

nal de los representantes provisionales de las Comunidades Autónomas, no hace más que, fundado en la Ley Constitucional, en la interpretación de su espíritu, en la viva realidad social y en la normativa de creación de los Entes preautonómicos, servir a la defensa de la legalidad.

VII. *Apoyo al Defensor del Pueblo*

La Constitución española, en su artículo 53, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la institución escandinava del «Ombudsman», tan extendida ya en el mundo, y que aquí se titula Defensor del Pueblo.

Son muchas las misiones que la Ley orgánica que regula esta nueva figura de nuestro Derecho público habrá de otorgarle y todas ellas tendentes a la protección de los derechos humanos. Es obvio que en su atribución influirá indudablemente la circunstancia de que el derecho a tutelar no tenga encaje en otra protección jurisdiccional, se desvíe por sus características de las tipologías penales o directamente incida en lo administrativo discrecional o en lo político indiscriminado.

En cualquier caso es notorio el límite que deberá suponer para tan efectiva tarea la introducción en las cuestiones que se le sometan, de un componente penal.

Sin conceder de las privativas funciones que constitucionalmente nos están atribuidas, recomiendo a V. E. que preste en su día al Defensor del Pueblo, en cuantas ocasiones lo interese, la ayuda y colaboración que de nuestra función requiera, procediendo de conformidad con lo que la Ley disponga en cada caso.

La tutela, defensa, protección y restauración, en su caso, de los derechos de los españoles, son los únicos módulos que han de prefigurar la actuación del Ministerio Fiscal en la trascendente misión que le ha sido confiada por la Constitución.

Reciba V. E. esta primera Circular enderezada a ese cometido, interpretado a la luz del principio de legalidad que es norma capital de nuestra Institución. Seamos severos cuando la Ley lo mande, tutelares si la Ley lo dispone. Independientes y justos siempre. Y prudentes.

CIRCULAR NUM. 8/1978

SOBRE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA LEY 53/1978, DE 4 DE DICIEMBRE, Y SU RELACION CON LA 56/1978, DE LA MISMA FECHA

Al entrar en vigor la importante modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que introduce la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, conviene precisar su alcance para unificar el criterio del Ministerio Fiscal en orden a su interpretación.

La orientación de la reforma se centra en la aproximación de nuestro proceso penal al sistema acusatorio puro mediante la implantación de un equilibrio de facultades entre las partes —acusadora y acusada— desde los momentos iniciales de la instrucción.

A tal efecto, el artículo 118, en su nueva redacción, concede al imputado, cualquiera que sea la forma de imputación y la índole del procedimiento, capacidad para personarse y actuar su defensa desde el instante mismo en que la imputación se produzca. Coherentemente, el 520 desarrolla estos principios con el mayor rigor cuando la imputación haya dado lugar a la privación de libertad del sujeto, estableciendo las más eficaces garantías para favorecer la situación de presos y detenidos.

Las demás reformas que contiene la Ley son fundamentalmente complemento o concordancia del desarrollo de esos principios.

I

Todas estas medidas en orden a la igualdad de las partes en el proceso penal significan un paso adelante de especial trascendencia. El legislador de 1882 al redactar la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal tuvo muy presente la cuestión y en la exposición de motivos explicativa de las ideas rectoras del procedimiento penal, después de referirse a las garantías que se concedían para la defensa del acusado, dijo:

«Todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes, no contentarán aún probablemente a ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario desde el momento mismo en que se inicia las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el proyecto del Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme. No niega el infrascrito que insignes escritores mantienen esta tesis con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un ideal de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. ¿Se realizará algún día por completo? El Ministro que suscribe lo duda mucho. Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro: desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste solo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito o, por lo menos, desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerlo, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para establecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor. Pero sea de esto lo que quiera, la verdad es que sólo el porvenir puede resolver el problema de si llegará o no a realizarse aquel ideal. Entre tanto, los que tienen la honra de dirigir los destinos de un pueblo están obligados a ser prudentes y a no dar carta de naturaleza en los Códigos a ideas que están todavía en el período de propaganda, que no han madurado en la opinión ni mucho menos encarnado en las costumbres ni se han probado en la piedra de toque de la experiencia.»

Pues bien, para que ahora el nuevo toque de experiencia dé lugar a un contraste favorable y esta avanzada reforma arraigue en nuestra vida jurídica, como arraigaron los principios entonces tan liberales de la Ley de 1882, será menester que todos contribuyamos con especial atención y prudente celo a la observancia de las nuevas reglas.

Todo dependerá, en definitiva, del probado buen espíritu y rectitud de nuestros Jueces y Magistrados, del empeño y generosidad de Letrados y Procuradores y de la función vigilante del Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la observancia de los nuevos preceptos, interpretarlos con cautela y acierto, así como moderar cualquier exceso y combatir las corruptelas que, desbaratando la justeza de la medida, la desnaturalicen y conduzcan al fracaso.

II

El artículo 118 en su anterior redacción, puesto en relación con el 384, 652 y 788, sólo permitía la intervención del inculpado en las diligencias sumariales —absolutamente secretas para él— desde que fuere procesado y, en las Diligencias Preparatorias del juicio en primera instancia ante los Jueces de Instrucción, desde que se adoptare en ellas alguna medida cautelar contra su persona, bienes o derechos.

Prácticamente, pues, hasta ahora sólo la acusación actuaba libremente durante la fase instructora, sin posibilidad de contradicción, orientando la prueba con ausencia total de aquel contra quien se dirigía, pues, en la realidad, el auto de procesamiento y la adopción en medidas cautelares son, generalmente, decisiones que se producen cuando la parte sustancial de la investigación está terminada.

La única garantía del reo residía así en la objetividad del Juez y en la imparcialidad del Ministerio Fiscal, que constituían el centro de equilibrio; pero ese equilibrio se quebraba por la intervención unilateral del querellante particular, no sujeto a ningún deber de imparcialidad. Y no era raro —como la experiencia tristemente lo ha demostrado— que utilizara la querrela para perseguir efectos civiles, como instrumento de coacción sobre el querrellado o como medio de preconstituir prueba para el proceso civil.

Hoy ya nada de eso será posible: «Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea» (párrafo primero del art. 118).

El momento en que puede hacerlo lo consigna el mismo párrafo con toda claridad: «desde que se le comunique su existencia (la del procedimiento cualquiera que éste sea), 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».

A renglón seguido, en el párrafo segundo, se ordena que desde el momento en que exista imputación de un delito contra persona o personas determinadas sea puesto inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.

En caso de denuncia —dice— desde que sea admitida. Como en realidad no existe un trámite específico de admisión de denuncias habrá que entender como tal el mandato judicial de comprobación de los hechos y apertura de procedimiento a que se refiere el artículo 269. A estos efectos, no debe

olvidarse que los atestados de la Policía tienen el carácter de denuncia, como previene el párrafo primero del artículo 297.

La querrela igualmente habrá de ser comunicada al querrellado cuando sea admitida, conforme al artículo 312, antes o al tiempo de ordenar la práctica de las diligencias que en ella se propusieren. En este punto es de recordar que son muchos los Fiscales que de antiguo tienen expresado su parecer de que el traslado o comunicación de la querrela, tanto al Ministerio Fiscal como al querrellado, debiera ser al momento de su presentación, concediéndoles audiencia para poder oponerse razonadamente a la admisión y aportar los elementos que puedan corroborar su petición. No se ha atendido del todo a esta vieja aspiración, pero ha sido satisfecha en parte.

También resulta del nuevo texto legal que la comunicación de la existencia del procedimiento ha de efectuarse en cualquier caso, comprendiendo, naturalmente, la iniciación de oficio, por inhibición de otro Juzgado, por orden de proceder o por otra forma que implique «cualquier actuación procesal» contra persona determinada.

En todos estos casos los sujetos de imputación podrán, desde luego, actuar su defensa valiéndose de Letrado y Procurador. El mecanismo que la reforma consigna para la designación de éstos se mantiene en términos tan parecidos a la redacción anterior que no ofrecen dificultad de interpretación.

III

En su nueva redacción, el artículo 520 desarrolla los principios recogidos en el 118, especificando la normativa aplicable a los supuestos de privación de libertad y estableciendo un orden de garantías en favor del detenido o preso, garantías que tienen rango constitucional porque sustancialmente las proclama el artículo 17.3 del nuevo texto.

En el primer inciso del párrafo primero del 520 y en el párrafo segundo señala las prevenciones relativas a la moderación con que debe ejecutarse el arresto del detenido o preso, que son transcripción literal del texto anterior.

En el segundo inciso de dicho párrafo primero se establece que «todo detenido o preso debe ser informado, desde luego, y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten».

Esta notificación de los motivos de la detención no es posible ni en muchos casos sería prudente que se extendiera a más de lo que establece a tal efecto el artículo 513 para el contenido de las requisitorias, es decir, la mención específica de la figura de delito por el que se procede. Cualquier otro dato podría arriesgar el éxito de la investigación. En relación con la información de los derechos que le asisten parece lo más recomendable e inequívoco que los agentes encargados de ejecutar el arresto entreguen al detenido una copia de este artículo 520.

El inciso final de este mismo párrafo primero que comentamos dispone que al arrestado «en ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare». Más adelante, en el párrafo tercero, se vuelve sobre esta cuestión, estableciendo que «si el detenido o preso se

niega a declarar, aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones».

Queda así a la libre voluntad del detenido dar contestación, desde luego, a las preguntas que se le formulen, aplazarlo hasta que esté presente su Abogado o negarse a contestar con o sin la presencia de su defensor.

Mucho se ha debatido esta cuestión de la licitud del silencio. Toda persona está obligada a decir verdad, pero no en su propio perjuicio. Nadie tiene obligación de condenarse a sí mismo ni de facilitar la prueba de su delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha tenido siempre en cuenta estos principios: prohíbe que al reo se le exija juramento —artículo 287—, previene que si rehúsa contestar a las preguntas que se le dirijan la única consecuencia será que se le prevenga que, no obstante su silencio, se continuará la instrucción del proceso —artículo 392— y sienta, como regla absoluta, que en los interrogatorios no se podrá emplear género alguno de coacción y amenaza —artículo 389, *in fine*.

Sin embargo, la posibilidad legal del silencio no implica su licitud y acarreará responsabilidad por los perjuicios que con él puedan causarse, sin que suponga coacción el que se prevenga al interrogado sobre este eventual peligro, así como sobre los beneficios legales que para su defensa le depara una ocasión de justificarse.

En el párrafo sexto se establece el derecho del detenido a que se comunique a los suyos el hecho de su detención, el lugar de su custodia y la petición de asistencia de Abogado si la hubiera solicitado, designando la persona a quien desea que se haga esta notificación, sea o no familiar suyo. El curso de estos avisos es voluntario para los mayores de edad, pero es obligatorio si se trata de menores o incapaces y de modo que si no se hallare a la persona a quien hubiere de cursarse la notificación se hará al Ministerio Fiscal, que procurará suplir aquella noticia respecto a quien corresponda.

IV

El resto de este artículo 520 regula el derecho del preso o detenido a la asistencia de Abogado desde el momento mismo de detención, pudiendo solicitar su presencia en el lugar de custodia. Como hemos visto, esta designación puede cursarla a su familia para que provea en consecuencia.

La designación de Abogado y el requerimiento de su presencia en el lugar de custodia no son, en esta fase de las actuaciones, ni necesarias ni forzosas, sino que, como se desprende de todo el contexto, constituyen un derecho del detenido, al cual puede renunciar por cualesquiera razones y, entre ellas, para evitar demoras cuando entienda que pueden serle perjudiciales.

Cuando haga uso del derecho a requerir la presencia de su Abogado habrá de comunicarse, en todo caso, al Colegio de Abogados, el cual, si no resulta posible la actuación del Abogado designado, dispondrá lo necesario para la intervención de un Abogado de Oficio en el lugar de custodia.

Transcurridas ocho horas desde que se hubiere cursado el aviso al Colegio de Abogados sin que hubiere comparecido ningún Letrado podrá prescindirse de su presencia y proceder a la práctica de las diligencias que se consideren urgentes, sin perjuicio de que si posteriormente compareciere

participe en los términos que la Ley señala en las diligencias que estén en curso o pendientes de practicar.

Del tenor de la Ley se deduce que no será preciso esperar al transcurso de estas ocho horas para la práctica de aquellas diligencias que por su naturaleza sean inaplazables, tales como las de levantamiento de cadáver, restablecimiento del orden perturbado, asistencia a los lesionados, amparo de las víctimas, recogida de efectos, instrumentos y huellas del delito, análisis de alcoholemia, obtención de fotografías y consignación de datos sobre elementos perocederos, así como cualesquiera otras que sean igualmente perentorias. Tampoco para recibir declaraciones de testigos, practicar reconocimientos y depósito de objetos y las demás en las que en estos momentos no está legalmente autorizada la intervención del defensor del detenido.

Esa intervención del Abogado en estos primeros momentos tiene un carácter específico de protección personal, por lo que no será necesario la asistencia de Procurador hasta que las actuaciones adquieran su desarrollo procesal.

En cuanto a la intervención del Letrado, la Ley la refiere a cuatro finalidades y a ellas deben entenderse limitadas sus facultades:

- a) Recabar que se dé lectura a este artículo 520.
- b) Asistir a los interrogatorios del detenido o preso; esta mera limitación de asistencia veda cualquier otra intervención y su presencia no puede extenderse tampoco a otros interrogatorios.
- c) Intervenir en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el detenido.
- d) Entrevistarse personalmente con el detenido o preso después del interrogatorio de éste. Es decir, que la conversación Abogado-detenido no puede producirse antes del interrogatorio.

Por último, es de observar —y el matiz tiene gran importancia— que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 527, que no ha sido modificado por la nueva Ley, este artículo 520 no será de aplicación en los casos en que se hubiere decretado la incomunicación del preso o detenido. Ello sin perjuicio de que, aun tratándose de reo incomunicado, se haya de respetar inexcusablemente lo preceptuado en el artículo 17.3 de la Constitución, es decir, que deberá ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, que no estará obligado a declarar y que puede designar Abogado que le defienda. Sin embargo, la relación personal con el Abogado le puede ser impedida mientras se mantenga la incomunicación, como previene el artículo 523, que tampoco ha sido afectado por la reforma.

V

El secreto sumarial que establece el artículo 301 ha sidó tan atenuado en la nueva redacción del artículo 302 que realmente, para las partes, lo excepcional es el secreto.

«Las partes personadas —dice el párrafo primero— podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.»

No obstante, queda exceptuado de esa intervención, por mandato del artículo 435, que no ha sido modificado, la declaración de testigos, que, como

manda la Ley, habrá de continuar recibándose «separada y secretamente a presencia del Juez Instructor y del Secretario», sin perjuicio de que después de recibida las partes puedan tomar conocimiento del acta de la declaración.

En todo caso, y cuando se considere necesario, podrá declararse el secreto total o parcial de las actuaciones para todas las partes, conforme al párrafo segundo del nuevo artículo 302, si bien atendiendo a que:

— Que sólo cabe esta declaración de secreto en las actuaciones por delitos públicos, sea o no necesaria denuncia para proceder, pero no en los delitos privados, sólo perseguibles por querrela del ofendido, en los que, senso contrario, no podrá declararse el secreto de las actuaciones.

— El secreto sólo podrá mantenerse, como máximo, durante un mes y siempre deberá alzarse diez días antes de la conclusión del sumario, sin que, en recta interpretación, sea permitido reiterarlo, cualesquiera que sean las circunstancias que sobrevengan.

— Que nada de todo esto puede ser obstáculo a la intervención del Ministerio Fiscal en los términos que establece el Capítulo II del Título IV del Libro II de la Ley Procesal Penal y las disposiciones de su Estatuto y Reglamento.

VI

La modificación de los artículos 23, 37, 53, 311, 316, 333 y 522 se ha limitado a concordarlos con los principios que inspiran al 118 y con la finalidad de dar entrada en el proceso penal, con calidad de parte, a todo aquel contra quien se dirija una imputación penal y desde el momento mismo en que conozca o le sea comunicada esa imputación.

En tal sentido, el 23 les extiende la facultad de reclamar ante el Tribunal superior por la supuesta incompetencia del Juez Instructor; el 37 les concede audiencia en el trámite de la inhibitoria; el 53 les incluye entre los legitimados para formular recusación contra Jueces y Magistrados, y los 311 y 333 les admiten también, una vez personados, entre los que pueden proponer e intervenir en la práctica de diligencias durante la instrucción.

El artículo 316 ha quedado derogado y sin contenido porque las normas que comprendía se han trasladado a los artículos 302 y 311.

En el 522 la reforma carece de trascendencia, pues se limita a sustituir la expresión «cárcel» —hoy inadecuada— por la de «establecimiento en que esté custodiado», refiriéndose al preso o detenido.

VII

Relación de vigencia de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la Ley 56/1978, de 4 de diciembre.

Esta Ley, temporal y excepcional, sobre medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados suspende o condiciona la vigencia de todos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comprendidos los que incluye o modifica la Ley que estamos examinando en cuanto contradigan o se opongan a sus medidas de excepción.

La prioridad de esta Ley especial no resulta sólo de su propia naturaleza —que sería bastante—, sino además de que, formalmente, es Ley posterior.