

COMENTARIO A LA SENTENCIA 129/1993, DE 19 DE ABRIL, DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Esther González Pillado

Becaria de Investigación
Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago

I.- ANTECEDENTES

Iniciamos este comentario de la Sentencia 129/1993, de 19 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, señalando que en ella se otorga el amparo solicitado por el recurrente con fundamento en la infracción del art. 24 CE, consistente en la omisión por parte del órgano jurisdiccional de un trámite tan esencial como es el de la adquisición por el acusado, ahora recurrente, de la condición de imputado con anterioridad a la finalización de la instrucción. Sin embargo, antes de adentrarnos en el comentario propiamente dicho de la referida Sentencia, consideramos necesario poner de relieve los antecedentes fácticos que han motivado al recurrente a solicitar el amparo del Tribunal Constitucional, lo que nos acercará a la problemática jurídica de la que trataremos en las páginas siguientes.

Las actuaciones se inician el 9 de febrero de 1989 cuando se presenta denuncia por presunto delito de apropiación indebida ante los Juzgados de Instrucción de Córdoba. En esa misma fecha se dicta providencia por el Juzgado número 3 (a quien correspondió el conocimiento del asunto por turno de reparto) acordando la incoación de diligencias previas, al encontrarse ya en vigor la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

El 18 de julio de 1989 el referido Juzgado acuerda, por nueva providencia, citar a declarar a denunciante y denunciado, tomándose la de

este último (actual recurrente en amparo) como si de un testigo se tratase, esto es, sin instrucción de su derecho de defensa y advirtiéndole conforme a la calidad de testigo de las penas con que se castiga el delito de falso testimonio. El 21 de junio de 1990 el Juzgado dicta auto de conclusión y acuerda la continuación del procedimiento abreviado por un presunto delito de apropiación indebida, ordenando dar traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal. Por último, el 5 de julio se dicta auto de apertura del juicio oral acordándose las correspondientes medidas cautelares.

II.- EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO PARA DETERMINADOS DELITOS

La regulación de este nuevo procedimiento por la Ley 7/1988 es consecuencia directa de la STC 145/1988, de 12 de julio que declaró la inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones instructora y juzgadora en un mismo Juez, recomendando al legislador la reforma o sustitución del procedimiento -por referencia al de la LO 10/1980, de 11 de noviembre- que comprometa la imparcialidad judicial (1), y de las orientaciones de la Resolución número 75(11) y la Recomendación número R(87)18,

(1) Concretamente, la STC 145/1988, de 12 de julio (BJC, nº 88-89, 1988), declaró la inconstitucionalidad, por vulnerar el derecho al Juez imparcial reconocido en el art. 24 CE, del art. 2.2º de la Ley 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que establecía la inaplicación al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que se enjuicien por dicha ley, del motivo de recusación (y consiguientemente de abstención) previsto en el art. 54.12 LECrim, consistente en haber sido el citado Juez Instructor de la causa.

En este mismo sentido, las SSTEDH de 1 de octubre de 1982, *Caso Piersack* (BJC, nº 38, 1984) y 26 de octubre de 1984, *caso De Cubber* (BJC nº 58, 1986) ya habían declarado la necesidad de encomendar la instrucción y el juicio a dos órganos jurisdiccionales distintos para garantizar la imparcialidad.

Es necesario precisar, sin embargo, que la STC 145/1988, tenía un alcance muy limitado (la inconstitucionalidad del art. 2.2º Ley 10/1980), no imponiendo en ningún momento al legislador la obligación de instaurar ni los Juzgados de lo Penal ni el nuevo procedimiento penal abreviado. Como señalan Moreno Catena, Almagro Nosete, Cortés Domínguez y Gimento Sendra (*Introducción*, de la obra colectiva «El nuevo proceso penal, Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988», Valencia, 1989, pág. 16), «... el legislador español de 1988 ha ido más allá de las modificaciones estructurales en la competencia funcional exigidas por la sentencia del Tribunal Constitucional...». El legislador optó por una alternativa legislativa de las varias posibles, pudiendo haberse limitado, por ejemplo, a la creación de los Juzgados de lo Penal, dejando sin alteraciones las normas de procedimiento vigentes y atribuyendo

adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, tendentes a la simplificación y aceleramiento del proceso.

La Ley Orgánica 7/1988, de creación de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, eliminó los tres procedimientos existentes para el enjuiciamiento de delitos menos graves (los dos de urgencia para determinados delitos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes), estableciendo en el mismo Título que contemplaba los procedimientos de urgencia (Título III, del Libro IV) el denominado «*Procedimiento abreviado para determinados delitos*».

La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/1988 expone la finalidad de las modificaciones operadas: de una parte, acomodar la organización judicial en el orden penal al derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, entre las que se incluye el derecho a un Juez imparcial (art. 24.2º CE). Para ello se crea una nueva clase de órganos unipersonales, los Juzgados de lo Penal, con la finalidad de evitar que la imparcialidad del juzgador quede comprometida en su actuación como instructor de la causa penal (2). De otra parte, en el nuevo procedimiento penal, de conformidad con la necesidad de un proceso «*sin dilaciones indebidas*» (art. 24.2º CE), se adoptan toda una serie de medidas tendentes a lograr una mayor simplicidad y mejor protección de las garantías del inculpado.

el enjuiciamiento de los delitos menos graves a los nuevos órganos jurisdiccionales; o atribuir la instrucción a los Juzgados de Instrucción y el conocimiento de los delitos menos graves a las Audiencias Provinciales, dejando inalterada no sólo la organización judicial sino también las normas procedimentales. Por tanto, como afirman Andrés Ibáñez, Conde-Pumpido Tourón, Fernández Entralgo, Pérez Mariño, Varela Castro (*Introducción*, de la obra colectiva «La reforma del proceso penal», Madrid, 1990, pág. 12) el contenido de la sentencia 145/1988 «... fue esgrimido como excusa para tratar de introducir alteraciones en nuestro sistema penal...».

- (2) La misma STC 145/1988, de 12 de julio señala en este sentido que «... la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyen a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomode la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible».

En relación con la estructura del procedimiento abreviado, siguiendo la STC 186/1990, de 15 de noviembre (3), éste, cuestiones terminológicas aparte, se divide esencialmente en tres fases (4). En primer término, una fase de instrucción preparatoria, las denominadas «*diligencias previas*» (art. 798.2º LECrim.), cuya competencia corresponde al Juez de Instrucción, si bien con una activa intervención del Ministerio Fiscal (art. 781 LECrim) y donde se han de practicar todas las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento. También podrán llevarse a cabo determinadas actividades preventivas de conservación de las fuentes probatorias (art. 786 LECrim), cautelares (art. 785 LECrim) o asistenciales (art. 786.1º y 785.8º.g LECrim). La segunda fase, denominada de «*preparación del juicio oral*», se desarrolla ante el órgano instructor y comienza a partir del momento en que el Juez dicta resolución acordando seguir los trámites de este procedimiento (art. 789.5º.4 LECrim). Su finalidad es la de resolver abrir o no el juicio oral y, en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y órgano competente para el posterior enjuiciamiento. La tercera y última fase, llamada por la Ley «*del juicio oral*», tiene lugar ante el Juez competente para el enjuiciamiento, y en la misma se lleva a cabo toda la actividad probatoria y el juicio en virtud del cual se dicta sentencia.

III.- EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

La Constitución Española reconoce el derecho de defensa en el art. 24, dentro de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, rubricada «*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*».

Siguiendo a Moreno Catena, podemos señalar que este reconocimiento constitucional se hace desde una doble vertiente: de un lado, prohibiendo la indefensión, en el apartado primero; de otro, disponiendo que todos tienen derecho a la defensa, en el apartado segundo (5). Esta doble referencia nos

(3) BJC, nº 116, 1990.

(4) Con independencia de la investigación oficial que, de conformidad con el art. 785.bis LECrim, pueden acometer el Ministerio Fiscal o la policía judicial (art. 789.3º LECrim).

(5) El Tribunal Constitucional, pese a que la Constitución parece referir exclusivamente al proceso penal alguna de las garantías previstas en el art. 24.2º, las ha extendido a todo tipo de procesos y procedimientos -Vid. SSTC de 15 de junio de 1981 (BJC, nº 4, 1981) y 13/1982, de 1 de abril (BJC, nº 12, 1982)-.

permite establecer una distinción conceptual acerca de lo pretendido en el texto constitucional, debiendo considerarse que el apartado primero del art. 24 cuando prohíbe la indefensión alude a una vertiente activa de la defensa, haciendo referencia a la tutela de los derechos de los ciudadanos sin que éstos puedan quedar desprotegidos cuando el actor reclama la intervención judicial para su salvaguarda; mientras que el apartado segundo, se refiere a la vertiente pasiva de la defensa, como reacción frente a una agresión ya producida en el marco del proceso (6), concepción esta última en la que centraremos nuestra atención (7).

El fundamento del derecho de defensa se encuentra en la vigencia del principio de contradicción, en el sentido de que no es posible en el proceso moderno llegar a dictar una sentencia por parte de un órgano jurisdiccional si previamente no se ha producido una confrontación entre la pretensión y su antitético pensamiento, la defensa o resistencia. Como afirma Gimeno Sendra, «*Desterrada hace ya tiempo la vieja nota del proceso penal inquisitivo, conforme a la cual el imputado no debía ser considerado como sujeto, sino como objeto del proceso penal, la propia estructura del proceso penal exige que no haya imputación o acusación sin el ejercicio simultáneo de la defensa*» (8).

(6) Moreno Catena, V., *Algunos problemas del derecho de defensa*, «Justicia», nº 3, 1990, págs. 561 y 562.

(7) El derecho de defensa aparece regulado en numerosos preceptos, entre ellos, los arts. 24.2º y 17.2º y 3º CE, 118, 520, 788, 789.4º LECrim...

(8) Gimeno Sendra, J.V., *El derecho de defensa*, en «Constitución y proceso», Madrid, 1988, pág. 88.

Las notas características del modelo de proceso penal inquisitivo puro y acusatorio son sistematizadas por Fairén Guillén (*Disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español. La conformidad del acusado*, ADP, t. XXLI, fasc. 1º, 1969 págs. 230 y ss) en los siguientes términos, en relación con el primero: «a) *La intervención «ex officio» del juez;* b) *El secreto del procedimiento no sólo en relación con el público en general, sino también con respecto al propio imputado;* c) *Procedimiento y defensa totalmente escritos;* d) *Disparidad de posición entre el juez acusador (reunidas ambas funciones);* e) *Plena libertad del juez en la búsqueda de las pruebas;* f) *Ningún derecho del imputado a promover pruebas;* g) *Prisión preventiva del imputado...*». Por su parte, el acusatorio se caracteriza por: «a) *Necesidad de una acusación propuesta y sostenida por persona diferente del juez;* b) *Publicidad;* c) *Oralidad consiguiente;* d) *Paridad de poderes total entre acusador y acusado;* e) *Exclusión de la libertad del juez en la búsqueda de prueba, fuere en cargo o con descargo del acusado;* f) *Proposición de pruebas a cargo del acusador y acusado;* g) *Libertad personal del acusado hasta que se produjere la sentencia*».

Actualmente, los rasgos característicos de ambos modelos de proceso penal se han ido debilitando. En nuestro Derecho rige un modelo de proceso penal mixto, que supone, como señala De Diego Díez (*El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los*

Así entendido, el derecho de defensa exige como presupuesto ineludible el derecho a ser informado de la acusación, pues de otra manera sería imposible no sólo el ejercicio de dicho derecho, sino también la existencia misma del proceso (9). En palabras del propio Gimeno Sendra, «Así como en el proceso civil el demandado no puede oponerse eficazmente a la pretensión sin que previamente se le dé traslado de la demanda, tampoco en el proceso penal ninguna defensa puede ser eficaz si el acusado no conoce con anterioridad a la celebración del juicio oral la pretensión penal y los hechos que la fundamentan, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas» (10). La atribución de unos hechos con apariencia de delito a una persona determinada ha de operar en una fase anterior a aquélla en que ha de operar la defensa, por cuya razón, una vez realizada tal atribución, debe ser citada y notificada al respecto la persona imputada desde el primer momento en que la imputación, con carácter previo, y la acusación, con posterioridad, aparezca. Sólo de esta manera tendrá verdadero sentido el derecho de defensa (11).

principios acusatorio y de contradicción, «Justicia», nº 1, 1988, pág. 104) «la atenuación de las formas acusatoria e inquisitiva absolutas...».

Vid. sobre este tema, entre otros, Almagro Nosete, J., *Justificación del proceso penal. Los sistemas procesales penales*, en el manual colectivo «Derecho Procesal Proceso Penal», t. II, págs. 35 y ss.; Aragonés Alonso, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1986, págs. 33 y ss.; Asencio Mellado, J.M^º., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; Fairén Guillén, V., *La disponibilidad...*, op. cit., págs. 229 y ss.; Gimeno Sendra, J.V., *Principios del proceso penal (I)*, en el manual colectivo «Derecho Procesal, Proceso Penal», Valencia, 1993, págs. 58 y ss.; Gómez de Liaño, F., *El proceso penal*, Oviedo, 1992, págs. 21 y ss.; Vázquez Sotelo, J.L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, RJC, nº 2, 1984, págs. 373 y ss.

- (9) El principio de contradicción, junto con el de dualidad de posiciones y el de igualdad, constituyen principios esenciales del proceso. Como señala Gimeno Sendra (*Los principios del proceso*, en el manual colectivo, «Introducción al Derecho Procesal», Valencia, 1993, pág. 236) se trata de «*principios inherentes a la estructura del proceso*», es decir, «*consustanciales a la idea misma de proceso, de tal suerte que si vienen a faltar, podrá hablarse de una fórmula autocompositiva, de un mero procedimiento, pero nunca de un proceso*». En términos similares se expresan Oliva Santos (*Principios del proceso*, en el manual colectivo, «Derecho Procesal Civil, Introducción, el Proceso Civil, sus tribunales y sus sujetos», t. I, Madrid, 1993, págs. 103 y 104) cuando habla de «*principios jurídico-naturales del proceso*» o Montero Aroca (*Estructura del proceso*, en el manual colectivo «Derecho Jurisdiccional, Parte general», t. I, Barcelona, 1994, pág. 310), con la expresión «*principios comunes*».
- (10) Gimeno Sendra, J.V., *El derecho de defensa...*, op. cit., pág. 101.
- (11) Consideramos necesario realizar una precisión a efectos de aclarar la terminología utilizada en el presente comentario, debido a la diversidad de sentidos que suelen ser atribuidos por la doctrina a los vocablos imputado, imputado judicial, inculpaado y acusado. Utilizaremos la citada terminología en el sentido siguiente:

De conformidad con lo anterior, por derecho de defensa puede entenderse «*el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del individuo*» (12).

La defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. Desde esta perspectiva se presentan toda una serie de garantías para la tramitación del proceso que se convierten también en garantías de una recta administración de justicia para el imputado, porque trascendiendo de la simple esfera individual, atañen al interés general de que el proceso sea decidido rectamente (13). Entre esas garantías se encuentran, de un lado, toda una serie de derechos instrumentales: a la asistencia de abogado, garantizado tanto en las diligencias policiales como judiciales (art. 17.3º y 24.2º CE) (14); a no declarar contra sí mismo; a no confesarse culpable; a poner en conocimiento de un familiar u otra persona el hecho de la detención, a ser asistido por intérprete, a ser reconocido por médico forense, entre otros... (15); y de otro, la proposición y realización de todas aquellas

- Imputado: persona a la que se atribuye la comisión de un delito por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional a través de un acto de iniciación del proceso penal, ya se trate de denuncia o querrela.

- Imputado judicial: aquél a quien el órgano jurisdiccional atribuye la comisión de un delito. En el mismo sentido entendemos el término inculpado.

- Acusado: persona contra la que se ha dirigido una acusación.

(12) Gimeno Sendra, J.V., *El derecho de...*, op. cit., pág. 89.

En parecidos término se expresa Gutiérrez-Alviz y Conradi (*Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal*, RIDP, nº 1, 1973, pág. 762), para quien el derecho de defensa se concibe como «*el derecho de poder desarrollar durante el proceso toda la actividad precisa para contribuir eficazmente a eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha hecho recaer sobre una determinada persona*».

(13) Moreno Catena, V., *Las partes procesales (III)*, en el manual colectivo, «Derecho Procesal. Proceso Penal», Valencia, 1993, págs. 173 y 174.

(14) Cuando sea preceptiva la asistencia técnica, el imputado podrá elegir abogado de confianza (excepto en los supuestos del art. 527 LECrim), de no hacerlo, será nombrado de oficio por el órgano jurisdiccional. También será nombrado de oficio cuando el imputado que carezca de recursos económicos lo requiera, aún en los casos en que no sea preceptiva la asistencia de letrado, siempre que la otra parte lo utilice (STC 216/1988, de 14 de noviembre (BJC, nº 92, 1988)).

(15) Art. 520 LECrim.

diligencias que considere necesarias para impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible.

El art. 24.2º CE establece que «*todos tienen derecho a la defensa*», si bien no especifica el momento a partir del cual dicho derecho puede hacerse valer en el proceso. La solución a este interrogante exige acudir en primer lugar al párrafo primero del artículo 118 LECrim en cuanto declara que «*Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho*» (16).

De conformidad con la redacción de este precepto, el derecho de defensa surgirá desde el mismo momento de la asunción de la cualidad de imputado a través de alguna de las vías siguientes: a) por el hecho de ser sujeto pasivo de una medida cautelar; b) por haber sido declarado como procesado, mediante resolución formal de procesamiento; c) por la comunicación de la existencia de un proceso iniciado contra su persona.

Ahora bien, mientras la determinación del momento de adquisición de la condición de imputado no plantea problemas en los dos primeros casos anteriores (la medida cautelar o el auto de procesamiento ha de comunicarse de manera inmediata al sujeto pasivo, lo que determinará su *status* de imputado y la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa), no sucede lo mismo cuando la adquisición de tal condición depende de la comunicación de la existencia de un proceso a un sujeto determinado, en cuyo caso se hace preciso averiguar el momento a partir del cual el Juez viene obligado a efectuar tal comunicación, presupuesto del *status* de imputado y del nacimiento del derecho de defensa. A ello responde el párrafo segundo del citado art. 118 señalando que «*La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación*

(16) Es preciso señalar que el art. 118 LECrim, al estar ubicado en el Título V del Libro I, rubricado «Disposiciones Generales», resulta de aplicación a los tres procedimientos ordinarios (el común ordinario, el abreviado y el de faltas) siempre que no sea incompatible con las prescripciones especiales de los mismos. Además el art. 780 LECrim señala que «*El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título*».

procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados».

Para llegar a comprender el alcance de esta cuestión, distinguiremos según el proceso se inicie a instancia de parte o de oficio.

En primer lugar, si el proceso se inicia a instancia de parte, es decir, a través de denuncia o querrela, el párrafo primero del art. 118 LECrim no puede ser interpretado literalmente, puesto que la simple presentación de las mismas no da lugar a la asunción de la condición de imputado, sino que se exige, previa valoración correspondiente, su admisión por parte del órgano instructor. Así lo manifiesta la STC 135/1989 al considerar que *«Es innegable que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o una querrela (no, por cierto, de la simple interposición de una u otra) ...»* (17).

En segundo lugar, en el caso de que el proceso se inicie de oficio por el propio órgano jurisdiccional, la expresión *«cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona determinada»* (18) tampoco puede ser entendida en su literalidad, puesto que *«Si, como acabamos de ver, no basta la interposición de denuncia o querrela contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del art. 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia, o, en concreto, por cualquier testigo. La fórmula del artículo 118.2 LEcr no puede ser entendida literalmente... »* (19), por el contrario, lo que se exige es una valoración por parte del Juez Instructor de las actuaciones realizadas y de los datos obtenidos de

(17) STC 135/1989, de 19 de julio (BJC, nº 100-101, 1989).

En este sentido se manifiesta la STC 44/1985, de 22 de marzo (BJC, nº 48, 1985), *«Dicho artículo 118 de la LECr. reconoce la nueva categoría del «imputado» a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundamentadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».*

(18) Art. 118.2º LECrim.

(19) STC 135/1989, de 19 de julio.

las mismas (20). Es el Juez Instructor el que debe valorar si la atribución de un hecho punible, por ejemplo por un testigo, es más o menos fundada o por el contrario manifiestamente carente de base. Realizada esta eventual ponderación, si nace la sospecha verosímil contra persona determinada, deberá considerar a ésta como imputada.

A igual solución debe llegarse en aquellos supuestos en los que iniciado un proceso a instancia de parte contra una persona determinada, posteriormente a través de cualquiera de las diligencias de investigación practicadas, resulta la atribución de la comisión de un hecho punible a otra persona distinta (o a otra persona más). En estos casos, deberá ser el Juez Instructor, al igual que en el caso anterior, quien valore si debe considerarla como imputada, no bastando con la existencia de cualquier actuación procesal de la que se derive una imputación.

III.- DERECHO DE DEFENSA EN LA FASE DE INSTRUCCION DEL PROCESO PENAL ABREVIADO

Por lo que respecta al derecho de defensa en la fase de instrucción del procedimiento abreviado, la STC 129/1993 enumera las siguientes tres exigencias :

1ª.- *«nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado».*

2ª.- *«no puede clausurarse una instrucción sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la «primera comparecencia» contemplada en el art. 789.4º LEC».*

3ª.- *«No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión del hecho punible...».*

(20) STC 37/1988, de 15 de febrero (BJC, nº 95, 1989).

En la fase de instrucción del procedimiento abreviado existen una serie de preceptos concretos relativos al derecho de defensa, entre los que se encuentran los art 788 y 789.4º LECrim.

En el primero de ellos se establece la obligatoriedad de la asistencia de abogado desde la detención o imputación de un delito contra persona determinada, siempre que fuera necesaria la referida asistencia, designándose de oficio cuando no hubiese sido elegido por el interesado.

En la regulación de la defensa técnica en el procedimiento abreviado, se dan una serie de peculiaridades respecto a lo previsto en el art. 118 LECrim. En relación con el momento en que nace la intervención obligatoria del abogado, es necesario distinguir dos supuestos: de un lado, si el imputado ha sido detenido, el abogado inicia sus servicios desde las diligencias policia-les (21); de otro, cuando no se ha dispuesto ninguna medida cautelar, la intervención obligatoria del abogado será desde el primer interrogatorio judicial, de conformidad con el art. 788.3º,2 LECrim. Por otra parte, la asistencia del abogado deberá también garantizarse en el interrogatorio que podrá practicar el Ministerio Fiscal en virtud de los establecido en el art. 785.bis,2º, puesto que en éste *«se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal»*.

Una de las novedades más interesantes de la reforma de 1988 es la continuidad del abogado prestando asistencia jurídica desde el primer momento *«hasta la finalización del proceso, salvo nombramiento de uno de su elección por el imputado o impedimento legítimo de aquél, debidamente justificado ante su Colegio Profesional...»* (22). Sin embargo, *«... tal regla no es absoluta, debiendo entenderse que con la disposición legal que comentamos no quedan derogadas las normas de colegiación y actuación legítima de los Letrados en Colegios que no sean el suyo...»* (23). Punto interesante lo

(21) Arts. 17.3º CE y 520 LECrim.

(22) Frente a ello, en el proceso ordinario el régimen de intervención obligatoria del abogado de oficio, como señala Gimeno Sendra (*La defensa*, en la obra colectiva, «El nuevo proceso penal, Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988», Valencia, 1989, pág. 118), *«... evoca al «curso del Guadiana»: el Abogado de Oficio aparece con la asistencia al detenido, desaparece a lo largo de la instrucción, vuelve a aparecer, con otro Abogado distinto, en la fase del juicio oral y puede resurgir con otro Abogado distinto en la segunda instancia o en la casación»*.

(23) Circular 1/1989, de 8 de marzo de la Fiscalía General del Estado (BOE de 29 de abril de 1989, nº 102), pág. 3102.

constituye también «*la desaparición transitoria de la figura del Procurador y la atribución de las funciones propias del mismo al Letrado designado para la defensa*» (24), de esta manera el abogado asumirá la representación de su defendido y deberá indicar al Juez un domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos, si bien, la presencia del procurador será siempre preceptiva tras el auto de apertura del juicio oral (art. 788 en relación con el 791.1º LECrim). Sin embargo, ha de entenderse que esta asunción de las funciones de representación por el abogado defensor se produce únicamente cuando se retrase por alguna causa la designación de procurador y tratándose de defensor de oficio, no así el designado de confianza (25).

Consideración especial merece el art. 789.4º LECrim, que establece un trámite de audiencia a la defensa en la fase de diligencias previas, «*En la primera comparecencia se informará al imputado de sus derechos y se le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se le harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre... Los que se personen podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado o instar lo que a su derecho convenga...*».

Resulta conveniente aclarar el papel que juega este precepto frente al art. 118 LECrim. Ambos se complementan, de manera que el 118 nos señala el momento a partir del cual el sujeto se puede defender (26), es decir, desde que la investigación toma una determinada orientación subjetiva (querrela, medida cautelar), por su parte, el art. 789.4º se refiere a la necesaria imputación por parte del órgano jurisdiccional al sujeto pasivo, al que informará de sus derechos y practicará el interrogatorio en calidad de imputado. Es decir, en este trámite de audiencia es el propio órgano jurisdiccional quien asume la imputación (como ya hemos señalado, es claro que con anterioridad puede el sujeto pasivo haber adquirido ya el *status* de imputado).

(24) Portero García, L., Reig Reig J.V., Marchena Gómez, M., *Comentarios a la Reforma Procesal Penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento Abreviado)*, Bilbao, 1989, pág. 61.

(25) Moreno Catena, V., *El procedimiento abreviado*, en el manual colectivo «Derecho Procesal. Proceso Penal», Valencia, 1993, pág. 519.

(26) Esto sin perjuicio de los arts. 17.3º Ce y 520 LECrim relativos al ejercicio del derecho de defensa de los detenidos o presos.

Asentado esto, pasamos ahora a desglosar los contenidos básicos que han de entenderse incluidos en la escueta redacción del trámite de audiencia previsto por el art. 789.4º:

El Juez Instructor debe determinar claramente al imputado tan pronto como le sea posible Por ello, una vez iniciadas las diligencias previas *«Tan pronto como el Juez Instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con declaración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de defensa en la fase de instrucción»* (27).

La fase de diligencias previas tiene como finalidad la realización de todas las actividades encaminadas a determinar los hechos, las personas que han participado en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento. Entre estas diligencias no sólo se incluyen las necesarias para poder llegar a formular la acusación en un momento posterior, sino también todas aquellas que exija la defensa del imputado. Así el Juez Instructor deberá atribuir la condición de imputado a la persona de que se trate e informarle de los hechos que se le imputan, así como de los derechos que le asisten. De ahí la exigencia de que *«nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado de tal suerte que la inscripción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECr), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación»*, que recoge la propia STC 129/1993.

Se trata de evitar *acusaciones sorpresivas* y que pueda sentarse en el «banquillo de los acusados» alguna persona que no haya sido previamente imputada en la fase instructora, ello porque, no existiendo auto de procesamiento en el procedimiento abreviado, podría en la práctica infringirse el derecho al conocimiento previo de la acusación. De esta manera, este trámite de audiencia del art. 789.4º LECrim, puede considerarse que ejerce

(27) STC 186/1990, de 15 de noviembre (BJC, nº 116, 1990).

un cometido similar al auto de procesamiento, previsto en el art. 384 LECrim para el procedimiento común ordinario, en virtud del cual se realiza la imputación formal del sujeto pasivo (28).

En este mismo sentido se manifiesta la STC 129/1993 cuando declara que *«nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, de que el Juez adopte una resolución de archivo o sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la «primera comparecencia» contemplada en el art. 789.4º. LECr.»*.

De todo lo anterior se deriva la esencialidad de la imputación judicial y ello, en todos los casos, con independencia de que previamente se haya llevado a cabo una investigación oficial, ya sea por la policía judicial o por el Ministerio Fiscal. Porque si bien el art. 789.3º LECrim contempla la posibilidad de que no se lleven a cabo diligencias instructoras por el Juez de Instrucción cuando las practicadas en el atestado fueren suficientes para formular la acusación o el art. 785.bis.2º permite al Ministerio Fiscal tomar declaración al imputado (29), lo que en estos casos parece haría posible

(28) Más concretamente, la STC 186/1990, señala que *«... no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (cfr. arts. 299 y 789.3, en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar «las personas que en él hayan participado»), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de defensa, permitiéndose en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la «penalidad» de la publicidad del juicio oral»*.

(29) Art. 785.bis.2º LECrim, *«El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en esta Ley para la citación judicial, a fin de recibirle*

proceder directamente a dar traslado de las diligencias practicadas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas para que solicitasen la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación, pidiesen el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina de que, sin perjuicio de la existencia de una investigación oficial, el Juez de Instrucción debe determinar la persona imputada y, antes de la conclusión de las «diligencias previas», tomarle declaración en calidad de imputado, permitiendo que la defensa pueda solicitar las diligencias que estime pertinentes (30). En este sentido se manifiesta Almagro Nosete, cuando declara que *«...en ningún caso bastaría con las diligencias practicadas en el atestado, aunque contuvieren la comparecencia del imputado y sus declaraciones, prestadas conforme a las formalidades y con las garantías que determina el art. 788 (especialmente intervención de abogado). La expresión primera comparecencia se relaciona temporalmente con las diligencias previas ya incoadas y la trascendencia de sus finalidades exigen, claramente, según resulta, también de su contexto y referencias literales, que sea el juez de instrucción quien la practique directa y personalmente (31).*

declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para las prestadas ante el Juez o Tribunal».

En relación con el Ministerio Fiscal en el procedimiento abreviado, ha de precisarse que una de las finalidades de la Ley 7/1988 ha sido la ampliación de las facultades del mismo en orden a la obtención de un aceleramiento de la fase de instrucción.

- (30) STC 186/1989 *«... el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido ab initio o no las diligencias previas) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, de comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts. 788 y 118.4º) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que hayan prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario».*
- (31) Almagro Nosete, J., *Desarrollo del proceso abreviado*, en el manual colectivo, «El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988», Valencia, 1989, pág. 188. También Moreno Catena (*El procedimiento...*, op. cit., pág. 525) señala que *«Aun cuando el atestado tiene la consideración de denuncia a los efectos legales (art. 297), el art. 789.3º LECRIM contempla la posibilidad de que el atestado, por su contenido, sea suficiente para formular la acusación contra determinada persona, en cuyo caso el juez debe abstenerse de practicar más diligencias, salvo la ulterior comparecencia del imputado ante el juzgado, garantía de que no se encontrará con una acusación sorpresiva».*

Por último, la imputación judicial no debe ser, en la práctica, retrasada maliciosamente por el órgano instructor con la finalidad de interrogar más libremente al imputado y sacrificar su derecho de defensa. En este sentido se manifiesta la STC 135/1989, de 19 de julio, cuando declara que «... el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición (de imputado) a alguien de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo».

Como una de las manifestaciones del derecho de defensa, el imputado, en el interrogatorio que podrá llevar a cabo el Juez para el esclarecimiento de los hechos o la averiguación de los sujetos participantes en el mismo, tendrá derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, según señala el art. 24.2º CE, desarrollado por el art. 520 LECrim (derecho a aguardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o alguna de las preguntas que le formulen); todo ello en virtud del reconocimiento de las innatas condiciones de la naturaleza humana. Frente a ello, los testigos, en cuanto personas físicas ajenas al proceso, tienen obligación de prestar juramento o promesa de decir verdad, recayendo sobre ellos la posibilidad de ser condenados por un delito de falso testimonio en caso de faltar a la verdad (arts. 326 y ss CP). De ahí la exigencia de llamar a declarar al imputado como tal y no como mero testigo manifestada en la STC 129/1993 «no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del procedimiento, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1º y 2º LECr)».

En conclusión, debemos resaltar el acierto de la solución aportada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia comentada, quien concluye, en consonancia con las razones que hemos apuntado anteriormente, que «se debió poner en conocimiento del inculgado, y no se hizo, la admisión de la denuncia (art. 118.1º LECr.). Esta omisión tiene incidencia sobre otros derechos esenciales, porque, si el imputado hubiese tenido conocimiento de la admisión

a trámite de la denuncia y de la incoación del procedimiento penal (lo que no ocurrió al no serle notificado el Auto que así lo acordaba), podría haber ejercitado su derecho de defensa, personándose en las actuaciones por medio de representación y de Abogado de su elección en orden a ejercitar su derecho constitucional de defensa, tanto privada como pública. Es clara, pues, que al omitirse por el órgano judicial trámite de tanta relevancia, como es el de que el hoy recurrente adquiriera la condición de imputado, y clausurar la instrucción se ha producido la indefensión alegada por el actor, y en consecuencia se ha vulnerado el art. 24 CE... ».