarca, se cumplimentarán por la misma Congregación».

Al exponerse la facultad de la Congregación para la Doctrina de la Fe de sanar los actos en caso de violación de leyes procesales por parte de los tribunales inferiores, el art. 18 de las Normae indica que «*la Congregación para la Doctrina de la Fe, en los casos legítimamente presentados a ella, puede sanar los actos, salvando el derecho a la defensa, si fueron violadas leyes meramente procesales por parte de Tribunales inferiores que actúan por mandato de la misma Congregación o según el art. 16*».

Otra norma que aplica la efectiva defensa es el art. 6 del Reglamento del nuevo Colegio interno de la Congregación para la Doctrina de la Fe, Colegio instituido por el papa Francisco por Rescripto de 3 de noviembre de 2014³⁹, y que señala que el recurrente *deberá* servirse siempre de un Abogado (el Colegio creado por este M. pr. decide ante recursos contra resoluciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe)⁴⁰. Ello es un elemento de correcta aplicabilidad del art. 27 SST. Se destaca así el plano ejecutivo sobre el plano únicamente legislativo, para que el Colegio decida mejor. Además si en el proceso judicial es obligatoria la presencia del Abogado, no hay motivo para limitar la presencia del mismo en la vía administrativa. Igualmente si existe un elenco de Abogados de oficio para los procesos judiciales no se ve la razón por la que no pueda acudir a ellos en esta vía decisional. Finalmente se da la razón de que la presencia del Abogado va a garantizar la pericia jurídica suficiente que de la cual no suele gozar la parte⁴¹.

En términos de principios, el proceso penal solo se va a justificar si es medio hábil para la obtención de un conocimiento fáctico de calidad. Por eso la Investigación previa deberá ajustarse al paradigma indiciario: no entrar en juego sin que concurren datos racionalmente sugestivos de la existencia

39 L'Osservatore Romano 8 noviembre 2015, 8; AAS 106, 2014, 885-886. Texto y comentario de GARCIA MATAMOROS, L., Rescriptum ex audientia ss.mi sulla istituzione di un collegio, all'interno della congregazione per la dottrina della fede, per l'esame dei ricorsi di ecclesiastici per i delicta graviora, in: REDC 72, 2014, 319-323; LLOBELL, J., Il diritto al doppio grado di giurisdizione nella procedura penale amministrativa e la tutela della terzietà della «Feria IV» della Congregazione per la Dottrina della Fede, in: IE, 27, 2015, 192-213. El Reglamento del Colegio, fue elaborado 2015 por la Comisión de trabajo del Colegio creado en el referido M. Pr., y presentado a la Secretaría de Estado el 3 de marzo de 2015, lo analiza ASTIGUETA, D. G., Il nuovo Collegio all'interno della Congregazione per la Dottrina della Fede e il suo regolamento, in: Periodica 105, 2016, 350-352.

40 Punto 3: «Il Collegio è un'istanza di cui la Sessione Ordinaria (Feria IV) della Congregazione si dota per una maggiore efficienza nell'esame dei ricorsi di cui all'art. 27 SST, senza che vengano modificate le sue competenze in materia così come stabilite dal medesimo art. 27 SST» AAS 106, 2014, 885.

41 ASTIGUETA, D. G., Il nuovo collegio... op. cit., 357-359.

de un delito, datos identificables y valorables en consonancia con la finalidad del proceso penal en la Iglesia (c.1341).

Cada momento tiene su papel y ambos momentos (el de la Investigación previa y el del proceso posterior) afectan directamente al investigado y a sus derechos fundamentales entre los que se encuentra el de defensa. Por tanto se debe evitar a toda costa incurrir en una inadmisibile confusión de planos: ni llevar el principio inquisitivo del proceso hasta límites que supongan indefensión, ni la falaz asimilación de regularidad jurídico-formal de los actos (elementos) por su virtualidad probatoria. Al final de la Investigación previa, el sumario podrá valer (jurídicamente) en ciertas condiciones, pero lo obtenido a partir de ella, lo habrá sido sin contradicción real, con inevitable pérdida de calidad probatoria. Algo de lo que además el juez tendría que ser muy consciente.

4. ALGUNAS PRAXIS SUPERABLES DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA

Admitiendo que no estamos en un proceso en sentido estricto, y que es en el proceso penal (administrativo o judicial) en el que se presentarán las pruebas, y de que es ese el momento previsto por el ordenamiento canónico de ejercitar la defensa, con lo cual esta quedaría garantizada, podemos alegar que una Investigación previa seria puede evitar esa salida procesal⁴², y en su caso conducir al archivo de las actuaciones y soslayar, de modo definitivo, cualquier actuación procesal (acusación formal) respecto del investigado. De actuarse así el denunciado va a recorrer parte del camino que conlleva la Investigación previa, prestando su declaración ante el Investigador, realizando manifestaciones por escrito y solicitando la práctica de ciertas diligencias de prueba, incluso sin el asesoramiento de un Abogado o asesor de su confianza y en un espíritu de aparente buena fe y mejor relación con el Investigador⁴³.

Como afirma Arroba Conde, el principal límite de esta compleja normativa es el silencio sobre la comprobación, ya en esa fase, de la disponibilidad que pueda manifestar el reo hacia soluciones que logren evitar el proceso, y que permitan alcanzar los objetivos de revisión de su conducta y de eventual reparación a la víctima o a la comunidad. Esa comprobación se traslada a la fase procesal⁴⁴.

⁴² DELGADO DEL RIO, G., *La Investigación previa...* op. cit., 103; LAGGES P., *The penal process: the preliminary investigation in light of the Essential Norms of The United States*, in: P. COGAN (ed.), *Sacerdotes Iuris Gigestae 1.1. Miscellanea in honour of William H. Woestman, O.M.I.*, Ottawa 2005, 287.

⁴³ DELGADO DEL RIO, G., *La Investigación previa...* op. cit., 104. Mizinski adopta un criterio muy restrictivo al hecho de que se tome declaración al investigado, argumentando riesgos como el peligro para el buen fin de la causa o que un interrogatorio precipitado pueda afectar psíquicamente al investigado en caso de una acusación prematura, MIZINSKI, A.G., *L'Indagine previa...* art. cit., 193.

⁴⁴ ARROBA CONDE, M., *Justicia reparativa...* art. cit., 40.

Es una práctica habitual realizar la Investigación previa sin la colaboración del denunciado. Como máximo, éste efectúa su declaración —posterior a la apertura de la investigación y en su caso a la intervención del denunciante—, que se practica sin conocer formalmente el contenido de lo investigado o de la denuncia en su caso y, mucho menos, de las circunstancias y detalles que concurren⁴⁵.

La realidad es que se llega a la conclusión de la instrucción de la Investigación previa con desconocimiento por parte del investigado y de su eventual defensa de lo verdaderamente ocurrido, pudiendo acceder de un modo limitado al material recapitulado y con escasísimas o nulas posibilidades de defender y contradecir lo que allí consta.

Siguiendo a Delgado del Río, algunas prácticas que estimamos que deben reconsiderarse y corregirse por medio de la correspondiente modificación legislativa, y que habitualmente concurren en la Investigación previa las podemos concretar en las siguientes⁴⁶:

- ausencia de asesor de la absoluta confianza del investigado desde un principio. No hay que olvidar que se están llevando a cabo toda una concadenación de actuaciones consistentes en recogida de datos, de «pruebas», de testimonios etc... la casi totalidad de la Investigación previa se realiza —en el mejor de los casos— sin que el denunciado sea asesorado y/o aconsejado por un Abogado de su total confianza.

45 DELGADO DEL RIO, G., La Investigación previa... op. cit.,105-106; en este punto deferimos de la postura de Astigueta que mantiene que no le corresponde al indagado defenderse porque no se esta ante una acusación concreta, solamente ante una denuncia y por tanto la carga corresponde a otros.. Cf. ASTIGUETA, D.G., L'investigazione previa... art. cit. 207»

46 Nos cabe destacar la novedad que ha supuesto para el tema que nos ocupa, por la posibilidad y modalidad expresa de defensa del Obispo en la investigación que se inicie a partir de los indicios correspondientes, el Motu Proprio *Come una madre amorevole*, del papa Francisco de fecha 4 de junio de 2016.

https://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost_letters/documents/papa-francesco_lettera-ap_20160604_come-una-madre-amorevole.html Consultado el 11 de noviembre de 2016.

En el mismo M. Pr. se precisa que entre las denominadas «causas graves» para la remoción del oficio eclesiástico se incluye la negligencia de los obispos en el ejercicio de sus funciones, particularmente en relación con los casos de abusos sexuales a menores y adultos vulnerables, previstos en el MP *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* promulgado por San Juan Pablo II y modificado por Benedicto XVI. En los casos previstos en el art. 1, se ha de proceder (artículo 2) conforme a las siguientes actuaciones (la cursiva es nuestra):

§ 1. En todos los casos en los que haya serios indicios de lo previsto en el artículo precedente, la competente Congregación de la Curia romana puede iniciar una investigación sobre la cuestión, *informando al interesado y dándole la posibilidad de producir documentos y testimonios*.

§ 2. Al Obispo se le dará la posibilidad de defenderse, cosa que podrá hacer con los medios previstos por el derecho. *Todos los pasos de la investigación le serán comunicados y se le ofrecerá siempre la posibilidad de reunirse con los Superiores de la Congregación*. Dicho encuentro, si el Obispo no toma la iniciativa, será propuesto por el dicasterio mismo.

§ 3. Una vez recibidos los argumentos presentados por el Obispo la Congregación puede decidir una investigación suplementaria.

La fase más importante de la investigación (instrucción rigurosa, práctica de elementos probatorios) se lleva a cabo sin la presencia del Abogado del denunciado y, por tanto, sin la colaboración activa y contrastada del denunciado, que podría oponer una versión diferente e intentar demostrarla.

En los *delicta graviora*, la Carta Circular de 2011 refiere que «... ya desde la fase de la Investigación previa el clérigo acusado debe ser informado de las acusaciones, dándole oportunidad de responder a las mismas». Es evidente que, para articular y elaborar la respuesta que estime oportuna, el denunciado necesita del asesoramiento técnico de su propio Abogado de confianza y, si solicita su designación al Investigador, debería serle aceptada, con independencia de la fase en que se halle la Investigación previa.

En este asunto, el verdadero criterio válido y creíble es el del respeto al derecho del denunciado, esto es, que éste pueda designar, si lo desea y así lo solicita, un Abogado competente y de su entera confianza⁴⁷. Derecho —no sería preciso subrayarlo— que le asiste desde el inicio mismo de la Investigación previa. Si se le negase, el decreto debería, en virtud del c. 51, ser motivado, al menos sumariamente, y podría ser objeto del pertinente recurso⁴⁸.

Ninguna norma canónica impide o prohíbe por otra parte, que el investigado esté asistido, si así lo desea y lo solicita, por su Abogado en esta fase de Investigación previa y, al aceptarlo así, el Ordinario del lugar y el Investigador mostrarían una muy elogiada sensibilidad con los derechos del denunciado. También entendemos que no se podría negar, en consecuencia, la facultad del denunciado de escoger un Abogado de su confianza, que reúna los requisitos canónicos, para que le asista y asesore en el desarrollo de la Investigación previa⁴⁹.

47 En esta línea se expresó ya el Prof. López Alarcón: «Siempre ha de quedar a salvo el derecho de defensa (can. 1598 §2º), regla suprema que ha de prevalecer en caso de interpretaciones contradictorias. La exigencia de defensa letrada vendrá determinada y graduada por varias circunstancias, como el sistema de asistencia letrada establecido por la ley para cada tipo de proceso y para cada modalidad de actos judiciales, la naturaleza de la causa, su complejidad, su importancia cualitativa o cuantitativa, el carácter esencial dentro del proceso del acto desasistido de letrado, la voluntad explícita o implícita de la parte acerca del ejercicio de su derecho de defensa en actuaciones concretas, el carácter insubsanable o subsanable que le atribuya la ley, de modo que, no todos los defectos de asistencia letrada han de estimarse como violación del derecho de defensa, sino aquéllos que realmente han causado indefensión. Cuando está en juego el derecho de asistencia letrada, concurren muchas de estas circunstancias que son favorables a considerar la obligatoriedad de Abogado, como la naturaleza pública del proceso matrimonial, la insubsanabilidad de la nulidad causada por su violación, la complejidad sustantiva y procesal de las causas matrimoniales y su repercusión en el estado de las personas». LÓPEZ ALARCÓN, M., Intervención de Abogado y derecho de defensa en el proceso canónico de nulidad matrimonial, in: Anales de derecho, 21, 2003, 474.

48 DELGADO DEL RIO, G., La Investigación previa... op. cit., 116.

49 Ibid.

- Imposibilidad de acceso a las actas de modo que no se garantiza al defensor y en su caso al investigado, cuanto menos el conocimiento del objeto de la investigación y de las actuaciones llevadas a cabo. Si a esto se unen otros extremos como son la distancia física de los interesados etc... la cuestión se complica más aún. Nada hay que obste a que se entregue copia de las actas al defensor con las obligaciones de secreto inherentes;
- imposibilidad de asistir el defensor a los interrogatorios de denunciante, denunciado y testigos⁵⁰;
- imposibilidad en algunos casos de que el investigado conozca la identidad de quien introduce las sospechas en esta fase previa, sobre todo en el caso de que la notificación llegue por anónimo o el acusador quiera reservar su identidad ante el acusado. El mismo Delgado del Rio ya ha advertido que en estos casos si el Ordinario retiene necesario ocultar esa identidad deberá orientar su investigación a llegar a pruebas por otras vías bien fundamentadas que, salvando el origen de la noticia, no impidan el derecho a la defensa del acusado⁵¹.

Y es que no podemos dejar de señalar otro principio que esta en juego en este momento procesal como es el *principio acusatorio*, del que se derivan indudablemente garantías como son las del derecho a ser informado de la acusación, denuncia o motivo de las actuaciones, derecho que encierra un contenido normativo complejo cuya primera perspectiva consiste en la exigencia de que el investigado tenga conocimiento previo de la actuación operada contra él, en términos suficientemente determinados, como para poder defenderse de ella de manera contradictoria desde el primer momento.

Actuaciones como las que acabamos de enumerar reclaman de una nueva regulación puesto que así lo exigen los derechos que se afectan y los principios procesales que se encuentran en la base de las mismas, como hemos indicado en el punto 2) de este trabajo.

5. CONCLUSIÓN

Todo lo dicho nos lleva a constatar que la relación de hechos investigados, de circunstancias agravantes, eximentes o atenuantes, la forma en que todo ello se introduce y llega a ser objeto de la Investigación previa, es algo de difícil

⁵⁰ Ibid., 111-112 y 115.

⁵¹ LÓPEZ SEGOVIA, C., El derecho a la defensa... art. cit. 109 con especial atención a la nota al pie nº 101.

composición y redacción, pues hay que considerar muchos y muy complejos datos (elementos) e incluso prever su posible carácter de pruebas en un ulterior proceso. Los hechos se tienen que ordenar de manera que los acontecimientos acaecidos sean congruentes con la pretensión de defensa. Se requieren conocimientos jurídicos y práctica forense para alegar lo procedente y en su caso actuar. Hay que poder y saber seleccionar y aportar los elementos necesarios y los útiles, en su caso con formulación de actuaciones, lo que habrá de hacerse con experiencia para interpretar, ponderar y formular objeciones a lo que se va actuado (y no solo al final o en el proceso). Hay que entenderse en un lenguaje técnico, por escrito u oralmente. Lo que esta en juego es la eventual celebración de un proceso penal (administrativo o judicial) que va a estar determinado en todo caso por lo actuado en la Investigación previa.

Ante problemas como los delatados, encontramos que en la Investigación previa no solo esta en juego el derecho de defensa del investigado, su buena fama o el principio contradictorio, sino que además no se recoge ni se articula expresamente y de modo obligatorio la posibilidad de actuación del investigado, ni se expresa momento ni forma alguna de ejercitar esa defensa. Y no solamente por la cuestión formal de si el investigado puede o no nombrar Abogado y ejercitar los derechos que expresan la defensa, sino porque tal situación —*el status de investigado*— es consecuencia de unas actuaciones que hacen que se vean afectados todo un cúmulo de derechos sustantivos y procesales que se ponen en juego en la Investigación previa, tal y como hemos detallado, y cuya vulneración debe prevenirse. Esto lo manifestamos con fundamento en los argumentos expuestos y en línea con lo apuntado en las *Normae el año 2010* del papa Benedicto XVI (art. 18), en la praxis confirmada por la CDF en 2011 en la Carta Subsidio, y en el *Motu Proprio* del papa Francisco *Come una madre amorevole*, del año 2016. Los medios para llevar a cabo las correcciones que postulamos sin duda que deberán ser legislativos. Pero no es óbice poder fundamentar vulneración de derecho de defensa con la actual legislación, pues aunque estemos en un plano ejecutivo este prima sobre el plano legislativo por los derechos en juego.

Todo ello puede completarse o enmarcarse en las corrientes que apuestan por una justicia de tipo reparativa y de mediación⁵².

Raúl Román Sánchez

Universidad Pontificia de Salamanca

⁵² Cf. ARROBA CONDE M., Justicia reparativa... art. cit.; RIONDINO, M., Giustizia riparativa... op. cit.