

El «encausado» en el proceso penal español

(El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Ley de 8 de abril de 1967)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia

Se trata aquí de algunas ideas que se expresan en mi informe sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal", emitido a petición de la Universidad de Valencia por solicitud del Ministerio de Justicia. (Este Anteproyecto está publicado también en los "Cuadernos Informativos del Gabinete de Estudios de Organización y Procedimiento de Administración de Justicia.") Este informe, aprobado por unanimidad por la Junta de la Facultad de Derecho de Valencia, fue elevado al Ministerio de Justicia por la vía correspondiente. La Junta de Facultad acordó también su publicación, de la que este fragmento es anticipo.

* * *

Comencemos —y no es placentero— por quejarnos de las imprecisiones terminológicas del Anteproyecto. Sólo con respecto al tema que aquí nos ocupa, en su Base 2.^a nos encontramos con el "presunto reo" —que en la Base 20 debe ser el encausado—; en la 16, con el "presunto inculcado" —en las diligencias previas, a quien se detiene; mas según la Base 20, las limitaciones a la libertad personal "únicamente" pueden establecerse por razón de haber "persona sospechosa o acusada" (¿ya se ha producido la acusación?)—. Todo esto excede de los simples defectos de un estilo literario, y no resulta admisible.

Examinaremos aquí las Bases 20, 21 y 22, que son las referentes al "encausado" y al "régimen de presencia o ausencia de las partes".

BASE 20.—("Del encausado").—"1. El Código establecerá el régimen de garantías de los derechos individuales de las personas contra quien se dirija el proceso teniendo en cuenta la situación procesal en que se encuentre."

Lamentemos, ante todo, que España no se haya adherido a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada el 10 de septiembre de 1948 por la O. N. U.; por el momento, estos "derechos individuales" deben ser los consagrados por leyes internas.

Su mejor garantía, aparte de las que el Anteproyecto expone, y que se comentarán, se hallaría en la restauración modernizada del proceso cautelar de manifestación criminal de personas. Ya lo sugerimos con anterioridad a este trabajo, y en él, con motivo de la Base 16.

En cuanto a la frase “tener en cuenta la situación procesal en que se halle”, los defectos terminológicos del Anteproyecto impiden hacerse cargo cuáles sean éstas exactamente (“encausado”, “presunto reo”, “presunto inculgado”, etc.). Sugerimos aquí que en el futuro Cuerpo legal se dedique un artículo a la terminología en relación con las situaciones procesales de cada uno de los participantes en el proceso penal, al estilo del § 157 de la StPO alemana.

“2. Únicamente podrán establecerse limitaciones a la libertad de una persona sospechosa o acusada de una infracción penal, por respeto a los derechos y libertades de los demás y por las exigencias del orden público y del interés general, conforme a las siguientes reglas”:

Por lo pronto, notamos —era de temer— que se han “escapado” las restricciones preventivas de la libertad a los supuestos “peligrosos” (no acusados de una infracción *penal*).

El que se regulen de modo exhaustivo —impidiendo la perturbadora analogía— las restricciones a los derechos de libertad individual, nos parece correcto.

Mas dudosa estimamos la alusión al “interés general” que plantea, en los límites de este Anteproyecto, el problema de la representación del mismo y de su interpretación en cada caso. Ciertamente es que el M. F. debe velar por el “interés público” (art. 1 del Estatuto del M. F., “modelo de imprecisión”) (1) —que ha de ser considerado, se dice (2), “desde el punto de vista de los fines del Estado”—; pero esta finalidad es distinguida de una de sus especies concretas —al menos—: de la del derecho a castigar a los transgresores de la norma y de todas las que hacen referencia al contenido del Derecho penal (3).

Las intervenciones del M. F. de naturaleza “cuasi-administrativa”, también son de interés general, y, sin embargo, la actuación del M. F. es diferente.

Entendemos que la alusión citada del Anteproyecto debe ser sustituida por otra al “mantenimiento del orden jurídico”.

“Primera.—El Código regulará la citación, la detención, la prisión preventiva y la libertad provisional, definiendo explícitamente las condiciones, el procedimiento y la autoridad competente para la adopción de tales medidas, conforme a los principios que se señalan en la Base 38 de esta Ley.”

Así, pues, y salvo el “lapsus calami” de hablar de “*Base de esta Ley*”, habremos de comentar, conjuntamente con esta Base, la número 38. Ya advertimos que entre las dos, el proceso cautelar quedaba diluido, cuando procedía darle un tratamiento unitario.

(1) Cfr. ZAFRA, “La posición” cit., pág. 45.

(2) Cfr. HERRERO TEJEDOR, “Perspectivas” cit., pág. 450.

(3) Cfr. HERRERO TEJEDOR, “Perspectivas” cit., pág. 451.

Entrando en materia, nos parece loable que se regulen exhaustivamente los presupuestos, etc., de estas medidas restrictivas.

Con respecto a la “citación”, suponemos que se trata del acto coercitivo del art. 486 y ss. de la vigente Lecrim. No aparece ninguna alusión a la misma en la Base 38, con lo cual, la concordancia interna del Anteproyecto, falla una vez más.

De otro lado, esta Base 38 declara que “la detención a la prisión del encausado deberá considerarse una medida excepcional”.

Salvo la defectuosa concordancia gramatical, estamos de acuerdo.

“Segunda.—De igual forma se establecerán las medidas sustitutivas de la detención o prisión preventivas, regulando como tales no sólo la fianza sino también la promesa de comparecencia, el arresto domiciliario y cualquiera otras que garanticen la comparecencia del encausado, en las diligencias de instrucción y en el juicio, teniendo en cuenta las circunstancias de la infracción que se imputa y las cualidades morales y arraigo del acusado.”

En materia terminológica, ya nos encontramos otra vez con que el simple “detenido” es un “acusado”, ¿“encausado” o “acusado”? No tenemos por qué solventar las confusiones terminológicas del Anteproyecto.

En cuanto al fondo de este fragmento, estamos de acuerdo.

La Base 38-8.^a lo desarrolla, diciendo:

“El detenido deberá gozar de la posibilidad de obtener la libertad provisional, con o sin prestación de fianza. A fin de que nadie se vea privado de la posibilidad de obtener la libertad provisional, por el hecho de carecer de recursos, se preverán formas de libertad provisional que no supongan la prestación de fianza; así, la libertad del interesado confiándolo a la guarda de una persona o entidad responsable; la libertad bajo promesa de no abandonar un domicilio determinado, o de residir en una zona dada, o de comparecer a intervalos regulares ante la Autoridad que se designe; la libertad previa entrega temporal de los documentos de identidad; la libertad bajo promesa de comparecer ante las Autoridades siempre que sea legalmente requerido para ello.”

El “confiarlo a la guarda de una persona o entidad responsable”, no es ni más ni menos que una manifestación de la fianza personal, sin que se hallen matices que de ella la diferencien (se habla de “*persona responsable*”).

La “libertad bajo promesa de no abandonar un domicilio determinado”, es una manifestación de la prisión atenuada.

La “libertad bajo promesa” supone la fijación de las consecuencias del quebrantamiento de la promesa (tal como el quebrantamiento de la obligación de comparecer supone el que se procede contra la fianza, art. 535 de la Lecrim.).

Por lo demás, esta variedad de medios, nos parece aceptable.

“Cuarta.—El Código garantizará, muy especialmente, el derecho a la asistencia letrada. A tal efecto se informará al encausado del

derecho a nombrar defensor, con el que podrá comunicar y valerse de él para solicitar la práctica de diligencias conforme a las disposiciones legales; formular las pretensiones que afecten a su situación e intervención en la audiencia preliminar, pudiendo alegar y proponer pruebas contradictorias sobre la existencia o no de indicios racionales de criminalidad. Se mantendrá el régimen sobre la asistencia al acusado por medio de letrado en el juicio oral" (4).

Aquí se plantea el importante problema de, a partir de qué momento puede el "encausado" nombrar letrado, y una vez más, se hace notar la imprecisión terminológica del Anteproyecto.

Se ha hablado en esta Base, de "restricciones de la libertad al "sospechoso o acusado"; el título general es "el encausado"; la Base 16, nos hablaba de la detención del "presunto inculcado". Luego, dentro de esta confusión, parece que el momento de nombrar letrado sea el fijado en esta Base 20-4-tercera-1." —que comentamos—; esto es, el de "ser informado inmediatamente del fundamento de su detención o prisión (también el 2.º).

Nótese del contexto de la Base, que esta piensa en la defensa del "encausado", "detenido o preso". Se supone por algunos "quantité négligéable" los casos en que no ha habido detención o ésta no se ha elevado a prisión, ni se ha exigido fianza (5). Pero pueden existir, y existencasos de proceso sin prisión ni fianza durante, al menos, una gran parte de la instrucción. Por ello precisa remediar el defecto de la Lecrim. —art. 384— adelantando el nombramiento de letrado —oficialmente— al primer momento en que los intereses materiales o jurídicos de una persona se vean afectados; y desde luego, a los detenidos.

Anotemos, como cuestión curiosa, que se utiliza aquí la clásica expresión básica del actual procesamiento, "indicios racionales de criminalidad" del art. 384 Lecrim.

Pero el procesamiento —pieza fundamental de la instrucción— sólo aparece en la Base 40, fugazmente; y allí se habla de "si concurren o no motivos suficientes para que pueda dirigirse la acusación".

Volviendo los ojos a la vieja Lecrim., vemos que el lenguaje —también impreciso— nos habla de modo diferente:

A) Para decretar prisión provisional, precisa haya "motivos bastantes para creer criminalmente responsable del delito a una persona—".

B) Para procesar, precisa existan "indicios racionales de criminalidad".

En el Anteproyecto se somete a limitaciones de su libertad a la "persona sospechosa o acusada".

Esto —ya se ha visto— es imposible, porque la actuación no se

(4) Por razones de una más cómoda confrontación con la Base 38, dejamos el comentario de la 20-2-tercera para el final de ésta.

(5) Cfr. RUIZ GUTIÉRREZ, "El auto de procesamiento debe desaparecer" cit., pág. 93.

produce durante la instrucción (o resulta que es imposible la prisión durante la instrucción: precisamente en el período en que es más necesaria).

Toda esta terminología; el extraer de su antiguo lugar a los “indicios racionales de criminalidad” (sí, estamos conformes en que la expresión, un tanto feroz, sea reformada); el fijar “motivos bastantes” para el procesamiento cuando antes esta expresión se hallaba en la prisión provisional; todo ello nos indica la falta de homogeneidad del Anteproyecto. Llega a producir la impresión —que expresamos con el más profundo respeto— de que quien o quienes redactaron la Base 40, no conocían el contenido de la 20, o viceversa.

Que se mantenga “el régimen vigente sobre la asistencia al acusado por medio de letrado en el juicio oral”, nos parece muy bien, si este régimen es el de la Lecrim. antes de la promulgación de la Ley de 8 de abril de 1967.

En efecto, esta prevé, para el proceso por delitos leves, que “si el Colegio de Abogados entendiese que el letrado designado de oficio, ejerciente en otra población, no puede desplazarse al lugar del juicio (oral), se le autorizará a que formule por escrito la defensa, que será leída en el acto de aquél y se incorporará a las actuaciones”.

Prescindamos aquí de esa intervención del Colegio de Abogados, y fijémonos sólo en la “defensa por correo”.

En efecto, esa “defensa previa escrita”, reduce la oralidad del juicio a una ficción; y como “escrita”, lo impregna de la rigidez de los juicios escritos, pero con la gravedad de que esta rigidez es sólo unilateral, por parte de la defensa, pero no para la acusación.

Esa “defensa previa escrita” que se lee e incorpora a las actuaciones, puede muy bien no corresponderse con la prueba que la propia defensa ha solicitado y menos aún con la intervención en la prueba de la acusación (o acusaciones). ¿Cómo va la defensa a conducir su prueba por un escrito previo?

Y llegado el momento de las conclusiones —el más grave, el de las calificaciones definitivas—, un cambio en las mismas por parte de la acusación, llevaría al resultado de que la defensa, físicamente ausente (falta la intermediación del defensor), no podría variar las suyas oportunamente, a tenor del resultado de la prueba (6). A menos que en tales casos, se piense en una suspensión del “juicio oral” y en un traslado por escrito al defensor ausente para que éste examine el resultado de la prueba practicada y califique definitivamente; con lo cual, suspendiéndose el juicio oral, se ataca al principio de la concentración.

En resumen, un juicio oral en el que puede faltar la oralidad —al menos de parte de la defensa—; puede no haber intermediación igualmente por la misma; y si se quiere seguir rigurosamente el principio de bilateralidad, hay que atacar a la concentración.

(6) Así se comprendió en la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal (Conclusión 11.^a).

Si este sistema se ha de conservar, disminuida así la garantía de la defensa por letrado, debemos rechazar el último inciso de la Base 20-2-cuarta, pidiendo un retorno a la total obligatoriedad de la actuación personal del defensor letrado en el juicio oral.

“Quinta.—El Código establecerá las normas oportunas a fin de proteger el derecho de toda persona a quien se impute la comisión de un delito a declarar libremente y a tal efecto se la advertirá al prestar declaración del concepto en que lo hace” (7).

Este fragmento hay que conectarlo inmediatamente con la 37-3-2.º (“De los actos de comprobación”):

“Respecto de la utilización del propio encausado como medio de comprobación, se seguirá un régimen similar al actual, respecto de su reconocimiento e interrogatorio, proscribiéndose la utilización de cualquier medio que pueda influir en su espontánea declaración, ni aún con su conformidad”.

Aparece aquí el “encausado” con doble matiz: en la Base 20-quinta, como medio de defensa, en la 37-3-2.º como medio de prueba.

No es este el lugar de entrar en la discusión sobre la naturaleza jurídica de la declaración del imputado (8), ni sobre las dos doctrinas, aceptadas —al parecer— simultáneamente por el Anteproyecto, no sin razón, según entendemos, por causa de los matices de medio fundamental de defensa y a la vez, de fuente de prueba, que dicho interrogatorio tiene.

En cuanto al primero, estimamos que el imputado tiene un interés de salvación que hay que respetar al máximo; si es o no antijurídico o protegible, lo determinará el Tribunal en su resolución, pero no antes. Y debe ser una garantía de defensa de ese interés —protegible hasta el final— la posibilidad de la autodefensa privada (9) que, si no es técnica, será probablemente la más enérgica en virtud de la titularidad de un propio interés.

Por ello, acertadamente, nuestra Lecrim., aparte de evitar el juramento —que por un inexorable encadenamiento conduciría a la tortura, los malos tratamientos, etc.—, no impone a los “procesados” ni siquiera una obligación de decir verdad, y el “deber” de decirla (artículo 387) no está sancionado jurídicamente. Además —y ello mues-

(7) “Lo fundamental es reconocer los derechos fundamentales del individuo en una ley, la cual protegiese con la máxima amplitud los que se conceden a los interrogados en el proceso penal, imponiendo severas barreras a cualquier iniciativa procedente de la interpretación de las leyes procesales” (Cfr. HABSCHEID, “Das Persönlichkeiterecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht”, en la “Gedächtnis Hans PETERS”, Berlin-Heidelberg-New York, 1967. ed. sep., passim y esp., págs. 871 y ss.).

(8) Cfr., p. ej., FOSCHINI, “L'imputato”, Milán, 1956, págs. 49 y s.; discrepando, en España, sobre su naturaleza jurídica, cfr., p. ej., FENECH, “Derecho procesal penal” cit., I, págs. 795 y ss.; JIMÉNEZ ASEÑO, “La confesión del reo o inculpado”, en “Revista de Derecho Procesal”, Madrid, 1945-3, páginas 356 y ss. (medio de prueba); MUÑOZ ROJAS, “El imputado en el proceso penal” cit., pág. 71 (medio de defensa y prueba).

(9) Adoptamos la terminología de FOSCHINI, en su “Sistema di Diritto Processuale penale”. Milán, 1956. I, págs. 236 y ss.

tra la naturaleza esencial de medio de defensa, de la declaración del imputado— la Ley le deja “que hable” —“relacione”, art. 390—, que manifieste “cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos” (art. 396), pudiendo “dictar por sí mismo las declaraciones”. “Si no lo hiciere, lo hará el Juez, *procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras de que aquél se hubiese valido*” (art. 397).

Se trata, pues, de una manifestación de autodefensa (10), de un derecho del “procesado” en nuestra Lecrim.; de seguir un principio fundamental de la Justicia (11); de un derecho con “categoría de constitucional” (12).

Esto es: se deja que el imputado falte a la verdad en su propia defensa; la organización de justicia tiene medios legales suficientes para superar esta crisis sin ahogar el derecho a la autodefensa (13).

Parece que se conserva este buen sistema (Base 37-3-2.º, “régimen similar al actual”); esto es, el de declarar libremente, entendiendo libertad de expresión y *fidelidad de protocolización*. Si es así, estamos de acuerdo con la Base 20-quinta y 37-3-2.º.

Este acuerdo no se produce en absoluto, si por “régimen vigente” se entendiere el de la Ley de 8 de abril de 1967, o el anterior, por ella arrastrado en este punto, de la Ley de Procedimiento de Urgencia de 8 de junio de 1957 (pues la primera aún no ha entrado en vigor). Aquella norma, en su art. 785 —de aplicación general al proceso por delitos flagrantes y por delitos leves— dice (regla 1.ª) que “las declaraciones de los testigos y el reconocimiento del encartado *se consignarán en acta breve*, salvo que el Juez considere conveniente que... el reconocimiento se practique conforme a lo dispuesto en el Cap. III, Tít. V, Libro II”.

Esto es, depende del arbitrio judicial el que las declaraciones del “encartado” consten textualmente (art. 397 Lecrim.) o “en acta breve” (art. 785).

Estimamos —aparte de lo vago y por tanto, peligroso, de la “brevidad” del acta— que este resumen de lo que el imputado ha declarado y que, como medio de prueba —ahí está su doble sentido— pueda contribuir a salvarlo o a perderlo, constituye un gravísimo atentado al principio general del Derecho Procesal, “nadie puede ser condenado sin ser oído un juicio”, ya que la protocolización en “breve” supone recortar lo que el imputado ha declarado y esta mutilación puede afectar a cuestiones esenciales para su propia defensa (o como fuente probatoria).

(10) Así califica BELLAVISTA las actuaciones correspondientes del Código procesal penal italiano (cfr. “La difesa giudiziaria penale”, págs. 175 y s., en “Studi sul processo penale”, Milán, 1966).

(11) Cfr. MUÑOZ ROJAS, “El imputado” cit., págs. 72 y ss.

(12) Cfr. VIADA, “Curso”, I, pág. 258.

(13) Nótese que esta expresión la utilizamos en sentido aún más lato y elemental que la hace ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en su “Proceso. autocomposición, autodefensa”, México, 1947, págs. 14 y s., núm. 98.

La gravedad es aún mayor, si vemos que en un recurso de apelación —y esto destruye cualquier alegato de “oralidad e inmediación del Juez interrogador—, los autos son examinados por el Tribunal “ad quem”, y en cuanto a pruebas “pedirá el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las que propuestas le fueron indebidamente denegadas y de las que admitidas no fueron practicadas por causas que no le sean imputables. Habrá de razonar por qué aquellas diligencias de prueba han producido positivamente indefensión” (art. 792-2.^a, nueva redacción por la Ley 8 abril 1967); esto es, con grave peligro de que el Tribunal “ad quem” rechace la petición de un nuevo interrogatorio. Y no hay recurso de casación.

Por estas graves razones, si este sistema del “acta breve” hubiere de subsistir, rechazamos la Base 20-quinta y la 37-3-2.^o, pidiendo, en todo caso, el retorno a todas las garantías que rodean la declaración del procesado en la redacción de la Lecrim. anterior a la Ley de 8 de abril de 1967 y a la de 8 de junio de 1957.

De otro lado, estando de acuerdo en que se proscriba enérgicamente “la utilización de cualquier medio que pueda influir en su espontánea declaración”. Ni amenazas, ni violencias o sevicias solapadas, físicas y psíquicas, directas o indirectas. Fuerte control, extendido no sólo al juez, como lo hace la Lecrim. (art. 394), sino a toda otra autoridad y funcionario que intervenga en el proceso penal según la Base 2.^a

Como garantía ideal, aparecería aquí, de nuevo, el proceso cautelar de manifestación criminal de personas, de que antes hablamos y cuya reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico penal propugnamos.

A efectos de ligarla con la Base 38 (“De las medidas coercitivas sobre la persona del encausado”) hemos dejado para este momento el examen de la Base 20-tercera:

“El Código establecerá como derechos del detenido o preso:

- 1.^o El de ser informado inmediatamente del fundamento de su detención o prisión.
- 2.^o El de ser instruido de los derechos y obligaciones procesales que le incumben.
- 3.^o El de poder comunicarse con las autoridades, sus parientes u otras personas, pudiendo ser decretada la incomunicación, como medida muy excepcional, exclusivamente por la autoridad judicial cuando las necesidades de la investigación así lo requieran y por el tiempo estrictamente necesario.”

Por su parte, la Base 38 dice así:

“El Código regulará el régimen jurídico de las medidas coercitivas sobre la persona del encausado que puedan adoptarse durante la instrucción preliminar, en base a los siguientes principios:”

- 1.^o Excepcionalidad de la detención o prisión. Estamos de acuerdo, ya lo expresamos, supra.

2.º “La existencia de motivos racionalmente suficientes” para “creer que ha cometido una infracción grave castigada por la ley con una pena privativa de libertad”.

Ya criticamos, supra, en esta misma Base y en otras, la terminología del Anteproyecto en cuanto a la “motivación”.

En cuanto al “creer que ha cometido...”, quien tiene motivos, no “cree”, sino que los aprecia, los valora.

“Infracción grave... pena privativa de libertad.” No tenemos otra pauta para guiarnos que la de las Bases 43 y 44 (“Del procedimiento para enjuiciar delitos *graves*” y “para enjuiciar delitos *menos graves*”). Esto es, parece que sea “infracción grave” la castigada con pena superior a prisión o presidio menor).

Se comete una vez más lo que diputamos error —y en un momento en que la investigación no está madura para calificar— de hacer una referencia no a la tipología de la infracción, sino a la entidad de la pena.

3.º “Para practicar su detención se necesitará orden escrita del juez instructor o del fiscal. La orden de detención se exhibirá al detenido al tiempo de la detención o inmediatamente después.”

“Solamente podrá prescindirse de la orden de detención por escrito cuando el sospechoso fuere sorprendido “in fraganti”, o en los casos en que no pudiese deferirse sin riesgos la detención hasta obtener una orden por escrito de la autoridad competente.”

Estamos de acuerdo con la motivación de la urgencia. Pero si la detención no se efectuase directamente por la autoridad del M. F., esto es, por la Policía, debe hacerse constar la exigencia de su entrega inmediata a la autoridad judicial en el plazo fijado en el artículo 496 de la Lecrim.

Si fuere la Policía judicial quien detiene, de acuerdo con la Base 20-tercera-1.º, es a ella a quien le corresponde informar inmediatamente al sujeto del fundamento de su detención o prisión.

4.º “El detenido será puesto a disposición de la autoridad judicial dentro de las setenta y dos horas.”

Estamos de acuerdo.

5.º “Al juez a cuya disposición sea puesto el detenido deberá decretar, previa audiencia del mismo, y dentro de las setenta y dos horas siguientes, su libertad o su prisión, por auto en el que se expresarán las razones de la medida, cuya resolución se notificará al interesado.”

Se trata de una reproducción del artículo 497 de la Lecrim. Estamos de acuerdo.

Ahora bien, el detenido debe ser instruido de sus “derechos y obligaciones procesales” apenas puesto a disposición judicial, si no lo había sido antes.

El auto de prisión debe ser susceptible de apelación; motivo por el cual el preso debe ser defendido por letrado inmediatamente.

6.º “En todo caso, la prisión cesará tan pronto como dejaren de existir las razones que la hubieren motivado.”

Estamos de acuerdo. Es una reproducción del artículo 528 de la Lecrim.

Sigue el número 6: "El período durante el cual el sospechoso o acusado podrá ser mantenido en prisión preventiva no excederá en ningún caso de la duración mínima de la pena de prisión señalada por la ley para la infracción de la cual se le acusa."

Se tratará, sin duda, de la infracción que se le imputa en el auto de prisión, mas no "se le acusa", pues aún no hay acusación; puede tratarse de un simple "sospechoso" según el mismo Anteproyecto.

Por otra parte, este tope debe ir acompañado expresamente del señalado en el artículo 528, párrafo segundo, de la Lecrim. (cuando resulte su inocencia), y el tercero. Ambos deben figurar como principios del proceso penal al frente del Código. Y su vulneración no sólo debería dar lugar a los recursos ordinarios, sino a la apertura de un proceso cautelar de manifestación. Sería un caso típico de aplicación del mismo.

7.º "A fin de que la prisión preventiva no se prolongue indebidamente, la necesidad de tal medida deberá revisarse de oficio a intervalos regulares que el Código señalará, o en cualquier momento a instancia del preso o de otra persona en su nombre."

Estamos de acuerdo. Sin embargo, debe conservarse el auto de ratificación de la prisión del artículo 516 de la Lecrim.; esta ratificación es una garantía de que el instructor sigue trabajando, por lo que las circunstancias han podido cambiar y rectifica en favor del preso. Su desaparición, en algún caso, es inexplicable.

De otro lado, la prisión provisional es un estado "provisional"; luego su revisión debe fijarse en plazos legales.

8.º Se ha comentado ya, supra, en combinación con la Base 20-segunda.

9.º "No podrá tenerse incomunicado al detenido o preso, salvo en los casos excepcionales previstos en la Base 20 de esta Ley. El derecho del detenido o preso a comunicarse con otras personas no estará sujeto a más restricciones que las que ordenare el juez; con el fin de impedir que se influya en los testigos, se hagan desaparecer elementos de prueba o se transmita información que pueda facilitar la evasión del preso o ser útil a sus cómplices."

Se halla en conexión —la desarrolla— con la Base 20-tercera-3.º

De acuerdo con el principio lógico. Queda por fijar, en lo posible, el problema de su reiteración o no (art. 508 de la Lecrim.).

La idea de evitar la "confabulación" del artículo 507 Lecrim. puede ser útil para fijar el tiempo prudencial de la incomunicación.

Para terminar con la prisión, comprobamos que el Anteproyecto omite el dar alguna idea fundamental sobre el "tratamiento de los detenidos o presos", a la que, indebidamente, se atribuye carácter "penitenciario" (: Dónde está la pena?).

Esto es, la norma del artículo 521 de la Lecrim. y artículo 11 del Reglamento de Prisiones de 15 de marzo de 1956 ("Los detenidos

estarán, a ser posible, separados los unos de los otros”) debe modernizarse; quienes se hallen en prisión preventiva deben estar absolutamente separados de los penados y, en todo caso, el tratamiento debe ser totalmente diferente. No confundamos un simple proceso cautelar —muy doloroso—, como lo es el de la situación personal de imputado durante su proceso, con un “status” definitivo, consagrado por una sentencia firme y en pleno proceso de ejecución.

Y terminamos con la Base 20, tan conectada con la 38 hasta ahora.

Base 20-3. “Se establecerá con toda precisión el procedimiento para poner fin a la detención o prisión indebidas y para obtener la reparación por el Estado de los daños materiales y morales ocasionados a las personas detenidas, procesadas o condenadas injustamente, salvo cuando la víctima sea la causante, con su propia conducta, del error judicial.”

El procedimiento más adecuado “para poner fin a la detención o prisión indebidas”, ya lo señalamos: a nuestro entender, la manifestación de personas.

En cuanto a la reparación por el Estado de los daños morales y materiales, el Anteproyecto mezcla los derivados de la detención, del procesamiento (esta importante expresión aparece aquí y luego en la Base 40) y en la propia condena injusta, o sea, como efecto propio del recurso o petición de revisión (art. 960 de la Lecrim.).

El que “se establezca con toda precisión el procedimiento”, nos parece muy bien.

BASE 21.—(“Del responsable civil”). Conformes, si el sistema impuesto es el de la Base 19.

BASE 22.—(“Régimen de presencia o ausencia de las partes”). “1. Se mantendrá el régimen actualmente vigente sobre presencia o ausencia de la parte acusada en los procesos por delitos graves y por faltas.”

“2. En los procesos por delito menos grave, cuando el acusado se encuentre fuera del lugar del juicio, podrá éste celebrarse en su ausencia, salvo que el tribunal considere necesaria su presencia a efectos del debido enjuiciamiento, siempre que en la instrucción preliminar se le haya oído, esté identificado y advertido de la posibilidad de celebrar el juicio con su presencia o sin ella. En estos casos, el acusado podrá hacerse representar legalmente. Si no ha designado procurador y abogado, se habilitarán de oficio.”

“3. El Código tendrá en cuenta la situación del acusado al establecer el régimen de los recursos.”

Es sabido que en contra del proceso penal y sentencia “en rebeldía” (utilizaremos por ahora esta expresión genérica y tradicional) opera el principio general penal de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído en juicio; el brocardo romano “ne absens dormetur”.

En el terreno positivo español, la necesidad de la presencia del acusado prevista por la Lecrim. (antigua redacción) se basa en “la

esencia del sistema acusatorio" (14); se alega la necesidad de su presencia por la perspectiva de una pena personal; por la importancia de su interrogatorio —ya examinada—.

Frente a estas consideraciones, que compartimos totalmente, hay otras, "con carácter excepcional" (15); casos en que no haya de tratarse de una pena personal; cuando la presencia del acusado le sea más gravosa que una posible pena pecuniaria, por efectos de su necesario desplazamiento; cuando su interrogatorio no sea necesario (16).

De otro lado, la voluntad deliberada de rehuir las consecuencias de un acto punible no puede recibir un premio indiscriminado con la suspensión del proceso. Esto es, procede distinguir —y el Ant. lo hace implícitamente— entre el "ausente", que no conoce ni siquiera la existencia de un proceso contra él, y el "contumaz" o verdadero rebelde, que conoce el proceso y sus posibles consecuencias desfavorables, pero que desobedece las intimaciones judiciales de comparecer.

En tal caso, tanto la necesidad de no premiar a este rebelde con una suspensión del proceso, como la de resolverse sobre la pretensión de resarcimiento (que puede ir unida a la penal), operan en favor de que el proceso continúe pese a la ausencia del acusado.

Nos hallamos, en España, en la actualidad, ante un régimen no tanto anárquico en materia de rebeldía:

A) El sistema de la Lecrim. —redacción anterior a la Ley de 8 de abril de 1967—. La rebeldía del "procesado" provoca o bien a) la terminación y archivo del sumario o b) la suspensión del juicio oral y archivo de los autos. No existe la absolucón o condena en rebeldía. Este sistema es el que el Anteproyecto pretende aplicar a los procesos por "delitos graves" y por faltas.

B) El sistema de la Ley de 2 de diciembre de 1963 (Tribunal y Juzgado de Orden Público) que, en el nuevo procedimiento que crea para conocer sobre una heterogénea serie de delitos, admite la condena en rebeldía —trátase esta vez de delitos graves, aunque sólo sea calculando la penalidad a imponer—.

C) El de la Lecrim. (redacción de la Ley de 8 abril 1967) para delitos leves: previa requisitoria (si el acusado no tuviera domicilio conocido o se hallare en ignorado paradero), se le declara rebelde, y la rebeldía produce los efectos generales: suspensión del proceso.

D) El de la Lecrim. (redacción de 8 abril 1967), siempre para delitos leves: si la rebeldía fuera propia, esto es, si teniendo domicilio conocido el acusado, y habiendo sido citado personalmente, no concurre al juicio oral "no se suspenderá la celebración del juicio" si "el juez estima que existen elementos suficientes para juzgarlo" (art. 791-7.^a).

E) El de la Lecrim. (delitos flagrantes, etc., redacción de la Ley de 8 abril 1967): "No se suspenderá el juicio por la incomparecencia

(14) Cfr. AGUILERA DE PAZ, "Comentarios" cit., V, págs. 783 y s.

(15) Cfr. VIADA, "Curso", I, pág. 268.

(16) Cfr. VIADA, "La ausencia del acusado en el proceso penal", en "Revista de Derecho Procesal", 1962-3, págs. 575 y s.

de algunos de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros... y el Tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos" (art. 801). A través de esta sibilina norma, parece que no se admite la condena (o absolución) en rebeldía.

Anotemos que la nueva redacción de la Lecrim., para los casos en que prevé la posibilidad de condenar al rebelde, ofrece la inexplicable laguna de no admitir su purga posteriormente.

F) El Código de Justicia Militar, de 17 agosto 1945, artículo 943: "Si las pruebas de culpabilidad fueren suficientes para dictar sentencia respecto de unos y otros (presentes y ausentes), a juicio de la autoridad judicial, con su auditor o del Consejo Supremo de Justicia Militar, en su caso, podrán éstos acordar se siga la causa igualmente mediante pieza separada si conviniere contra los procesados en rebeldía."

"En cualquier tiempo que el procesado rebelde se presente o sea habido, se abrirá de nuevo la causa para continuarla según su estado..." (art. 944).

"Si hubiere recaído ya sentencia conforme al párrafo 2.º del artículo anterior, será notificada al encartado (17), quien podrá, dentro de los ocho días siguientes, recurrir a la autoridad judicial respectiva... con ofrecimiento de nuevos hechos o pruebas susceptibles de hacer variar la apreciación, y en súplica de que a virtud de ellos sea revisada la sentencia..." "Formulada tal petición, será repuesto el proceso al estado que la autoridad o tribunal de referencia considere más pertinente... aunque no hubiere solicitud de parte..." (art. 944).

Así, pues, si la autoridad judicial ordena la continuación del juicio en rebeldía, la "revisión" sólo cabe en el plazo de ocho días a partir de la notificación al "encartado".

G) Para las faltas, la rebeldía del acusado no suspende el juicio si se le citó legalmente (art. 971 Lecrim. y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952).

De todos estos sistemas, sólo de un modo excepcional se podría aceptar el del Ant., con respecto a los "delitos menos graves"; pero formulamos esta aceptación "sub conditione" de que las normas correspondientes se basen en la tipificación de tales delitos y no en sus penalidades, como en la actualidad. Y ello siempre que se regule adecuadamente el medio de "purgar" la rebeldía, que en el Anteproyecto puede aparecer —ello muy oscuro e inaceptable por no significar garantía alguna— en la Base 22-3.

La "purga" de la rebeldía u "oposición a la sentencia dictada en rebeldía" en los casos de "delitos menos graves", debe construirse, a nuestro juicio, como una acción y pretensión de revisión específica (18).

La sentencia en rebeldía habrá surtido ya sus efectos de cosa juz-

(17) Grave error terminológico y técnico. Se tratará de un "condenado", pero no de un simple "encartado".

(18) De rescisión, dice VIADA ("La ausencia" cit., pág. 147).

gada; pendiente la "oposición", el condenado abre un nuevo proceso, basándose en vicios de conocimiento posterior a la resolución recaída en el primero; en el que no pudieron tenerse en cuenta hechos y pruebas que ahora se aportan al tribunal; su fundamentación fáctica y jurídica se remite a una situación diferente de la planteada y resuelta en aquél.

¿Qué ventajas tendría el no conceder que la sentencia contra el rebelde surtiera efectos de cosa juzgada? Transformar su ejecución en provisional, yendo contra el principio del artículo 988 de la Lecrim. y 80 del Código penal.

Entendemos que, en cuanto a esta pretensión de oposición a la sentencia en rebeldía (o audiencia al rebelde), debe acudir a la idea de la pretensión impugnativa contra la sentencia que ya ha surtido sus efectos de cosa juzgada; puede ser útil la doctrina que considera a la sentencia como sujeta a una condición revocatoria (19).

Aún reservada nuestra opinión sobre la entidad de los "delitos menos graves" —a cuyas condenas reduce la rebeldía el Anteproyecto—, no podemos concebir las posibilidades de purgarla, tan angostas como en los sistemas españoles que actualmente la admiten.

El de la Ley de 2 de diciembre de 1963 —para delitos incluso de enorme gravedad— concibe a esta "purga" como un recurso a interponer en el plazo de diez días siguientes al de la entrega personal —al condenado rebelde— de la copia de la sentencia o a que "se presente o sea habido" (art. 10). Esto es, más bien como un simple recurso —así lo llama—. Mas tratándose de delitos muy graves —que incluso pueden acarrear la pena de muerte (arts. 120, 121, 122, 142, 144, 163, etc., del Código penal)— este plazo, en completa desproporción con la prescripción de la pena (20), nos parece muy corto y rígido; de otro lado, el mismo contenido del recurso es restringido ("se acomodará a las reglas referidas en el artículo anterior correspondientes al juicio oral, si bien limitado su objeto al estricto de la revisión"; artículo 10).

Desechado este sistema —que no responde, además, en ningún concepto, al contenido en la Base 22 del Anteproyecto—, el correspondiente a la derogada Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 23 de diciembre de 1962 era ya más amplio, pues preveía mejor los presupuestos de la "rebeldía" e intentaba transformar la "ignorancia" del proceso en aquélla (art. 29). Pero después, el plazo del "recurso de audiencia en rebeldía" (art. 32) preveía el plazo de un

(19) Cfr., sobre este punto, FAIRÉN GUILLÉN, "Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal" cit., págs. 351 y ss. y esp. 359 y s.

(20) Quiénes, como VIADA, impulsan "lege ferenda" el proceso en rebeldía para delitos menos graves, fijan, o un plazo indeterminado (uno o dos años desde la sentencia, cfr. "La ausencia" cit., pág. 147) o uno arbitrario. Pero no se fijan en la pauta —aquí sí que puede ser exacta, pues se refiere a hechos consumados— que proporciona el plazo de prescripción de la pena a que el rebelde fue condenado.

año “después de dictada la sentencia” —la cual había sido ya ejecutada, art. 36—. Tampoco tenía, pues, en cuenta el período de prescripción de las penas impuestas.

Venciendo nuestra repugnancia a admitir el proceso en rebeldía, lo admitiríamos en los términos y garantías fijados por el Anteproyecto, con las siguientes reservas:

A) Tipificación de los “delitos menos graves”.

B) Que el importe de las responsabilidades civiles no pueda exceder de la competencia del juez por razón del procedimiento seguido, relacionado con la calidad de “menos grave” del delito, haciéndose reserva, en otro caso, de la “acción” civil.

C) Que se aclare la oscuridad de la Base 22-3, concediéndose en todo caso que el condenado rebelde pueda “purgar” la rebeldía (“audiencia en rebeldía”, si se quiere mantener la terminología tradicional española) mediante una pretensión impugnativa a promover dentro del plazo de prescripción de la pena impuesta. Es el sistema del *Code de Procédure* francés en su artículo 639.

Esta “audiencia” debería consistir en el desarrollo del proceso “*ex novo*” —ya que la sentencia y el anterior quedarían anulados por la presentación del rebelde o su captura— a partir del momento en que se produjo una indebida falta de presentación ante el tribunal en el proceso anterior. Aquí, en cuanto a la extensión del segundo proceso, sí que podría hacerse alguna distinción, en cuanto se investigasen los motivos de la no comparecencia anterior del rebelde.

En cuanto a las pretensiones de resarcimiento, la base del futuro sistema podría estar en el del artículo 843 de la *Lecrim.*, debiendo resolverse de modo adecuado la devolución de los efectos del delito, etcétera, que más tarde hubieren de retornar al nuevo proceso, en el caso de producirse la presentación o captura del rebelde en el plazo citado (*).

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia.