

XII.4- ALTERNATIVAS TERMINOLÓGICAS A LA CONDICIÓN DE IMPUTADO.

Antonio José Terrasa García

El desajuste entre lenguaje jurídico y común, que llega a distorsionar la comprensión general de las situaciones jurídicas, se agudiza con la popularización de los procesos penales por la falta de un léxico riguroso, y favorece que la condición de “imputado” se identifique con un comportamiento decididamente criminal que abate la presunción de inocencia, alentando su reemplazo por una voz menos equívoca sobre su verdadera dimensión procesal.

SUMARIO.

- A).- Lenguaje técnico *versus* lenguaje común.
- B).- Una referencia plástica.
- C).- El cambio de paradigma: una solución paradójica pero pragmática.
- D).- La condición de imputado en el proceso penal.
- E).- La imputación material.
- F).- La imputación formal.
- G).- Una zona difusa.
- H).- Las soluciones pre-legislativas.
- I).- De vuelta a la realidad.

La Comisió de Dret Públic de la Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de les Illes Balears se ha propuesto destinar parte del presente curso académico a los problemas de comunicación y especialmente de lenguaje, objetivo al que quiere corresponder este comentario sobre la terminología aplicada a quien se halla sujeto a un procedimiento penal, tan profusa y ambigua que contribuye a fomentar la confusión sobre el estado de inocencia.

A.- LENGUAJE TÉCNICO VERSUS LENGUAJE COMÚN.

El estudio y la aplicación del Derecho persiguen de modo natural, pero no sin dificultades, cierto consenso sobre la naturaleza, sentido y alcance de sus instituciones, por lo que el lenguaje jurídico presenta un inevitable grado de especialización, para poder operar conceptualmente con sus propias categorías, manejar términos de sentido inequívoco, e identificar claramente las situaciones y efectos jurídicos.

A dicha complejidad se suma la plausible exigencia de que el Derecho se exprese mediante un lenguaje común, suficientemente comprensible para sus destinatarios, que no son propiamente los juristas sino los ciudadanos tributarios del efecto jurídico correspondiente.

Exigencia de asequibilidad, tanto en el ámbito del derecho europeo continental como en la órbita anglo-americana, que sólo pretende ser exhaustiva en las esferas administrativa y negocial de consumo (donde toma decisiones un ciudadano sin especiales conocimientos ni asistencia jurídica), pero sin alcanzar igual intensidad en los terrenos judicial, forense, ni doctrinal científico, dada la escasa capacidad simbiótica entre los lenguajes jurídico y común¹; así que para concretar el “*derecho a una justicia comprensible*” se usa una fórmula ambigua² dado que el auténtico problema está en cómo alcanzar ese objetivo.

1.- FERNANDO REINOSO BARBERO. “*El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras*”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. n.º. 44, Abril 2014. pág. 57.

2.- La **Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia** reclama: “*que en las vistas y comparencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho.*”, y que “*las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico*”.

Entre tanto los reproches, al lenguaje forense y especialmente a las resoluciones judiciales por su dificultad de comprensión, cobran reflejo en los medios de comunicación, que informan sobre los asuntos judiciales de interés general a través de los mass-media, fomentando habitualmente una divulgación de las situaciones y consecuencias jurídicas en términos asequibles, asistidos desde los Gabinetes de comunicación que el Consejo General del Poder Judicial mantiene en cada Tribunal Superior de Justicia, que velan por un desarrollo armónico del principio de publicidad en las actuaciones procesales, procurándoles una proyección general, más allá de los personalmente presentes en ellas, para favorecer su transparencia y para auxiliar en su debida comprensión.

B.- UNA REFERENCIA PLÁSTICA.

Ilustra la difícil convivencia entre lo técnico y lo común una creciente y justificada preocupación por los desalojos judiciales de vivienda, que al parecer hacen inevitable la alusión al “desahucio”, un procedimiento judicial declarativo y simplificado –pero no de ejecución– que persigue la recuperación del inmueble por finalización del plazo contractual, por incumplimiento de otras condiciones, o por impago de la renta que –frecuentemente– puede corresponder a un arrendamiento, pero que desde luego nunca responde, ni puede responder, al desalojo por ejecución de una hipoteca.

Pero es tal la inclinación a identificar “desahucio” con lanzamiento o desalojo, que casi todos los desalojos o lanzamientos forzosos de vivienda aparecen como “desahucios”, incluyendo las ejecuciones de hipoteca que desde luego no responden a procedimiento de desahucio alguno³.

No es que con ello se proporcione una información inadecuada ni errónea en lo sustancial, porque la información sigue siendo perfectamente correcta en cuanto a los hechos que importan, pero carece de justificación un uso tan persistente como equivocado del término técnico “desahucio”, especialmente porque resulta innecesario para una información de carácter generalista, y máxime cuando ese mismo empeño puesto en boca de un experto podría fácilmente ser tachado de erudito, purista, diletante, pretencioso, o algo peor.

Valga decir que, consolidada la referencia informativa, deviene inútil cualquier esfuerzo por corregir la tendencia, no desde luego por dificultad de

3.- JAUME V. AROCA y SILVIA ANGULO. *“El 90 % de los desahucios en Barcelona son por impago de alquiler”*. LA VANGUARDIA. Barcelona. 16/06/2014: “Lo menos de estos desalojos, no más del 10 %, son todavía desahucios por impago hipotecario, y el resto, hasta el 90 %, corresponde a lanzamientos por impago de alquiler”.

comprensión o falta de interés, sino porque la comunicación de masas impone su propia dinámica a un lenguaje donde la idea inherente a una noción técnica llega a ser suplantada por una creencia que, derivada de su entendimiento popular o su interpretación no experta, se alimenta a sí misma hasta llegar a ser manejada con envidiable soltura.

C.- EL CAMBIO DE PARADIGMA: UNA SOLUCIÓN PARADÓJICA PERO PRAGMÁTICA.

Que la creencia opuesta a la idea llegue a ser predominante por su difusión en masa, no sólo constituye un reflejo inapelable de la difícil conexión entre lo técnico y lo asequible, sino que además alumbrá otras consecuencias –también derivadas de esta interacción lingüística– porque la distorsión puede acabar comprometiendo la virtualidad de la figura jurídica concernida (o de otras conexas) y hacer que los esfuerzos doctrinales se encaminen hacia una solución paradójica pero pragmática⁴, que pasa por alterar el paradigma y cuestionar la utilidad de la terminología técnica, o cuanto menos plantear su cambio para enmendar una percepción tan equivocada como extendida.

Podrá decirse que ello responde a simple diletancia académica, o a un decadente empeño en corregir nociones erróneas desde un prisma exclusivamente técnico, aunque también debería contar la conveniencia de preservar la virtualidad y la eficacia de los instrumentos con que afrontar y dar respuesta coherente a los problemas jurídicos.

Nótese, sin ir más lejos, que el respeto a las necesarias garantías en el proceso judicial somete la realidad a un filtro reductor porque, pese a que en el proceso quepa toda realidad sin embargo no cabe en él de cualquier forma, así que los jueces por sistema cuestionan, ponen en duda, o en tela de juicio, lo que casi todo el mundo puede haber dado ya por supuesto, porque además de creer hay que probar, comprobar bajo determinadas condiciones, que a menudo restringen la libertad de valoración, entrando en pugna con creencias o convicciones previamente ya asentadas con mayor o menor fundamento.

Y de ahí la desorientación, la frustración, y hasta la deslegitimación, cuando el resultado del proceso no coincide con la creencia que deriva de la información ofrecida sobre los asuntos *sub iudice*, generándose riesgo de sustitución del proceso por el llamado juicio mediático, tanto que el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite restringir las libertades

4.- Según el diccionario de la RAE, pragmático/a es, en una de sus acepciones, la disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los usuarios y las circunstancias de la comunicación.

de información y expresión para la “*protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial*”.

También en esto resulta insustituible la prudente administración de los roles y el respeto a los respectivos ámbitos, especialmente cuando la información atañe a asuntos penales, cuya masiva divulgación inclina a trivializar planteamientos y soluciones, con un inherente desdén por la opinión de los expertos, cuyas “*disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales*”⁵.

Dificultad que aumenta al informar sobre actuaciones de publicidad restringida, especialmente durante la fase de investigación criminal, sujeta a un equilibrio delicado por el riesgo de que la información veraz en aspectos de interés general produzca interferencias perjudiciales para la propia investigación y para los derechos fundamentales circundantes.

D.- LA CONDICIÓN DE IMPUTADO EN UN PROCESO PENAL.

Sea como fuere, la información masiva sobre los asuntos judiciales, que apareja una divulgación extensa de estas situaciones y sus acontecimientos conexos, ha incorporado una popularización de términos técnicos relacionados con el procedimiento criminal, tales como denunciado, querellado, sospechoso, investigado, imputado, indiciado, encausado, encartado, procesado, inculcado, acusado...⁶

Son términos de uso tan frecuente como confuso, respecto de los que no en pocas ocasiones se padecen serias dificultades de armonización con su correspondiente sentido o significado jurídico⁷, bien por la reproducible ambivalencia del propio lenguaje jurídico (ya que en ocasiones una misma

5.- JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS “*La nueva política criminal española*”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº. 17. 2003. página 18.

6.- FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. “**ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Décima lectura constitucional**”. Atelier, Barcelona 2011. pág.127: “*Es tan rica y polifacética la nomenclatura que no existe acuerdo doctrinal ni legal en cuanto a la denominación que mejor resume este status procesal de parte: inculcado, reo, encartado, encausado, imputado, son algunas de las denominaciones que recibe este sujeto pasivo del juicio penal*”.

7.- JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO. “**Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal**”. Editorial Trivium. Madrid. 1999. Pág.23: “*La imprecisión terminológica que impera en la LECrim para referirse al sujeto sometido al proceso penal parece aclararse, en cierta medida, con la referencia, en su art. 118 al imputado (“toda persona a quien se impute un hecho punible...”)*”.

palabra acoge acepciones jurídicas diversas, o peor, ambiguas); o también por la dificultad para trasladar su exacto significado (requerido de matizaciones o sutilezas difícilmente perceptibles, cuando no despreciables, o al menos no apreciadas, por unos destinatarios de la información que no son expertos).

En especial el problema se ha suscitado en torno a la condición del “imputado”, un término que permanecería enredado sin más contratiempos entre la maraña de alusiones a la situación procesal de quien se ve sujeto a un procedimiento penal, si no fuese por su generalizada identificación con un comportamiento criminal sin paliativos.

Tal creencia –no siempre fundada y a menudo errónea– se aleja de la noción técnica, y corroe la presunción de inocencia con tal fuerza que impele a sustituir el término a menudo mal entendido, para tratar de paliar así el demoledor impacto en el derecho fundamental de la persona.

E.- LA IMPUTACIÓN MATERIAL.

Para transmitir una idea asequible sobre la situación de quien simplemente está siendo “investigado” sería lo más lógico denominarlo así exactamente, lo que favorecería una coincidencia sustancial de la situación con el sentido y la dimensión del procedimiento en ese instante, y en cualquier caso probablemente fuese suficiente buscar un término más suavizado, o mejor más expresivo en términos de comprensión general sobre esta situación provisional, remarcándola como pendiente de un auténtico esclarecimiento, para que no se vinculara automáticamente con un comportamiento que arroja sombras razonables de criminalidad, o con una irremediable actuación ya de por sí delictiva.

Sin embargo una solución puramente nominalista no resulta tan sencilla dada la elasticidad conceptual del término “imputado”, lo que ha alentado más todavía el debate jurídico sobre la conveniencia de sustituirlo.

A partir de ello la solución se complica, porque no sólo se trata de buscar un término más expresivo, más coloquial, o más comprensible, sino de aproximarlo además a la dimensión jurídica que le corresponde, lo que también demanda algún entretenimiento.

Con carácter general la situación del “imputado” ha venido ligándose a aquella persona contra la que de alguna forma se dirige el procedimiento judicial, es decir la atribución, más o menos fundada, de la comisión de unos hechos punibles a persona determinada⁸: una concepción material o amplia

8.- MONTÓN REDONDO, A. “*Derecho Jurisdiccional*”, tomo III, Proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.1997, pág. 202.

de la imputación, caracterizada por la sujeción al procedimiento judicial penal en su primera fase.

En base a tal concepción resulta exigible la previa apertura de un “procedimiento judicial” acordada para sustanciar una “investigación”, de forma que si ésta prospera y arroja datos o elementos que corporeicen una actividad probablemente criminal, la investigación se transformará en “instrucción”, avanzando en el procedimiento –por sus correspondientes trámites– para depurar las eventuales responsabilidades de esa naturaleza.

Quizá convenga adelantar que la frecuente asimilación entre investigación e instrucción viene propiciada por una transición no felizmente superada desde el procedimiento inquisitivo al acusatorio, siquiera sea el formal, porque el puro anda atascado en proyectos de futuro⁹ desde que resta recuerdo.

I.- A trazo grueso puede apuntarse que la investigación dirigida por el juez con carácter secreto era inmanente al procedimiento inquisitivo, sin conocimiento y por ende sin posible intervención activa del imputado, del sujeto investigado por el juez secretamente, quien al final de una “investigación” secreta se veía sorprendentemente sometido a la llamada confesión con cargos, trámite que posibilitaba la “instrucción” porque a partir de él se establecían y concretaban los hechos objeto del proceso, pero sin que ninguna de las partes hubiera tenido posibilidad de intervenir, y en consecuencia sin asomo del derecho de defensa hasta que –con el avance hacia el sistema acusatorio formal– la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 introdujo los artículos de previo pronunciamiento para permitir que, finalizada la fase de investigación con su correspondiente instrucción (ambas carentes de defensa), pudieran las partes (ya asistidas y defendidas) plantear en el juicio cuestiones invalidantes para evitar su innecesaria celebración viciada, bien que el derecho de defensa sólo se concedía tras haber finalizado la fase de “instrucción”, y no antes¹⁰.

II.- Nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), cuyo texto fue aprobado por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, al avanzar en el sistema acusatorio formal (con el decidido y no siempre bien logrado propósito de restar peso determinante a la fase de

9.- Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 2011; y Anteproyecto de Código Procesal Penal. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 2013.

10.- MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN. “*El origen histórico de las cuestiones o artículos de previo pronunciamiento: el por qué de una figura obsoleta*”. Boletín de Información. Ministerio de Justicia. Año LV. NUM. 1887. 15 Febrero 2001. Madrid. Pág. 703 y ss. (5 y ss. del Boletín).

“instrucción” para atribuírselo correlativamente en plenitud al juicio oral, al plenario), reconoció el derecho de defensa ya durante la fase de “instrucción”, pero sólo a partir del Auto de procesamiento (Art. 384 LECrim.) y no antes, o sea desde que la imputación (hasta entonces material) se transformase en imputación formal.

III.- La entrada en vigor de la Constitución Española (CE) dió rango constitucional al derecho de defensa en sus arts. 17 y 24, de modo que la Ley de 4 de diciembre de 1978 adaptó el art. 118 de la LECrim. a estas exigencias supra-legales obligando a poner en conocimiento inmediato del afectado la simple admisión a trámite del procedimiento penal tras la denuncia o querrela¹¹, lo que en realidad supone una imputación meramente material respecto de la que resulta disonante la referencia final de este art. 118 LECrim. a los “*presuntos inculcados*”, un cóctel de difícil digestión porque la “inculpación” está conceptualmente más próxima a la probabilidad de delito que a la simple posibilidad inherente a la imputación material, pues en cualquiera de sus acepciones entraña una afirmación de culpa, o mejor de culpabilidad (sin que convenga ahora entrar en este detalle), mientras que aquí se trata simplemente de comunicar a los afectados la apertura o la existencia de la investigación que les concierne y a la que quedan sometidos (ya puestos, sin duda sonaría mejor “presuntos implicados”); y para tratar de arreglarlo, seguramente sin demasiada fortuna, el legislador adjetivó esta inculpación *sui generis* como “presunta” (vocablo cuyas peripecias por su desajustado empleo daría para un comentario autónomo), cuya aplicación –en este caso a la inculpación– constituye otro lamentable estrago terminológico porque fuerza a tenerla que presumir junto con la inocencia: una irreconciliación fatal, a resolver por el rango constitucional de esta última; embrollo al que ha apuntado el Tribunal Supremo sin excesiva energía¹².

IV.- La siguiente modificación estructural, ya perteneciente al presente siglo XXI, aconteció cuando el art. 771.2.1º LECrim. sobre el Procedimiento

11.- Art. 118 de la LECrim.: “*Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que este sea*”, desde que se le comunique su existencia (...) *La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados*”.

12.- Auto TS 19 Jul. 1997: “...*el imputado por el delito (ver art. 118 procedimental) se sitúa en un plano de menor intensidad penal que el inculcado o procesado (...) Es también (la del imputado) una situación temporal que jurídica o procesalmente es o puede ser precursora de la inculpación o del procesamiento, aunque pueda ser discutible muchas veces la efectiva, real y concreta diferenciación entre tales conceptos a la hora de establecer los efectos que la comparecencia de unos u otros pueda originar*”.

Abreviado, redactado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre¹³, extendió con acierto el derecho de defensa a las actuaciones policiales, imponiendo a la Policía Judicial la obligación de informar del modo más comprensible al imputado no detenido sobre “los hechos que se le atribuyen y los derechos que le asisten”. Modificación que generó una nueva alteración conceptual, porque la tradicional ligazón entre imputación material y derecho de defensa dejó de pertenecer en exclusiva al procedimiento judicial por haber pasado a ser materialmente “imputado” el sujeto sometido a la investigación criminal abierta por un policía o por un fiscal, y no sólo por un juez.

V.- Pero si bien cualquiera de estas investigaciones (policial, fiscal, o judicial) debe garantizar el derecho a ser informado de la investigación y el derecho de defensa, sólo la de naturaleza procesal asegura –además– la intervención de la única Autoridad independiente y una decisión “motivada” sobre la apertura del procedimiento¹⁴. Y ello apareja efectos concretos, pues la legitimación del Estado para perseguir las infracciones criminales decae por el transcurso del tiempo, y las diferencias de criterio sobre la prescripción de los delitos y las faltas entre el Tribunal Supremo (sosteniendo que para interrumpir el plazo prescriptivo bastaba la interposición de la denuncia o de la querrela)¹⁵ y el Tribunal Constitucional (que requería –además– su admisión por el juez)¹⁶, desembocaron en la salomónica Ley Orgánica 5/2010,

13.- Artículo 771 LECrim.: “En el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias: (...) 2.ª Informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2.”

14.- Véase el art. 269 LECrim. sobre abstención de todo procedimiento ante una denuncia manifiestamente falsa o cuyos hechos no revistan caracteres de delito, el art. 309 bis LECrim. sobre traslado inicial de la imputación por delitos cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado, y los arts. 312 y 313 LECrim. tanto sobre inadmisión de la querrela a trámite como sobre desestimación inicial de la querrela por falta de tipicidad o de competencia.

15.- STS 2ª 27 Dic. 2010: *“esta ley modifica el apartado 2 del art. 132 del Código penal confiriendo un modo de interrumpir la prescripción que se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción.(...) el precepto parece partir exclusivamente de tal modo de incoación de una causa mediante los aludidos modos de denuncia o querrela, pero indudablemente la amplitud de la norma ha de significar que los actos previos de investigación judicial deben tener virtualidad interruptora”*.

16.- STC 133/2011, de 18 de julio, STC 29/2008, de 20 de febrero, y STC 63/2005, de 14 de marzo acerca de que la querrela o denuncia “es una -solicitud de iniciación- del procedimiento”, pero “no un procedimiento ya iniciado”, por lo que además se requiere un “acto de interposición judicial” (STC 29/2008, de 20 de febrero) o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo).

de 22 de junio, que redactó el apartado 2 del art. 132 del Código Penal (CP) donde se condiciona la interrupción de la prescripción a la presencia de una decisión judicial “*motivada*”¹⁷ que atribuya la participación de alguna persona concreta en una infracción criminal (habitualmente en el Auto de incoación del procedimiento, o de admisión a trámite) dentro del plazo de seis meses para los delitos y de dos meses para las faltas a contar desde la presentación de la denuncia o querella.

No creo que esta exigencia de motivación liminar o inicial relacionada con los hechos, datos, notas, elementos, y/o circunstancias de posible dimensión criminal (cuya noticia viene proporcionada por la denuncia o la querella) que justifiquen la apertura de la investigación (la imputación material), equivalga o sea identificable con la atribución razonada de indicios criminales fruto de la investigación (la imputación formal).

Y no lo creo porque tal exigencia de motivación inicial ha de ser congruente con el momento y estado –incipientes– del procedimiento que se trata de instalar, pese a que como criterios bastantes para justificar la apertura de la investigación se barajen con abierta y desaconsejable indiscriminación los términos “verosimilitud”, “sospecha”, o “indicio”, cuando desde luego no son equivalentes. Tal es la falta de definición terminológica en este punto, que la dudosa posibilidad de utilizar dichos criterios como verdaderas categorías se manifiesta en una habitual tendencia a la adjetivación en función de su intensidad o debilidad: suficientemente verosímil, intensidad de la sospecha, sospecha fundada, sospecha vehemente, indicio accesible, indicio insuficiente, etc..., tratándose en definitiva de una pauta lógica enfocada a la objetividad de la valoración para desterrar cualquier apreciación subjetiva, infundada, o arbitraria.

Exigencia de motivación que lógicamente varía y se intensifica paulatinamente con el avance de la investigación, guardando correlación gradual con el momento en que la investigación se encuentre y con las pesquisas verificadas¹⁸; y ello tanto en sentido positivo como negativo, es decir hasta alcanzar un punto en que las indagaciones ofrezcan idoneidad para formular una evaluación racional y expresa de consistencia, o por el contrario desemboquen en un estado de impotencia investigadora, irrealidad del suceso, o falta de entidad criminal.

17.- Art. 132.2.1º CP: “Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.”

18.- Y así cuando el art. 132.2.1º CP alude a la motivación, distingue entre la hecha “*al incoar la causa o con posterioridad*” (véase nota 9).

En el primer caso, cuando de la “sospecha” inicial se pasa al “indicio”, se abre una nueva frontera que marca el tránsito hacia la zona de tangencialidad entre la imputación material y la formal.

F.- LA IMPUTACIÓN FORMAL.

Dado que la imputación material consiste en atribuir a alguien la comisión de un delito más –o incluso “*menos*”– fundadamente, basta poder “conjeturar” en función de la simple verosimilitud o las meras sospechas, y poca duda cabe de que –en términos coloquiales– tal situación respondería mejor a la categoría de “sospechoso” o “investigado”.

En cambio “imputar” significa (en su primera acepción) atribuir, achacar, o asignar a alguien la participación en un hecho reprobable, en este caso un hecho criminal, lo que ya exige alguna fundamentación que se concreta justificando la concurrencia de “indicios” que requieren “conocer” o “inferir” a partir de datos palpables o al menos extrovertibles, en lugar de simples conjeturas sin fundamento suficientemente sólido.

Y así es que la imputación formal incorpora una valoración razonada¹⁹ acerca de que la investigación (abierta en base a simples sospechas) ha proporcionado elementos indiciarios que ya permiten una atribución de criminalidad que es provisional, pero que asimismo es formal, argumental y consistente (ya no incipiente o puramente elemental), es decir que permiten “imputar”, achacar, atribuir, o asignar razonablemente, con argumentos, la actividad criminal a determinada persona, bien que con carácter provisional, lo que abona el empleo del término “imputado” para identificar esta situación (que es de imputación formal), frente a la del simple “sospechoso” o “investigado” (que es de imputación material).

Pero nuestra centenaria LECrim. (redactada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882), en lugar de diferenciar entre sospechoso o investigado (por conjeturas) e imputado (por indicios), estableció originariamente una terminología dual y equívoca al distinguir entre “imputado” (el sujeto que está siendo materialmente investigado y sometido al procedimiento) y “procesado” (el sujeto a quien el juez ya designa formalmente como imputado una vez comprobada la concurrencia de indicios sobre la criminalidad de su conducta).

19.- JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO. Op. cit. pág. 48: *“Este juicio de probabilidad entraña un reforzamiento del juicio inicial acerca de la posibilidad de responsabilidad criminal de un sujeto concreto en la comisión de un delito. La diferenciación entre posibilidad y probabilidad se distingue por la intensidad de los elementos de convicción...”*

Tal distinción terminológica se mantiene todavía para el Procedimiento ordinario, donde la imputación formal se halla vinculada a la institución del procesamiento²⁰, exigible desde que aparezca “*algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona*”²¹.

Bien que para mayor complicación terminológica, al regular la institución del procesamiento se añadió la redundante expresión “*indicio racional*”, otra muestra añadida de debilidad terminológica al asumir, o al menos parecerlo, la posibilidad de otros indicios no racionales, es decir absurdos o ilógicos, lo que entraña cierto contrasentido que podría explicarse (sin justificarlo) por la necesidad de que las sospechas iniciales (menos exigentes por apuntar a la mera posibilidad del hecho delictivo) hayan dado paso a la constatación de verdaderos y auténticos “indicios”, lo que ya exige capacidad de comprobación (aunque sea provisional para no lesionar la presunción de inocencia) con que establecer una corroboración lógica y formal, apoyada en los elementos suministrados por la investigación que autoricen a afirmar la probabilidad del hecho delictivo, más allá de la simple posibilidad.

La superación del sistema inquisitivo condujo a nuestra todavía vigente LECrim. a vincular la institución del procesamiento no sólo con la imputación formal, sino también con el derecho de defensa hasta entonces inédito durante la fase de sumario o de instrucción, lo que incorporó un aumento de garantías.

Bien que al haber sido (como se ha adelantado) constitucionalmente previsto el derecho de defensa desde el inicio de la investigación criminal, quedó en dique seco la supeditación de este derecho fundamental (de defensa) a la imputación formal (al procesamiento), por lo que el estatus de “procesado” carece de la mencionada vinculación originaria con el derecho de defensa (ya que éste viene atribuido con carácter inicial y sin dependencia alguna del procesamiento²²), quedando reducido a una evaluación judicial explícita de

20.- JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO. Op. cit.. Pág. 15: “*el auto de procesamiento, como resolución judicial del órgano instructor que ha originado en nuestro ordenamiento la idea de la imputación formal, constituye una figura típica y genuina de nuestro proceso penal ordinario, sin que en los países de nuestro entorno exista una figura idéntica.*”

21.- Art. 384 LECrim.: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley. El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de Letrado, mientras no estuviere incomunicado, y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen, y para formular pretensiones que afecten a su situación...”

22.- Arts. 118 y 771.2.1º, ambos de la LECrim. (véanse las notas 6 y 7).

que ya concurren auténticos indicios (no meras sospechas) sobre la participación de persona concreta en un hecho punible.

Pese a todo, en nuestro sistema acusatorio formal, donde el juez que dirige la investigación también es competente para la instrucción, y además lo es asimismo para la fase intermedia en el Procedimiento abreviado, la existencia de un acto formal de imputación (se llame o no procesamiento) se revela extraordinariamente útil para asegurar el respeto al derecho de defensa, pues a su tenor se fijan o establecen los hechos (resultantes de la investigación) a que deberá ceñirse posteriormente la acusación.

Si bien para hacerlo así, como conviene, surge un escollo añadido en el actual Procedimiento abreviado, porque carece de un instrumento procesal adecuado para la imputación formal, carece de “procesamiento”, carece de un acto procesal mediante el que se formalice la imputación argumentando la concurrencia de indicios.

La razón de esta carencia estriba en que el juez, al dirigir la “investigación”, asume un rol de naturaleza inyectiva, que deriva de su interés en la persecución del delito, lo que puede entrañar una implicación parcial y (por tanto descalificatoria) como órgano de la fase intermedia encargado de valorar –más adelante– la suficiencia de la acusación.

Quizás no sea ahora momento de incidir en la problemática relacionada con la declaración de inconstitucionalidad emitida sobre esa pluralidad de cometidos: investigación/instrucción/fase intermedia (que determinó la creación del “procedimiento abreviado para determinados delitos” (PADD) por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)²³, por lo que basta apuntar que –para superar esta dificultad– en dicho procedimiento abreviado se eliminó la institución del procesamiento, se suprimió el acto formal de imputación, y en su lugar se prevé que el juez encargado de la “investigación” se limite a señalar que a su parecer está la misma suficientemente conclusa, y como encargado de la “instrucción” determine si la causa se ha de sobreseer o por el contrario ha de continuar, y en este caso con arreglo a qué procedimiento deben seguir los trámites, pero sin emitir valoración propia formal sobre el resultado de la investigación, o sea sin evaluar explícita y formalmente los indicios de criminalidad concurrentes (para tratar de evitar su

23.- JULIO J. MUERZA ESPARZA. “**El proceso penal abreviado**”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2002. pág.17: “*Los días 16 y 22 de octubre de 1987 dos Juzgados de Instrucción (el núm. 2 de Palma de Mallorca y el 9 de Madrid, respectivamente) dictaron sendos Autos planteando al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad (...) El alto Tribunal resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad en la Sentencia 145/1988, de 12 de julio (...) La previa instrucción de la causa hace del instructor un Juzgador objetivamente “prevenido”, que ya ha prejuzgado a favor o en contra del reo.*”

contaminación, su pérdida de imparcialidad objetiva).

Las dos decisiones (finalización de la instrucción + continuación del procedimiento por los trámites que correspondan) se reúnen en una sola resolución: el Auto de acomodación o transformación del procedimiento (art. 779 LECrim.)²⁴, mediante el que se ha pretendido desconectar la función investigadora de aquella otra que –como órgano de fase intermedia– le competirá después para resolver si procede o no la apertura del juicio oral en vista de si la acusación ya formulada es o no consistente, en función de si tiene o no suficiente fundamento.

Aun así resulta bastante obvio que la ausencia de un acto de imputación formal (que explique los indicios racionales de criminalidad derivados de la investigación concluida) no evita que implícitamente deban existir los que apoyen la decisión de no sobreseer sino continuar el procedimiento, lo que exige un equilibrio sumamente inestable para satisfacer la exigencia de motivación sin perder imparcialidad, una acrobacia arriesgada para la convivencia armónica de los diferentes derechos fundamentales en conflicto a la que aboca, con no pocos problemas, el procedimiento abreviado.

24.- Art. 779 LECrim: “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. 2.ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento. 3.ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. 4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquella en los términos previstos en el artículo 775. 5.ª Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801. 2. En los tres primeros supuestos, si no hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su recepción, las devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de “visto”, procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de lo resuelto.”

Carencia de una herramienta formal que ha necesitado ser suplida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo²⁵, exigiendo que –para salvaguardar el derecho de defensa– se haya informado y dado posibilidad de defenderse al investigado, para evitar que la ausencia de un acto formal de imputación (la falta de una explicación formal sobre la concurrencia de indicios racionales resultantes de la investigación) desemboque en indefensión efectiva, o lo que es igual evitar que se formalice una acusación por hechos sustancialmente ajenos a la investigación desarrollada y sobre los que no haya podido defenderse eficazmente.²⁶

La cuestión es que aquella distinción entre un “sospechoso” o un “investigado” (alguien materialmente imputado) y un “procesado” (alguien ya formalmente imputado), carece de *locus standi* en el Procedimiento abreviado, donde el término “imputado” cubre indiscriminadamente ambas facetas, lo que suministra todavía mayores dosis de inconcreción y reduce la capacidad para reflejar de modo más comprensible la situación procesal exacta, o más exacta para cada momento, de manera que para evitar –en la medida de lo posible– la afectación del estado de inocencia parece conveniente que la imputación material determine la condición de “sospechoso” o “investigado”, reservando la de “imputado” a quien se asignen formalmente indicios de criminalidad como resultado de la investigación.

25.- STS 2^ª 8 Mar. 1996: “Las muy recientes SSTS 1123/1995, de 15 noviembre y 193/1996, de 5 marzo, recogen la doctrina de la STC 152/1993, de 3 mayo, que señala que «es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990 y reiterada en las SSTC 128/1993 y 129/1993) la de 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, que el Juez adopte una resolución de archivo o de 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. 789.4 de la LECrim.”

26.- SANTIAGO ORTÍZ NAVACERRADA. Prólogo a la obra “**Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal**”. Editorial Trivium. Madrid. 1999. Pág. 19: “Una corriente doctrinal, de fuerte auge en las décadas cincuenta y sesenta, puso particular empeño en destacar y censurar los aspectos negativos de la institución del procesamiento: singularmente se aducía que restaba los momentos de acceso a la instrucción y defensa del imputado en el proceso en curso, y que comportaba una penosidad anticipada por su fuerte impacto en el crédito social del afectado. Se olvidaban, en cambio, aspectos ciertamente positivos del instituto: en particular, el control por el Juez Instructor de la posición, irremediamente afflictiva, del sujeto pasivo del proceso penal, con su correlativa derivación de servir de presupuesto de la acusación en el juicio oral, sólo eficaz frente a persona previamente procesada.”

G.- UNA ZONA DIFUSA.

La declaración hecha por un testigo expuesto a riesgo de imputación –si no disipa las dudas existentes– podría resultarle perjudicial, pues declaró estando obligado a colaborar con la investigación y a someterse a las consecuencias de no decir la verdad, lo que le podría llevar a autoinculparse sin garantías.

Una situación que, afectando al derecho a ser informado de la acusación y al de defensa, genera confusión sobre la correspondiente situación o estatus en el procedimiento, pues su posición procesal como testigo puede llevarle de facto a una declaración auto-imputatoria sin las debidas garantías, frente a lo que ha tenido que reaccionar la jurisprudencia²⁷.

En Francia se ha dado respuesta a este problema introduciendo la figura del “testigo asistido”²⁸, al que se le permite contar con asistencia letrada en preservación de ese fundamental derecho, y asimismo en Italia se regula la transmutación de una declaración testifical en imputatoria con las correspondientes garantías.²⁹

27.- STS 2ª 8 Mar. 1996: “Las muy recientes SSTS 1123/1995, de 15 noviembre y 193/1996, de 5 marzo, recogen la doctrina de la STC 152/1993, de 3 mayo, que señala que «es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990 y reiterada en las SSTC 128/1993 y 129/1993) la de que (...) 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 proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1 y 2 LECrim), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de nulidad.

28.- **Código de Procédure Pénale:** Art. 113-2 “*Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté.*”

29.- **Codice di Procedura Penale:** Art. 63 Dichiarazioni indizianti -1 Se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 2. Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate.

H.- LAS SOLUCIONES PRE-LEGISLATIVAS.

De la preocupación por hacer comprensible la situación de quienes se encuentran sujetos al proceso penal son reflejo elocuente los diferentes textos presentados como anteproyectos de ley, que han mostrado cuidadosos con la terminología, han sistematizado y homogeneizado en buena medida las designaciones, aunque sin lograr unificarlas por completo, y reducido sustancialmente los términos con que referirse a las situaciones procesales, para reducir la inconveniente afectación del estado de inocencia.

Dado que en todo caso caminan hacia un sistema acusatorio puro cuya investigación dirige al Ministerio Fiscal, carece ya de sentido la tradicional distinción entre imputación material y formal, puesto que no se prevé intervención judicial valorativa del resultado de la investigación, sino que en función de su resultado se formalizará o no la acusación, con la que se abrirá paso la vía judicial valorativa, hacia el sobreseimiento o la apertura del juicio, lo que facilita el uso de una nomenclatura menos florida, pues de la investigación se pasa directamente a la acusación o al sobreseimiento.

1.- El Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal de 2011 incluye un Título II bajo la rúbrica *“Los sujetos del proceso penal”*, cuyo Capítulo I se intitula *“El investigado”*, con referencias constantes y unívocas a ese término a partir de que es designado como *“la persona contra la que se dirige el procedimiento”* (art. 31. Derecho de defensa), o en su defecto se habla de *“persona sometida a investigación”* (art. 33.1), sin perjuicio de alguna alusión al *“sospechoso”* (art. 239.1) que quiebra la homogeneidad terminológica.

Y su art. 379.2³⁰ aborda la problemática de la declaración testifical transformada en imputación.

2.- La simplificación terminológica es igualmente apreciable en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, cuya Introducción a su Exposición de Motivos señala: *“La persona física o jurídica, o ente sin personalidad al que se le atribuye el hecho punible se denomina encausado. Con dicha denominación el Código pretende evitar el estigma social que acompaña al término imputado, mediante la utilización de una expresión de mayor neutralidad, pero suficientemente significativa de la posición del sujeto pasivo dentro del proceso, dirigido contra él, una cualidad esencial definitoria del status de parte pasivamente legitimada de la que nace, entre otros, el derecho fundamental a la defensa.”*

30.- *“2. El testigo no estará obligado a declarar sobre hechos o a contestar preguntas de las cuales pueda derivarse su propia responsabilidad penal. Si en el curso de su declaración se pusiera de manifiesto esta circunstancia, se suspenderá inmediatamente la diligencia y se procederá conforme a lo establecido en esta ley para la declaración del investigado.”*

En su Libro I sobre los “*Sujetos y objeto del proceso penal*” se incluye el Título II relativo a “*Las partes*”, cuyo Capítulo II dedicado al “*encausado*” precisa en su art. 46 que “*Son encausados todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigados o encausados en el proceso penal.*” Como se ve, en esta referencia al “encausado” asoma, de nuevo bajo la ambigua sombra del equívoco, una diferencia final entre investigado y encausado, inexplicable pues en el resto del articulado el vocablo “investigado” resulta constantemente referido al hecho o al delito, pero no al sujeto, que siempre es designado como “encausado”.

Y su art. 374³¹ aborda la problemática de la declaración testifical transformada en imputación.

I.- DE VUELTA A LA REALIDAD.

Pese a todo conviene reconocer que la mayor precisión terminológica no proporcionará por sí sola un antídoto suficientemente eficaz para restar popularidad a la creencia de que el simple sometimiento a una investigación criminal constituye de por sí, o al menos equivale, a una afirmación más o menos encubierta de comportamiento criminal, aunque ello entrañe un adelanto del resultado del juicio, o sea un prejuicio, con inherente desprecio a la posibilidad de sobreseimiento o en su caso de absolución, y la correspondiente debilitación fáctica del estado de inocencia.

En este sentido, ni siquiera la experiencia suministrada por sistemas de corte acusatorio puro y principio de oportunidad –como el norteamericano– ofrece resultados altamente esperanzadores³², porque la proclividad a la evitación del juicio mediante los mecanismos *plea guilty* o *plea bargaining* (que envuelven u cuestionado reconocimiento de culpabilidad y renuncia de derechos procesales³³) no sólo responde a una posible merma del crédito

31.- Artículo 374.- Declaración perjudicial para el testigo. 1.- Ningún testigo está obligado a responder a las preguntas de cuya respuesta pudiera derivar para él, o para alguna de las personas a que se refiere el artículo 370.1, el peligro de ser perseguido por la comisión de un delito. Si el testigo ofreciese respuestas de las que pudiera derivarse su responsabilidad, se suspenderá inmediatamente su declaración.

32.- LUCIAN E. DERVAN y VANESSA A. EDKINS. “*The Innocents Defendant’s Dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocent problem*” *Journal of Criminal Law and Criminology*. (HTML) (Digital).

33.- ELLEN YAROSHEFSKY “*Ethics and plea bargaining*”. American Bar Association. (www.americanbar.org).

social, sino que en el ámbito de la denominada delincuencia económica, donde existe una sensibilidad severa a las reacciones adversas del mercado, la más tenue sospecha de criminalidad derivada de la investigación penal inclina al pacto con la Fiscalía que la tiene a su cargo, para evitar la que esté en ciernes, o cerrar lo antes posible la que esté en curso, todo para reducir o minimizar el grave impacto derivado de una publicitación demoledora en términos comerciales para la imagen corporativa o de marca (un barómetro difícil de cuestionar en términos puramente lingüísticos, dialécticos, académicos, o filosóficos) que en nuestro derecho podría empezar a percibirse con más claridad como consecuencia de la responsabilización penal de las personas jurídicas.

Es probable que el problema no se reconduzca suficientemente por emplear términos procesales más exactos y elocuentes, lo que no autoriza la renuncia a mejorarlos, sino por ofrecer en cada caso una información desde luego veraz pero también más precisa sobre el verdadero alcance de la investigación o del proceso en curso, por compatibilizar en mejor medida la convivencia entre información y procedimiento, y finalmente por establecer una mejor correspondencia entre el perjuicio irrogado al prejuzgar sin suficiente consistencia y el resarcimiento consecuente.

Y quizá sea importante insistir en que, si bien en el proceso cabe toda realidad, sin embargo no cabe en él de cualquier forma, de modo que la virtualidad de los términos técnicos radica en proporcionar una referencia clara a la dimensión que cabe dar a la realidad interiorizada o asumida por el proceso en cada momento, a fin de evitar sensaciones no justificadas que aumenten ese diferencial fácilmente inevitable dada la *“posición, irremediabilmente aflictiva, del sujeto pasivo del proceso penal”*³⁴, que compromete la presunción de inocencia.

Palma de Mallorca, a 8 de septiembre de 2014.

34.- Nota 25.