

# MEMORIA

ELEVADA AL

## GOBIERNO DE S. M.

PRESENTADA AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL

POR EL

FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMO. SR. D. JUAN CESAREO ORTIZ URCULO



---

MADRID, 1996

## INTRODUCCION

Al escribir las líneas que sirven de pórtico a esta Memoria, que se presenta al Gobierno de la Nación en cumplimiento de un mandato legal y de un rito forense de honda raigambre y en la que se compendian las actividades del Ministerio Fiscal durante el último año, me anima un legítimo sentimiento de orgullo por haber ocupado durante este tiempo la cabeza de una Institución que, cada día más, se perfila como uno de los soportes esenciales en la Administración de Justicia y uno de los elementos básicos para la consecución de los principios de libertad, justicia e igualdad que se recogen en el primero de los preceptos de nuestra Carta Magna.

En la Introducción de la Memoria de 1989 se decía: «pocas veces en la historia, el curso de un año judicial —en referencia al de 1988— habrá deparado más novedades trascendentes para el ejercicio, organización y funcionamiento de la justicia». Se aludía así a la promulgación coincidente en aquel año de diversos textos legales —modificación del Código Penal, Demarcación y Planta Judicial, instauración del procedimiento abreviado— cuya importancia justificaba plenamente el aserto y condicionaba decisivamente los temas a abordar en las páginas de aquella Memoria. Tales palabras vuelven a cobrar sentido hoy. Con la misma razón puede decirse, no ya que «pocas veces», sino que nunca hasta ahora se habían acumulado en el curso de un año judicial modificaciones legislativas que afectaran de modo tan esencial a la Administración de Justicia en el orden jurisdiccional penal y, por ende, al Ministerio Público.

Si se repara en los recientes meses de noviembre de 1995 y mayo de 1996, fechas de entrada en vigor, respectivamente, de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y del nuevo Código Penal, se captará casi intuitivamente la necesaria mención de dos acontecimientos de tanta transcendencia.

La publicación en el Boletín Oficial del Estado del 24 de noviembre de 1995 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha culminado un largo y complejo proceso que se inició con el Proyecto de 1980. Desde entonces han sido muchas las vicisitudes hasta ver culminado lo que de forma plástica y expresiva se ha venido en llamar la Constitución en negativo.

El Código Penal supone el mayor reto en la actividad de todos los profesionales que intervienen en la jurisdicción penal. Son muchas las cuestiones interpretativas de carácter penal, e incluso procesal, que irán surgiendo paulatinamente en la diaria y puntual tarea de su aplicación. Recae en todo jurista la responsabilidad de estudiarlo y conocerlo, como premisa obligada para interpretar y ajustar adecuadamente sus preceptos.

El nuevo Código, mediante esa importante labor de interpretación que ante nosotros se abre, verá día a día forjarse en torno a cada uno de sus preceptos un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia sobre numerosas e intrincadas cuestiones. El texto legal terminará con el tiempo cobrando una vida propia.

En esa tarea interpretativa, atribuida ciertamente a todos los operadores jurídicos, debe ser pieza clave el Ministerio Fiscal. La opinión técnica del Fiscal al despachar cada causa ha de orientar en buena medida la actuación de las partes y del Juez. Aunque estoy seguro de que ya se viene haciendo así, desde estas líneas quiero hacer una llamada a todos los compañeros para que empeñen aún más si cabe su esfuerzo en el conocimiento exhaustivo y riguroso del Código, transmitiendo así en las ocasiones en que se reclame nuestra intervención una opinión fundada y rigurosa. Es una ocasión óptima para engrandecer nuestro trabajo con la visión técnica, práctica, precisa y acertada en la solución de los problemas que se han de presentar, sin duda, en el ámbito de la jurisdicción penal.

La labor de revisión de sentencias se ha ido llevando a cabo durante el período de «vacatio legis» del nuevo Código, aunque hubiera que esperar para la ejecución de lo resuelto a la fecha de

su entrada en vigor. Esto ha supuesto que casi desde la publicación del Código en el Boletín Oficial se hayan comenzado a interpretar y a aplicar sus preceptos comparándolos con los del Código anterior, a efectos de determinación de la norma más favorable. Sensible a este problema, la Fiscalía General ha organizado diversos cursos sobre el nuevo Código dentro del Plan de Formación y ha efectuado reflexiones que han sido recogidas en las extensas Circulares 1 y 2 del año en curso, relativas al régimen transitorio del Código Penal. Por su parte, muestras del interés de las diferentes Fiscalías son los debates que han tenido lugar en las respectivas Juntas y sus sugestivos análisis sobre materias puntuales, algunas de las cuales se incluyen en esta Memoria. Pero creo, sobre todo, que es de justicia destacar que los Fiscales han llevado a cabo en un corto período de tiempo un enorme esfuerzo, añadido al trabajo ordinario, para la revisión de las muchas ejecutorias en curso, y son merecedores por ello de un reconocimiento, dejando constancia expresa en esta introducción, a su entrega abnegada haciendo posible la revisión de sentencias a la luz del nuevo Código sin que ello haya supuesto una ralentización en la tramitación de las restantes causas.

Mil novecientos noventa y cinco ha sido también el año de la reimplantación del Tribunal del Jurado en nuestro ordenamiento procesal. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, modificada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, ha venido a cumplir no ya las amplias expectativas que la doctrina jurídica y la sociedad española tenían depositadas en la aprobación de este importante proyecto legislativo, sino, sobre todo, la previsión del artículo 125 de la Constitución, haciendo posible la participación directa y no meramente representativa de los ciudadanos en la Administración de Justicia, como una faceta más de su derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos.

Es cierto que la nueva ley, al delimitar la competencia objetiva del Tribunal del Jurado, supone sólo su implantación parcial en nuestro sistema procesal, y, también, que algunos de los principios básicos que en ella se sientan, como los de oralidad, inmediación y publicidad de la prueba, venían ya siendo proclamados secularmente en nuestras leyes procesales. Pero las pretensiones de generalización con las que nace la ley, de una parte, y el hecho de que la claridad de la formulación legal de aquellos principios no impi-

diera su olvido o minimización en la praxis cotidiana, por otra, hacen prever que la puesta en marcha de la Ley Orgánica 5/1995 va a suponer una verdadera revolución en nuestro ordenamiento procesal.

La ley, de hecho, supone un notable incremento de la intervención del Ministerio Fiscal en el seguimiento de la tramitación de la causa desde su inicio, lo que se plasma en la modificación del artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuyo inciso final se ordena la inmediata puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de la incoación de las causas ante el Tribunal del Jurado, y su intervención en las actuaciones ante el Tribunal, además de las exigidas por la nueva regulación de la prisión preventiva al modificar la Disposición Final Segunda el artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dado el ámbito objetivo del nuevo procedimiento, su importancia cuantitativa es ciertamente inferior a la que puedan tener otros cauces de realización de la justicia penal como son el sumario, el procedimiento abreviado o el juicio de faltas. Sin embargo, desde el punto de vista cualitativo, su enorme trascendencia se desprende de la implantación generalizada de sus principios que se pretende según reza la Disposición Final Cuarta de la Ley, que otorga el plazo —por cierto ya vencido— de un año al Gobierno para la elaboración de un proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se extiendan los criterios procesales que ahora se instauran y se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción, amén de simplificar el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva.

Se acredita así que la promulgación de la Ley Orgánica 5/95 no es sino un paso más, de extraordinaria trascendencia eso sí, en la pendiente tarea de la reforma global del proceso penal español, que tanto tiempo viene sintiéndose como urgente necesidad.

En todo caso, la relevancia de la implantación de este sistema de participación ciudadana en el ejercicio del poder judicial y su adecuación a las exigencias de una sociedad democrática en un Estado de Derecho, no deben hacernos olvidar que el proceso a conseguir con las reformas que el legislador ha de acometer debe ser ante todo un instrumento para la consecución de fines concretos: la realización de las justas pretensiones de los ciudadanos y la tutela efectiva de sus derechos.

Desde estas líneas quiero resaltar la idea del proceso como instrumento al servicio de otros fines y no como fin en sí mismo. Cualquiera que sea el debate que sobre la reforma procesal haya de entablarse, cualquiera que sea el modelo que se propugne, existe un sustrato o un mínimo denominador que habrá de ser común, sin el cual entiendo que la reforma no pasaría de ser un mero cambio de los trámites actualmente existentes por otros pero sin reflejo alguno en la mejor consecución de los fines a los que el proceso sirve.

Entre las claves de ese sustrato al que he hecho referencia no podemos olvidarnos de la esencial: el procedimiento penal —en realidad cualquier procedimiento— ha de culminar en un lapso razonable de tiempo. Dicho de otro modo, ha de finalizar en un plazo de tiempo más corto que el actual. Ni la víctima o perjudicado por el delito pueden esperar tanto tiempo a la satisfacción de sus pretensiones, ni el imputado puede permanecer en la incertidumbre creada sobre su situación. Esta idea, pese a ser repetida en cualquier formulación acerca de la reforma o del debate sobre el estado de la justicia, no ha tenido, sin embargo, toda la acogida práctica que por su importancia merecía. Ciertamente es que en las leyes procesales existen determinados mecanismos, fundamentalmente a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica 7/1988 que instauró en nuestro sistema procesal el procedimiento penal abreviado, capaces de agilizar la lenta marcha del proceso penal. Pero en la práctica diaria puede decirse que todavía queda mucho camino por recorrer para alcanzar la necesaria celeridad del procedimiento. La reforma, cualquiera que sea, habrá de potenciar esos mecanismos de agilización.

Pese a la importancia de los dos Textos Legales que acaban de ser mencionados, no quiero en esta Introducción dejar de abordar otro tema menos coyuntural y continuamente tratado de una u otra forma en todas las Memorias pero que no por ello puede relegarse pues lo considero esencial para la Institución que he presidido durante más de dos años: la consolidación de los principios básicos que configuran al Ministerio Fiscal constitucional.

Siempre que he tenido ocasión para ello he querido resaltar que el número segundo del artículo 124 de la Constitución rompe, acertadamente con el pasado y, de forma inequívoca, modela un Ministerio Fiscal sometido exclusivamente a los principios de lega-

lidad e imparcialidad, configurándolo como un órgano constitucional del Estado con autonomía funcional para el logro de las importantes funciones que le atribuye el apartado primero de dicho artículo 124: promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público y social, y velar por la independencia de los Tribunales. Profundizar en la autonomía funcional del Ministerio Fiscal como única fórmula para garantizar su sometimiento exclusivo a los principios de legalidad e imparcialidad es una tarea siempre necesaria por su importancia y para sortear el riesgo de retornos a concepciones pretéritas felizmente superadas.

Del texto constitucional y de su desarrollo en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se obtiene una rotunda conclusión: Tras la Constitución el Gobierno no ordena la actuación del Ministerio Fiscal y éste no tiene obligación de obediencia o sumisión respecto a aquél.

El Fiscal no es Poder Ejecutivo porque mantener cualquier suerte de vinculación con tal poder que vaya más allá de los mecanismos de comunicación establecidos en el Estatuto Orgánico tropezaría frontalmente con el modelo constitucional. Sólo a través de los cauces previstos legalmente puede el Gobierno apoyarse en el Ministerio Fiscal para ejercer sus competencias en la dirección de la política criminal. Pero siempre respetando la autonomía funcional del Ministerio Fiscal, cuya actuación ha de estar presidida por los principios de legalidad e imparcialidad. Incardinar al Ministerio Público como institución en el Poder Ejecutivo, supondría resucitar esas reminiscencias gubernamentales que antaño tuvo; en definitiva, traicionar el sistema constitucional.

El Ministerio Fiscal tampoco es propiamente Poder Judicial, ni, por supuesto, es Poder Legislativo. Ni, obviamente, puede construirse la Institución como un cuarto poder. Es un órgano estatal. Es un órgano constitucional. Es un órgano de justicia. Y es un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, aunque no sea Poder Judicial. Y no es necesario más. Hay que despojarse de la perturbadora obsesión por situar a la institución en uno de los tres Poderes del Estado, por ubicarlo en un artificioso y simplificador mapa teórico que, aún siendo útil, deforma la complejidad de la actual estructura del Estado moderno. Pretender residenciar, sin matices ni modulaciones, al Ministerio Fiscal en al-

guno de los tradicionales poderes del Estado sería simplificador y deformaría la compleja realidad del Fiscal. En la Constitución, junto a los tres poderes del Estado, se enumeran otras instituciones, con funciones no delegadas de esos poderes, que desempeñan con exclusividad y autonomía, otorgadas directamente por el constituyente. Una de estas instituciones es el Ministerio Fiscal, que si bien tiene en el Poder Judicial el ámbito normal de su actuación, no por ello sustrae ni comparte con el Poder Judicial ninguna parcela de su competencia.

Durante el tiempo que he estado al frente de esta Institución he procurado en todo momento ser fiel a estas ideas brevemente expuestas, profundizar en su significado y transmitir las a la Sociedad. Doctrinalmente esa configuración del Fiscal ha sido muy estudiada, pero quizás todavía no ha calado totalmente en la Sociedad y en ese terreno se debe seguir avanzando.

En otro orden de cosas he sido consciente de que el Ministerio Fiscal es una institución en crisis de crecimiento. La sociedad, a medida que va conociendo al Fiscal, le exige más. Sus responsabilidades ante los fenómenos que preocupan a los ciudadanos —terrorismo, corrupción, narcotráfico— son muy altas. Y las leyes progresivamente van aumentando sus funciones específicas en los campos más diversos. Este crecimiento de las tareas del Fiscal exige un paralelo aumento de sus medios personales y materiales que, a veces, sin embargo, no marcha de forma acompasada. Y reclama también una mayor especialización como presupuesto una potenciación de los cursos de formación.

Con estas ideas enlaza una reivindicación del Consejo Fiscal que he hecho mía desde que accedí al cargo de Fiscal General del Estado: la necesidad de una singularización presupuestaria del Ministerio Fiscal. En los Presupuestos Generales del Estado debe existir un capítulo específico para el Ministerio Fiscal. No me refiero a «autonomía presupuestaria» y sí a «singularización presupuestaria» que permita a la Fiscalía General configurar, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias con las que cada año cuente de forma fija y de antemano, el plan de actuación en las distintas competencias que le son propias.

En el tiempo que media entre la redacción de esta Introducción y la presentación de la Memoria en el solemne acto de Apertura de Tribunales tendrá lugar el relevo del actual Fiscal General

del Estado y creo oportuno aprovechar esta Introducción para reflexionar en voz alta sobre algunos aspectos acaecidos en el período en que he tenido el honor de dirigir al Ministerio Fiscal.

Estos dos años ostentando la máxima jefatura del Ministerio Fiscal han sido de intensa actividad. No han faltado complejos y relevantes asuntos que han obligado a tomar decisiones que han ocupado los lugares más relevantes en los titulares de los medios de comunicación. El Ministerio Fiscal, en este tiempo, ha tenido bien claro el fin que justifica su existencia y que he intentado condensar en líneas anteriores. Todo lo que sea desbordar sus límites y atender a razones que no sean las constitucionalmente atribuidas supone deformar el sistema y su propia función y en definitiva traicionar a los ciudadanos y a los intereses públicos que debe tutelar. No importa la crítica ni las posiciones encontradas si se tiene la conciencia tranquila de que sólo se han considerado aquellas soluciones que respaldadas con sólidos argumentos jurídicos están en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en esa prioritaria defensa de los derechos fundamentales y principios constitucionales que tan imprescindible resulta en un estado democrático de derecho.

La inmensa mayoría de los Fiscales de España han sabido valorar las prioridades de su actuación y han coincidido con el Fiscal General en la defensa de unos valores que dignifican la función del Ministerio Público; la profesionalidad y buen hacer de los compañeros me ha servido de constante ejemplo y estímulo y me han aligerado la carga de una función tan difícil como esencial.

Quiero subrayar, en estos momentos de balance institucional, la abnegada, leal y acertada colaboración de los muy cualificados miembros de la Junta de Fiscales de Sala que generosamente han contribuido con muchas horas de profundo estudio al logro de las decisiones que hemos creído más adecuadas para solucionar y resolver los complicados temas que se han debatido en su seno.

Igualmente es de justicia reconocer el esfuerzo, la dedicación y la excepcional valía de los acuerdos tomados y estudios realizados por los integrantes del Consejo Fiscal, tanto en su actual como en la anterior composición, de lo que me siento muy orgulloso como, sin duda, lo estará el colectivo de los Fiscales que les eligieron para tan importante responsabilidad.

No puedo dejar de mencionar la excepcional labor realizada por los Fiscales de la Secretaría Técnica, tan sabiamente dirigidos por D. José Aparicio Calvo Rubio, que tan brillante papel han desempeñado en la preparación de las Circulares, Instrucciones y Consultas que se sometían a la consideración de la Junta de Fiscales de Sala y personalmente tengo que expresar público reconocimiento por la eficaz y acertada ayuda recibida.

Se puede comprender, tras lo que acabo de dejar expuesto, que esté plenamente justificado el orgullo y la satisfacción con el que me despido de mis responsabilidades de Fiscal General del Estado y transmito al nuevo Fiscal General un testigo lleno de ilusiones y reconocimientos para el buen trabajo de los Fiscales. En este bagaje situaría en un lugar preferente el respeto que se ha conseguido del Gobierno de España, tanto del saliente como del surgido tras las pasadas elecciones, a la autonomía funcional del Ministerio Fiscal, a la que antes he hecho mención destacada. Queda bien patente, en un camino sin retorno, que el Ministerio Fiscal no depende del Poder Ejecutivo, como sucedía antes de la Constitución y que únicamente está sujeto a la ley y al mejor servicio a los ciudadanos en esa defensa de la Legalidad desde la imparcialidad que constituye su principal, si no única, razón de su existencia.

CARLOS GRANADOS PEREZ  
Fiscal General del Estado.

Agosto, 1996.

## CAPITULO I

### I. INCIDENCIAS PERSONALES Y ASPECTOS ORGANIZATIVOS DEL MINISTERIO FISCAL

#### A) MOVIMIENTOS DE LA CARRERA FISCAL DURANTE EL AÑO 1995

1. En el año 1995 se amplió la plantilla del Ministerio Fiscal en dos ocasiones, primero por el Real Decreto 2413/1994, de 16 de diciembre, que creó seis plazas de 3.<sup>a</sup> categoría y cuatro de 2.<sup>a</sup> y luego por Real Decreto 923/1995, de 9 de julio, publicado como desarrollo de la Ley 10/1995, de 24 de abril, sobre la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción que en definitiva amplió la plantilla en una plaza de 1.<sup>a</sup> categoría, cinco de 2.<sup>a</sup> y dos de 3.<sup>a</sup>

2. Durante el mismo año fueron numerosos los cambios de personal.

En la 1.<sup>a</sup> categoría —ampliada a catorce plazas— fueron jubilados dos Fiscales de Sala: don Mariano Monzón Aragón y don Francisco Hernández Gil.

Don Mariano Monzón alcanzó la categoría de Fiscal de Sala tras desempeñar las Jefaturas del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y de la Audiencia Provincial de Jaén.

Don Francisco Hernández Gil desempeñaba el cargo de Teniente Fiscal del Tribunal Supremo al ser jubilado. Culminaba así una brillante carrera en las Audiencias Provinciales de Badajoz y Guadalajara y en el Tribunal Supremo, donde fue sucesivamente Fiscal y Fiscal de Sala. Supo al tiempo compatibilizar la actividad práctica ante los Tribunales con la docencia universitaria como Profesor titular de Derecho Civil.

Al redactarse esta Memoria se ha nombrado a don José Aparicio Calvo-Rubio Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y a la Primera categoría ascendió don José María Iscar Sánchez, que cubrió vacante de Fiscal de Sala en el Tribunal Supremo. A su vez, la Jefatura de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción fue cubierta por don Carlos Jiménez Villarejo que ya ostentaba la categoría de Fiscal de Sala.

A la Fiscalía del Tribunal Supremo fue destinado don Manuel Sánchez Ayala y causaron baja en ella por jubilación y excedencia respectivamente don Felipe Martínez-Anguita y don Roberto García Calvo, nombrado Magistrado de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

Los cambios más numerosos se han producido en las Jefaturas de varias Fiscalías. Durante el año 1995 han sido jubilados los Fiscales Jefes de Valladolid, don Martín Rodríguez Esteban; de Lugo, don Luis Molina Rodríguez; de Salamanca, don Francisco Zatarain Muñoz y de Málaga, don Francisco Jiménez Villarejo, y fueron nombrados Fiscales Jefes de Valladolid don Luis María Delgado López y don Jesús García Calderón, de Lugo.

## B) DILIGENCIAS INFORMATIVAS

Las diligencias informativas tramitadas durante el año 1995 por la Inspección Fiscal han sido las siguientes:

### *Diligencias Informativas 1/95*

Se incoaron, y tras las diligencias oportunas se archivaron, con motivo de la queja formulada al Fiscal General del Estado por el archivo de una denuncia acordado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía de un Tribunal Superior de Justicia, interpuesta por un Concejal del Ayuntamiento de una localidad contra el Alcalde de dicho Municipio. El mencionado Fiscal Jefe, tras examinar la denuncia así como la correspondiente documentación, de la que parte de ésta se incorporó a las actuaciones a instancia de la Fiscalía, archivó la misma, resolución que fue notificada al denunciante instruyéndole el derecho que tiene de reproducir la denuncia ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Recibida la queja en la Fiscalía General del Estado, ésta ha sido a su vez ar-

chivada sin que se haya advertido irregularidad en la actuación del Fiscal Jefe denunciado.

#### *Diligencias Informativas 2/95*

La Fiscalía de una Audiencia Provincial formuló denuncia ante el Juzgado de Instrucción competente por presunto delito de acusación o denuncia falsa del artículo 325 del Código Penal, del que había tenido conocimiento por un escrito formulado por quien se consideraba víctima de tal delito. Dicho interesado, dirigió un escrito al Excmo. señor Fiscal General del Estado quejándose de la intervención de la Fiscalía Provincial y solicitando que en lugar de una denuncia se interpusiera una querrela y también que se ordenara al referido órgano a que procediera a la averiguación de los hechos por él denunciados. Incoadas las presentes diligencias informativas, éstas han sido concluidas con el acuerdo de archivo fundamentado con la suficiente amplitud, el cual ha sido notificado al referido interesado, por no observarse irregularidad alguna.

#### *Diligencias Informativas 3/95*

En un Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia se sigue un procedimiento de quiebra. Colateralmente y relacionadas con cuestiones surgidas en dicho procedimiento se incoan en un Juzgado de Instrucción de la misma capital unas diligencias previas. En éstas, uno de los Abogados de la quiebra, denuncia al Fiscal que interviene en las mismas de la comisión, según él, de diversas irregularidades, dictándose el acuerdo de archivo al no haberse observado anomalías en la actuación del Fiscal denunciado.

#### *Diligencias Informativas 4/95*

En escrito dirigido al Fiscal General del Estado, el Presidente de una Diputación Regional denunció al Fiscal Jefe de un Tribunal Superior porque éste había archivado una denuncia relacionada con el expediente de adquisición de «Medios Audiovisuales de la Comunidad Autónoma», seguido en dicha Diputación en el año 1986 y en el que en su tramitación, según el denunciante, se habían cometido irregularidades que podrían ser delictivas.

Incoadas estas diligencias informativas, tras las correspondientes actuaciones en ellas para averiguar lo sucedido, se llegó a la conclusión de que el Fiscal Jefe había actuado de forma correcta por lo que las mismas fueron archivadas.

#### *Diligencias Informativas 5/95*

Incoadas por retraso de una Fiscal en el despacho de un asunto. Si bien es cierto la existencia de un apreciable retraso en el despacho de la causa, éste tiene su origen en la acumulación de asuntos a que en aquella época se intentaba dar trámite en el Juzgado y que entonces la Fiscal que intervenía en él acababa de incorporarse a la Fiscalía procedente de otra. Entendiendo que la demora fue debida a razones puramente coyunturales se consideró que no procedía una acción disciplinaria y sí en cambio el acuerdo de archivo de estas diligencias informativas aunque recomendando que en el futuro deben adoptarse las medidas conducentes a evitar desequilibrios como el referido y que puedan afectar al normal despacho de asuntos.

#### *Diligencias Informativas 5/95 bis*

El denunciante dirige al Fiscal General del Estado un escrito en el que le comunica que ha sido denunciado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía de un Tribunal Superior de Justicia como presunto autor de un delito de desacato.

Incoadas las presentes diligencias informativas se concluyeron con el acuerdo de archivo, pues si bien el procedimiento judicial fue archivado, no se observa irregularidad alguna por parte del Fiscal.

#### *Diligencias Informativas 6/95*

Estas fueron incoadas con motivo de una carta dirigida al Excmo. señor Fiscal General del Estado por una Psicóloga en la que se quejaba que el día 24 de noviembre de 1994 había acudido a la Sección de Incapacidades de la Fiscalía de un Tribunal Supe-

rior de Justicia con el fin de solucionar un problema personal, habiendo permanecido esperando desde las 11 hasta las 11,45, durante cuyo tiempo las puertas de dicho Departamento estuvieron cerradas con llave a pesar de llamar repetidas veces. Se ha comprobado que el referido día no pudieron estar presentes los Fiscales adscritos a este servicio por encontrarse celebrando juicios. De cualquier forma se han dispuesto ya por la referida Fiscalía las medidas necesarias para que no se reproduzca el cierre, siquiera temporal, de las dependencias de la misma.

#### *Diligencias Informativas 7/95*

Se incoaron en virtud del escrito de una persona, en el que vertió una queja por las frases que se refirieron a él en el recurso de apelación interpuesto por un Fiscal contra la sentencia dictada en un proceso penal.

Se concluyeron con acuerdo de archivo, al no haberse observado incorrección alguna del Fiscal y Fiscalía denunciados.

#### *Diligencias Informativas 8/95*

La tramitación de un expediente de Jurisdicción Voluntaria para la Declaración de Herederos de una persona fallecida en el extranjero tuvo una larga duración. Ello motivó el que una persona relacionada al parecer con uno de los herederos elevara un escrito denunciando tal circunstancia. Incoadas estas diligencias informativas ya archivadas se comprobó que el Ministerio Fiscal había emitido sus dictámenes sin dilación.

#### *Diligencias Informativas 9/95*

Con fecha de 3 de abril de 1995, tuvo entrada en la Inspección Fiscal el escrito de una señora, dirigido al Fiscal General del Estado, en el que formuló una queja contra el Fiscal de una Audiencia Provincial porque, según ella, éste había incumplido el contenido de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/92.

Posteriormente manifestó no ratificarse en la queja, procediéndose al archivo.

#### *Diligencias Informativas 10/95*

Se denunció al Fiscal Jefe de una Audiencia Provincial en un escrito dirigido al Fiscal General del Estado, por el hecho de haberse publicado en la prensa local y nacional el que aquél había formulado una querrela contra determinadas personas relacionadas con la urbanización de un inmueble. Por lo que el Fiscal se extralimitó en la información que hizo al público.

Las diligencias informativas han sido archivadas, por no observarse nada irregular en la actuación del Fiscal.

#### *Diligencias Informativas 11/95*

La incoación de estas diligencias informativas, que fueron concluidas con el acuerdo de archivo, fue debida a que una persona, en un escrito dirigido al Fiscal General del Estado, denunció al Fiscal Jefe de la Fiscalía de un Tribunal Superior de Justicia, por supuesta incompatibilidad y actuar en el despacho de los asuntos con parcialidad. Comprobada la falta de fundamento en la denuncia se procedió a su archivo.

#### *Diligencias Informativas 12/95*

Se encuentran todavía en tramitación.

#### *Diligencias Informativas 13/95*

Con motivo de la documentación remitida al Fiscal General del Estado por el Excmo. señor Presidente del Congreso de los Diputados, en virtud del Acuerdo adoptado por la Comisión de Peticiones de dicho Congreso, ante el escrito dirigido por dos internos de un Centro Penitenciario, denunciando arbitrariedad y prevaricación en la actitud y comportamiento procesal del Fiscal Jefe de una Audiencia Provincial en su intervención en el proceso penal que culminó con sentencia condenatoria. Careciendo de fundamento la denuncia, se procedió a su archivo.

### *Diligencias Informativas 14/95*

Un implicado con otras personas en una suspensión de pagos, denunció en un escrito dirigido al Fiscal General del Estado, al Fiscal de un Tribunal Superior de Justicia porque había interpuesto contra el denunciante y otros una querrela.

Las diligencias informativas incoadas con motivo de la mencionada denuncia fueron concluidas con el acuerdo de archivo debidamente fundamentado, ya que el Fiscal, al formular la referida querrela sólo hizo cumplir con las obligaciones de su cargo.

### *Diligencias Informativas 15/95*

Un interno en un Centro Penitenciario, que se halla clasificado en tercer grado de tratamiento, presentó una denuncia contra el Fiscal del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Dicho interno había disfrutado con anterioridad de varios permisos ordinarios, todos ellos concedidos en vías de recurso por el mencionado Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues tanto el Equipo de Observación y Tratamiento como la Junta de Régimen y Administración del Centro, en todos los casos, informaron y acordaron respectivamente la denegación del permiso; el Ministerio Fiscal, atendidas las razones y motivación aducidas por el Equipo de Tratamiento, ha informado en contra de la concesión de tales permisos.

Examinada la actuación del Fiscal, se ha comprobado que lo hecho por éste ha sido totalmente correcto desde su punto de vista, por lo que se ha dictado en estas diligencias informativas el correspondiente acuerdo de archivo.

### *Diligencias Informativas 16/95*

Se incoaron con motivo de un escrito, indicando su desacuerdo con la actuación del Ministerio Fiscal.

Se adoptó acordar el archivo de las presentes diligencias informativas, por existir un procedimiento penal en tramitación sobre los mismos hechos.

### *Diligencias Informativas 17/95*

La denunciante, en escrito dirigido al Fiscal General del Estado, manifiesta que el Fiscal del Juzgado de Familia se debía de haber abstenido en un procedimiento.

Incoadas las presentes diligencias informativas se acordó el archivo de las mismas por no encontrarse incorrección alguna en la actuación del Fiscal aludido.

### *Diligencias Informativas 18/95*

Estas diligencias se encuentran todavía en tramitación.

### *Diligencias Informativas 19/95*

Estas diligencias se encuentran todavía en tramitación.

### *Diligencias Informativas 20/95*

Incoadas las presentes diligencias informativas para esclarecer lo expuesto en su escrito por un Abogado, se puso de manifiesto en las mismas que la actuación del Fiscal en los hechos expuestos no está incurso en supuesto alguno de responsabilidad disciplinaria, en los términos de los artículos 61 y siguientes del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, reduciéndose el contenido del mismo a decisiones de nítido orden jurisdiccional, que deberían ser objeto en caso de discrepancia, de revisión en vía jurisdiccional a través de las pertinentes acciones judiciales. Por ello se dictó en las presentes diligencias informativas el acuerdo de archivo.

### *Diligencias Informativas 21/95*

Un Funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, estando de servicio en el Centro Penitenciario, sufrió la agresión de un interno que le atacó con un pincho producién-

dole heridas contusas en zona clavicular y hombro izquierdo. En un escrito dirigido al Fiscal General del Estado, dicho Funcionario, solicitó que se valorara la actuación del Fiscal que despachó el procedimiento penal, para determinar si fue o no correcta, manifestando su disconformidad con ella, aduciendo ligereza al formular la calificación por lesiones cuando a su juicio debiera haberlo sido por homicidio frustrado.

Incoadas las presentes Diligencias Informativas, que se han archivado, de lo actuado en las mismas no se desprende conducta de miembro alguno del Ministerio Fiscal que pueda considerarse merecedora de responsabilidad disciplinaria. Durante la tramitación de la causa penal, al perjudicado se le recibió declaración y se le hizo el ofrecimiento de acciones, para lo cual hubo petición expresa del Fiscal. El acusado prestó su conformidad con la calificación, por lo que fue condenado por los delitos de atentado y lesiones, lo que motivó que durante el juicio oral no se llegara a la fase de la prueba.

#### *Diligencias Informativas 22/95*

Se encuentran en tramitación.

#### *Diligencias Informativas 23/95*

Se encuentran en tramitación.

#### *Diligencias Informativas 24/95*

Tras haberse recibido sendos escritos del Excmo. señor Presidente de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, dirigidos al Excmo. señor Fiscal General del Estado, en el que en uno de ellos se hacía constar, entre otros extremos, haberse acordado remitir fotocopia del informe elaborado por el Servicio de Inspección de dicho Organismo a la Fiscalía General del Estado por si la actuación del miembro del Ministerio Público encargado del despacho de una causa penal pudiera dar lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Con dichos escritos y la documentación que los acompañaba fueron incoadas estas diligencias informativas, y de lo actuado en las mismas se ha venido al conocimiento que el indicado miembro del Ministerio Público no ha incurrido en responsabilidad disciplinaria, siendo preciso resaltar el impulso procesal por su parte en la causa.

#### *Diligencias Informativas 25/95*

Tras recibirse escrito de denuncia de los afectados de una presunta estafa, se abrieron las Diligencias Informativas 25/95. Practicadas las diligencias oportunas se llegó a la conclusión de que se había producido un cierto retraso por parte del Fiscal encargado de su despacho, pero que pudiendo ser constitutivo de falta leve, estaba prescrita por haber transcurrido más de un mes desde su comisión. Las mismas se han, por tanto, archivado.

#### C) RETIRADAS DE ACUSACION

De los antecedentes que existen en esta Inspección Fiscal, salvo error u omisión en la recopilación de los datos, la relación numérica de las retiradas de acusación efectuadas durante el año 1995 por las Fiscalías, es la siguiente:

##### a) *Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia*

Albacete .....	16
Barcelona .....	356
Bilbao .....	24
Burgos .....	12
Granada .....	84
La Coruña .....	13
Logroño .....	62
Oviedo.....	52
Palma de Mallorca .....	45
Santander.....	37
Valencia .....	39
<b>TOTAL .....</b>	<b>740</b>

b) *Fiscalías de las Audiencias Provinciales*

Avila .....	38
Badajoz .....	13
Castellón .....	39
Ciudad Real .....	4
Córdoba .....	38
Cuenca .....	1
Gerona .....	36
Guadalajara .....	5
Jaén .....	16
León .....	8
Lérida .....	87
Lugo .....	1
Pontevedra .....	49
Segovia .....	9
Sevilla .....	80
Tarragona .....	49
Teruel .....	4
Toledo .....	26
Valladolid .....	1
Zamora .....	1
TOTAL .....	505

D) VISITAS DE INSPECCION Y NUEVA PLANTILLA

a) *Visitas de Inspección*

Desde que se elaboró la Memoria anterior hasta el cierre de la presente, se han llevado a cabo un total de 32 inspecciones ordinarias, lo que demostrará una gran actividad por parte de la Inspección en este punto y ello a pesar de que fué necesario suspender esta actividad durante un mes, dedicado a facilitar al Consejo Fiscal datos relativos a las plantillas, medios materiales, informáticos, disposiciones legislativas, Circulares, Instrucciones y Consultas que como Anexo figuran en el Libro Blanco por él elaborado y que en estos momentos se encuentra en imprenta a la espera de su publicación para ser presentado al Gobierno y Grupos Parlamentarios.

He aquí las visitas realizadas a las Fiscalías y Adscripciones Permanentes en 1995:

Enero

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Guadalajara.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Palencia.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Valencia.

Marzo

Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante y Adscripciones Permanentes de Alcoy, Denia, Elche.

Abril

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Pontevedra y Adscripciones Permanentes de Cambados y Vigo.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Vitoria.

Mayo

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Orense y Adscripción Permanente de Verín.  
Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y Adscripción Permanente de Plasencia.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Badajoz y Adscripciones Permanentes de Mérida y Zafra.

Junio

Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.  
Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y Adscripciones Permanentes de Ibiza y Mahón.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Teruel.

Julio

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Valladolid.  
Fiscalía de la Audiencia Provincial de Castellón.

## Septiembre

Fiscalía de la Audiencia Provincial de León y Adscripción Permanente de Ponferrada.

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Lugo y Adscripción Permanente de Mondoñedo.

## Octubre

Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y Adscripciones Permanentes de Santiago y Ferrol.

## Noviembre

Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza.

Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y Adscripciones Permanentes de Avilés y Gijón.

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Zamora.

## Diciembre

Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y Adscripción Permanente de Baza.

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Almería y Adscripción Permanente de Huercal-Overa.

En líneas generales ha de reiterarse que el funcionamiento de las mismas es satisfactorio y alto el grado de cumplimiento de las Circulares, Instrucciones y Consultas. Pero si bien es cierto que, en muchos casos, las observaciones formuladas por la Inspección —que no otro objetivo persigue que el velar por el principio de unidad de actuación— han sido tenidas en cuenta, no puede decirse lo mismo en otros y después de dos visitas efectuadas a algunas de ellas en el plazo de dos años, se sigue recordando muchas de las observaciones a las que se hacía referencia en las Memorias de 1994 y 1995, lo que no debe producirse en las próximas visitas, máxime si se tiene en cuenta que no pocas de ellas son fácilmente subsanables a través de los correspondientes visados. Basta con la remisión a las Memorias anteriores como recordatorio.

La uniformidad en el funcionamiento de las Secretarías no puede decirse que se haya conseguido, lo que dificulta la labor de la Inspección. Ello es debido en parte a un deficiente sistema informático —obsoleto en no pocos casos y a lo que se dedica otro apartado— y en parte a la falta de un Reglamento que desarrolle el Estatuto Orgánico, asignatura pendiente desde hace quince años, sin que tal incumplimiento —el plazo era de un año para su aprobación— tenga explicación posible, pese a ser ello recordado constantemente por las Memorias del Fiscal General, Consejo Fiscal, todas las Fiscalías e Inspección Fiscal. No es ello comprensible, siendo una exigencia su aprobación, pues no otra cosa que rubor supone contar con un Reglamento de 1969, derogado en gran parte por la Constitución y Estatuto Orgánico.

#### b) *Nueva plantilla*

Al redactarse esta Memoria se ha publicado el Real Decreto 298/96, de 23 de febrero, que amplía la plantilla del Ministerio Fiscal en ciento veintisiete plazas de las que noventa y siete corresponden a la 2.ª categoría y treinta a la 3.ª y al tiempo se crean nuevas adscripciones permanentes y se distribuye en parte las plazas existentes.

La entrada en vigor de la Ley del Jurado y, sobre todo, las comparecencias ante los órganos judiciales a las que el Ministerio Fiscal está obligado como consecuencia de los artículos 504 bis-2 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hacía ineludible un considerable aumento de la plantilla del Ministerio Fiscal.

Fue un proceso largo y no exento de dificultades de todo orden, hasta que culminó con la publicación en el «BOE» del Real Decreto 298/1996, de 23 de febrero, encargándose de los estudios pertinentes el Fiscal Inspector y Teniente Inspector, quienes personalmente mantuvieron numerosas entrevistas con el Secretario General de Justicia y sus colaboradores, presididas siempre por la mayor cordialidad y eficacia hasta su culminación.

Fueron oídos todos los Fiscales Jefes, así como las Asociaciones y el Consejo Fiscal, cuyos criterios, como no podía ser de otra manera, fueron tenidos en cuenta en su mayor parte desde la Inspección y atendidos a su vez por el Ministerio.

Varios han sido los objetivos alcanzados y que a continuación, resumidamente, se exponen:

a) Necesidad imperiosa de creación de nuevas Adscripciones Permanentes. Han sido en total 21. En la actualidad son ya 73 las existentes.

b) Necesidad de que no haya Adscripciones con un solo Fiscal, con el fin de producirse una sustitución automática en supuestos de licencias, enfermedad o vacante, objetivo prácticamente alcanzado, pues sólo en Alcañiz, La Palma y O Barco de Valdeorras hay un solo Fiscal.

c) Tendencia a que en las Adscripciones haya Fiscales de la categoría 2.<sup>a</sup>, pues lógico es que al frente de las mismas, sin perjuicio de su dependencia de la Fiscalía de la capital, haya un Fiscal con experiencia. El avance ha sido importante, pues son ya 62 las Adscripciones que cuentan con Fiscales de esa categoría.

d) Aumento de Fiscales coordinadores en número de 55, repartidos entre las Fiscalías y Adscripciones.

e) Disminución importante de la desproporción existente entre el número de Magistrados y Fiscales, pues de las plazas creadas, 127, 97 pertenecen a la categoría 2.<sup>a</sup>, tendencia que ha de observarse en aumentos futuros, pues ha de ser ello un objetivo irrenunciable, por ser justo. Señalar que contándose durante el pasado año, tal como se recoge en la última Memoria, con 725 Fiscales de la 2.<sup>a</sup> categoría frente a 2533 Magistrados, a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto contamos en la actuacidad con 827 Fiscales frente a 2576 Magistrados.

f) Como consecuencia de la creación de nuevas Adscripciones, era absolutamente necesario suprimir algunas plazas, no muchas, en determinadas Fiscalías, pero concediéndose un derecho de opción a los Fiscales afectados, que en ningún caso resultarán perjudicados ni profesional ni económicamente, tal como se les reconoce en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto. Como es lógico, este proceso no puede darse por cerrado hasta que se complete con la necesaria dotación a las Adscripciones de local y suministro de los medios materiales necesarios, así como proporcionar a las mismas el personal auxiliar en número necesario, con el fin de que éstas puedan funcionar adecuadamente.

g) Como quiera que la Ley del Jurado y el artículo 504 bis-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entraron en vigor el 23 de noviembre pasado, se consiguió que por parte del Ministerio, se convocaran tantas plazas de Fiscales Sustitutos como número de plazas previstas en el aumento de plantilla (127). El seguimiento que de tal entrada en vigor se viene haciendo desde la Fiscalía General, a través de la Inspección, revela que el aumento previsto en aquellas fechas, estaba muy ajustado a las necesidades de las Fiscalías y produce satisfacción el comprobar que ninguna de las comparencias que se han celebrado hasta el presente se ha suspendido por incomparencia del Ministerio Fiscal, pese a los numerosos desplazamientos que diariamente se realizan a sedes de los órganos judiciales, alejados de la capital o sede de las Adscripciones.

h) Resaltar que en todas las Fiscalías se ha aumentado la plantilla en proporción, claro está, a sus necesidades.

i) Señalar por último, como asignatura pendiente, la situación que todavía padecen los Fiscales destinados en muchas Adscripciones, discriminados económicamente respecto a los miembros de la Carrera Judicial. Reivindicación antigua que, por ser justa, es otro de los objetivos irrenunciables a alcanzar y a lo que ya hacíamos referencia en la Memoria anterior.

#### E) INFORMATIZACION DE LAS FISCALIAS

Nuevamente hay que empezar las líneas que en la Memoria anual se dedican a analizar la situación de la informatización de las Fiscalías bajo el signo de la decepción, pues poco o nada se ha avanzado en este aspecto, aunque algunas iniciativas de última hora parecen despejar algo el panorama.

En el aspecto positivo hay que destacar el Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Justicia e Interior con la Xunta de Galicia, que ha propiciado, la implantación del programa informático que ya venía utilizándose en la Fiscalía de Madrid, en las de La Coruña y Pontevedra. Su rendimiento es desigual, mejor en Pontevedra gracias a la mejor adaptación y mayor interés demostrado para el aprendizaje de su uso, al principio siempre costoso. En el mes de abril es de esperar, pues los equipos están

servidos, que se complete la instalación en las Fiscalías de Orense y Lugo.

En la Aplicación General de Fiscalías se han llevado a cabo correcciones, algunas para adaptarlas a los nuevos modelos estadísticos con la pretensión de que cuando se generalice su uso, esta trabajosa tarea, que tanto entorpece el funcionamiento de las Fiscalías, quede reducida a un mero trámite.

Se está llevando a cabo la informatización de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, y en la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas se han definido diversos formularios para acceder a las diversas bases documentales por ellos definidas, y se está creando una red de comunicación entre los Fiscales Delegados y la Fiscalía Especial.

Al margen de nuevos ordenadores personales servidos para suplir las deficiencias de los antiguos, pocos avances más se pueden reflejar en este capítulo. La lamentable situación de la oficina de la Fiscalía es alarmante y, por eso, exigible una adecuación de los medios a las circunstancias actuales. Las carencias, derivadas al parecer de las limitaciones presupuestarias, no producen más efecto que el de agravar el problema, pues una modernización de las secretarías resultaría a corto plazo, económicamente más rentable.

La actuación del Fiscal cada vez más extendida en los distintos órdenes jurisdiccionales hace además necesario extender el uso de los medios informáticos a ámbitos como la Jurisdicción de menores, el derecho de familia, la materia relativa a incapacidades, etc., donde tantas ventajas puede reportar.

Seguir hoy reclamando la sustitución de las máquinas de escribir, muchas de ellas manuales, por un simple ordenador con tratamiento de textos, o la suscripción a cualquiera de las bases de datos de jurisprudencia o legislación, que se ofrecen en el mercado, es una tarea que pocas veces logra sus frutos.

Ultimamente parece que se confirma la intención de ampliar la aplicación penal, para extenderla a todas las Fiscalías, con una primera fase que comprenda al menos diecisiete, todavía por determinar. Esto supondrá que en ámbito de lo penal las tareas de registro de los datos relativos a la tramitación de las causas y recursos, a la celebración de juicios y vistas, la anotación de sentencias, el despacho de ejecutorias, etc., se gestionará de forma conjunta a través de una red, lo

que facilitará las tareas de registro, de consulta, de control, así como la obtención de listados y la confección de estadísticas.

Es de esperar que se confirmen las expectativas y que comience una etapa en la que se incorporen a las Fiscalías los medios técnicos de los que hoy cualquier oficina dispone con normalidad.

## F) APOYO AL CONSEJO FISCAL

### *Estudios e informes del Consejo Fiscal*

Debate relativo al Borrador del Proyecto de modificación del artículo 242 del Reglamento Penitenciario. (Pleno de 1 de febrero de 1995.)

Debate sobre la Consulta planteada por la Fiscalía de Valencia acerca de la publicidad de las deliberaciones y resultado de las Juntas de Fiscalía. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Debate sobre la incidencia de la Ley del Jurado en las Fiscalías. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Debate sobre problemas relacionados con la Fiscalía Anticorrupción. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe del Fiscal General sobre proyectos de reforma por parte del Ministerio de Justicia e Interior de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe del Fiscal Inspector sobre situación de la posible reforma del artículo 504 bis de la LECr. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe del Fiscal Inspector sobre situación de la Tenencia de la Fiscalía del TSJ de Baleares. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Debate sobre la participación del Fiscal en el Consejo de Seguridad Ciudadana. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Estudio sobre la necesidad de elaborar una Circular sobre cuestiones de inconstitucionalidad. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Estudio sobre la necesidad de precisar la vigencia de la Instrucción relativa a la obligación de que los Fiscales hagan constar su nombre y apellidos bajo la firma de sus escritos. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Necesidad de revisión de remuneraciones en la Carrera Fiscal (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe favorable a la designación de don José M.<sup>a</sup> Iscar para asistir a la vista del recurso de casación relativo al asunto «Alcalá 20». (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Estudio sobre el Borrador de Instrucción relativa a «Atribuciones y competencias de los Fiscales Especiales Antidrogas en los diferentes territorios». (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Asunción por el Pleno del informe elaborado por la Secretaría Técnica en relación con el Anteproyecto de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Debate crítico del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal y Juvenil y del Menor. (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Informe favorable del Pleno, por unanimidad, al reparto de trabajo efectuado por el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional y que fue objeto de observación escrita por algunos Fiscales de dicha Audiencia. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Informe del Fiscal Inspector sobre el escrito del Secretario General de Justicia en relación con la Propuesta del Fiscal General de modificar el Real Decreto 437/83, sobre Constitución y Formación del Consejo Fiscal. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Informe del Fiscal General sobre la devolución por el Consejo de Ministros de la propuesta de nombramiento de don Juan José Barrenechea de Castro. (Pleno de 13 de septiembre de 1995.)

Examen del escrito presentado al Consejo en nombre de la «Iglesia de Dios Universal». (Pleno 13 de septiembre de 1995.)

Informe del Fiscal Inspector sobre el proceso electoral y dotación de nuevas plazas en la Carrera. (Pleno de 13 de septiembre de 1995.)

Estudio sobre el proyecto de borrador de la Instrucción 1/95 sobre «Atribuciones y competencias de los Fiscales Especiales Antidroga en los diferentes territorios». (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Estudio sobre el anteproyecto de Reglamento Penitenciario. (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Estudio sobre el acuerdo adoptado por la Comisión Mixta de transferencias por el que se trasladan a la Generalidad de Cataluña competencias sobre Administración de Justicia y Ministerio Fiscal. (Pleno de 15 de noviembre de 1995.)

Constitución del nuevo Consejo Fiscal y cese del anterior (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

Estudio sobre el proyecto de Instrucción de funcionamiento y competencias de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción. (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

#### G) LIBRO BLANCO

Debate sobre el resumen elaborado por los Consejeros don Martín Rodríguez Sol y doña Teresa Gisbert. (Pleno de 1 de febrero de 1995.)

Información sobre el estado de elaboración del Libro Blanco. Felicitación a la Inspección Fiscal. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Pleno monográfico sobre cuestiones relativas al Libro Blanco. Se acuerda nombrar Ponentes para el Libro Blanco a doña Teresa Gisbert y don Martín Rodríguez Sol. (Pleno de 21 de abril de 1995.)

Estudio sobre los trabajos realizados en relación con el Libro Blanco del Ministerio Fiscal. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Observaciones al proceso de elaboración del Libro Blanco del Ministerio Fiscal por el Consejo Fiscal. (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Informe y debate sobre la ponencia del Libro Blanco, efectuada por don Martín Rodríguez Sol. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Acuerdo para que los ponentes apunten los trabajos en relación al Libro Blanco y que se proceda a su redacción definitiva. (Pleno de 13 de septiembre de 1995.)

#### *Nombramientos*

Propuesta de nombramiento del Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional en favor de don Juan José Barrenechea de Castro. (Pleno de 1 de febrero de 1995.)

Propuesta de nombramiento de Teniente Fiscal de la Inspección Fiscal en favor de don José Luis Bueren. (Pleno de 1 de febrero de 1995.)

Pregunta de doña Eduardo Torres-Dulce sobre el retraso en el nombramiento de Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Propuesta en favor del nombramiento de don José M.<sup>a</sup> Iscar como Fiscal de Sala. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Propuesta en favor del nombramiento de don Luis M.<sup>a</sup> Delgado López como Fiscal Jefe de Valladolid. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Propuesta en favor de don José Luis Falcó como Teniente Fiscal del TSJ de Aragón. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

El Fiscal General anuncia el nombramiento de doña Consuelo Madrigal para la Secretaría Técnica. (Pleno de 21 de abril de 1995.)

Expresión de malestar de parte del Consejo ante la falta de respuesta a la propuesta de nombramiento del Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional. (Pleno de 21 de abril de 1995.)

Propuesta en favor de don Martín Rodríguez como Fiscal Jefe de Lérida. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe del Fiscal General sobre resolución de la propuesta de nombramiento del Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe del Fiscal General en relación con la propuesta de nombramiento de Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional. (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Debate por la devolución por el Consejo de Ministros de la propuesta efectuada por el Fiscal General en favor de don Juan José Barrenechea de Castro como Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Aplazamiento de la propuesta de nombramiento del Fiscal Jefe y Teniente Fiscal de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, que se efectuará el próximo pleno, extendiéndose a la totalidad de la plantilla de dicha Fiscalía. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Propuesta en favor de don Ladislao Roig Bustos como Teniente Fiscal del TSJ de Baleares. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Propuesta favor de don Manuel E. Sánchez Ayala como Fiscal del Tribunal Supremo. Acordándose su retención hasta tanto se cubra su vacante en el Tribunal de Cuentas. (Pleno de 21 julio de 1995.)

Votación y propuesta de los integrantes de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, en favor de don Carlos Jiménez Villarejo como Fiscal Jefe, don Luis López Sanz-Aranguren como Teniente Fiscal, don

Salvador Viada, doña Teresa Gálvez, don Vicente González Mota y don Alejandro Luzón como Fiscales y don Luis Rodríguez Sol y don Carlos Castresana como Abogados Fiscales. (Pleno 13 de septiembre de 1995.)

Se abre nuevo plazo para la presentación de candidatos a la Jefatura de Lugo, dada la inexistencia de solicitantes. (Pleno de 13 de septiembre de 1995.)

Votación y propuesta para el cargo de Teniente Fiscal del Tribunal Supremo en favor de don José Aparicio Calvo-Rubio. (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Votación y propuesta para el cargo de Fiscal Jefe de Lugo, en favor de don Jesús García Calderón. (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Propuesta de nombramiento de Fiscal del Tribunal Supremo en favor de don Juan Ignacio Campos Campos. Debate sobre las características del concurso para cubrir vacantes en el Tribunal Supremo. (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

Propuesta en favor de don Daniel Campos para la plaza de Abogado Fiscal en la Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

### *Reingresos*

Informe favorable del Pleno a los reingresos de don José Luis Llorente y don Vicente Goñi. (Pleno 1 de febrero de 1995.)

### *Renuncias*

Debate sobre la aceptación de la renuncia al cargo de Teniente Fiscal del TSJ de Baleares por parte de don Ricardo Leyva. Se acepta por mayoría. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

### *Retenciones*

Se acuerda la retención de don Manuel Jesús Dolz Lago, a los solos efectos de la confección de la Memoria Anual y como fecha límite el 15 de abril de 1995. (Pleno de 1 de febrero de 1995.)

Acuerdo del Pleno de retener a don Manuel E. Sánchez Ayala, nombrado Fiscal del Tribunal Supremo en la Fiscalía del Tribunal de Cuentas. (Pleno de 21 de julio de 1995).

Acuerdo de la Comisión Permanente para retener a don Ignacio Morales Guerrero, destinado a la Adscripción de Jerez de la Frontera, en la Adscripción de Melilla. (Comisión de 4 de junio de 1995.)

Acuerdo de la Comisión Permanente para retener a don José M.<sup>a</sup> López Cervilla, destinado a la Adscripción de Melilla, en la de Algeciras. (Comisión de 11 de octubre de 1995.)

Informe favorable a la prórroga de la retención de don Manuel Sánchez Ayala. (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Informe favorable del Pleno a las propuestas de retenciones de don Carlos Castresana en la Fiscalía Antidroga. (Pleno de 15 de noviembre de 1995.)

Acuerdo unánime del Pleno para que Da. Blanca Rodríguez cese en su Destacamento en la Audiencia Nacional y se incorpore a su destino en la Fiscalía de Madrid. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

### *Ascensos*

Aprobación del Pleno a la propuesta de ascenso reglado de don Adrián Zarzosa Hernández. (Pleno 1 de febrero de 1995.)

Informe favorable del Pleno a los ascensos a la segunda categoría de doña M.<sup>a</sup> Angeles Prieto Pascual, don Juan José Martínez Munuera y don Jorge Fernández Caldevilla. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe favorable sobre el ascenso a la segunda categoría de don Julio Martínez Carazo, doña María Moretó Matosa, doña M.<sup>a</sup> Piedad Félez González, don Fernando Sobron Ostos, doña Ana Josefa Crespo Cuadrado, doña María del Carmen Marticorena Serrano, doña María del Carmen Lafuente Ayuso y don Rafael Pérez Nieto. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Informe favorable a los ascensos reglados a la 2.<sup>a</sup> categoría de doña M.<sup>a</sup> Pilar Santamaría y doña Elena Sanchis. (Pleno de 15 de noviembre de 1995.)

Informe sobre ascensos reglados. (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

### *Cursos de formación*

Informe de don Martín Rodríguez Sol sobre los Cursos y Plan de Formación. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Informe de don Eduardo Torres-Dulce sobre la reunión de la Comisión de Formación. (Pleno de 15 de noviembre de 1995.)

### *Plantilla*

Informe del Fiscal Inspector sobre precisiones del aumento de plantilla. (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Estudio del Borrador del Real Decreto por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal. (Pleno de 15 de noviembre de 1995.)

### *Concursos*

Aprobación de la propuesta de resolución de Concurso. (Pleno de 1 de febrero de 1995.)

Informe favorable a la propuesta de resolución del Concurso, elaborado por la Inspección Fiscal. (Pleno de 17 de mayo de 1995.)

Informe favorable a la propuesta de resolución de Concurso reglado. (Pleno de diciembre de 1995.)

### *Condecoraciones*

Dación de cuenta de las propuestas de Cruces de San Raimundo de Peñafort por el Consejo Fiscal. (Pleno de 1 de febrero de 1995).

Don Francisco Javier Montero Juanes, Extremadura.

Doña Mercedes Carrascón Gil, Baleares.

Don Bartolomé Barcelo Oliver, Baleares.

Informe favorable a la propuesta de Cruces de San Raimundo de Peñafort. (Pleno de 22 de marzo de 1995.)

Don Francisco Soto Bruna, Gerona.

Don Antonio García Brión, Pontevedra.

Don Benito Montero Prego, Pontevedra.

Informe favorable del Pleno sobre propuesta de concesión de Cruces de San Raimundo. (Pleno 17 de mayo de 1995.)

Don Juan Ortiz Urculo, Tribunal Constitucional.

Don José Ramón Noreña Salto, Tribunal Constitucional.

Don Fernando Herrero-Tejedor, Tribunal Constitucional.

Don Anselmo Sánchez-Tembleque, Tribunal Constitucional.

Don Manuel Campo Balboa, Sevilla.

Informe favorable a la propuesta de concesión de la Cruz de San Raimundo en favor de don Nereo Flavio Martín y de la Cruz de Honor en favor de don Francisco Jiménez Villarejo. (Pleno de 30 de mayo de 1995.)

Informe favorable del Pleno a la concesión de Cruz de Honor a don Francisco Zatarain Muñoz. (Pleno de 21 de julio de 1995.)

Informe favorable sobre la propuesta de condecoración de la Cruz de San Raimundo en favor de don Andrés Barreiro Vázquez. (Pleno de 18 de octubre de 1995.)

Informe favorable del Pleno sobre concesión de Cruces de San Raimundo de Peñafort. (Pleno de 15 de noviembre de 1995.)

Don José Antonio Rincón Acosta, Inspección Fiscal.

Don Juan José Lombera y Romero, Cádiz.

Don Florentino Ortí Ponte, Audiencia Nacional.

Don Alfonso Vez Pazos, Orense.

Propuesta de Cruces de San Raimundo para el Consejo Fiscal saliente. (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

Don Francisco Hernández Gil.

Don Carlos Jiménez Villarejo.

Don Enrique Beltrán Ballester.

Don Jaime Gago Sevilla.

Don Eduardo Torres-Dulce Lifante.

Doña M.<sup>a</sup> Teresa Gisbert Jordá.

Doña María Moreto Matosa.

Don Juan José del Río Herrera.

Don José Miguel de la Rosa Cortina.

Don Martín Rodríguez Sol.

Don Alfredo Flores Prada.

Don José Luis Cuesta Merino, Castellón.

Informe favorable sobre propuesta de cruces de mérito policial. (Pleno de 19 de diciembre de 1995.)

Don Miguel Angel Barrado Casado.

Don Angel Luis Olmedo Ovejero.

Y como representantes de la Comisión Europea, don Gonzalo Velasco García y

Doña Isabel Vighi Blanco.

Durante el año pasado —y en su condición de órgano de apoyo del Fiscal General del Estado— la Inspección colaboró estrechamente con el anterior Consejo Fiscal en la redacción del Libro Blanco del Ministerio Fiscal, efectuada por el mismo.

La citada colaboración tuvo dos fases:

Una primera de recogida de las sugerencias enviadas por la totalidad de los Fiscales Jefes resumiendo las opiniones de los miembros de sus plantillas.

De los citados informes se hizo un resumen por parte de la Inspección, que se remitió al Consejo como primer borrador de trabajo; centrándose a partir de entonces la labor de redactar el Libro Blanco en el mismo, celebrando el órgano una sesión extraordinaria en el Parador de Aiguablava (Gerona), para ultimar la redacción.

La segunda fase y más directa de la colaboración de la Inspección en el mencionado Libro Blanco fue la redacción y elaboración de cuatro anexos que se incorporaron al libro.

Estos son:

— Estudio actualizado de la plantilla del Ministerio Fiscal.

— Situación de las instalaciones de las Fiscalías y necesidades de las mismas.

— Indices cronológicos y alfabéticos de las Circulares, Instrucciones y Consultas hasta el año 1994.

— Índice de disposiciones legales referidas al Ministerio Fiscal y a sus funciones.

En síntesis los citados anexos consistieron en:

1. *Estudio actualizado de la Plantilla del Ministerio Fiscal*

Consistente en la redacción de hojas-fichas con casilleros, que comienzan con uno en el que se señalan el número de Fiscales

subdivididos en las dos categorías 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> existentes en la capital, especificándose a continuación las plantillas de las Adscripciones del mismo modo.

A partir de la 3.<sup>a</sup> casilla se van indicando el número de Magistrados o Jueces que sirven los distintos órganos: Colegiados o Unipersonales y la categoría de los mismos.

Se completan las citadas fichas con una casilla de observaciones y en las que se señalan los órganos judiciales creados y pendientes de entrada en vigor en las fechas de su redacción.

Del examen del citado anexo se deduce el desfase existente en la creación de plazas de Fiscales en ambas categorías en proporción a la creación de plazas en la Carrera Judicial sirviendo como base exacta para tener en cuenta en posibles aumentos en la Carrera Fiscal. Criterios seguidos en el Real Decreto de 23 de febrero de 1996 que establece la nueva plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, cuyas directrices deben tenerse en cuenta en el futuro.

## 2. *Situación de las instalaciones de las Fiscalías y necesidades de las mismas*

Dicho anexo consiste en una serie de hojas en las que se recogen en síntesis la situación actual de los locales ocupados por las Fiscalías tanto en las Audiencias como en las Adscripciones, distinguiendo entre las que gozan de óptimos locales, aquellas que son susceptibles de mejoras y las que no reúnen las condiciones mínimamente exigibles para desarrollar la función con la dignidad deseable.

## 3. *Índices cronológicos y alfabéticos*

En este anexo se han redactado dos índices uno cronológico desde el año 1882 a 1994 en tres apartados: Circulares, Instrucciones y Consultas, y otro alfabético por voces sistematizadas y en conexión con el índice cronológico.

#### 4. *Índice de disposiciones legales*

En él se han recogido 201 disposiciones legales de cualquier rango que afecten al Ministerio Fiscal y a sus funciones en los siguientes apartados:

- Normas con carácter de orgánicas.
- Normas del Ministerio de Justicia e Interior.
- Normas funcionariales-clases pasivas y mutualismo.
- Normas personal de las Fiscalías.
- Normas constitucionales y administrativas.
- Normas naturaleza penal.
- Normas naturaleza laboral.
- Normas naturaleza civil y mercantil.

#### H) MEDIOS MATERIALES

Durante el pasado ejercicio esta Inspección Fiscal ha mantenido intensos contactos con la Secretaría General de Justicia, tendentes a dar cobertura a las necesidades inmobiliarias y de medios materiales de las distintas Fiscalías.

A estos efectos, hay que destacar la conexión fluida con la Dirección General de Infraestructuras para la Administración de Justicia y la Subdirección General de Obras y Patrimonio, que ha dado como resultado, en buena medida, la atención de dichas necesidades.

Por parte de la Subdirección de Obras se ha procedido a recopilar informáticamente las necesidades materiales que se habían cursado ante la misma, lo que ha permitido, bajo la directa supervisión de esta Inspección Fiscal, tener un estado exacto de dichas peticiones y procurar, de modo paulatino a su satisfacción.

A continuación, pasamos a exponer las actuaciones verificadas, tanto en inmuebles como en medios materiales en el pasado año:

1. *Relación de edificios donde se han realizado obras de ampliación o acondicionamiento de espacios para Fiscalías durante 1995:*

— MADRID: Fiscalía Antidroga: Traslado de dependencias de la calle Cea Bermúdez, 46, a Edificio de la Audiencia Nacional, calle García Gutiérrez.

*Superficie útil* ..... 365 m<sup>2</sup>

— MADRID: Fiscalía Anticorrupción: Adaptación de locales en el Paseo de Recoletos, 16.

*Superficie útil*..... 956 m<sup>2</sup>

— CORDOBA: Audiencia Provincial. Final 1994-1995.

— GRANADA: Tribunal Superior de Justicia, 1995-1996.

— JAEN: Audiencia Provincial y locales de la calle Cronista González-López, 1995-1996.

— MURCIA: Audiencia Provincial, 1995-1996.

— GRANADILLA DE ABONA (TENERIFE): Edificio Judicial.

2. *Relación de nuevos edificios de Juzgados con dependencias para Fiscalía terminados en 1995:*

— SANTIAGO-La Coruña: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 191,87 m<sup>2</sup>

— BETANZOS-La Coruña: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 25,58 m<sup>2</sup>

— VALLADOLID: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 133,14 m<sup>2</sup>

— ALCOBENDAS-Madrid: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 178,63 m<sup>2</sup>

— ALCORCON-Madrid: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 169,63 m<sup>2</sup>

— GETAFE-Madrid: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 245,08 m<sup>2</sup>

— MOSTOLES-Madrid: Dependencias Fiscalía.

*Superficie útil* ..... 457,51 m<sup>2</sup>

- ALMANSA-Albacete: Dependencias Fiscalía.  
Superficie útil ..... 60,00 m<sup>2</sup>
  - TENERIFE.
  - SAN BARTOLOME DE TIJARANA-Las Palmas.
3. *Relación de nuevos edificios de Juzgados con dependencias para Fiscalía en fase de ejecución durante 1995:*
- GIJON.  
Superficie prevista ..... 213,39 m<sup>2</sup>
  - HUESCA: Nuevas dependencias.  
Superficie prevista ..... 33,39 m<sup>2</sup>
  - MAHON-Baleares:  
Superficie prevista ..... 32,20 m<sup>2</sup>
4. *Relación de mobiliario y maquinaria con destino a Fiscalía tramitado durante el ejercicio 1995, que han supuesto una inversión de 49.856.320 y 17.070.000 pesetas, respectivamente*

#### MOBILIARIO HOMOLOGADO

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete		00		Silla 6	6
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete		00		Silla 3	4
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete		00		Mesa trabajo 2	6
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete		00		Puesto informática 2	1
Albacete	CR	F. AP	Ciudad Real		00		Silla 3	1
Albacete	CR	F. AP	Ciudad Real		00		Silla 4	2
Aragón	H	F. AP	Huesca		PR00		Armario Ofic. 4	2
Baleares	PM	F. AP	P. de Mallorca		PR00		Silla 1	22
Baleares	PM	F. TSJ	P. de Mallorca		00		Silla 6	4
Burgos	SG	F. AP	Segovia		00		Armario despacho 1	1
Burgos	SG	F. AP	Segovia		00		Silla 6	1
Burgos	SG	F. AP	Segovia		00		Mesa trabajo 2	1
Burgos	SG	F. AP	Segovia		00		Armario oficina 4	2

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Burgos	SO	F. AP	Soria	00	PR00		Mesa trabajo 1	2
Burgos	SO	F. AP	Soria	00	PR00		Mesa telefónica 1	2
Burgos	SO	F. AP	Soria	00	PR00		Silla 1	2
Burgos	SO	F. AP	Soria	00	PR00		Silla 2	4
Burgos	SO	F. AP	Soria	00	PR00		Armario despacho 1	2
Cantabria	S	FJDO	Santoña	00	PR00		Mesa trabajo 2	1
Cantabria	S	FJDO	Santoña	00	PR00		Silla 6	1
Cataluña	B	F. Familia	Barcelona	00	00		Carro máquina 1	2
Cataluña	B	F. Familia	Barcelona	00	00		Estanterías archivo 1	2
Cataluña	B	F. Familia	Barcelona	00	00		Armario oficina 4	1
Cataluña	B	F. Familia	Barcelona	00	00		Estanterías archivo 2	4
Cataluña	B	F. Menores	Barcelona	00	00		Mesa trabajo 3	2
Cataluña	B	F. Menores	Barcelona	00	00		Armario oficina 1	1
Cataluña	B	F. Menores	Barcelona	00	00		Armario oficina 4	1
Cataluña	B	F. Menores	Barcelona	00	00		Carro máquina 1	3
Cataluña	B	F. Menores	Barcelona	00	00		Silla 5	5
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00	PR00		Armario oficina 4	6
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00	PR00		Carro máquina 1	5
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00	PR00		Mesa auxiliar 1	5
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00	PR00		Armario oficina 1	3
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00	PR00		Silla 6	5
Cataluña	B	F. Vig. Pen.	Barcelona	00	00		Mesa trabajo 2	4
Cataluña	B	F. Vig. Pen.	Barcelona	00	00		Carro máquina 1	1
Cataluña	B	F. Vig. Pen.	Barcelona	00	00		Perchero 1	1
Cataluña	B	F. Vig. Pen.	Barcelona	00	00		Armario oficina 2	2
Cataluña	B	F. JDOS	Igualada	00	00		Silla 1	1
Cataluña	B	F. JDOS	Igualada	00	00		Silla 2	2
Cataluña	GE	F. JDOS	Figueras	00	00		Silla 7	2
Cataluña	GE	F. JDOS	Figueras	00	00		Silla 2	4
Cataluña	GE	F. JDOS	Figueras	00	00		Silla 6	2
Cataluña	GE	F. JDOS	Figueras	00	00		Silla 1	4
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Mesa trabajo 2	2
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Estanterías archivo 1	3
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Estanterías archivo 2	19
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Mesa trabajo 1	4
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Mesa telefónica 1	4
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Armario despacho 1	4
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Silla 1	4
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Silla 2	2
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00	00		Silla 6	2
Cataluña	T	F. J	Reus	00	00		Silla 1	1
Cataluña	T	F. J	Reus	00	00		Silla 2	2
Cataluña	T	F. J	Reus	00	00		Armario despacho 1	1
Cataluña	T	F. J	Reus	00	00		Mesa trabajo 1	1

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Cataluña	T	F. J	Reus		00		Mesa telefónica 1	1
Cataluña	T	F. AP	Tarragona		00		Armario despacho 2	2
Cataluña	T	F. Menores	Tarragona		00		Mesa trabajo 1	1
Cataluña	T	F. Menores	Tarragona		00		Mesa telefónica 1	1
Cataluña	T	F. Menores	Tarragona		00		Armario despacho 2	2
Cataluña	T	F. Menores	Tarragona		00		Silla 1	1
Cataluña	T	F. Menores	Tarragona		00		Silla 2	2
Cataluña	T	F. J	Valls		00		Mesa telefónica 1	1
Cataluña	T	F. J	Valls		00		Mesa trabajo 1	1
Cataluña	T	F. J	Valls		00		Silla 1	1
Cataluña	T	F. J	Valls		00		Armario despacho 1	1
Cataluña	T	F. J	Valls		00		Silla 2	2
Cataluña	T	F. J	Vendrell		00		Mesa trabajo 1	1
Cataluña	T	F. J	Vendrell		00		Silla 2	2
Cataluña	T	F. J	Vendrell		00		Silla 1	1
Cataluña	T	F. J	Vendrell		00		Armario despacho 1	1
Cataluña	T	F. J	Vendrell		00		Mesa telefónica 1	1
Extrem.	BA	F. JDOS	Mérida		00		Refrigeración	2
Extrem.	BA	F. JDOS	Zafra		00		Refrigeración	2
Extrem.	CC	F. TSJ	Cáceres		PR00		Mesa trabajo 2	3
Extrem.	CC	F. JDOS	Plasencia		00		Refrigeración	3
Granada	AL	F. AP	Almería		PR00		Carro máquina 1	4
Granada	GR	F. TSJ	Granada		PR00		Silla 6	1
Granada	GR	F. JDOS	Motril		PR00		Carro máquina 1	1
Granada	GR	F. JDOS	Motril		PR00		Silla 6	1
Granada	J	F. AP	Jaén		PR00		Silla 6	2
Granada	J	F. AP	Jaén		PR00		Armario oficina 4	2
Granada	J	F. AP	Jaén		00		Mesa trabajo 1	5
Granada	J	F. AP	Jaén		00		Mesa telefónica 1	5
Granada	J	F. AP	Jaén		00		Armario despacho 1	2
Granada	J	F. AP	Jaén		00		Mesa reuniones 1	1
Granada	J	F. AP	Jaén		00		Silla 1	5
Granada	J	F. AP	Jaén		00		Silla 2	14
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Silla 1	1
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Mesa auxiliar 1	2
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Mesa telefónica 1	1
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Mesa auxiliar 1	1
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Bancadas 1	2
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Alfombra	1
La Rioja	LO	F. TSJ	Logroño		00		Mesa auxiliar 1	2
Madrid	M	F. AN	Madrid		00		Dictáfono	2
Madrid	M	F. EA	Madrid		00		Cajas fuertes 3	1
Madrid	M	F. EA	Madrid		00		Refrigeración	1
Madrid	M	F. EA	Madrid		00		Armario oficina 1	11

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 1	4
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa telefónica 1	6
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Armario despacho 1	8
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 2	12
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 1	6
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Lámpara mesa	4
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Perchero 1	1
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Papelera 2	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Papelera 3	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 6	4
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Puesto informática 2	4
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 1	10
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 2	10
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Armario despacho 1	7
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Armario despacho 2	7
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Perchero 1	10
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Papelera 2	32
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Papelera 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Papelera 3	10
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Paragüero 1	10
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 1	10
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 3	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 2	20
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 4	4
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 7	17
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 6	20
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 7	28
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Estanterías archivo	3
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Estanterías archivo 2	6
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa reuniones 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Puesto informática 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Armario despacho 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa reuniones 1	1
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 2	8
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Armario despacho 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Armario oficina 2	20
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 2	14
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa reuniones 1	2
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Mesa trabajo 3	12

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Carro máquina 1	1
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Mesa trabajo 1	1
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Mesa telefónica 1	1
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Armario despacho 1	1
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Armario despacho 3	1
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Silla 1	1
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Silla 2	4
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Silla 6	2
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Silla 7	6
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Armario oficina 1	2
Madrid	M	F. JDOS	Madrid	00			Armario oficina 4	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Armario oficina 4	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00	PR00		Armario oficina 1	3
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Silla 1	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Audiovisual	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Audiovisual 1	1
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Silla 4	9
Málaga	MA	F. AP	Málaga	00			Armario oficina 1	3
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Armario despacho 1	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Armario despacho 2	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Lámpara mesa	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Mesa reuniones 1	1
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Mesa telefónica 1	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Mesa trabajo 1	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Papelera 1	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Perchero 1	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Puesto informática 1	2
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Silla 1	3
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Silla 2	6
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00			Carro máquina 1	3
Málaga	MA	F. JDOS	Marbella	00	PR00		Armario oficina 1	3
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Mesa trabajo 2	1
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Mesa trabajo 1	1
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Mesa auxiliar 1	1
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Armario despacho 1	1
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Armario despacho 3	1
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Silla 1	1
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Silla 2	2
Murcia	MU	F. JDO	Cartagena	00			Silla 6	1
Murcia	MU	F. JDOS	Lorca	00			Refrigeración	3
Murcia	MU	F. TSJ	Murcia	00			Mesa trabajo 2	2
Murcia	MU	F. TSJ	Murcia	00			Armario oficina 1	4
Murcia	MU	F. TSJ	Murcia	00			Silla 1	1
Murcia	MU	F. TSJ	Murcia	00			Silla 6	8

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Valencia	CS	F. AP	Castellón Plana	00			Carro máquina 1	4
Valencia	CS	F. AP	Castellón Plana	00			Armario oficina 4	3
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Mesa trabajo 1	31
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Mesa telefónica 1	31
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Mesa trabajo 2	13
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Mesa trabajo 3	6
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Armario oficina 4	19
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Silla 1	31
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Silla 6	23
Valencia	V	T. TSJ	Valencia	00			Silla 7	25
Valladolid	L	Fiscalía	León		PR00		Armario oficina 4	5
Valladolid	L	Fiscalía	León		PR00		Silla 6	2
Valladolid	L	Fiscalía	Ponferrada		PR00		Armario oficina 4	1
Valladolid	SA	F. JDOS	Salamanca		00		Silla 6	2
Valladolid	SA	Fiscalía	Salamanca		PR00		Armario oficina 1	1

### MAQUINARIA

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Albacete	AB	F. AP	Albacete	00			Maquinaria 5	1
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete	00			Maquinaria 1	2
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete	00			Maquinaria 2	2
Albacete	AB	F. TSJ	Albacete	00			Maquinaria 4	1
Baleares	PM	F. TSJ	P. Mallorca	00			Maquinaria 2	1
Baleares	PM	F. TSJ	P. Mallorca	00			Maquinaria 1	1
Burgos	SG	F. AP	Segovia	00			Maquinaria 2	1
Cantabria	S	F. JDO	Santoña		PR00		Maquinaria 1	1
Cataluña	B	F. J	Arenys de Mar	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 6	1
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 7	1
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 1	2
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 2	3
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 4	1
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 6	1
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 7	1
Cataluña	B	F. TSJ	Barcelona	00			Maquinaria 2	5
Cataluña	B	F. J	Granollers	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	B	F. J	H. Llobregat	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	B	F. J	Manresa	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	B	F. JDOS	Manresa	00			Maquinaria 4	1
Cataluña	B	F. J	Mataró	00			Maquinaria 1	1
Cataluña	B	F. J	Mataró	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	B	F. J	Tarrasa	00			Maquinaria 1	1

Gerencia	Prov.	Org. Judic.	Localidad	Cap.	Pr. Ger.	Pr. Sub.	Tipo mueble	Cantid.
Cataluña	B	F. J.	Tarrasa	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00			Maquinaria 2	1
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00			Maquinaria 1	1
Cataluña	GE	F. AP	Gerona	00			Maquinaria 4	2
Cataluña	LE	F. AP	Lérida	00			Maquinaria 4	1
Cataluña	T	F. AP	Tarragona	00			Maquinaria 1	1
Cataluña	T	F. AP	Tarragona	00			Maquinaria 2	1
Extrem.	CC	F. J	Plasencia	00			Maquinaria 1	1
Extrem.	CC	F. J	Plasencia	00			Maquinaria 2	1
Granada	J	F. AP	Jaén	PR00			Maquinaria 2	1
Granada	J	F. AP	Jaén	00			Maquinaria 1	1
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Maquinaria 5	1
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Maquinaria 6	1
Madrid	M	F. GE	Madrid	00			Maquinaria 7	1
Madrid	M	F. Guardia	Madrid	00			Maquinaria 2	1
Madrid	M	F. Guardia	Madrid	00			Maquinaria 4	1
Madrid	M	F. Guardia	Madrid	00			Maquinaria 6	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Maquinaria 5	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Maquinaria 6	1
Madrid	M	F. TSJ	Madrid	00			Maquinaria 7	1
Málaga	MA	F. AP	Málaga	00			Maquinaria 2	1
Valencia	A	F. AP	Alicante	00			Maquinaria 1	3
Valencia	A	F. AP	Alicante	00			Maquinaria 2	3
Valencia	CS	F. AP	Castellón Plana	00			Maquinaria 2	2
Valencia	CS	F. AP	Castellón Plana	00			Maquinaria 1	2
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Maquinaria 4	1
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Maquinaria 5	1
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Maquinaria 6	1
Valencia	V	F. TSJ	Valencia	00			Maquinaria 7	1
Valladolid	L	F. J	León	PR00			Maquinaria 2	1
P. Vasco	SS	F. AP	San Sebastián	00			Maquinaria 4	1

#### D) AUTORES DE LAS MEMORIAS CORRESPONDIENTES A 1995

Fiscalía ante el Tribunal Constitucional: Excmo. señor don José Julián Hernández Guijarro.

Fiscalía del Tribunal de Cuentas: Ilmo. señor don José Antonio Sáinz Ruiz.

Fiscalía de la Audiencia Nacional: Excmo. señor don José Leopoldo Aranda Calleja.

Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas: Excmo. señor don Enrique Abad Fernández.

Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción: Excmo. señor don Carlos Jiménez Villarejo.

Albacete: Excmo. señor don Andrés López Mora.

Alicante: Ilmo. señor don Ricardo Cabedo Nebot.

Almería: Ilmo. señor don Juan de Oña Navarro.

Avila: Ilmo. señor don Juan Miguel Gómez Cortés.

Badajoz: Ilmo. señor don Manuel Ruiz Fernández.

Barcelona: Ilmo. señor don José M.<sup>a</sup> Mena Álvarez.

Bilbao: Excmo. señor don Jesús Cardenal Fernández.

Burgos: Excmo. señor don José Luis García Ancos.

Cáceres: Excmo. señor don Jorge Sena Argüelles.

Cádiz: Ilmo. señor don Isidoro Hidalgo Baras.

Castellón: Ilmo. señor don Eduardo Vicente Castelló.

Ciudad Real: Ilmo. señor don Olayo Eduardo González Soler.

Coruña: Excmo. señor don Ramón García-Malvar y Mariño.

Córdoba: Ilmo. señor don Narciso Ariza Dolla.

Cuenca: Ilmo. señor don Juan Carlos López Coig.

Gerona: Ilmo. señor don Carlos Ganzermuller Roig.

Granada: Excmo. señor don Luis Portero García.

Guadalajara: Ilma. señora doña M.<sup>a</sup> Angeles García García.

Huelva: Ilmo. señor don Francisco Ontiveros Valera.

Huesca: Ilmo. señor don Fernando García Vicente.

Jaén: Ilmo. señor don Luis González Gómez.

León: Ilmo. señor don Félix Herrero Abad.

Lérida: Ilmo. señor don Martín Rodríguez Sol.

Logroño: Excmo. señor don Eduardo Peña de Benito.

Lugo: Ilmo. señor don Jesús M.<sup>a</sup> García Calderón.

Madrid: Excmo. señor don Mariano Fernández Bermejo.

Málaga: Ilmo. señor don Luis Laverón Iturralde.

Murcia: Excmo. señor don Francisco Goyena de la Mata.

Orense: Ilmo. señor don Alfonso Vez Pazos.

Oviedo: Excmo. señor don Rafael Valero Oltra.

Palencia: Ilmo. señor don Manuel Martín-Granizo Santamaría.

Palma de Mallorca: Excmo. señor don Antonio de Vicente Tutor y Guarnido.

Las Palmas: Excmo. señor don Juan Guerra y Manrique de Lara.

Pamplona: Excmo. señor don José M.<sup>a</sup> Félez Carreras.  
Pontevedra: Ilmo. señor don Jaime Gago Sevilla.  
Salamanca: Ilmo. señor don Manuel Alonso Montero.  
San Sebastián: Ilmo. señor don Luis Manuel Navajas Ramos.  
Santa Cruz de Tenerife: Ilmo. señor don José Civantos Cerro.  
Santander: Excmo. señor don Lucio Isidoro Valcárce Pestaña.  
Segovia: Ilmo. señor don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Sevilla: Ilmo. señor don Alfredo José Flores Pérez.  
Soria: Ilmo. señor don Jesús Gómez Herrero.  
Tarragona: Ilmo. señor don José M.<sup>a</sup> Parra Llonch.  
Teruel: Ilmo. señor don Antonio Narváez Rodríguez.  
Toledo: Ilmo. señor don Miguel M.<sup>a</sup> González Blanco.  
Valencia: Excmo. señor don Enrique Beltrán Ballester.  
Valladolid: Ilmo. señor don Luis M.<sup>a</sup> Delgado López.  
Vitoria: Ilmo. señor don Alfonso Aya Onsalo.  
Zamora: Ilmo. señor don José M.<sup>a</sup> Caballero Sánchez-Izquierdo.  
Zaragoza: Excmo. señor don Alfonso Arroyo de las Heras.

## II. REUNION DE FISCALES JEFES

Recuperando una tradición que se había interrumpido en los últimos años, tuvo lugar en la localidad de Mojácar (Almería) una reunión o jornadas en la que, presidiendo el Fiscal General del Estado, asistieron no sólo la casi totalidad de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo y Fiscales Jefes de las diferentes Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, sino que se contó con la presencia y participación del Consejo Fiscal, representantes de las asociaciones y miembros de la Inspección y Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

A lo largo de los días 9, 10 y 11 de febrero, se abordaron como temas de interés para los Fiscales las siguientes ponencias:

— «Estadística», por el Excmo. señor don José Aparicio Calvo-Rubio.

— «Fiscales Delegados Antidroga», por el Ilmo. señor don Javier Zaragoza Aguado.

— «Organización de las Fiscalías: Aspectos Generales», por el Excmo. señor don Juan José Martínez Zato.

— «Organización de las Fiscalías: Características especiales en las Macrofiscalías», por el Excmo. señor don Carlos Jiménez Villarejo.

— «Organización de las Fiscalías: Peculiaridades en las pequeñas y medianas Fiscalías», por el Ilmo. Sr. D. Luis Navajas Ramos.

— «Diligencias de Investigación del Ministerio Público», por el Excmo. señor don Rafael Valero Oltra y el Ilmo. señor don Alfredo Flores Pérez.

— «Libro Blanco», por la Ilma. señora doña M.<sup>a</sup> Teresa Gisbert Jordá y el Ilmo. señor don Martín Rodríguez Sol.

Todos los temas programados suscitaron la lógica atención en los asistentes, lo que ocasionó un fructífero debate. De las ponencias enumeradas, se publica en esta Memoria (en el Capítulo V) las dos exposiciones sobre las «Diligencias de Investigación y Diligencias Informativas» dada la relevancia que han alcanzado estas diligencias preprocesales de investigación penal en las Fiscalías y las discrepancias y problemas prácticos que ocasionan.

No sería justo finalizar esta reseña sobre la «reunión de Mojácar», sin expresar el agradecimiento sincero al Fiscal Jefe de Almería, Ilmo. señor don Juan Manuel Oña Navarro, sin cuya eficaz colaboración no se hubiera conseguido la perfecta organización que acompañó el desarrollo de este encuentro de Fiscales.

## CAPITULO II

### I. DESARROLLO LEGISLATIVO DURANTE EL AÑO 1995 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES

#### A) DESARROLLO LEGISLATIVO

##### 1. NORMATIVA INTERNACIONAL

Son varias las Normas convencionales Internacionales que durante el año 1995 han pasado a nuestro ordenamiento jurídico por vía de Instrumento de Ratificación.

La más importante sin duda fue el Tratado de 24 de junio de 1994, ratificado por España el 30 de diciembre de 1994 por el que pasaban a formar parte, como miembros de pleno derecho de la Unión Europea, Austria, Finlandia y Suecia, ampliándose así el ámbito de aquélla.

Además de esto, se ha incorporado también a nuestro Derecho interno, parte de la normativa de la Unión entre la que destaca:

##### a) EN EL AMBITO DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL

En primer lugar hay que destacar las Leyes 27/95 y 28/95, ambas de 11 de octubre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 93/98 del Consejo de la CEE, relativas a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, de una parte, y 93/83, del Consejo de la CEE, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radio difusión vía satélite y de la distribución por cable, de otra.

En estas normas se establece el ámbito temporal de protección de los derechos de explotación del autor de una obra (la vida del mismo y a setenta años a partir de su muerte), con referencia especial a las obras cinematográficas y audiovisuales (setenta años contados a partir del fallecimiento del último coautor superviviente, y cincuenta años para el caso de los derechos «afines» de intérpretes, ejecutantes, productores...), y a los derechos relacionados con obras inéditas que estén en dominio público (prolongación de veinticinco años).

En la segunda de las normas legales citadas se regulan las emisiones vía satélite en donde después de aportarse una definición auténtica de diversos conceptos como los de «satélite», «comunicación al público vía satélite»... se regula la distribución por cable en el territorio español de programas procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, aportándose un concepto legislativo de dichos términos.

Se regula igualmente el ejercicio de este derecho, la remisión a una Comisión de Mediación para dirimir los conflictos y la prevención del abuso de posiciones negociadoras por alguna de las partes, remitiéndose para solventar dichas cuestiones a la Ley 16/89, de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

La normativa internacional se ha recogido luego en nuestro Derecho interno en la nueva Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996.

También en este ámbito destaca el Instrumento de ratificación firmado por España el 30 de junio de 1995 («BOE» de 1 de agosto) del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 de protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, encaminado a regular el procedimiento de adopción internacional bajo los principios establecidos especialmente en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en la resolución de la Asamblea General del mismo Organismo Internacional 41/85, de 3 de diciembre de 1986, sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños.

Pues bien, este Convenio que consta de 48 artículos determina ya en el primero de los preceptos los principios esenciales de actuación estableciendo «garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al

respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional». En esta norma convencional se dedican los sucesivos capítulos a las condiciones que han de ser observadas para la adopción; las Autoridades Centrales y Organos acreditados para llevar a efecto la misma, así como los requisitos procesales que han de regir en el procedimiento de adopción, finalizando con la descripción de los efectos que lleva consigo la adopción y una serie de disposiciones generales que complementan el régimen regulado.

Tales normas de Derecho Internacional han sido incorporadas al Ordenamiento Interno Español mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, que entró en vigor el 16 de febrero y que en su artículo 25 establece un desarrollo de las Funciones que en esta materia corresponden a las Entidades Públicas, así como todas las cuestiones relativas a funciones de mediación, acreditación de entidades privadas sin ánimo de lucro para actuar en el ámbito de la protección del menor y el sistema de cooperación internacional en el marco del Convenio de La Haya ya citado.

## b) EN EL AMBITO DEL DERECHO PENAL

Destaca fundamentalmente la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, aprobada por el Consejo General de las Naciones Unidas y publicada en España en el «BOE» número 123 de 24 de mayo de 1995, por la que se creó un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, compuesto por un total de 32 artículos entre los que se incluye una definición del delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad y determinados actos de violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II de dichos Convenios.

## 2. NORMATIVA INTERNA

### a) LEGISLACION DEL ESTADO

Durante 1995 se han aprobado importantes normas legales que completan nuestro panorama autonómico, así como diversos

proyectos Legislativos importantes y trascendentes para nuestro país, como el Tribunal del Jurado y el nuevo Código Penal. Pero para un análisis más detallado pueden comentarse las novedades legislativas estableciendo los siguientes apartados:

### *Configuración territorial del Estado*

La aprobación de los dos últimos Estatutos de Autonomía durante el pasado 1995 ha culminado el proceso de configuración del Estado español como Estado de las Autonomías. En efecto, las Leyes Orgánicas 1/95 y 2/95, ambas de 13 de marzo aprobaron los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla, con una misma estructura y similar contenido. Destacan que ambas comunidades autónomas forman parte integrante de la Nación española, señalar su ámbito territorial, describen sus banderas, su población y los derechos y deberes fundamentales que les son reconocidos a los ceutíes y melillenses, así como regulan la organización de las Instituciones rectoras de las dos Comunidades, constituidas por la Asamblea regional correspondiente, la figura del Presidente y el Consejo de Gobierno.

Por lo que se refiere al Legislativo de ambas Comunidades estará constituido por una Asamblea integrada por un total de 25 miembros elegidos por sufragio universal, quienes ostentarán además, la condición de concejales del Ayuntamiento de ambas ciudades.

La particularidad del Presidente de estas Comunidades Autónomas reside en que aglutinará en su persona diversas distinciones como son las de presidir, además del Consejo de Gobierno, la Asamblea Legislativa y ostentar el cargo de Alcalde en la Ciudad respectiva.

Finalmente, el Consejo de Gobierno tendrá a su cargo las funciones propias del Ejecutivo llevando a cabo la dirección de la política de la ciudad correspondiente.

Los restantes Títulos de ambas normas legales van destinados a determinar las competencias a asumir por ambas comunidades, su régimen jurídico, los canales de cooperación entre la Administración del Estado y ambas autonomías, el Régimen económico y financiero de las mismas y la reforma del Estatuto, posible si se

aprueba con el voto de la mayoría reforzada de los 2/3 de la Cámara Autonómica correspondiente.

### *Legislación Orgánica*

En este apartado sobresale la Ley 1/95 de 24 de abril que creó la Fiscalía para la Represión de los delitos económicos relacionados con la Corrupción y al mismo tiempo modificó diversos artículos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Este nuevo órgano de la Carrera Fiscal cuyas competencias vienen reguladas en el artículo 18 ter del Estatuto Orgánico tendrá una serie de cometidos realmente relevantes, afectando a determinadas manifestaciones delictivas de contenido económico y «especial transcendencia» que será apreciada por el Fiscal General del Estado.

La Instrucción 1/96 de la Fiscalía General del Estado ha venido a completar y clarificar su marco competencial.

### *Legislación civil y mercantil*

En esta materia aparecen como más significativas, siguiendo un orden cronológico de aprobación, las siguientes normas legales:

— Ley 2/95, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, que ha venido a derogar la anterior de 1953. Con 11 Capítulos y 129 artículos, responde a una elemental exigencia de renovar el derecho de sociedades y, más concretamente el de las de responsabilidad limitada, dado que el régimen de la vetusta ley de 1953 apenas respondía a las nuevas necesidades y difícilmente podía conectarse con el de las sociedades anónimas, modificado anteriormente en 1989. Finalmente, se imponía la necesidad de incorporar a nuestro Derecho interno el contenido de las diversas Directivas de la CEE dictadas sobre la materia.

Entre los principios rectores que presiden la nueva ley se destaca, según su Exposición de Motivos, el de una más intensa tutela del socio y de la minoría, permitiendo a aquél la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se

traduce su participación, así como, entre otros, la regulación del ejercicio del derecho de voto en caso de conflicto de intereses. En cuanto a la protección a las minorías se destaca la introducción de una serie de límites al poder de la mayoría en caso de modificaciones estatutarias, el reconocimiento del derecho a examinar la contabilidad de la sociedad con todos sus antecedentes o la exigencia de resolución judicial firme para la eficacia de la exclusión del socio o socios que ostenten un porcentaje cualificado de capital social. Finalmente, se ha reconocido a la minoría el derecho de representación proporcional en el órgano de administración.

Especial significación es conferida por la ley a la admisión de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (también, en el seno de la sociedad anónima), ya sea original, ya sobrevenida. En consonancia con este principio y respondiendo al contenido de la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre, sigue diciendo la Exposición de Motivos, que se admite expresamente que la sociedad unipersonal pueda ser constituida por otra sociedad (incluso aunque la fundadora sea, a su vez, unipersonal) a la vez que se amplía el concepto de unipersonalidad a los casos en que la titularidad de todas las acciones o participaciones sociales correspondan al socio y a la propia sociedad.

Se incorporan, igualmente, determinadas modificaciones legislativas en materia de cuentas anuales, fruto, también, de la evolución de las Directivas comunitarias en esta materia. A tal fin, la nueva ley se remite en esta materia a la nueva regulación ya establecida en la Ley de Sociedades Anónimas, aunque con determinadas excepciones derivadas de la propia naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada.

Finalmente, por vía de disposiciones adicionales se incorpora, también, a nuestro ordenamiento interno toda la regulación sobre autocarta indirecta contenida en la Directiva 92/101/CEE.

— En segundo lugar, fue aprobada la Ley 29/95, de 2 de noviembre sobre modificación del Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad. Se trata de una norma de breve contenido que afecta exclusivamente al artículo 26 del Código Civil dándole una nueva redacción a los requisitos exigidos para la recuperación de la nacionalidad española.

En concreto, la actuación legislativa ha estado encaminada a suprimir el requisito de la residencia legal en España para todos

los emigrantes o hijos de emigrantes que deseen recuperar la nacionalidad española.

— En tercer lugar, destacaremos, finalmente, por su extraordinaria importancia la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados («BOE» número 268, del 9 de noviembre), estructurada en tres Títulos y un total de 89 artículos, con 16 disposiciones adicionales, 17 transitorias, 1 derogatoria y 3 finales. La nueva Ley pretende incorporar al Derecho Interno Español toda la normativa Europea sobre la materia.

El Título I de la nueva norma va destinado a delimitar el contenido de la Ley, sus fines, así como sus ámbitos, subjetivo, objetivo y territorial, finalizando con un catálogo de operaciones prohibidas y las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas, que no son otras que las de nulidad.

El Título II atiende, esencialmente, a aspectos de organización de las Entidades Aseguradoras, con una estructura en ocho Capítulos que aportan una visión normativa de las vías de acceso a la actividad aseguradora, los requisitos que han de exigirse para su constitución como tales, sistemas de fiscalización y control, completándose con la regulación en los cuatro últimos capítulos de los regímenes de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en el Espacio Económico Europeo, el Reaseguro, la Protección del asegurado, las Mutualidades de Previsión Social y una distribución competencial de la materia, que es atribuida a la Administración del Estado y a las Comunidades Autónomas.

Finalmente, el Título III es destinado a regular la actividad en nuestro país de las Entidades Aseguradoras Extranjeras, distinguiendo según se trate de Entidades domiciliadas en otros Estados de la Unión Europea (Capítulo I) o en terceros Países (Capítulo II).

Además de ello, cobra particular importancia la Disposición Adicional 6.<sup>a</sup>, apartado 2.<sup>o</sup>, que introduce un nuevo contenido al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, regulador del interés de demora aplicable a las Aseguradoras, que, junto con la derogación de la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio, como indica la Exposición de Motivos de la ley, tiene por objeto poner fin a la multiplicidad de interpretaciones judiciales, dar un tratamiento homogéneo al asegurado, beneficiario y tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, ampliar la

obligación de abonar intereses en los supuestos de falta de pago del importe mínimo, cuantificar el interés de la demora y prohibir la acumulación de intereses provenientes tanto de este artículo 20 como los del artículo 921 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Igualmente, debe ponerse especial énfasis en la importante modificación de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/68, de 21 de marzo, que a partir de la entrada en vigor de la ley deberá denominarse «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», introduciéndose una nueva regulación en todo el Título I de esta ley. Con esta nueva denominación se pretende abarcar, no sólo ya el antiguo seguro obligatorio de automóviles, sino la total responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor de la que aquél es únicamente manifestación parcial. Particular significación, por las consecuencias jurídicas que de ella se están derivando ya, es la de la norma contenida en el reformado artículo 1.º, apartado 2.º, que establece una serie de límites indemnizatorios, (fijados en un anexo que es incorporado al texto legal) a los que deberán quedar sujetos los pronunciamientos sobre daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia de hechos derivados de la circulación con lo que se pretende, igualmente, evitar los excesos y una cierta arbitrariedad que venía observándose en las resoluciones judiciales que fijaban indemnizaciones ciertamente diversas para supuestos semejantes.

Se destacan en la nueva ley otra serie de novedades como son, entre otras, las de la exención de IRPF de las indemnizaciones percibidas con cargo al baremo del Anexo por este concepto, la exclusión expresa del conductor como única persona a quien no alcanzará la cobertura del seguro, o la aparición en el artículo 7 a) de la ley de la excepción inoponible relativa a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que hasta ahora podían esgrimir las compañías Aseguradoras para no abonar las indemnizaciones cubiertas por el seguro, sin perjuicio del derecho de repetición que a las mismas sí les reconoce la ley.

La promulgación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha dado lugar a importantes derogaciones y modificaciones en normas de fre-

cuenta aplicación por el Ministerio Fiscal. Su causa se halla, unas veces, en la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico soluciones contenidas en Directivas de la Unión Europea, y otras, en consideraciones generales de muy diversa naturaleza.

Es de citar, en primer término, la Tercera Directiva 90/232/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo relativo al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. La Directiva, como pone de relieve la exposición de motivos de la ley, amplía el sistema obligatorio de cobertura así como de las responsabilidades derivadas de los accidentes de circulación, sintetizándose el régimen de garantías que contiene del siguiente modo: en el ámbito de los daños a las personas, únicamente los sufridos por el conductor quedan excluidos de la cobertura por el seguro obligatorio; en ningún caso puede condicionarse el pago de la indemnización por el seguro obligatorio a la demostración de que el responsable no puede satisfacerla, y agregándose, en fin, la necesidad de que las personas implicadas en el accidente conozcan en el plazo más breve posible la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del causante.

Las materias reguladas por esta Directiva así como las correspondientes a la Directiva 90/618/CEE, del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, son incorporadas a nuestro Derecho por la *disposición adicional octava de la ley*, que lleva por rúbrica «Modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de vehículos de Motor», cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto 632/1968, de 28 de marzo, y que en lo sucesivo se denominará «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor». Se introducen modificaciones que difieren sustancialmente de la regulación sustituida, a través de ocho artículos que tratan de las disposiciones generales sobre la responsabilidad civil, del aseguramiento obligatorio (la obligación de asegurarse y su incumplimiento, ámbitos del seguro y exclusiones), de la satisfacción de la indemnización en el área del seguro obligatorio y de las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros.

Esta *disposición adicional octava* cuenta, a su vez, con una *disposición adicional*, que se refiere a la mora del asegurador en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados, y estable-

ce que esta indemnización será la prevenida en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980 (al que la adicional sexta da una nueva redacción) para las relaciones entre asegurador-asegurado, si bien es extensible al seguro de responsabilidad civil (también relaciones asegurador-perjudicado) con determinadas peculiaridades que se relacionan.

La *disposición adicional sexta*, aparte la modificación de diversos preceptos de la Ley del Contrato de Seguro, introduce un nuevo artículo 20, amplio y especificativo, que fija las reglas a que ha de ajustarse la indemnización de daños y perjuicios cuando el obligado haya retardado en el tiempo previsto el cumplimiento de su prestación. La exposición de motivos hace una síntesis del mismo cuando afirma que «se reforma el interés de demora aplicable a los aseguradores, derogando la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, y dando nueva redacción al artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, con la finalidad de aclarar los términos de la regulación de la materia y evitar la multiplicidad de interpretaciones a las que se está dando lugar en las distintas resoluciones judiciales. Se especifica el sistema de devengo de intereses que en dicho artículo se establece; se da un tratamiento homogéneo al asegurado, beneficiario y tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil; se amplía la obligación de abono de intereses a los supuestos de falta de pago del importe mínimo de la indemnización; y se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo, durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero. Se establece, también, la no acumulación de los intereses que se devengan por aplicación de este artículo 20 con los previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Es de notar que entre los preceptos derogados se halla el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adaptaba el texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor al ordenamiento jurídico comunitario. Pero no existe derogación expresa específica de la norma prevista en su disposición adicional, el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor de suscripción obligatoria, que se promulgó por Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre. Es decir, queda sin efecto el hasta ahora vigente texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos

de Motor, Real Decreto Ley 1301/1986, pero no el actual Reglamento del seguro obligatorio, Real Decreto 2641/1986.

Se ha derogado también la confusa disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que establecía, en determinadas circunstancias, un recargo del veinte por ciento en las indemnizaciones a satisfacer. Norma de aplicación controvertida y dispar tanto en los procesos civiles como en los penales en que se ventilaban reclamaciones contra aseguradores por ilícitos culposos derivados de la circulación.

A la disposición adicional octava se agregan como anexo un exhaustivo sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, conforme al cual podrá determinarse con exactitud el importe de las responsabilidades patrimoniales, que al decir de la parte introductoria de la ley «constituye una cuantificación legal del *daño causado* a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código penal». Este sistema indemnizatorio se impone así, en todo caso, con independencia de la existencia o no del seguro y de los límites cuantitativos del obligatorio, por lo que ha podido decir el artículo 1.2.º de la ley que «los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley».

Las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros así como su responsabilidad, están tratadas en la disposición adicional octava (art. 8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor) y en la novena, que modifica sustancialmente su estatuto legal aprobado por Ley de 19 de diciembre de 1990.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, cuenta con diez y siete disposiciones transitorias. En la duodécima se fija el *quantum* del límite provisional del aseguramiento obligatorio a partir del 1 de enero de 1996, variable según se trata de daños a las personas o en los bienes. Y la decimotercera se refiere a la forma de acreditar la vigencia de los contratos de seguro. No existen más normas de derecho transitorio para regular la sucesión en el tiempo de leyes

que ordenan con contenido diverso el seguro de responsabilidad civil derivado de los accidentes de circulación.

La disposición derogatoria única es de doble naturaleza. De un lado, se configura como norma derogatoria expresa específica, cuando deja sin efecto preceptos legales muy diversos que individualiza, y de otro, se presenta al mismo tiempo como derogación expresa genérica al acudir a la fórmula clásica de «quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente ley», con lo que en muchos casos habrá de valorarse particularizadamente si existe oposición entre los nuevos textos y otros existentes a la entrada en vigor de aquellos.

En las Memorias de la Fiscalía General del Estado se han recogido en los últimos años observaciones útiles nacidas del análisis de la ya extinguida Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que han supuesto aportaciones muy positivas para el esclarecimiento de temas complejos, lo que muestra el interés de quienes se integran en el Ministerio Fiscal por el exacto contenido, extensión y efectos de un seguro de singular relevancia social dada la progresión experimentada por la circulación y, sus consecuencias negativas, de los accidentes relacionados con ella. He aquí como prueba de la preocupación mostrada, relación de algunos de los últimos trabajos. En la Memoria de 1995: «Alcance de la cobertura del seguro obligatorio en los supuestos de daños materiales causados con ocasión de la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas» (pág. 738). En la Memoria de 1994: «La responsabilidad del Consorcio de Compensación de seguros hasta el límite del seguro obligatorio por daños corporales» (pág. 680); «El régimen del Seguro obligatorio en los daños personales o materiales causados con motivo de un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor» (pág. 720); «El seguro de ocupantes: su configuración jurídica en una reciente sentencia del Tribunal Supremo» (pág. 771). En la Memoria de 1993: «Responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros en los supuestos de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra de las entidades aseguradoras» (pág. 707). «Responsabilidad civil en los delitos de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (pág. 750). En la Memoria de 1992: «Seguro obligatorio de vehículos de motor» (pág. 111); «Sobre la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley

Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal» (pág. 565); «Disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/1989 y proceso penal» (pág. 570). (Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.)

### *Legislación Penal*

El evento más importante, y largo tiempo esperado, ha sido en este punto la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre por la que se aprobó definitivamente el nuevo Código Penal, con la pretensión de adaptar la regulación penal a los tiempos y necesidades actuales, tanto en lo que son las estructuras básicas y generales del Derecho Penal, como en la distinta tipología de conductas delictivas, en las que, con lógica, han desaparecido algunas figuras totalmente obsoletas que permanecían en el aún vigente Código, y por otro lado, se han incorporado otras que estaban demandando una incriminación punitiva por parte de nuestra sociedad.

En la Parte General del nuevo Código Penal destaca la nueva conceptualización, conforme con toda la actual doctrina penalista, de la culpabilidad en su doble manifestación dolosa y culposa, castigando únicamente aquellas conductas imprudentes que aparezcan como tales, tipificadas y sustituyendo, por tanto, la vieja concepción de la imprudencia como delito diferenciado del resto.

Se producen importantes modificaciones en materia de grados de ejecución (supresión de la frustración como categoría distinta de la tentativa), de circunstancias modificativas de la responsabilidad (nuevo tratamiento de la reincidencia, supresión de agravantes...) equiparación de la mayoría de edad penal a la legal actualmente establecida en los 18 años y el establecimiento de un nuevo catálogo de penas, así como de medidas de seguridad mucho más exhaustivo y riguroso, con una reducción importante de su duración máxima (de 30 a 20 años, salvo supuestos excepcionales), nuevos tipos de penas como las de arresto de fin de semana o la nueva configuración de la multa. En lo que atañe, también a su aplicación se aprecia, de una parte, la más detallada regulación de los supuestos y requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena o incluso la sustitución de las penas privativas de libertad de prisión por arrestos de fines de semana o multas en determinados

casos. Igualmente, ciertos beneficios penitenciarios, como la reducción de penas por el trabajo, son suprimidos y otros como la libertad condicional profundamente modificados (posibilidad excepcional de obtenerla con únicamente las 2/3 partes de condena cumplida, o la concesión a los mayores de 70 años de este beneficio, que ahora venía contemplado en el Reglamento Penitenciario).

En la Parte Especial del nuevo Código se establece con carácter general la protección del individuo frente al Estado, así como una detallada regulación de conductas atentatorias contra los derechos fundamentales.

Además de modificarse la ubicación y contenido del anterior Código, se introducen nuevas manifestaciones delictivas entre las que destacaríamos, los delitos relativos a las manipulaciones genéticas, algunas figuras de delitos sexuales, como el acoso sexual, o las que protegen el mercado y los consumidores, los delitos societarios, nuevas formas de receptación o blanqueo de dinero, bienes y capitales de procedencia ilícita, nuevas formas de protección de la ordenación del territorio, del patrimonio histórico y del medio ambiente...; pero también se da una nueva regulación a figuras clásicas como son los delitos contra el honor, incluyéndose como tales las del anterior desacato contra Autoridades o Agentes de la misma, delitos sexuales, y contra el patrimonio, apartado en el que desaparecen todos los tipos complejos de robo con violencia o intimidación del antiguo artículo 501 que tantos problemas y disfunciones técnicas planteaban, se modifican en general el robo, la extorsión y el hurto de uso, y se suprime la figura del cheque en descubierto que sólo podrá perseguirse por la vía de la estafa; también se ven profundamente afectados por la reforma los delitos contra la fe pública y falsedades (supresión por ejemplo, de la falsedad ideológica cometida por particulares o de otras figuras como las de omisión o sustitución de las placas legítimas de un vehículo de motor), y, en general, una regulación mucho más sistemática de los delitos contra la Constitución, Altas Instituciones del Estado y aquellos que afectan a la Comunidad Internacional.

Determinados tipos penales graves como el del actual parricidio son suprimidos como tales tipos específicos, mientras que otros, como el asesinato, son despojados de algunos de sus elementos configuradores que permanecían vigentes sólo como remi-

niscencias del pasado. Por otro lado, otras figuras delictivas por su especial transcendencia para la sociedad, como son los delitos contra la salud pública o los delitos de terrorismo son sancionados con graves penas, incluso en el primero de los casos, con mayor severidad que en el Código actual.

Parece claro que con todo ello se ha logrado una mayor perfección técnica y mayor armonía en el conjunto de la normativa penal, pero también se plantearán distintos problemas de interpretación y aplicación, de difícil solución, especialmente en el tiempo en que resulte necesario acudir al derecho transitorio.

Igualmente, desde el punto de vista de la práctica forense se van a apreciar notables dificultades para la ejecución de determinadas penas como las de arresto de fin de semana y trabajo en beneficio de la comunidad, instauradas como novedad en el Código y reguladas en su ejecución por Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, para las que no existe una adecuada infraestructura en nuestro sistema penitenciario.

Cuestión aparte del análisis crítico que pueda merecer el Código Penal y al que varias Fiscalías se dedican profusamente, también algunas han reseñado aspectos de carácter práctico que han planteado ya y previsiblemente plantearán algunos problemas interpretativos importantes. Se trata en primer lugar de la aplicación del régimen transitorio y concretamente de la revisión de sentencias que debe hacerse a partir de la entrada en vigor del nuevo Código, y aún adelantarse en sus trámites (Disposiciones transitorias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>) para evitar que, quienes eventualmente, hubieran de abandonar la prisión como consecuencia de la revisión, vieran dilatada su permanencia en ella por razones del trámite impuesto por dicho proceso.

La realización de las minutas llevadas a cabo en tal período anticipado permite concluir, como apunta la Fiscalía de Asturias, que la mayor imprevisión del legislador se ha cifrado en una falta de proyección previa de las dificultades de la revisión a la vista de la realidad penitenciaria y de las disposiciones penológicas del nuevo texto, a fin de anticiparse a ellas y darles solución en lo posible.

Fue necesaria la intervención de la Fiscalía General del Estado a través de la Circular 1/96 para realizar una interpretación integradora de las disposiciones legales hasta donde ello es posible, y

decantarse en los supuestos límites (revisión de condenas refundidas) por las soluciones que ha considerado más convenientes y que, se coincida o no con ellas, tienen el valor de la unificación de criterios ante una multiplicidad de situaciones en las que las distintas posibilidades interpretativas podían conducir a soluciones dispares con riesgo de la seguridad jurídica y desigualdad en la aplicación de la ley.

Con todo, son muchas las Fiscalías que destacan las dificultades que se les plantean para la revisión de penas privativas de libertad en cuyas liquidaciones de condena existe ya una previsión del tiempo redimible futuro, dado que los distintos establecimientos penitenciarios efectúan los cálculos según variados criterios. Así, mientras la mayoría efectúa liquidaciones paralelas de la pena con o sin redención, otros, ateniéndose a la literalidad de la disposición transitoria, sólo efectúan el cálculo de la fecha de cumplimiento computando el tiempo redimido y redimible.

Otro inconveniente deriva del operar sobre realidades futuras, tan sólo previsibles, pero carentes de certeza. En algún caso, la actual redención puede quedar sin efecto, por la comisión de faltas disciplinarias, cambiando los parámetros que han servido para considerar más favorable la condena actual. Parece claro, y así se ha interpretado en la citada Circular, que el penado puede entonces instar una nueva revisión, pero cuando la revisión afecte a quien se halla actualmente privado de redención no está claro si debe efectuarse el cómputo de cumplimiento de la pena actual, considerando el tiempo redimible una vez canceladas las sanciones.

Otro tipo de problemas suscitan también las normas penológicas del nuevo Código. Por ejemplo, cuando resulta procedente la revisión de una pena de arresto mayor y su sustitución por la de arresto de fines de semana en quien se encuentra cumpliendo otras mayores de privación de libertad. La cuestión no está aquí en el cálculo comparativo de la gravedad de una u otra según su duración, sino en el sinsentido que, en tales casos, supone la aplicación de la nueva pena, prevista especialmente para evitar los efectos de prisionización de las penas cortas privativas de libertad y su efecto distorsionador sobre el régimen de cumplimiento.

Pero al margen del nuevo Código Penal se aprobaron también en 1995, dos reformas importantes al aún vigente Código.

En primer lugar, por virtud de la Ley Orgánica 6/95, de 29 de junio («BOE» núm. 155, del 30 de junio) fueron modificados los preceptos reguladores de los delitos contra la Hacienda Pública contenidos en los artículos 349 a 350 bis, dándoseles un nuevo contenido y procediéndose a regular de forma expresa la elusión del pago de retenciones e ingresos a cuenta de retribuciones en especie como elemento integrante del delito de fraude a la Hacienda Pública. Igualmente, a raíz de la reforma han sido elevadas las cuantías determinantes de la comisión del delito de fraude, pasando de los hasta entonces cinco millones hasta quince como límite mínimo de separación entre el delito y la infracción administrativa.

Junto a dichas modificaciones, se añadió, también, la necesidad de proteger el patrimonio de la Seguridad Social, al objeto de posibilitar el cumplimiento de sus fines y funciones introduciendo en el Código una figura delictiva de gran similitud con el fraude a la Hacienda Pública, de tal manera que el nuevo artículo 349 bis tiene una redacción muy semejante a la del precedente 349 conteniendo semejantes tipos delictivos que el mismo.

Finalmente, sin ánimo de ser exhaustivos en las novedades legislativas introducidas en relación con la materia, destacar, de una parte, que se introducen nuevos tipos cualificados en las figuras, tanto del fraude fiscal como contra la seguridad social, cuando se realice a través de personas interpuestas quedando oculta la identidad del defraudador, exista una cuota tributaria o el quebranto económico a la seguridad social sea de especial transcendencia y gravedad, o cuando se realice mediante una estructura organizada. Y de otra parte, se establecen una serie de exenciones de responsabilidad penal para determinados supuestos de regularización fiscal, que vienen contenidos en la Disposición adicional Primera de esta ley.

Otra reforma importante al anterior Código fue la producida en materia de genocidio. Concretamente, se trata de la Ley Orgánica 4/95, de 11 de mayo que tipificó como delito la apología de los delitos de genocidio, incluyendo tres nuevos tipos penales [arts. 137 bis b) y bis c), y art. 165 ter.], así como una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, conceptuando como agravante (art. 10.17) la de cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u

otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.

Asimismo, con posterioridad a la publicación del nuevo Código Penal, fue aprobada la Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre, («BOE» núm. 297, del 13 de diciembre), de represión del Contrabando, que introduce una regulación mucho más detallada de figuras penales de esta naturaleza, sustituyendo a las que fueron introducidas en la Ley Orgánica 7/82, de 13 de julio. Así, no sólo se eleva ya la cuantía mínima del valor de las mercancías para la tipificación del delito, pasando de 1 a 3 millones de pesetas, sino que se van a considerar como delito la exportación de material de defensa o material de doble uso, en la forma que previene el artículo 1.º de esta ley y se incluyen como productos económicos susceptibles de comiso las ganancias obtenidas del delito, en íntima correspondencia con el contenido del antiguo artículo 344 bis e) del Código Penal, hoy 347. Se elabora, en definitiva, una nueva norma mucho más acorde con la normativa comunitaria reguladora del tránsito aduanero, contenida en el reglamento (CEE) número 29/13/92 del Consejo de fecha 12 de octubre, con el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, y en sus normas de aplicación.

Finalmente hay que señalar que la Ley Orgánica 11/95, de 27 de noviembre («BOE» núm. 284, del 28 de noviembre) de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra supuso la modificación de todos los artículos del Código Penal Militar en que se preveía la imposición de esta drástica pena en diversos tipos repartidos por el Texto.

### *Proceso Penal*

La novedad más importante que ha traído el año 1995 ha sido la introducción en nuestro sistema procesal penal del Jurado, como desarrollo de lo que prevenía el artículo 125 de la Constitución.

### *La Ley del Jurado*

1. En general, puede decirse que al tiempo de redactar esta Memoria, ha transcurrido aún poco tiempo para poseer una expe-

riencia suficientemente aleccionadora sobre el funcionamiento y problemática planteada por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Sin embargo, las notables expectativas que la aprobación de este importante proyecto legislativo había despertado, tanto en la doctrina como en la sociedad española, no ha sido suficientemente colmadas por la nueva regulación que adolece de trascendentes defectos técnicos, tanto en lo que se refiere a la estructura del procedimiento, como a su encaje dentro del actual Ordenamiento procesal español. Parece como si se hubiera pretendido realizar la pieza más valiosa del nuevo sistema antes que el sistema mismo, toda vez que el nuevo proceso no responde a los principios que han caracterizado los dos procedimientos por delito de la Ley Enjuiciamiento Criminal, sujetos al denominado principio acusatorio formal o mixto, que no es precisamente el que rige en el nuevo procedimiento. Por último, ni siquiera se ha dado el paso significativo de definir bien el Órgano encargado de realizar la investigación preparatoria para el Juicio Oral, pues si bien se ha conferido mayor protagonismo al Ministerio Fiscal, la instrucción sigue encomendada al Juez.

Pese a ello, se destaca el mérito de haber contribuido al desarrollo del mandato constitucional de participación ciudadana en la administración de justicia contenido en el artículo 125 de la Carta Magna y, por lo que respecta al Ministerio Fiscal, de darle un mayor protagonismo en la iniciativa acusatoria, aunque manteniendo el régimen de la instrucción del procedimiento penal en el que el plenario del Juicio Oral pretende alcanzar el protagonismo que ya Alonso Martínez intentó atribuir al Procedimiento Ordinario de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, toda la actividad probatoria de las partes tendentes a obtener un veredicto del Jurado va a tener que desarrollarse, salvo excepciones, en el acto del Juicio Oral, dejando el Sumario de tener el papel tan relevante que tradicionalmente se le había asignado.

Pueden comentarse sin embargo, algunos aspectos puestos de relieve por las distintas Fiscalías, como son el esfuerzo suplementario realizado en cada Fiscalía para garantizar el seguimiento continuado de cada causa por un solo Fiscal y la preferencia en la atención de sus incidencias respecto a los restantes servicios de Fiscalía que tuviera encomendados, así como la asistencia al Juicio Oral del mismo Fiscal que hubiere intervenido en la instrucción.

El sorteo para la determinación de los posibles candidatos a jurados, para evitar los efectos de un elevado volumen en la cifra de excusas, se ha realizado en general sobre una previsión de juicios sobredimensionada. Deducidas aquéllas, la cifra restante parece suficiente para atender las necesidades del período inicial de funcionamiento del jurado, prolongado hasta el 31 de diciembre de 1996, especialmente, porque las previsiones de partida para el cálculo del número anual de juicios con jurado, se hicieron de conformidad con el listado de delitos que presentaba la redacción inicial de la ley, incluyendo en ellas los delitos contra el honor. La supresión de éstos de acuerdo con la interpretación de la Fiscalía General del Estado, así como la reducción de los de amenazas a las del apartado 1.º del artículo 493, conforme a la precisión establecida por la Ley de Modificación de la del Jurado, limitan considerablemente la aplicación de la misma.

En materia de incoación del procedimiento, audiencia del artículo 504 bis de la Ley Enjuiciamiento Criminal y comparecencia, el relato de las incidencias y problemática que los pocos casos planteados realizan las distintas Fiscalías, pone de relieve que, si no hay mucha razón para el establecimiento de unos plazos tan breves en la fase de instrucción que impiden la normal realización de todas las diligencias necesarias, menos aún se ve para procurar su reducción a toda costa. Una cosa son, como pone de relieve el Fiscal de Asturias, los plazos breves y otra la instrucción acelerada, pues aun para solicitar las diligencias de Investigación previstas en el trámite del artículo 25, es necesario poseer unos mínimos fundamentos a través del estudio y reflexión de diligencias como informes médicos o periciales, atestado policial completo, o declaración del imputado previa a la audiencia del artículo 504.

En definitiva, como se ha dicho, aún es demasiado pronto para comentar este importante cambio legislativo. Los problemas técnicos de falta de coordinación y de imprevisión legislativa para resolver cuestiones importantes de la instrucción o del enjuiciamiento, así como de los sistemas de impugnación, con la necesidad de recurrir en más ocasiones de las deseadas a la supletoria Ley de Enjuiciamiento Criminal para colmar las lagunas legales que padece, exigirían ya desde este momento una ponderada reforma de su articulado que impida que este instrumento tan valioso de la democracia como es el del Jurado pueda volver a sufrir las iras co-

nocidas ya históricamente, tanto de los juristas, como, lo que es más grave, de los propios ciudadanos, que aprecien retrasos ostensibles en la tramitación de las causas cuando no, en el peor de los casos, pronunciamientos absurdos que lleven al desprestigio de la Institución.

2. Pero la Ley Orgánica 5/95 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, mediante la modificación de los artículos 504. bis 2 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introdujo un cambio sustancial en el régimen procesal de la prisión provisional. La idea que inspira la reforma es la necesidad de preservar el principio de imparcialidad objetiva del juzgador, que podría verse comprometido por el hecho de decidir, de oficio, la medida de privación de libertad, aun con carácter provisional.

Se trata pues de que, puesta una persona en calidad de detenida a disposición judicial (art. 504), o en el trance de imponer privación o restricción a la libertad a un encausado en situación de libertad (art. 539), el Juez, antes de resolver sobre su situación, convocase a una comparecencia, a celebrar en el plazo de las 72 horas siguientes, con intervención del Fiscal, las partes eventualmente personadas y en todo caso, del detenido y su letrado, a fin de oír las peticiones formuladas en orden a la prisión o libertad, de forma que se acuerde en su caso, con total salvaguarda del principio acusatorio y tras un trámite contradictorio.

Pronto se vieron las dificultades de cumplir tales propósitos, en primer lugar porque, siendo en la práctica absolutamente mayoritarias las decisiones judiciales de libertad respecto a los detenidos puestos a disposición, el nuevo precepto obligaba a dilatar la adopción de aquéllas por un plazo de hasta 72 horas, aun siendo consciente el Juez de su procedencia frente a cualquier eventual petición en sentido contrario, en franca contradicción con el respeto a la libertad como derecho fundamental consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española. Fue necesaria la reforma de la Ley Orgánica 8/95, de 16 de noviembre de la Ley del Jurado que superó ciertos inconvenientes, reduciendo drásticamente el número de las comparecencias obligadas para el Ministerio Fiscal, al reconocerse la facultad del Instructor para acordar *ex officio*, la libertad, pero, el no hacerlo así, y convocar la comparecencia, vendrá ya a indicar una toma de posición del Juez sobre la situación del detenido, que, en contra de lo que en principio se quería y

constituía el motivo de la reforma, no salvaba ya aquella apariencia de imparcialidad que con ella pretendía preservarse.

El resultado final es ciertamente híbrido y apenas añade nada al sistema anterior en el que las normas procesales sobre prisión preventiva, unidas al sistema de recursos y relacionadas con la insoslayable separación entre instrucción y enjuiciamiento, no sólo habían conseguido reducir el número de prisiones provisionales acordadas, sino que difícilmente dejaban resquicios a la suspicacia sobre la imparcialidad de la decisión judicial.

Por contra, se advierten ciertas ventajas indeseables. Algunos jueces, disconformes, con la adopción de plano de la libertad, en cuanto que ya supone una toma de decisión «contaminada» por la instrucción, pueden, aun siendo internamente favorables a ella, convocar la comparecencia, prolongando así en forma innecesaria la situación de privación de libertad. Y por otra parte, cuando ante un hecho grave y reuniéndose las circunstancias previstas para la prisión, ésta no fuere solicitada por el Fiscal, aun por negligencia o error, el Juez no puede acordarla, salvo riesgo de fuga, con las consecuencias negativas que podrían derivarse de orden procesal y social.

Llama también la atención la imprevisión legal, al olvidar adecuar el artículo 539 tras la reforma del 504 bis, 2, que nace viciado y que obligará a actuar *contra legem*, prescindiendo de la comparecencia, no obstante la dicción literal del precepto, cuando, hallándose en libertad el encausado en un procedimiento, el Juez decida someterlo a la situación de libertad provisional.

3. La Ley 22/95, de 17 de julio, que modificó nuevamente el artículo 569 de la Ley Enjuiciamiento Criminal exigiendo la presencia del Secretario Judicial en los registros domiciliarios, rectificándose, por tanto, el contenido dado a este precepto por la Ley 10/92, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.

4. En el «BOE» núm. 296, de 12 de diciembre, fueron publicadas dos importantes normas legislativas: En primer lugar, la Ley 35/95, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos, por la que se establecen una serie de ayudas económicas a cargo de la Administración, concedidas a las víctimas o familiares perjudicados por delitos contra la vida dolosos y violentos cometidos en España, así como lesiones corporales graves o de daños graves a la salud física y mental.

Sin perjuicio de detallar en otros apartados de esta Memoria los aspectos más relevantes de tan importante como novedosa iniciativa legislativa, la nueva norma sintoniza con otras ya existentes en el marco del Derecho Comparado y aspira a compensar de alguna manera el daño material y psíquico de quienes padecen los delitos antes citados. Se establece, para ello un procedimiento de solicitud y concesión, se determinan las personas que pueden resultar beneficiadas de aquéllas, se confiere un importante protagonismo a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal en la recepción de las peticiones de ayuda y se crea una Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de la que formará parte como vocal un miembro del Ministerio Fiscal, siendo la competente para resolver los procedimientos de impugnación de las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Economía y Hacienda en esta materia. Finalmente, dentro de este repaso general de los pilares fundamentales de la nueva ley se prevé la creación por parte del Ministerio de Justicia de oficinas de atención a las víctimas en todas las sedes de Juzgados y Tribunales o en todas la Fiscalías en que las necesidades así lo exijan.

La segunda de las leyes publicadas en la fecha antes indicada, fue la Ley 36/95, de 11 de diciembre, de creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados con el mismo. Se trata con esta ley de paliar una reclamación histórica (varias veces planteada por la Fiscalía Especial Antidroga), no sólo de los Organos de la Administración de Justicia y de la Policía, que así lo venían postulando, sino también, de las organizaciones y asociaciones de ayuda a drogodependientes y toxicómanos, que venían desde años atrás solicitando que los bienes materiales y valores patrimoniales incautados a los grandes narcotraficantes, rewertieran en la atención y curación de las personas que habían podido caer en el consumo de drogas como consecuencia de su actividad ilícita.

5. En respuesta a dicho clamor y siguiendo las directrices ya iniciadas por la Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre, que introdujo una importante modificación en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia, dándole nueva redacción al artículo 344 bis e), al establecer en su apartado 3.º que «los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por

sentencia se adjudicarán al Estado» y continuada más tarde con la aprobación de la Disposición adicional Tercera de la Ley 19/93, de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, han terminado, para dar, igualmente, respuesta definitiva al mandato contenido en el artículo 5.5 de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en la presente ley que pretende especificar los fines a los que pueda ser dedicado el producto de tales bienes, efectos e instrumentos decomisados en procedimientos por delitos relacionados con el narcotráfico.

A tal fin, se ha tratado de compaginar, por un lado, la necesidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de proveerse a los medios humanos y materiales necesarios para la lucha contra esta delincuencia tan organizada. Y de otro, incrementar las ayudas a las organizaciones y asociaciones de lucha contra la droga para crear nuevos programas de prevención, rehabilitación y reinserción social de toxicómanos y drogodependientes.

En definitiva, pues, la ley se propone fijar los criterios para la enajenación de los bienes que hubiesen sido decomisados por sentencia judicial y asignados al estado teniendo en cuenta las anteriores finalidades, así como establecer el procedimiento para llevar a cabo la determinación por años de este destino y la utilización del producto de dichos bienes, en orden a una lucha más eficaz contra la droga. Se crea para ello una Mesa de coordinación de adjudicaciones, con capacidad jurídica para llevar a efecto estas enajenaciones, constituida por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional de la Droga, que la presidirá, así como otros seis representantes de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda.

6. Finalmente, es importante también el contenido de la disposición final primera del Código Penal que modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal limitando la competencia de los Juzgado de lo Penal al conocimiento y fallo de las causas por delitos menos graves. La cuestión se planteaba respecto a aquellas causas que calificadas con anterioridad a la vigencia del nuevo texto punitivo, debieran verse en juicio oral con posterioridad a ésta. En tales casos, si la pena asignada al delito excediera de la que, con arreglo a la disposición adicional citada con-

fiere competencia al Juzgado de lo Penal, ¿debe resolver éste, o la Audiencia Provincial?

Las posiciones doctrinales y teóricas son contrapuestas. Puede pensarse que, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final séptima, sobre la aplicación del nuevo Código, exclusivamente a los hechos punibles cometidos a partir de su vigencia, la respuesta debería ser negativa, puesto que, aunque la norma modificada sea de naturaleza procesal, al incorporar el concepto de delitos menos graves —definido en aquél— no podrá ser aplicada sino conjuntamente con aquél y no, por lo tanto, al enjuiciamiento de hechos anteriores a su vigencia. En apoyo de esta tesis, actuarían además las normas del Código Civil sobre eficacia temporal de las leyes, y en especial el artículo 4.2.

Pero ello no resuelve la cuestión al menos en aquellos casos en que operando el artículo 24 del Código Penal, debieran aplicarse las nuevas normas penales, por su carácter más favorable, a hechos anteriores a su vigencia. En tales supuestos y vistas las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> se aplicarían directamente las nuevas normas, viniendo obligado el Fiscal a establecer las conclusiones definitivas en el acto del juicio oral, con arreglo a aquéllas, de donde se concluye que, debiendo aplicarse aquéllas en su globalidad —incluida la disposición final modificadora del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, si conforme a ellas, el Juzgado de lo Penal no resultase ya competente, debería instarse la inhibición de aquél en favor de la Audiencia.

La Circular 2/96 de la Fiscalía General del Estado ha venido a aportar los criterios interpretativos en orden a la unificación de la actuación del Ministerio Fiscal, considerando más correcta la atribución de las competencias a los Jueces de lo Penal.

### *Extranjeros*

Durante el pasado año fue aprobado mediante Real Decreto 203/95, de 10 de febrero, («BOE» núm. 52, del 2 de marzo) el Reglamento de aplicación de la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado que fue modificada por la Ley 9/94, de 19 de mayo, que derogó el que hasta entonces regía, aprobado por Real Decreto 511/85, de 20 de febrero.

La nueva normativa está destinada a regular el procedimiento para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado y las normas y garantías que deben regir los procedimientos de inadmisión a trámite, tanto en frontera como en el interior del territorio español.

Igualmente, trata de los efectos de las resoluciones favorables o desfavorables a las solicitudes de asilo y los recursos que pueden interponerse frente a estas últimas, tanto en vía administrativa, como en la jurisdiccional, regulando, en especial, el contenido y efectos del informe favorable del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para el refugiado en el procedimiento de inadmisión a trámite en fronteras.

Finalmente, se contempla la especial situación en la que se encuentran los desplazados a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, para los que se crea una cobertura legal específica que incluye su acceso a los sistemas de protección previstos para los solicitantes de asilo y para los refugiados.

### *Derecho Electoral*

Durante el pasado Ejercicio fue modificada la normativa electoral general en dos ocasiones:

— En primer lugar, mediante la Ley Orgánica 3/95, de 23 de marzo («BOE» núm. 71, de 24 de marzo), que reformó la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio.

La Reforma va encaminada, fundamentalmente, a la consecución de una actualización de los mecanismos de elaboración del censo electoral de tal manera que su revisión sea continua y permanente, tratándose de mejorar, entre otras, la normativa referida a la exposición al público durante los períodos electorales de las listas del censo y su depuración como consecuencia de las reclamaciones que se presenten, unido a la información proporcionada por las tarjetas censales y a la posibilidad de acreditación extraordinaria de la inscripción a través de certificaciones censales específicas, mecanismos todos ellos encaminados a facilitar el ejercicio del derecho al voto por parte del ciudadano.

— En segundo lugar, la Ley Orgánica 14/95, de 22 de diciembre («BOE» núm. 309, de 27 de diciembre) sobre publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres, tiene por finalidad la prohibición general de contratar espacios de publicidad electoral en estas emisoras de televisión, aunque sí se permite la inserción gratuita de espacios de propaganda electoral en las emisoras gestionadas directamente por Ayuntamientos, en beneficio de las formaciones que concurran a las elecciones municipales, siempre que presenten candidaturas para la circunscripción a que extiende su cobertura la emisora.

Esta ley, en definitiva, viene a establecer una regulación semejante a la que ya introdujeran en nuestro Ordenamiento las Leyes Orgánicas 2/88, de 3 de mayo y 10/91, de 8 de abril, reguladoras, respectivamente, de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada y en emisoras municipales de radiodifusión sonora.

### *Derecho laboral y normativa sindical*

Por orden cronológico, podríamos destacar que durante el pasado ejercicio de 1995 fueron aprobadas las siguientes normas relacionadas con esta materia:

— En primer lugar, fue aprobada la Ley 4/95, de 23 de marzo («BOE» núm. 71, del 24 de marzo), que modificó varios artículos del Estatuto de los Trabajadores, y de la Ley 30/84, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública, en relación con la excedencia para el cuidado de los hijos y, en especial, sobre la materia del permiso parental y por maternidad.

En este sentido, la nueva ley concede una excedencia por período no superior a tres años para cuidado del hijo recién nacido que, además, confiere al trabajador que adquiera dicha situación la consideración de situación asimilada al alta para obtener la prestación por desempleo, con reserva del puesto de trabajo durante el primer año y la posibilidad de acudir, entre tanto, a cursos de formación profesional. Esta situación es igualmente aplicable a los funcionarios públicos, siéndole computado este período de excedencia para la consolidación de trienios, grado personal y derechos pasivos.

Se establece, asimismo, una normativa complementaria para solventar la problemática que puede surgir en las Empresas como consecuencia del nuevo régimen de excedencias contemplado, sobre el que no vamos a extendernos.

— En segundo lugar, el Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, («BOE» núm. 75, del 29 de marzo) que aprobó el nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, destinado a incorporar al viejo texto de 1980 las incorporaciones legislativas producidas desde entonces.

Así, este nuevo texto legal que entró en vigor el pasado 1 de mayo de 1995, pretendía dar cumplimiento al mandato legislativo establecido en la Disposición final séptima de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que autorizaba al Gobierno para que en un plazo de tres meses procediera a la elaboración del nuevo texto. En consecuencia, la nueva norma reguladora de los derechos y deberes de los trabajadores tiene la virtud de haber incorporado en un solo texto toda la normativa laboral substantiva dispersa en otras normas legislativas posteriores, sin que haya introducido novedades específicas en este apartado.

— En tercer lugar, y con separación de escasas fechas, fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril («BOE» núm. 86, de 11 de abril) el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral que, al igual que en el caso anterior, daba cumplimiento a la Disposición final Sexta de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, ya citada anteriormente. Con esta nueva norma se trata de incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral todas las novedades procesales aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del anterior texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 52/90, de 27 de abril, que es derogado por esta nueva norma, que ha entrado en vigor el pasado día 1 de mayo de 1995.

Al igual que ocurre con la anterior, la normativa aprobada no introduce ninguna novedad.

— Finalmente, en cuarto lugar fue aprobada la Ley 311/95, de 8 de noviembre («BOE» núm. 269, del 10 de noviembre) sobre prevención de riesgos laborales, que ha venido a establecer una nueva normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo, dedicando sus siete capítulos a la política general en materia de prevención de riesgos laborales, derechos y obligaciones frente a

los mismos, servicios de prevención, consulta y participación de los trabajadores, obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores, y responsabilidades y sanciones.

### *Derechos Financiero y Tributario*

Aparte de la reforma penal operada en el Código de los delitos contra la Hacienda Pública ya estudiada en otro apartado de este capítulo, la actividad legislativa en el pasado ejercicio ha sido importante, centrándose, por orden cronológico, en los siguientes aspectos:

— La primera norma aprobada fue la Ley 11/95, de 11 de mayo («BOE» núm. 113, del 12 de mayo) sobre regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, que establece un nuevo régimen jurídico de los mismos después de la negativa experiencia acumulada con anterioridad. La nueva ley establece un control parlamentario directo a través de una Comisión Parlamentaria creada al efecto, obligándose, además a los Ministros que tengan disposición de tales gastos a informar a dicha Comisión de forma periódica sobre su utilización. Se establece, asimismo, que los gastos reservados estén sometidos a un control administrativo interno que respete su peculiaridad, a la vez que asegure su correcto uso.

— A continuación, fue aprobada la Ley 25/95, de 20 de julio («BOE» núm. 174, del 22 de julio), de modificación de la Ley General Tributaria que introduce una serie de novedades legislativas referentes a la interpretación de las normas tributarias eliminándose aquellos aspectos que pudieran menoscabar el principio de seguridad jurídica y potenciando a su vez, la lucha contra el fraude, mediante la dotación de los necesarios instrumentos a la Administración.

Pero, procediendo el texto del de 1963, se pone de relieve con todo, la necesidad de una actualización global que aborde de forma integral y moderna este importante material.

La Fiscalía de Asturias destaca en este ámbito, no por más importante, sino por su especial incidencia en las relaciones entre la Administración Tributaria y los órganos de la Administración de

Justicia, el nuevo artículo 113 que en su número 1 indica: «Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto la investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público», y en su número 2 impone a las autoridades y funcionarios «el más estricto y completo sigilo» sobre ellos, considerando su infracción, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que les pudieran corresponder, como falta disciplinaria muy grave.

— Siendo indudable el carácter de tercero del órgano jurisdiccional frente a la relación Administración Tributaria-contribuyente, la novedad legislativa, choca frontalmente con la realidad anterior, en la que con frecuencia y normalidad los Juzgados y Tribunales, en materia civil y dentro de ella, en incidentes de ejecución de sentencias y por lo que especialmente interesa al Fiscal, en procesos matrimoniales, acudía a la Administración Tributaria para conocer ciertos datos que permitieran determinar las posibilidades reales del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias impuestas o que debieran acordarse siendo atendidos tales requerimientos sin problemas y en base al principio de colaboración con la Administración de Justicia establecido en el artículo 118 de la Constitución Española.

Es precisamente este principio, el que, chocando frontalmente con la prescripción del artículo 113, pudiera hacer cuestionable la constitucionalidad de éste. Siendo, en efecto, obligado, a tenor de aquel, prestar la colaboración requerida por los jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, mal se comprende cómo una ley ordinaria pueda desconocer tal prescripción, rompiendo además con la correspondencia preexistente entre los Juzgados y Tribunales y la Administración Tributaria, al mantenerse en el artículo 112 de la ley la obligación de aquellos de suministrar a ésta la información que le requiriese respecto a procesos en curso, sin otra salvedad que la que pudiera ampararse en el secreto de las diligencias sumariales.

Planteadas la cuestión en los anteriores términos y dada la claridad expositiva al respecto del precepto comentado, la Adminis-

tración Tributaria, actuando en congruencia con aquel, comenzó a denegar las informaciones solicitadas por los Juzgados sobre datos tributarios de litigantes en procedimientos civiles, en general, como antes señalábamos, en relación a incidentes de ejecución y procedimientos matrimoniales.

La incidencia de tal actitud en el quehacer de la Fiscalía, fue mucho menor, habiendose, sin embargo, producido en algún caso, en relación con diligencias seguidas en materia de protección de menores, a fin de recabar las posibilidades reales de atención, por parte de los padres, de la obligación alimenticia respecto al hijo tutelado.

Esta situación, aparte su incongruencia, propiciaba y propicia una mayor limitación sobre la ya, de por sí, menguada capacidad de los órganos judiciales para establecer sobre bases ciertas determinadas obligaciones pecuniarias, atendidas las cautelas adoptadas generalmente por los deudores impenitentes a fin de reducir al máximo su patrimonio ejecutable. Hecho que cobra especial trascendencia en materia de pensiones alimenticias o contribución a las cargas matrimoniales en los procesos de separación.

Las soluciones posibles serían:

a) Interpretar en la forma más restrictiva posible la limitación informativa frente a la Administración de Justicia, haciéndola inefectiva en los casos de persecución de delitos semipúblicos y faltas, frente al concepto de delitos públicos, utilizado por el precepto como única excepción y considerando que tal información se encuentra justificada no sólo para la persecución de aquellos sino para posibilitar la ejecución de las responsabilidades civiles de ellos derivadas.

b) Aceptar las informaciones solicitadas en el marco de los expedientes de justicia gratuita, como incluidas en el apartado d) del número 1 del artículo 113.

c) Aceptar los requerimientos efectuados en la vía contencioso administrativa en procedimientos seguidos en materia tributaria, dado que tales datos se utilizarán para su finalidad prioritaria como es la aplicación de los tributos.

d) En los restantes casos —y este es el punto mas importante— dejar a los jueces, Tribunales o al Fiscal, la decisión última sobre si la información debe ser o no cedida, trasladando a éstos, en

su caso, la responsabilidad dimanante del párrafo 2 del artículo 113. Bastaría pues, para que la Administración Tributaria atienda el requerimiento, que aquellos, al efectuarlo, indiquen expresamente que se formula de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113.

No ofreciendo problemas las primeras medidas, la solución arbitrada para los restantes casos, no resulta satisfactoria, en cuanto en definitiva, supone un fraude de ley, al burlarla mediante engaño, aun contando con la aquiescencia del engañado, que ve así, liberada su responsabilidad. Ello no obstante, contrapesado el interés público de la Justicia, con el ardid encaminado a su mejor satisfacción, parecen darse, al menos, en su justificación, los requisitos del estado de necesidad.

La cuestión, deberá pues, resolverse, con prontitud, mediante el único camino posible: la modificación del artículo 113 de la Ley General de Tributos en la redacción dada por la Ley 25/95, actualmente en vigor, bien mediante la iniciativa legislativa, bien mediante la inhabilitación de dicho precepto por la vía del Tribunal Constitucional.

— En tercer lugar, habría que destacar la Ley 40/95, de 19 de diciembre, de modificación de la anterior regulación en materia de impuestos especiales aprobada por la Ley 38/92, de 28 de diciembre («BOE» núm. 303, del 20 de diciembre), que trata de recoger los criterios establecidos por las últimas Directivas de la CEE en esta materia.

— Finalmente, en cuarto lugar destacaremos por su importancia la Ley 43/95, de 27 de diciembre («BOE» núm. 310, del 28 de diciembre), que aprobó el nuevo régimen fiscal del Impuesto de Sociedades que introduce importantes novedades en esta materia, con el abandono de la clasificación de rentas que señalaba la anterior Ley 61/78, para establecer el hecho imponible; la eliminación de la tributación mínima y la concesión a las entidades parcialmente exentas de la deducción por doble imposición de dividendos; la tributación de las sociedades transparentes que quedan sometidas a este impuesto sin perjuicio de la imputación a los socios de la base imponible positiva y de los restantes elementos para liquidar la cuota, al mismo tiempo que la cuota ingresada por la sociedad transparente tiene la consideración de pago a cuenta en relación al impuesto que grava a los socios; la sustitución del ante-

rior sistema de exención por reinversión de las ganancias obtenidas en la transmisión de elementos del inmovilizado material afectos a actividades empresariales por un sistema de diferimiento del gravamen de dichas ganancias durante un período de siete años o bien durante el período de amortización de los bienes en los que se materialice la reinversión, a elección del sujeto pasivo. Se establece una nueva regulación de la deducción por doble imposición internacional y, finalmente, en relación con los incentivos fiscales la ley únicamente regula aquéllos que tienen por objeto fomentar la realización de determinadas actividades de investigación y desarrollo, inversiones exteriores orientadas a la realización de exportaciones, bienes de interés cultural y formación profesional.

Hay que decir, sin embargo, que durante el pasado Ejercicio no llegó a ser aprobado el proyecto de ley de presupuestos para el ejercicio de 1996, al no haber superado el inicial trámite parlamentario de enmiendas a la totalidad, por lo que en la actualidad se encuentran prorrogados los del año anterior, en virtud del Real Decreto-Ley 12/95, de 28 de diciembre («BOE» núm. 312, del 30 de diciembre).

## b) LEGISLACION ADMINISTRATIVA

De entre el cúmulo de disposiciones normativas que podrían ser incluidas dentro de este apartado, destacaremos por su importancia las siguientes:

— En primer lugar, la Ley 13/95, de 18 de mayo («BOE» núm. 119, del 19 de mayo), de contratos de las Administraciones Públicas, que vino a derogar la anterior normativa de 1965.

Esta importante norma jurídica, como destaca su Exposición de Motivos, no pretende abarcar toda la normativa de la contratación pública de manera uniforme, sino recoger tan sólo un común denominador sustantivo que asegure, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles, pero reconociendo, al mismo tiempo, a las Comunidades Autónomas que puedan introducir en la regulación de la materia, las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite.

La ley cuenta con una parte general que comprende la organización administrativa de la contratación pública, siendo la legislación comunitaria europea la que informa determinados aspectos importantes de su contenido, como la capacidad de los empresarios, los procedimientos de licitación, la determinación de las cuantías de los contratos a los efectos de publicidad y sus plazos, las excepciones a aquélla y los requisitos exigidos para el procedimiento negociado, así como las circunstancias que acrediten la solvencia de los empresarios.

Se establece, asimismo, una simplificación del régimen de remisión de contratos al Tribunal de Cuentas; limitación de la intervención preceptiva del Consejo de Estado y de los informes de la Asesoría Jurídica en los expedientes, así como de la aprobación de los contratos por el Consejo de Ministros; establecimiento de un procedimiento sumario para la resolución del contrato por incumplimiento del plazo por parte del contratista; la imposibilidad de declarar desierta la subasta con bajas temerarias cuando existan postores en los que no concorra tal circunstancia; la posibilidad de adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes al inicial adjudicatario, por orden de ofertas, en los supuestos de resolución por falta de formalización del contrato o de incumplimiento del mismo por parte del contratista y contratación por procedimiento negociado en prestaciones accesorias o complementarias del contrato principal.

En definitiva, como puede verse, una regulación mucho más detallada y adaptada a la normativa establecida por el Derecho Comunitario.

— De menor importancia que la anterior son las Leyes 37/95, de 12 de diciembre («BOE» núm. 297, del 13 de diciembre), reguladora de las telecomunicaciones por satélite; 38/95, de 12 de diciembre («BOE» núm. 297, del 13 de diciembre), que regula el acceso a la información en materia de medio ambiente; 39/95, de 19 de noviembre («BOE» núm. 303, del 20 de diciembre), que establece la organización del Centro de Investigaciones Sociológicas; 41/95, de 22 de diciembre («BOE» núm. 309, del 27 de diciembre) que regula el régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres; 42/95, de 22 de diciembre («BOE» núm. 306, del 23 de diciembre), que regula las telecomunicaciones por cable; y, por último, la Ley 44/95, de 27 de diciembre («BOE» núm. 310,

del 28 de diciembre), que estableció una modificación a la Ley 23/82, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional.

### c) LEGISLACION AUTONOMICA

#### *Aragón*

Durante el pasado año la actividad legislativa de las Cortes Autonómicas ha sido mayor que la producida en el ejercicio anterior, luego de haberse conseguido una estabilidad política e institucional tras las elecciones autonómicas celebradas en mayo del pasado año.

En este sentido las normas más importantes son las siguientes, por orden cronológico:

1.<sup>a</sup> Ley 1/95, de 16 de febrero («BOA» núm. 27, del 6 de marzo), de regulación del Presidente y del Gobierno de Aragón, integrada por 6 Títulos, repartidos en Capítulos hasta completar un total de 68 artículos.

El Título I es destinado a regular la figura del Presidente de la Diputación General de Aragón, estableciéndose una serie de disposiciones generales relativas a su elección, nombramiento, cese, incompatibilidades y fuero procesal. Se regulan en los capítulos siguientes los supuestos de responsabilidad política del mismo (moción de censura y confianza) y sus funciones y competencias.

El siguiente Título II se refiere al Gobierno de Aragón, en el que se determina la relación de Departamentos que lo integran (un total de 9 aparecen recogidos en el art. 15 de la ley), las competencias que le son propias y la figura de los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón en las Provincias de Huesca y Teruel.

El Título III va destinado a regir la actuación de los Consejeros en cuanto titulares de los respectivos Departamentos del Gobierno, dedicándose el Título IV siguiente a la potestad normativa del Ejecutivo autonómico tanto de iniciativa legislativa (elaboración del proyecto de ley de los presupuestos de la Comunidad, decretos legislativos, etc.) como reglamentaria. Los dos últimos Títulos van destinados a regular, de una parte, los principios generales

de la actuación del Gobierno de Aragón y de sus Consejeros con una detallada descripción de los cuadros de incompatibilidades de éstos, de su funcionamiento y de la necesaria cooperación con otras Administraciones Públicas. Y de otra, la regulación de un nuevo Órgano que se integra en el Ejecutivo autonómico, la Comisión Jurídica asesora del Gobierno de Aragón, conceptualizada como órgano colegiado que ejerce la función consultiva suprema de dicho Gobierno.

2.<sup>a</sup> *Ley 3/95*, de 29 de marzo («BOA» núm. 40, del 4 de abril) de modificación de la *Ley 2/87*, de 16 de febrero, electoral de la Comunidad Autónoma de Aragón. Dicha ley responde a un doble objetivo: De una parte, adecuar la regulación en materia de subvenciones por gastos que originan las actividades electorales, cuya modificación fue introducida para el ámbito estatal por la *Ley Orgánica 8/91*, de 13 de marzo, al de esta Comunidad Autónoma; y de otra parte, conseguir una reducción de los gastos electorales.

3.<sup>a</sup> *Ley 4/95*, de 29 de marzo («BOA» núm. 43, del 10 de abril), de modificación de la *Compilación del Derecho Civil de Aragón* y de la *Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón* en materia de sucesión intestada. Por virtud de esta ley han sido modificados dos preceptos de la *Compilación del Derecho Civil Aragonés*, siendo la más importante la introducida en el artículo 136 que atribuye a la Comunidad Autónoma y no al Estado la sucesión intestada de quien fallezca bajo vecindad civil aragonesa, en defecto de los parientes llamados a la sucesión.

Igualmente, se introduce un nuevo artículo 136 bis que concede al Hospital Provincial «Nuestra Señora de Gracia», de Zaragoza, el privilegio de que será llamado con preferencia a la sucesión intestada de los enfermos que fallezcan en el mismo.

4.<sup>a</sup> *Ley 9/95*, de 27 de diciembre («BOA» núm. 152, del 29 de diciembre) de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio de 1995. Con notable retraso y ya al término del año fiscal fueron aprobados dichos presupuestos cuya tardanza ha venido motivada por la notable inestabilidad política que tuvo lugar en esta Comunidad a comienzos del pasado año.

El importe total de los Presupuestos ascendió a ciento cuarenta y siete mil quinientos setenta y nueve millones quinientas se-

senta y una mil ochocientas setenta pesetas, destacando, por su importancia, las partidas destinadas a Incentivos Regionales y al Fondo Interterritorial de Solidaridad, destinados, respectivamente, a la financiación de nuevos proyectos de inversión que promuevan directa o indirectamente la generación de renta y riqueza en la Provincia de Teruel, y a paliar los desequilibrios existentes dentro del territorio de la Comunidad Autónoma (a los mismos fueron destinados 1.900 millones de pesetas).

De carácter menor por su jerarquía, destacaremos otras tres disposiciones ciertamente importantes:

— En primer lugar, el Decreto 83/95, de 18 de abril («BOA» núm. 58, del 17 de mayo) sobre fomento del empleo en Aragón, que pretende regular el conjunto de subvenciones que, procedentes del Fondo Social Europeo, tienen por finalidad la financiación de proyectos empresariales que vayan a instalarse en esta Comunidad Autónoma.

— En segundo lugar, la Orden de 13 de junio de 1995 («BOA» núm. 75, del 23 de junio) por la que se dispuso la publicación del Convenio suscrito entre el Ministerio de Justicia e Interior y la Diputación General de Aragón para la informatización de Organos Judiciales en el ámbito de esta Comunidad Autónoma, tratándose de una norma que por lo que se refiere a esta Provincia aún no ha tenido ninguna aplicación práctica.

— Finalmente, en tercer lugar, el Decreto 276/95, de 19 de diciembre («BOA» núm. 1, del 3 de enero de 1996) regula las competencias propias de la DGA en materia de fundaciones, creando un registro de fundaciones que dependerá del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno Aragonés.

## *Asturias*

*Ley 1/95, de 27 de enero, de protección del Menor.*

De ella nos ocupamos en la memoria del año anterior, dada su temprana publicación y por la intervención de la Fiscalía, en razón a la naturaleza de su contenido, como órgano asesor en la fase de su preparación.

*Ley 2/95*, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias.

*Ley 3/95*, de 15 de marzo, de sanciones en materia de vivienda.

*Ley 4/95*, de 6 de abril, de incompatibilidades, actividades y bienes de los altos cargos del Principado de Asturias.

*Ley 5/95*, de 6 de abril, sobre promoción de accesibilidad y supresión de barreras.

### *Madrid*

*Ley 1/95*, de 21 de febrero, de Concesión de un crédito extraordinario para la cobertura de los gastos electorales de carácter institucional, los anticipos de subvenciones previstas en la Ley 11/1986 de 16 de diciembre, electoral de la Comunidad de Madrid.

*Ley 2/95*, de 8 de marzo, de Subvenciones. Normas reguladoras de la Comunidad de Madrid.

*Ley 3/95*, de 8 de marzo, de Modificación del artículo 8 de la Ley 12/1984 de 13 de junio, de creación del Instituto Madrileño de Desarrollo.

*Ley 4/95*, de 21 de marzo, de Creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

*Ley 5/95*, de 28 de marzo. Modifica la Ley 11/1986 Electoral.

*Ley 6/95*, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de Infancia y la Adolescencia.

*Ley 7/95*, de 28 de marzo, de Participación de los Agentes Sociales en las entidades públicas de la Administración de la Comunidad de Madrid.

*Ley 8/95*, de 28 de marzo, de Ordenación de Turismo.

*Ley 9/95*, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, suelo y urbanismo.

*Ley 10/95*, de 21 de abril, de Creación de la Sociedad de Capital de Riesgo de la Comunidad de Madrid, Sociedad Anónima (CADECAM).

*Ley 11/95*, de 21 de abril, para el Otorgamiento de un Aval a la Sociedad Mercantil «EDICA, SOCIEDAD ANONIMA».

*Ley 12/95*, de 21 de abril, sobre normas Regulatoras de Estadística.

*Ley 13/95*, de 21 de abril. Regulación del uso de la Informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid.

*Ley 14/95*, de 21 de abril, Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid.

*Ley 15/95*, de 21 de abril. Modifica el artículo 5.º de la Ley 11/1986 de 16 de diciembre, Electoral.

*Ley 16/95*, de 4 de mayo, Ley Forestal y de Protección de la Naturaleza.

*Ley 17/95*, de 16 de octubre, para la modificación de la Ley 16/1991 de 18 de diciembre, del recargo de la Comunidad de Madrid en el impuesto sobre Actividades Económicas.

*Ley 18/95*, de 1 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 1/1983 de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

*Ley 19/95*, de 18 de diciembre, de concesión de un suplemento de crédito para la liquidación provisional, a cuenta de la definitiva, de las subvenciones a partidos, federaciones y coaliciones por los gastos realizados con ocasión de las elecciones de 28 de mayo de 1995 a la Asamblea de Madrid.

*Ley 20/95*, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 1996.

*Ley 21/95*, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/1992, de 12 de marzo, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid.

### *País Vasco*

*Ley 1/95*, de 12 de abril, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1995.

*Ley 2/95*, de 23 de junio, por la que se aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1992.

*Ley 3/95*, de 23 de junio, de ampliación del plazo de adaptación estatutaria de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi.

*Ley 4/95*, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas.

Esta ley pretende regular la mejora en la actuación de las Administraciones Públicas vascas en este ámbito tan sensible del quehacer público, para lo que instituye una nueva licencia como es la denominada de establecimiento, que hace compatible con la racionalización administrativa y económica para el ciudadano que significa la instancia única para la tramitación de las licencias necesarias, una regulación actualizada y con rango adecuado del régimen sancionador aplicable y una disciplina de las relaciones entre las distintas instancias administrativas llamadas a intervenir en la materia, que busca el necesario compromiso y coordinación entre ellas compatible con el respeto de su autonomía respectiva.

En este sentido debemos llamar la atención sobre la importancia que debe tener el correcto desarrollo de la actividad del Consejo Vasco de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Una materia como la que nos ocupa, en cuya gestión aparecen insoslayablemente implicados dos escalones administrativos como son el municipal y el autonómico, precisa de una coordinación eficiente tanto de las actuaciones normativas como incluso de las de carácter ejecutivo de mayor relieve. La ley crea el Consejo citado para servir decididamente esta finalidad, sin perjuicio del necesario respeto a la autonomía de cada una de las administraciones en presencia.

*Ley 5/95*, de 13 de diciembre, para la autorización de permuta de terrenos entre la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y el Ayuntamiento de Bilbao, y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y el Ayuntamiento de San Sebastián/Donostia.

*Ley 6/95*, de 29 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1996.

## Valencia

*Ley 1/95*, de 20 de enero, de formación de las personas adultas.

La razón de ser de esta ley y los objetivos que persigue, quedan plasmados en su preámbulo al decir que la sociedad actual se caracteriza por las reestructuraciones y las reformas a nivel socioeconómico y educativo. El dominio del cambio acelerado de los conocimientos y de los procesos culturales y productivos requieren una formación más prolongada, más versátil, capaz de adaptarse a las nuevas situaciones mediante un proceso de educación permanente.

La formación de personas adultas como una plataforma para la búsqueda de soluciones para el desarrollo socioeconómico y cultural de la sociedad, tiene una importancia clara y demostrable.

En este sentido, la educación de personas adultas tiene una acción recíproca que ha de desplegarse en la sociedad.

La formación de personas adultas es también un elemento decisivo en las políticas sociales orientadas a promover la autonomía personal para alcanzar la integración y la cohesión social.

En atención a los motivos expuestos, los objetivos de esta ley están ampliamente desarrollados en el título preliminar. Esencialmente son los siguientes:

— Regular la formación de personas adultas en la comunidad Valenciana y establecer los mecanismos e instrumentos para su estructuración, desarrollo, coordinación y evaluación.

— Afianzar el derecho de todas las personas a la educación garantizando la adquisición y actualización de la educación básica y promoviendo el acceso a los diferentes niveles del sistema educativo, dando atención preferente a los sectores sociales más desfavorecidos.

Es digno de alabanza lo que esta ley propone y ¡ojalá! se consiga. Pero lo cierto es que en nada afecta al Ministerio Fiscal, como no sea que de la buena formación de las personas adultas, derive un recto caminar por las vías de lo correcto. Es por eso que, aludidas sus razones y objetos, acabo el comentario de dicha ley.

*Ley 2/95*, de 6 de febrero, de Organización del Servicio de Emergencias de la Generalitat Valenciana.

La razón de ser y los objetivos de esta ley, quedan expuestos en su preámbulo cuando dice que la necesidad de una respuesta

eficaz de los servicios de salvamento ante cualquier circunstancia que puede poner en peligro la vida de las personas requiere una organización adecuada en todo el territorio valenciano.

Muchas comarcas interiores valencianas carecen de unos servicios acordes con las posibilidades actuales; el ejemplo de los incendios forestales ilustra cómo en las zonas donde se asientan no siempre se tienen posibilidades para atacar con la rapidez debida los incendios.

La demanda social de una acción mucho más ágil y efectiva en la lucha contra los incendios forestales sólo puede ser atendida con una organización que aúne bajo un mismo mando operativo los recursos disponibles.

La importancia de esta ley, desde el punto de vista nuestro es patente, ya que lo que pretende, entre otras cosas, es la prevención y extinción de incendios forestales, plaga que viene asolando desde hace años a la Comunidad Valenciana. Pero, a pesar de ello, ninguna mención hay en ella, que se refiera o puede referirse a la actuación del Fiscal, como no sea la derivada de algunas faltas muy graves que se enuncian en el artículo 21, a saber:

- No acudir a las llamadas de siniestro estando de servicio.
- La falsificación, sustracción o destrucción de documentos, material o efectos del servicio o que estuvieran bajo su custodia.
- Solicitar o percibir gratificaciones de terceras personas por la prestación a las mismas de los servicios propios del organismo.
- Negligencia en las responsabilidades de funcionamiento.

Pues todas ellas pueden ser constitutivas de delito, a veces.

*Ley 3/95*, de 2 de marzo, de modificación de la Ley 11/1985 de Cooperativas.

Se trata de una ley que modifica otra anterior (la Ley 11/1985 de 25 de octubre) y que, por la materia de que trata, no tiene ninguna trascendencia ni relación con las misiones del Ministerio Fiscal, por eso, simplemente la aludo, sin entrar a comentarla.

*Ley 4/95*, de 16 de marzo, del Area Metropolitana de L'Horta.

Esta es una ley de supragestión municipal, ya que crea un organismo público de personalidad jurídica que comprende todos

los municipios (incluido Valencia) que integran la comarca denominada L'Horta.

Para nosotros tiene cierta relevancia la competencia que dicho organismo se asigna en el artículo 5, al especificar que tendrá competencia exclusiva para el tratamiento y eliminación de residuos sólidos (basuras), con la importancia que esto tiene sobre la situación de vertederos, así como su construcción y vigilancia en defensa del medio ambiente. Lo mismo ocurre con todo lo referente al urbanismo.

*Ley 5/95*, de 20 de marzo, de Consejos Agrarios Municipales.

Esta corta ley, dispone sólo de 6 artículos, crea los Consejos Agrarios Municipales y, en lo tocante a las funciones del Ministerio Fiscal, nada tiene de particular.

*Ley 6/95*, de 3 de abril, de modificación de otra sobre el Gobierno Valenciano.

Actualiza la legislación anterior sin más trascendencia que la forma de actuar en las Cortes Valencianas.

*Ley 7/95*, de 29 de diciembre, de Suplementos de Crédito en el Presupuesto.

En nada nos afectan, tampoco, los tres artículos de esta ley que sólo pretende conceder un suplemento de crédito de 600.000.000 pesetas para ayudar por daños meteorológicos, 31.000.000 pesetas para la formación de las mujeres y 150.878.000 para fomento de ocupación.

*Ley 8/95*, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Organización de la Generalitat Valenciana.

Trata de las normas por las que habrá de regularse la función pública valenciana, creando determinados organismos como el Institut Turístic Valencia y l'Agencia Valenciana per a la Formació Professional no Reglada.

*Ley 9/95*, de 31 de diciembre, de Presupuestos para el ejercicio de 1996.

Cabe destacar de esta ley que, cuando todavía no están transferidas todas las competencias que en materia de justicia la Constitución Española permite y l'Estatut pretende, ya se señala para tal menester la cantidad de 3.671.812.000 pesetas repartida del siguiente modo: 552.167.000 pesetas en gastos de personal, 1.290.994.000 en gastos de funcionamiento, 1.078.651.000 pe-

setas en transferencias corrientes, 2.921.812.000 pesetas en operaciones corrientes, 700.000.000 pesetas en inversiones reales, 50.000.000 pesetas en transferencias de capitales y 750.000.000 pesetas en operaciones de capital.

### *Canarias*

*Ley 1/95*, de 30 de enero por la que modifica la Ley 13/90, de 26 de julio de Cajas de Ahorros.

*Ley 2/95*, de 30 de enero, de creación del Consejo Canario de Relaciones Laborales.

*Ley 3/95*, de 6 de febrero, de Medidas de Apoyo a los Estudios Universitarios.

*Ley 4/95*, de 27 de marzo, de creación del Instituto Canario de Investigaciones Agrarias y del Consejo Asesor de Investigaciones Agrarias.

*Ley 5/95*, de 1 de abril, de modificación de la Ley 3/87, de 3 de abril, de medidas urgentes en materia electoral.

*Ley 6/95*, de 6 de abril, de Plantillas y Titulaciones Universitarias.

*Ley 7/95*, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

*Ley 8/95*, de 6 de abril, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Físicas y de la Comunicación.

*Ley 9/95*, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1996.

### *Baleares*

*Ley 1/95*, de 22 de febrero, de modificación de determinados artículos de la Ley 2/1989, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. («BOCAIB» núm. 32, de 16 de marzo de 1995.)

*Ley 2/95*, de 22 de febrero, de modificación de determinados artículos de la Ley 5/1993 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. («BOCAIB» núm. 34, de 21 de marzo de 1995.)

*Ley 3/95*, de 21 de febrero, del Deporte Balear. («BOCAIB», núm. 35, de 23 de marzo de 1995.)

*Ley 4/95*, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. («BOCAIB» núm. 37, de 25 de marzo de 1995.)

*Ley 5/95*, de 22 de marzo, de modificación de determinados artículos de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (sobre subvenciones). («BOCAIB» núm. 37, de 25 de marzo de 1995.)

*Ley 6/95*, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en aplicación de las Medidas Judiciales sobre Menores Infractores. («BOCAIB» núm. 37, de 25 de marzo de 1995.)

*Ley 7/95*, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados. («BOCAIB» núm. 43, de 8 de abril de 1995.)

*Ley 8/95*, de 30 de marzo, de atribución competencias Consejos Insulares en materia Actividades Clasificadas y Parques Acuáticos Reguladora Infracciones y Sanciones. («BOCAIB» núm. 50, de 22 de abril de 1995.)

*Corrección de erratas de la Ley 6/1995, de 21 de marzo*, de Actuación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en la Aplicación de las Medidas Judiciales sobre Menores Infractores. («BOCAIB» núm. 53, de 29 de abril de 1995.)

*Ley 9/95*, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para 1996. («BOCAIB» núm. 162 de 30 de diciembre de 1995.)

*Ley 10/95*, de 20 de diciembre, de medidas Tributarias, Administrativas y de Patrimonio. («BOCAIB» núm. 163, de 30 de diciembre de 1995.)

## *Galicia*

Dentro de este apartado, especial importancia tiene la *Ley de Derecho Civil de Galicia*, publicada en el «DOG» el 6 de junio de 1995, y en el «BOE» el 27 del mismo mes y año.

En su artículo 1.º se dice que «el Derecho Civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente Ley».

Buen número de páginas podrían ser dedicadas a comentar, solamente, los aspectos más destacados de una ley, que recoge instituciones profundamente consuetudinarias como la parroquia rural, las agras y vilares, serventías, sin olvidar, como no podía ser de otro modo, el régimen jurídico de los montes vecinales en mano común, institución típicamente secular.

Plasma en la disposición adicional segunda, el buen criterio, a modo de fórmula, de crear en un plazo máximo de cinco años una Ponencia que ha de evaluar los problemas que la vigencia de la ley suscita, por si conviniera su adaptación o modificación.

Espigando brevemente en su articulado (170 artículos), es fácil advertir la importancia de instituciones dentro de los Derechos reales, como las servidumbres y serventías, referidas, fundamentalmente, a modalidades consuetudinarias de las servidumbres de paso.

Dentro de los contratos, se regula con gran amplitud el arrendamiento rústico y las distintas modalidades que reconoce, de arquería. Destaca en ellas, tanto el arrendamiento como la arquería «del lugar acasurado», entendiéndose por lugar acasurado la unidad integrada por casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos sin ser colindantes, incluidos aperos, maquinaria, ganado e instalaciones siempre que constituyan una unidad orgánica de explotación. Es probablemente una de las instituciones más emblemáticas del Derecho Civil gallego.

En el marco del Derecho de Familia, destacan ya instituciones más conocidas, tales como la compañía familiar gallega, conjunto de parientes que viven juntos y explotan en común sus tierras, explotaciones o lugares acasurados.

En materia de sucesiones se regulan ampliamente como modalidades del pacto necesario, el usufructo voluntario de viudedad, el pacto de mejora, el derecho de labrar y poseer y las aportaciones. Asimismo, se regulan especialidades en el testamento mancomunado por los cónyuges y el testamento por comisario. Finalmente, regula con detenimiento las «partijas» como una tradicional fórmula de partición.

En otros marcos jurídicos, concretamente en materia de medio ambiente, constituyen normas de gran importancia, las siguientes:

La Ley de 2 de enero de 1995, de Protección Ambiental de Galicia. Se promulga de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto y 149.1, 2 y 3 de la Constitución Española.

Aunque, dado su gran interés, merecería un más amplio comentario, por razones de brevedad, tan sólo destacará de ella, que constituye una norma pionera en su campo, lo siguiente:

Se regulan los elementos que configuran el medio ambiente.

Se introducen los Organos que configuran la Administración Ambiental, creándose el Consejo Gallego de Medio Ambiente.

Se regulan técnicas que permitan evaluar el impacto ambiental.

Se implanta un régimen de disciplina ambiental, creándose o estableciéndose una larga relación de infracciones y sanciones, con determinación de responsabilidades y suspensión de actividades y el procedimiento para su exigencia.

Como definición, destaca como infracción, como conducta sancionable, «la descarga en el medio ambiente, bien sea en aguas marítimas o continentales, suelo, subsuelo y atmósfera, de productos o sustancias, en estado sólido, líquido o gaseoso, de formas de energía, incluso sonoras, que constituyan un riesgo objetivamente verificable para la salud humana y los recursos naturales, supongan un deterioro o degradación de las condiciones ambientales o afecten negativamente al equilibrio en general».

Fórmula que, en cuanto a su definición penal, recuerda a la recogida en el artículo 307 del Proyecto de Código Penal alemán.

Se preveen sanciones que pueden llegar hasta los 50 millones de pesetas, o al cierre, suspensión o clausura definitiva del establecimiento.

Siguiendo la especificada materia, en el curso del pasado año, también se dictaron las siguientes disposiciones:

a) *Decreto de 4 de febrero*, cuando la Comisión Delegada de la Xunta de Galicia para Medio Ambiente, en el que figura su composición y competencias.

b) *Ley de 29 de diciembre*, en ella se establece y regula la denominada Ecotasa, normativa, tarifas impositivas y gestión del Tributo.

Esta última normativa, ha sido fuertemente contestada, en ciertos medios de comunicación gallegos y muy especialmente por grandes factorías, como la que es objeto de un procedimiento del

que se hablará en otro lugar de la Memoria, dedicado a temas de Medio Ambiente.

En otro campo, de gran influencia para la Administración de Justicia, se encuentra la normativa aprobada a finales de 1994, aunque con vigencia desde el 1.º de enero de 1995.

En ella se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias, sobre el *traspaso en materia de provisión de medios materiales y económicos* para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

En el Anexo del Real Decreto, especifican las funciones y servicios que asume la Comunidad Autónoma de Galicia, destacando la adquisición y gestión del patrimonio inmobiliario y mobiliario, así como de material, ejecución y elaboración de programas de reparación y conservación de edificios judiciales. También se transfiere la indemnización por actuaciones de defensa y representación, peritos, testigos, etc.

Figura en el Anexo una reserva referida a la provisión de medios materiales y económicos del Ministerio Fiscal, que seguirán siendo desempeñadas por el Ministerio de Justicia e Interior.

No obstante la reserva a que me acabo de referir, figura en la propia normativa «que la Comunidad Autónoma de Galicia que en las sedes de los Tribunales y Juzgados, se reservan las instalaciones adecuadas para las Fiscalías de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 del EOMF».

Dentro del Capítulo de transferencias, aunque no relacionadas con la Administración de Justicia, está la Ley Orgánica de 27 de diciembre 1995, por la que se transfiere a la Comunidad Autónoma, la competencia exclusiva sobre Cooperativas y Mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social; espectáculos Públicos y transporte marítimo entre puertos situados en la propia Comunidad Autónoma.

Finalmente, la Ley de 10 de abril, que contiene modificaciones a la Ley de 26 de mayo de 1933, sobre la Función Pública de Galicia, que respetando los principios básicos del régimen de los funcionarios públicos, introduce peculiaridades del personal al servicio de la Xunta, e instaura un modelo propio de gestión de los servidores Públicos.

En ella se introducen modificaciones en lo que se refiere al Consejo de la Junta de Galicia, fijando en su artículo 12 las competencias que se considera, le son propias.

## *Extremadura*

La Asamblea de Extremadura en el marco de la Legislación básica del Estado, y dentro de los límites que perfilan su esfera de atribuciones, a lo largo del año 1995 aprobó, y el Presidente de la Junta de Extremadura en nombre del Rey y en conformidad con lo establecido en el artículo 52.1 del Estatuto de Autonomía Extremeño, promulgó las siguientes Leyes:

*Ley 1/95*, de 23 de febrero, relativa a Condonación de los recibos que gestiona el SEREA de la anualidad de amortización de 1993 a los concesionarios o propietarios de una explotación familiar adjudicada en su día por la Administración en las zonas regables de Orellana y Aragón-Arago.

Esta ley es consecuencia de la situación que atravesaron los regadíos de las zonas regables de Orellana en Badajoz, y Aragón y Arago en Cáceres como consecuencia de la sequía, que obligó a la Junta de Extremadura a elevar a la Asamblea de Extremadura un documento «Propuestas de Medidas de Solidaridad con el Sector Agrario», que incluía entre ellas instar al Gobierno Regional a que se condonara la anualidad correspondiente a 1993 a que se hace mención anteriormente y que había de pasar al cobro la Junta de Extremadura a los concesionarios, pero que por imperativo del artículo 29.2 de la Ley 3/1985 de 19 de abril así como del artículo 69 del Real Decreto 1684/1990 de 20 de diciembre, no era posible proponer tal condonación sino mediante el instrumento legal adecuado. En el artículo único de dicha ley se acuerda condonar la anualidad a los concesionarios o propietarios que cumplieran el requisito de tener inscrita su explotación en el Registro de Explotaciones de la Consejería de Agricultura y Comercio de la Junta de Extremadura.

*Ley 2/95*, de 6 de abril, Ley del Deporte de Extremadura.

Esta ley es consecuencia de la distribución de competencias establecida en el Título VIII de la Constitución, conforme a la cual la Comunidad Autónoma de Extremadura asumió como una de las competencias exclusivas que le atribuyó su Estatuto la promoción del Deporte y la Educación Física y se ha dictado para que sirva de marco general al impulso de la actividad física y deportiva en nuestra región.

La ley extremeña parte de dos principios fundamentales: el de igualdad de los ciudadanos al acceso al deporte y el de promoción de la actividad deportiva de base, deporte para todos. Esta exigencia de que los Poderes Públicos atiendan favorablemente el fenómeno deportivo, consagra el deber de los mismos de fomentar, proteger y garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la práctica deportiva como un valor importante en el desarrollo individual y en el progreso de la comunidad en su conjunto. La ley establece una serie de instrumentos para conseguir los fines perseguidos, tales como la planificación de las actuaciones de las distintas administraciones públicas, la racionalización en la construcción y equipamiento de instalaciones deportivas, el reconocimiento formal de entidades deportivas de base y la obligación de asegurar los principios democráticos en los agentes deportivos tradicionales. Finalmente, y teniendo en cuenta la conexión entre juventud y deporte, la ley no olvida que la actividad deportiva actúa como factor preventivo de conductas antisociales, fomentando el deporte escolar en el marco del sistema educativo extremeño, estableciendo cauces para mejorar la formación deportiva y regulando la disciplina deportiva para corregir conductas irregulares, dopaje y otras prácticas ilegales.

Se establece y regula la organización administrativa del deporte en Extremadura destacando la posición de los Entes Locales como motores de la práctica deportiva con competencias en la promoción deportiva y en la construcción, mejora y buen uso de las instalaciones de su territorio. Se establece el Consejo Regional de Deporte como órgano consultivo; se diseñan y regulan las entidades asociativas de actividad física y deportiva y las agrupaciones deportivas escolares; se regulan detalladamente las Federaciones Deportivas Extremeñas y el Régimen Económico de Financiación y de Ayudas Públicas de las Entidades Deportivas.

En relación con la construcción de instalaciones se prevee la elaboración y ejecución de un plan regional de instalaciones deportivas previa elaboración de un Censo Regional que permita conocer la realidad y necesidades demandadas estableciéndose criterios y programación de actuaciones, para conseguir el mejor uso de las instalaciones deportivas.

Se establece un sistema de infracciones y sanciones en materia de Justicia Deportiva y, como gran novedad, se crea la Junta Arbi-

tral del Deporte, como órgano de conciliación extrajudicial para resolver controversias que surjan en el deporte extremeño cuya resolución se efectuará fuera del ámbito estricto de la disciplina deportiva.

*Ley 3/95, de 6 de abril, de Fomento de la Vivienda en Extremadura.*

Esta Ley tiene por objeto facilitar a las Administraciones Públicas, Local y Autonómica en sus respectivos ámbitos de competencia la intervención en el mercado de la vivienda en la forma y términos que en la misma se definen. Dada la ligazón a partir de un cierto tamaño de núcleo urbano, entre el mercado de la vivienda y el mercado de la ciudad, y siendo especialmente influyente en el precio final de la vivienda el precio del suelo, la ley no considera a dicho precio el único aspecto a valorar sino que, desde una concepción progresista la ciudad debe constituir un espacio vital de relaciones y un elemento esencial para determinar la calidad de vida de los ciudadanos.

Desde esta óptica debe planificarse la ciudad: dotaciones, espacios de ocio, servicios, elementos de relación y comunicación deben dimensionarse adecuadamente, así como el suelo necesario para su desarrollo. El planeamiento urbanístico establece las reglas de juego: fija las normas con las que limitar el libre mercado para permitir que el desarrollo de la ciudad sirva a los ciudadanos.

El suelo para la construcción de viviendas muchas veces es un bien escaso y en ese supuesto las viviendas para rentas medias y bajas sufren las peores consecuencias. Por ello la Junta de Extremadura establece un abanico ordenado de inversiones, ayudas y controles que van desde la Promoción Pública para las rentas más bajas hasta la normativa para viviendas de precio tasado o una política urbanística adecuada para las rentas medias.

Esta ley viene a establecer un mecanismo de creación de suelo y de ciudad que al no tener clasificación previa, no puede ser objeto de acaparamiento y no puede por tanto convertirse en un bien altamente escaso. Al tiempo se intentan evitar los males de este tipo de operaciones incidiendo en la creación de ciudad terminada y equipada de forma que las rentas medias y bajas puedan verse favorecidas por las plusvalías que se generan en la ciudad.

Se regulan las intervenciones en materia de suelo, los expedientes de reclasificación de suelo, tipos de vivienda, limitaciones de precios de venta, congradaciones en segunda o posteriores transmisiones; se establece un régimen sancionador de las infracciones cometidas por contrariar lo dispuesto en la ley y se fomenta la vivienda de autopromoción.

*Ley 4/95, de 20 de abril, de Crédito Cooperativo.*

Las Cooperativas de Crédito junto con las Cajas de Ahorro, constituyen el soporte financiero fundamental de la Comunidad Autónoma de Extremadura y ello exige su regulación en una ley que además fomente y propicie la regionalización del ahorro y el desarrollo económico y social de Extremadura, haciendo a los extremeños partícipes de la riqueza que la actividad de estas Instituciones de Crédito genere. Esta ley pretende poner las Instituciones Financieras al servicio del desarrollo económico regional en la máxima medida posible, de acuerdo con nuestra Constitución que le atribuye competencias de desarrollo legislativo y ejecución en la ordenación de las Instituciones de Crédito Cooperativo Público Territorial en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca.

Se estructura en siete Títulos, amén de disposiciones adicionales transitorias, derogatoria y final.

En el Título Primero «*Disposiciones Generales*» se recogen normas de carácter básico, estableciendo el ámbito de aplicación de la ley, se definen las Cooperativas de Crédito, se fija la tutela de la Junta de Extremadura, se recogen los requisitos y procedimientos para su creación, fusión, excisión, disolución y liquidación y se crea el Registro de Cooperativas de Crédito de la Comunidad Autónoma.

El Título Segundo *Régimen Económico* regula las aportaciones de los socios y sus limitaciones; determinadas actividades económicas —inversiones, publicidad, oficinas, deber de información—, estableciendo el órgano administrativo que ejercerá las competencias económicas relacionadas con aquellas; lo referente al resultado económico y su distribución. La contabilidad se ajustará a la normativa establecida para las Entidades de Crédito y a la necesidad de someterse a auditoría externa.

El Título Tercero *Organos* se regulan los Organos de Gobierno de estas Entidades y, como novedad se introduce la existencia

de la Comisión de Control como órgano social. Se crea el Registro de Altos Cargos.

El Título Cuarto *Asociacionismo Cooperativo* prevé el derecho de las Cooperativas de Crédito de asociarse en uniones, Federaciones y Confederaciones, refiriéndose de modo particular y exclusivo a las Federaciones Extremeñas de Cooperativas de Crédito.

El Título Quinto se refiere a la regulación del *Defensor del Cliente*, estableciéndose la posibilidad de que esta figura sea la misma que la establecida para las Cajas de Ahorro Regionales.

El Título Sexto *Régimen de Control* regula el sistema de inspección e intervención y la potestad sancionadora sobre la base de lo establecido en la normativa estatal al respecto.

Por último, el Título Séptimo se refiere a *Las Secciones de Crédito*, regulando de modo genérico todo lo referente a las mismas: Creación, inscripción, contabilización, gerencia, operaciones financieras y trámites, coeficientes e inspección y sanción.

*Ley 5/95*, de 20 de abril, de Modificación parcial y urgente del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura.

Esta ley es consecuencia de las modificaciones profundas efectuadas por la legislación básica estatal en materia de Función Pública, exigiendo correlativamente, una adaptación urgente del texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura de 26 de julio de 1990.

La reforma se justificaba por un lado, en la aplicación de la obligación derivada del Derecho Comunitario de abrir las pruebas selectivas a los nacionales de los demás países comunitarios y por otro, en la necesidad de articular medidas para racionalizar la estructura de las organizaciones administrativas y mejorar el rendimiento de los recursos humanos de las Administraciones Públicas, sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia y optimizando los costes de personal.

Primer objetivo de la ley fue dotar a la Junta de Extremadura de instrumentos de planificación para la gestión de los recursos humanos consiguiendo una gestión más flexible y condicionando la ubicación de los medios humanos a las necesidades del interés público. Para conseguir las mayores garantías, tanto para la Administración como para los funcionarios, se crean los Planes Directo-

res de Personal, que marcarán las directrices de actuaciones futuras a los órganos encargados de la gestión de personal, con el establecimiento de las previsiones y medidas que deban tomarse, incluida la posibilidad de reasignar personal en otras Administraciones Públicas (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales), en los términos que establezcan los Convenios que se suscriban. Consecuentemente, se regula en la ley la reasignación de personal, la excedencia voluntaria incentivada, la jubilación voluntaria anticipada, la excedencia por reasignación de efectivos, etc.

Como segundo objetivo, la reforma pretende introducir determinadas mejoras técnicas encaminadas a incrementar la profesionalización de nuestra Administración Autonómica regulando los mecanismos de formación a través de la creación de la Escuela de Administración Pública de Extremadura y de Promoción Interna, aclarando definitivamente la figura de la especialidad y resolviendo algunas dudas de interpretación que se habían suscitado en la anterior normativa.

*Ley 6/95, de 20 de abril, de ampliación de las Ayudas Coyunturales contempladas en la Ley de Financiación Agraria en Extremadura.*

La Ley de Financiación de Extremadura venía regulando una serie de medidas de ayuda coyuntural ante determinadas condiciones excepcionales, entre las cuales se encontraba las debidas a accidentes climáticos, y traducidas fundamentalmente en subvenciones directas. Sin embargo, era imposible preveer una situación de reiteración de dichas condiciones adversas como las que últimamente venía padeciendo la región; por lo que esta Ley de Ampliación establece la excepción puntual y concreta de alguno de los artículos de la ley antes mencionada determinando que la cuantía de estas subvenciones y los requisitos para acceder a las mismas serán determinadas por la Junta de Extremadura, a propuesta de la Consejería de Agricultura y Comercio.

*Ley 7/95, de 27 de abril, de Carreteras de Extremadura.*

De conformidad con el artículo 148.1 apartado 5 de la Constitución Española y con el artículo 7.1 apartado 4 del Estatuto de Autonomía la Comunidad Autónoma de Extremadura asumió la competencia exclusiva de las carreteras cuyo itinerario se desa-

rolle íntegramente en su territorio; y al corresponderle además las potestades legislativas y reglamentarias y la función ejecutiva en el ejercicio de dichas competencias, una vez efectuada la transferencia de funciones y servicios en materia de carreteras, y promulgada la Ley 25/1988 de 29 de julio, de Carreteras, cuyo ámbito de aplicación lo constituye las carreteras estatales, se hizo necesario instrumentar un marco legal que resolviera en Extremadura los problemas que planteaba la citada Ley de Carreteras del Estado, estableciendo unos preceptos legales que resolviera para el ámbito de Extremadura la planificación, proyección, construcción, conservación, uso y explotación de las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio de Extremadura y que no formen parte de la red de interés general del Estado. La ley pretende fundamentalmente: 1) Crear las bases de una actuación administrativa inspirada en principios económicos y de seguridad vial y orientada a evitar el riesgo de menoscabo del patrimonio público de las carreteras. 2) La coordinación funcional de toda la red de carreteras de ámbito regional. 3) La protección de las vías de uso y dominio público, sirviendo de instrumento a las distintas Administraciones titulares para el ejercicio de las funciones de policía que a cada uno corresponden en las vías de su titularidad.

A lo largo de su articulado se delimita el objeto y ámbito de la ley, se clasifican las carreteras, se determinan los instrumentos técnicos para planificación, construcción y conservación de las carreteras así como la gestión, explotación y financiación de las mismas; incorporando específicamente la posibilidad de establecer contribuciones especiales a quienes se beneficien directamente de las nuevas obras; se regula las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y el régimen de uso de las carreteras; se definen las zonas de dominio público, de servidumbre y de afectación, y de modo específico las peculiaridades de las travesías, con un tratamiento diferenciado de los tramos de carreteras no afectados por la presencia de núcleos urbanos; y por último se establece el régimen de policía, se tipifican las infracciones y se definen las sanciones al objeto de que las Administraciones titulares puedan reprimir los actos que menoscaben la capacidad de las vías para el cumplimiento de su función o pongan en peligro la seguridad del usuario.

*Ley 8/95, de 27 de abril, de Pesca.*

Esta ley regula el ejercicio de la Pesca en nuestra Comunidad Autónoma, así como el fomento, la protección, la conservación, el aprovechamiento de los recursos piscícolas en todos los cursos y masas de agua situados en su territorio y la formación de los pescadores, el fomento de la pesca deportiva y la eficaz protección de los ecosistemas donde se desarrolla esta actividad.

Constituye uno de los pilares básicos de la política de conservación de la naturaleza y de gestión, ordenación y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. En este sentido se impulsa la protección de la biodiversidad, al tiempo que se establecen modernos y eficaces criterios de evaluación de impacto ambiental, que deben aplicarse cuando se realicen actividades que puedan producir problemas de gestión o de conservación de aquellos recursos naturales relacionados con la necesaria protección de los ecosistemas fluviales, lacustres o de sus áreas de influencia biológica. Establece un marco de actuación global capaz por sí solo de garantizar de manera sostenible tanto la supervivencia futura de las especies de fauna silvestre relacionadas con el medio acuático como el propio medio acuático que las cobija.

Esta ley, sensible a los problemas ambientales, afronta, con decisión, los problemas de nuestros ríos, gargantas y lagos como consecuencia de la presión humana. Apuesta por una mayor calidad de nuestras aguas, luchando contra la contaminación por vertidos, residuos, escombros y deforestación. Plantea alternativas a los problemas producidos por las obras hidráulicas o de infraestructura. Protege el medio acuático de las agresiones que habitualmente sufre. Conserva las especies autóctonas, otorgándoles un tratamiento diferenciado de las consideradas alóctonas o invasoras. Da facilidades a los pescadores para la práctica del ejercicio de la pesca, con la utilización de cañas, con la existencia de aguas libres para la pesca, cumpliendo los requisitos democráticamente exigidos y salvaguardando, también, las explotaciones agrarias o ganaderas que tienen una compatibilidad cierta con las exigencias del noble arte de la pesca deportiva.

Con el fin de proteger y conservar las especies objeto de pesca la ley establece una serie de prohibiciones de instrumentos que enumera, así como de condiciones y limitaciones que detalladamente específica en su articulado. De otra parte, si bien concede el

derecho de pescar a toda persona le impone la condición de que esté en posesión de licencia de pesca expedida por el órgano competente en la materia que es la Agencia de Medio Ambiente. Enumera las infracciones que generan responsabilidad administrativa por incumplimiento de lo preceptuado en dicha ley, sin perjuicio de la que fuera exigible en vía penal o civil; clasificando dichas infracciones en leves, menos graves, graves y muy graves, con sanciones que van desde multa mínima de mil pesetas a máxima de diez millones de pesetas, así como, según la gravedad, retirada de la licencia de pesca e inhabilitación para obtenerla por plazo que puede llegar a diez años. Especifica la ley y como novedad es de señalar, que el Consejo de Gobierno se reserva la posibilidad de actualizar el importe de las multas previstas en el articulado, teniendo en cuenta las variaciones del Índice de Precios al Consumo.

Para la gradación de la sanción aplicable a las distintas infracciones se toman en cuenta los criterios de: Intencionalidad, daño o perjuicio producido a la riqueza piscícola o su hábitat, repercusión y transcendencia en relación a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, ánimo de lucro y beneficio obtenido, reincidencia, y agrupación u organización para cometer la infracción.

Operará la reincidencia por comisión, en el período de un año, de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme. En tal caso, la sanción pecuniaria correspondiente se incrementará en el 50 por ciento de su cuantía, incremento que se elevará al 100 por ciento cuando dentro de ese año se cometa una tercera o sucesiva infracción. En cualquier caso el importe resultante de cada sanción no podrá exceder del grado máximo fijado para las infracciones muy graves.

Toda infracción administrativa tipificada en esta ley llevará consigo la ocupación de la pesca viva o muerta, que se hallara en poder del infractor así como el decomiso de cuantas artes o medios de pesca sirvieron para cometer el hecho.

Se establecen los plazos de prescripción de las diversas infracciones, interrumpiéndose la prescripción por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. También se regula la prescripción de las sanciones determinando sus respectivos plazos que se computarán a partir de la fecha de fir-

meza de la resolución por la que se haya impuesto la sanción. Se regulan los supuestos de interrupción de prescripción y de reanudación del plazo si el procedimiento estuvo paralizado.

Se regula el supuesto de que una infracción tipificada en esta ley pudiera ser constitutiva de delito o falta, pasando el tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente con las consecuencias de abstención en la prosecución de procedimiento sancionador, exclusión de la imposición de multa administrativa caso de sanción de la Autoridad Judicial y demás particularidades que puedan derivarse caso de no haberse estimado la existencia de delito o falta, para continuar el expediente administrativo hasta su resolución definitiva.

Por último, la ley que comentamos crea el Registro General de Infractores de Pesca en el que se inscribirán de oficio los infractores que hayan sido sancionados por resolución firme así como la infracción cometida y la sanción impuesta.

*Ley 9/95, de 23 de noviembre, de modificación parcial de la Ley 1/1989 de 31 de mayo, del Consejo Asesor de Radio Televisión Española en Extremadura.*

Responde a unos principios y tiene unas fórmulas técnicas para la composición del Consejo Asesor que, aunque en su día sirvieron para constituir dicho Consejo como reflejo fiel de la ponderación de fuerzas políticas representadas en la Asamblea en la fecha de su aprobación sin embargo, hoy, tras la nueva constitución de la Cámara después de las últimas Elecciones celebradas, la composición del nuevo Consejo no reuniría esas características. Es también consecuencia del Pacto Institucional suscrito por los Grupos Parlamentarios con fecha de 9 de junio de 1995, en el cual se permite a todos los Grupos de la Cámara tener derecho de propuesta para el nombramiento de los miembros de dicho Consejo Asesor manteniendo así la filosofía aunque no la técnica de la ley vigente, de modo que la composición del Consejo responda mejor a la voluntad de los extremeños expresadas en la última cita electoral.

El Consejo Asesor constarán de 10 miembros nombrados y en su caso cesados por el Consejo de Gobierno a propuesta de la Asamblea de Extremadura correspondiendo un miembro para cada Grupo Parlamentario y los que resten después se atribuirán

el derecho de propuesta que corresponda aplicando el método de D'Hont. La sustitución de los miembros se realizará a instancia de los Grupos Parlamentarios que lo hubieran propuesto.

Esto es todo cuanto tenemos que manifestar en relación con la actividad legislativa de la Asamblea de Extremadura durante el año 1995.

### *Castilla y León*

Las leyes emanadas de las Cortes de Castilla y León a lo largo del año 1995, han sido las siguientes:

*Ley 1/95*, de 6 de abril («Boletín Oficial de Castilla y León», num. 71 de 12 de abril), de Cámaras Agrarias de Castilla y León.

*Ley 2/95*, de 6 de abril («Boletín Oficial de Castilla y León», num. 71, de 12 de abril) por la que se crea la Gerencia de Servicios Sociales.

Corrección de errores de la ley primeramente citada («Boletín Oficial de Castilla y León», núm. 91, de 15 de mayo).

*Ley 3/95*, de 22 de noviembre («Boletín Oficial de Castilla y León», num. 227, de 27 de noviembre), de modificación del Texto Refundido de la Ley del Gobierno y de la Administración de Castilla y León.

*Ley 4/95*, de 28 de diciembre («Boletín Oficial de Castilla y León», num. 249, de 30 de diciembre de 1995), de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León.

Examinadas las mismas, ninguna de las citadas normas legales contiene disposiciones de interés para el Ministerio Público o que vayan a motivar actuaciones ante los Tribunales, por lo que no se hace preciso ningún comentario.

### *Cantabria*

Han sido once las leyes elaboradas por la Asamblea Regional de Cantabria, pero aunque el número parece importante, sin embargo ocho de ellas han sido para conceder créditos extraordina-

rios destinados a financiar diversas y variadas actividades que no tuvieron cabida en los Presupuestos Generales, debido a la inestabilidad política creada por el Gobierno presidido por el señor Hormaechea que no presentó los Presupuestos en su momento oportuno.

A consecuencia de ello las otras tres leyes, todas relativas a Presupuestos, una dictada el 13 de marzo contenía los Presupuestos Generales de la Diputación Regional de Cantabria para el año 1994, la otra dictada el 6 de noviembre (Ley 10/95) contenía los Presupuestos Generales del año 1995 y por fin la última de 22 de Diciembre (Ley 11/95), estuvo destinada a elaborar los Presupuestos Generales de la Diputación Regional para el año 1996, es decir, que una vez normalizada la vida política Regional con las elecciones autonómicas del año 1995 y superada en consecuencia la inestabilidad política de estos últimos años, se aprobaron, en un mismo año, quizás hecho insólito en España, las tres Leyes Presupuestarias correspondientes a 1994, 1995 y 1996.

## *Murcia*

*Ley 1/95*, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia.

Su objetivo es establecer un sistema de normas de protección del medio ambiente, crear los procedimientos administrativos para la concesión de autorizaciones, la elaboración de las declaraciones de impacto y calificación ambiental para las industrias o actividades potencialmente contaminantes y el desarrollo de la legislación básica del Estado sobre calidad ambiental.

Consta de un total de 91 artículos distribuidos en seis títulos, dedicado el quinto a la Disciplina ambiental y, como novedad, concede acción popular para exigir ante los órganos administrativos y Tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

*Ley 2/95*, de 15 de marzo, reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.

Se dicta como consecuencia de las transferencias de la competencia en esta materia a las Comunidades Autónomas.

Se estructura en seis títulos que se dedican a establecer los principios básicos, recoger los juegos y sus clases, así como los locales en los que se pueden practicar, las empresas que pueden ser autorizadas para su explotación y los requisitos exigidos a las personas que lleven a cabo su trabajo en estas empresas y a los posibles usuarios.

*Ley 3/95*, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.

Tiene por objeto el establecer el marco de actuación en orden a la protección de la infancia, comprensiva de niños y niñas menores de 18 años, partiendo siempre del principio general de que cualquier medida a aplicar se adoptará siempre en interés del niño, que debe prevalecer sobre cualquier otro en juego, y el de que los menores al crecer en edad van siendo cada vez más capaces de opinar sobre el modo en que se aplican sus derechos en la práctica, y por tanto se les debe permitir expresarse.

La ley consta de 57 artículos y está dividida en un título preliminar, cinco títulos y dos disposiciones finales.

En el título preliminar, se incluye la determinación del objeto de la ley, su ámbito de aplicación y la expresión de los principios de actuación que deben respetar las administraciones e instituciones públicas y privadas en el ejercicio de sus competencias y de su actividad, cuando tengan a los menores como destinatarios.

El Título I contiene una enumeración de los derechos de la infancia, efectuando el desarrollo de alguno de ellos, como son el derecho a la identidad, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la protección contra el uso y tráfico de estupefacientes y psicótrpos.

El Título II se dedica a establecer las líneas generales de la acción protectora y constituye el núcleo esencial del texto, regulando el apoyo a las familias biológicas de los menores, a la tutela, a la guarda, al acogimiento, el período preadoptivo y la propuesta de adopción.

El Título III responde a los requerimientos de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

El Título IV está dedicado a la distribución de competencias; y el V a las infracciones y sanciones en la materia.

Es de resaltar que, contra el artículo 32 de esta ley que regula la «selección de acogedores», se interpuso por el Presidente del Gobierno recurso de inconstitucionalidad n.º 2805/95, en el que se acordó por el Tribunal Constitucional su suspensión al haberse invocado el artículo 161.2 de la Constitución, suspensión que ha sido alzada por Auto de 19 de diciembre del mismo Tribunal.

*Ley 4/95*, de 22 de marzo, de modificación de la Ley 6/92, de 23 de diciembre, de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales.

Motivada por los nuevos servicios y actividades a prestar o a realizar como consecuencia de la transferencia de competencias en esta materia y con el objeto de cubrir sus costes, sin perjuicio de tener en consideración la capacidad económica de los sujetos pasivos.

Su contenido se fundamenta en la competencia atribuida a la Región de Murcia por el artículo 42 de su Estatuto de Autonomía y 7 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

*Ley 5/95*, de 7 de abril, de Condiciones de habitabilidad en edificios de viviendas y promoción de la accesibilidad general.

Con ella se instrumenta un marco normativo suficiente para permitir el desarrollo de una política de mejoras en materia de patrimonio arquitectónico, control de calidad de la edificación y vivienda.

Consta de un Título Preliminar y otros cinco dedicados a la accesibilidad general, a las medidas de fomento, Intervención administrativa y régimen sancionador, Organos competentes y Régimen jurídico, respectivamente.

*Ley 6/95*, de 21 de abril, de modificación de los límites del Parque Regional de Sierra Espuña.

Se dicta como consecuencia del Plan de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia y señala nuevos límites al paraje.

*Ley 7/95*, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial.

Su necesidad no es distinta a la inspiradora de las normas que siempre han regulado la materia, esto es, la de armonizar el fomento racional de la caza y pesca fluvial y la protección de la fauna silvestre. Al mismo tiempo se pretende dar respuesta a las exigencias que se

derivan de la aplicación de las Directivas Europeas sobre aves y hábitats, que avalan un papel notable de la Región de Murcia en las estrategias internacionales de conservación de la diversidad biológica, y se fomenta el ejercicio regulado de los aprovechamientos de la fauna silvestre en su proyección más social y tradicional.

La ley consta de 121 artículos organizados en seis títulos, en el primero de los cuales se establecen las disposiciones generales, entre las que destacan el objeto de la ley —armonizar la protección de la fauna, sus hábitats y los aprovechamientos de que sean susceptibles— y los criterios que han de ser prioritarios en la gestión pública de este patrimonio natural. Se reconoce del mismo modo la participación social en sus distintas expresiones para la consecución de dicho objetivo.

Los títulos II y III tratan de la protección de la fauna silvestre y sus hábitats, y de las estrategias para la mejor ordenación de su aprovechamiento, respectivamente.

Los últimos títulos apuestan por la creación de guarderías específicas públicas y privadas y la coordinación con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para la vigilancia y el control disciplinario en este tema. Las infracciones y sanciones tienen voluntad disuasoria y sus cuantías siguen lo dispuesto en la legislación básica del Estado. En las disposiciones económicas se obliga a la Administración competente a un esfuerzo importante que suponga, al menos, la utilización de recursos equivalentes a los que se generan por tasas y sanciones.

La disposición va acompañada de tres Anexos destinados a establecer el «Catálogo de especies amenazadas de la fauna silvestre de la Región de Murcia», las «Áreas de protección de la fauna silvestre» y «Especies de la fauna silvestre susceptibles de aprovechamiento en la Región de Murcia».

Contra determinados artículos de esta ley se interpuso por el Presidente del Gobierno recurso de inconstitucionalidad número 2989/1995, invocando el artículo 161.2 de la Constitución. Tales artículos se encuentran actualmente en suspenso en virtud de Auto de 20 de diciembre de 1995 del citado Alto Tribunal.

*Ley 8/95*, de 24 de abril, de Promoción y Participación Juvenil.

Se dicta con la finalidad de regular aquellas acciones que realizadas, promovidas o apoyadas por la Administración Regional,

así como aquellas otras que se deriven de la propia actividad juvenil permitan crear el marco jurídico apropiado para el pleno desarrollo político, social, económico, asociativo y cultural de la juventud en el ámbito territorial y competencial de la Región de Murcia.

El legislador recoge dos apartados diferenciados en la política de juventud: la promoción y la participación, creando los Consejos Territoriales de alcance local, comarcal y de ámbito superior al municipal.

Esta disposición deroga la ley 3/1984, de 26 de septiembre por la que se creó el Consejo Superior de la Juventud de la Región de Murcia, y cuantas disposiciones se opongan a la presente.

*Ley 9/95*, de 24 de abril, de Reforma de la Ley 2/1987, de 12 de febrero, Electoral de la Región de Murcia.

Sigue la pauta marcada por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo por la que se modificó el sistema de las subvenciones otorgables a las formaciones políticas que obtengan representación parlamentaria y, en consecuencia, se refuerza el sistema de anticipos y acortamiento de plazos de las subvenciones a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que obtengan representación en las elecciones autonómicas.

*Ley 10/95*, de 24 de abril, de modificación de las Atribuciones de los Organos de la Comunidad Autónoma en Materia de Urbanismo.

Establece un catálogo pormenorizado de competencias y la asignación de cada una de ellas a los distintos órganos autonómicos, incluyendo las que se atribuyen a los Ayuntamientos.

Se aprovecha la reforma para racionalizar determinados procedimientos autonómicos que permitan una actuación eficaz, así como para reforzar las garantías del ciudadano; con la posibilidad de interponer un recurso ordinario contra las decisiones administrativas en esta materia.

*Ley 11/95*, de 5 de octubre, de modificación de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre, Caza y Pesca Fluvial.

Se limita a establecer un período transitorio con el fin de poder desarrollar y aplicar los mecanismos correctores que permitan

armonizar los principios inspiradores de la ley que le da origen en cuanto a los terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético.

## Navarra

*Ley Foral 2/95*, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. En materia de Haciendas locales, Navarra ha contado siempre con un régimen propio y específico. El mantenimiento de los derechos originarios de Navarra sobre la administración local quedaron plasmados, como señala el artículo 45 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en la Ley y Decreto Ley Paccionados. No obstante el propio artículo señala que los Municipios de Navarra, gozarán, como mínimo, de la autonomía que, con carácter general, se reconozca a los demás municipios de la Nación.

La ley enumera en su articulado los recursos propios de las Entidades locales cuya gestión recaudatoria se realizará a través de la Tesorería, de tal forma que el Interventor ejerza la fiscalización de los servicios.

Se crea además, orientado en la normativa del artículo 142 de la Constitución... «participación en los Tributos del Estado y Comunidades Autónomas», un fondo para las Haciendas Locales de Navarra como forma de participación de éstas en la recaudación, de tributos en la Comunidad. Esta participación, antes porcentual, deviene ahora regulada, tanto en la participación como en la cuantía a lo que dispongan las futuras leyes de presupuestos. Con ello se pretende una distribución atendiendo a criterios de justicia y proporcionalidad, tomando por base, entre otros, los índices de población, gastos ordinarios y de inversión, situación financiera de las entidades, dotación de servicios públicos... La ley fija el último trimestre del primer año de cada período de mandato municipal para que el Gobierno envíe al Parlamento un proyecto normativo que contenga la cuantía del fondo de participación en los impuestos de Navarra para los cuatro ejercicios presupuestarios siguientes y la fórmula de reparto de dicho fondo para los cuatro años de mandato municipal.

Con la entrada con vigor de la ley comienza el fin de unas instituciones tan arraigadas en Navarra como son los Concejos. Lo

que hasta hace muy pocos años era una administración local con plenitud de competencias es hoy una caricatura de lo que fue. Su escaso peso demográfico y la inhibición en muchos casos de sus vecinos le han privado del peso político que requería para subsistir. Las Leyes Forales van mermando sus competencias, la Ley en Haciendas locales las asfixia económicamente, los impuestos de circulación, de Construcciones y obras han pasado a cobrarlos los Ayuntamientos, y salvo convenios particulares con éstos, los recursos de los pequeños pueblos han quedado limitados a sus comunales y a la providencia municipal.

*Ley Foral 8/95*, de 4 de abril, reguladora del Consejo Económico y Social de Navarra. Transferidos a la Comunidad Foral los servicios y funciones en materia de trabajo, se pretende con esta ley, reforzar la participación, asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones sociales, económicas o empresariales en elaboración por parte del Gobierno Navarro de los proyectos de planificación de la actividad económica de acuerdo a las propias previsiones y a la de Ayuntamientos navarros.

El Consejo Económico y Social es un órgano consultivo de la Administración Foral en materia socioeconómica y laboral, regulando la ley los casos en que su dictamen debe emitirse preceptivamente, procurando con ello la búsqueda del equilibrio y armonización en el desarrollo territorial y sectorial, acorde con el medio ambiente, así como estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

### *Cataluña*

El Parlamento de Cataluña ha aprobado 11 leyes.

*Ley 1/95*, de 16 de marzo, por la que se aprueba el Plan Territorial General Cataluña.

*Ley 2/95*, de 23 de marzo, de la iniciativa legislativa popular.

*Ley 3/95*, de 6 de abril, de reconocimiento de la Universidad Abierta de Cataluña.

*Ley 4/95*, de 27 de abril, sobre el Secretario del Gobierno y previsiones función pública.

*Ley 5/95*, de 21 de junio, de protección de los animales utilizados para experimentación y para otras finalidades científicas.

*Ley 6/95*, de 28 de junio, del Jurado de Expropiación de Cataluña.

*Ley 7/95*, de 28 de junio, de creación del Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Cataluña.

*Ley 8/95*, de 27 de julio, de atención y protección de los menores y los adolescentes, y de modificación de la *Ley 37/91*, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

*Ley 9/95*, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural.

*Ley 10/95*, de 27 de julio, de modificación parcial de la *Ley 1/89*, de 16 febrero, de creación del Instituto Catalán de Estudios Mediterráneos.

*Ley 11/95*, de 29 de septiembre, de modificación parcial de la *Ley 15/90*, de Julio, de ordenación sanitaria de Cataluña.

Se recogen seguidamente algunas observaciones a varias Leyes del Parlament de Cataluña.

— Observaciones sobre la reforma de la *Llei 37/91* operada por la *Llei 8/95* Parlament de Catalunya

La *Ley 8/95*, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la *Ley 37/91*, de 30 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Catalunya, tiene como finalidad 29—según su Exposición de Motivos— la de fijar un sistema general de asistencia del niño y del adolescente y de protección de sus derechos; si bien se aprovecha la ocasión para modificar determinados preceptos de la *Llei 37/91* en su disposición adicional séptima.

Así, y por lo que respecta al primero de los fines de la *Llei*, son siete los Capítulos destinados a: formular los principios básicos re-

lativos a los derechos del niño y adolescente; a su crianza y formación; a la atención sanitaria de aquéllos; a su ámbito social (educación, ocio, cultura)...; dedicando su último capítulo en el que procede a la tipificación de conductas constitutivas de infracción administrativa, clasificación de las mismas por su gravedad y fijación de las sanciones correspondientes.

Como ya se ha señalado, el legislador ha considerado oportuno introducir en Llei 8/95 modificaciones a determinados aspectos de la Llei 37/91 y, así, estima preciso matizar el acogimiento simple para evitar interpretaciones que impidan la aplicación de tal medida en los supuestos de menores que no pueden ser reintegrados en su familia de origen pero necesitan un núcleo familiar que les proporcione un trato afectivo en su entorno familiar normalizado; y, además, estima imprescindible agilizar la constitución de la adopción permitiendo su acceso a través de los dos tipos de acogimiento familiar previstos en la Llei 37/91. Finalmente, regula —*ex novo*— la adopción internacional en Cataluña.

Por tanto, respecto de lo dispuesto en la Llei 37/91, las esenciales modificaciones se refieren a:

- a) La medida de acogimiento familiar simple.
- b) Ampliación de los supuestos que permiten iniciar el expediente de adopción.

La reforma no afecta y deja, pues, intacta, la figura del *acogimiento preadoptivo* que sigue manteniendo la finalidad prevista en la Llei, si bien ya no es la vía exclusiva de acceso a la adopción.

Por lo que atañe a la medida de *acogimiento familiar simple*, la reforma ha introducido en el antiguo precepto de la Llei relativo a las medidas a adoptar (art. 5) y en el que se hacía referencia al acogimiento simple por persona o familia que puedan sustituir, *provisionalmente*, a su núcleo familiar natural, el término «definitivamente», esto es, que a través de tal medida se puede sustituir provisional o definitivamente al núcleo familiar.

De lo expuesto podría llegar a deducirse que, tras la reforma, puede constituirse su acogimiento simple con carácter definitivo; sin embargo, la redacción de los restantes preceptos relativos al acogimiento simple se mantiene íntegra, tanto respecto de los requisitos para su constitución como en lo relativo al plazo de duración de la medida y prórroga de la misma (arts. 10, 11, 16).

Así pues, de todo lo anteriormente destacado cabe concluir que no podrá —*a priori*— acordarse su acogimiento simple de carácter definitivo, sino que tal acogimiento será la respuesta para aquellos supuestos en que un menor no pueda finalmente reintegrarse a su núcleo familiar pero tampoco pueda ser adoptado, refiriéndonos así a supuestos como los de aquellos menores en que, por sus especiales circunstancias personales, edad, dificultad de integración en nueva familia, etc., resulte inviable su adopción pero tampoco sea posible su retorno a la familia de origen por haber sido esta posibilidad absolutamente descartada.

Esta medida también es aplicable a los supuestos en que, concurriendo todos los requisitos del acogimiento preadoptivo, este no se pueda constituir finalmente si, atendidas las especiales circunstancias personales del menor, no es hallada familia ajena idónea para su acogimiento y posterior adopción.

En cuanto al segundo aspecto objeto de reforma, que es el relativo a la posibilidad de iniciar un expediente de adopción respecto de un menor en régimen de acogimiento simple, supone que si adoptada la medida de acogimiento simple ante la posibilidad de retorno del menor con su familia de origen, finalmente tal posibilidad se hace inviable, pueda llegarse a la adopción por parte de la familia acogedora sin necesidad de constituir previamente su acogimiento preadoptivo, obviando así al menor la larga espera que supone el proceso judicial de acogimiento preadoptivo para posteriormente instar (concluido el anterior) el proceso judicial de adopción.

El único problema que se planteará será el de encontrar una familia dispuesta a acoger al menor pesando sobre ellos la incógnita de si algún día podrán adoptar a aquél.

Por último, señalar que el *salto* desde el acogimiento simple a la adopción, no vulnera los derechos de los padres biológicos, pues éstos serán oídos en el proceso judicial de adopción.

— Observaciones sobre la Llei 5/1995, de 21 de junio, de protección de los animales utilizados para experimentación y para otras finalidades científicas

Esta Llei del Parlament de Catalunya pretende complementar el marco jurídico existente en el ordenamiento catalán para la pro-

tección de los animales, siendo su máximo exponente la Llei 3/1988, de 4 de marzo.

Es objeto de esta nueva Llei la protección de los animales utilizados o destinados a ser empleados con finalidades experimentales, científicas o educativas, para evitar que se les pueda causar algún tipo de dolor o sufrimiento injustificados, evitar cualquier duplicidad inútil de procedimientos de experimentación y reducir al mínimo el número de animales utilizados.

Por *animal*, a efectos de esta Llei, se entiende cualquier ser vivo vertebrado no humano, incluyéndose las formas de vida propia y autónoma, con exclusión de las formas fetales y embrionarias.

Solamente podrán utilizarse animales en procedimientos de experimentación cuando se pretenda conseguir alguno de los objetivos que la norma marca y que pueden resumirse en los siguientes:

- La prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades o alteraciones de la salud en las personas, animales vertebrados e invertebrados y las plantas.

- Comprobar la calidad, eficacia y seguridad de medicamentos, alimentos y otras sustancias o productos que puedan tener incidencia en la salud.

- La protección del medio ambiente.

- La educación universitaria y la formación profesional específica para el ejercicio de actividades relacionadas con la experimentación.

Se excluye del ámbito de aplicación de esta Llei el ejercicio de la actividad ganadera y veterinaria no experimentales.

La Llei solamente permite utilizar para la experimentación las especies que incluye en su Anexo I, prohibiendo expresamente el uso de perros y gatos vagabundos, animales salvajes capturados en la naturaleza y los protegidos o en vías de extinción. Sin embargo, la norma permite el empleo de éstos en casos muy excepcionales y previa autorización del Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca de la Generalitat.

Sin perjuicio de su posterior desarrollo reglamentario, la norma establece las condiciones generales para el mantenimiento y

transporte de los animales destinados a la experimentación. Del mismo modo, dispone las normas básicas de los centros que podrán realizar esas actividades, estableciendo la necesidad de inscribirse en el registro que al efecto se crea en el Departamento referido.

Se entiende por procedimiento de experimentación la utilización de un animal con finalidades experimentales, científicas y educativas que pueda causarle dolor, sufrimiento, angustia o daños duraderos, con exclusión de los métodos menos dolorosos y aceptados en la práctica moderna para sacrificar o identificar animales.

La presente Llei establece una serie de limitaciones a estos procedimientos:

a) No podrán realizarse cuando haya otro método alternativo oficialmente validado por las instituciones u organismos comunitarios que tengan encomendada esa función.

b) Debe seleccionarse el método de experimentación que requiera la utilización de un número menor de animales o bien animales con un grado menor de sensibilidad neurovegetativa, que cause menos dolor, sufrimiento, angustia o daños duraderos y que al tiempo pueda proporcionar los resultados más satisfactorios.

c) Los animales empleados en estos procedimientos han de estar debidamente anestesiados o sometidos a otros métodos destinados a eliminar al máximo el dolor. No obstante, no se aplica lo anterior si la utilización de anestesia es más traumática para el animal que el propio procedimiento o si la misma es incompatible con los resultados perseguidos por el procedimiento. En este caso se necesitará la autorización previa del Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca.

El animal empleado en la experimentación y que pueda sufrir dolor o sufrimiento considerables deberá ser tratado a tiempo a fin de calmarle ese dolor o sufrimiento, siempre que sea compatible con la finalidad del experimento. Si no es posible tratarlo, el animal será sacrificado inmediatamente y por métodos humanitarios que no comporten dolor, ni estrés, ni sufrimiento físico o psíquico.

Finalizado el procedimiento, corresponde al personal cualificado de cada centro decidir si el animal utilizado en aquél ha de ser

mantenido en vida o si, por el contrario, ha de ser sacrificado por los métodos antes referidos. La Llei obliga a sacrificarlos cuando sea probable que el animal pueda sufrir posteriormente dolor, sufrimiento o angustia duraderas.

d) La Llei prohíbe la utilización en procedimientos de experimentación de animales que hayan sido sometidos anteriormente a otro procedimiento que les haya ocasionado dolor o sufrimiento graves y duraderos, salvo que los animales hayan recuperado totalmente su estado normal de salud y bienestar.

Cabe la excepción a la norma anterior previa autorización del Departamen d'Agricultura, Ramaderia i Pesca y siempre que en el nuevo experimento el animal esté sometido a anestesia general que se ha de mantener hasta su sacrificio o bien cuando el nuevo procedimiento exija intervenciones de poca importancia.

Las funciones de inspección, control y vigilancia del cumplimiento de esta Llei corresponden al Departamento antes mencionado de la Generalitat de Catalunya.

Por último, destacar que la norma establece todo un elenco de infracciones que clasifica en muy graves, graves y leves, así como las sanciones correspondientes que, en el supuesto de las infracciones muy graves, pueden ascender a una multa de quince millones de pesetas.

## *Andalucía*

La situación política en la región a lo largo de 1995, ha sido de cierta confusión al no alcanzar mayorías necesarias el partido en el gobierno para hacer proponer diversos proyectos de ley. Por ello, la actividad legislativa ha vuelto este año a ser escasa.

Todos los proyectos de ley han pasado al dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, con sede en Granada, que alcanza ya más de dos años de existencia y un ingente trabajo al pasar a su dictamen proyectos de ley, de reglamentos, otras disposiciones generales y actos administrativos de la más variada índole. El Fiscal Jefe del Tribunal Superior forma parte de su composición, desde los inicios del órgano consultivo, e interviene en las reuniones del pleno (proyectos de ley) y en la ponencia de organización o régimen interior.

Las leyes dictaminadas, discutidas en el Parlamento y aprobadas, han sido las siguientes:

*Ley 1/95*, de 19 de mayo, por la que se deroga el número dos de la disposición transitoria segunda de la Ley 9/1993, de 30 de diciembre, a efectos de prorroga presupuestaria.

*Ley 2/95*, de 1 de junio, sobre modificación de la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección. Afecta al medio ambiente y reservas naturales.

*Ley 3/95*, de 2 de octubre, relativa a la modificación de los artículos 9.1 y 11 de la Ley 8/1987, de 9 de diciembre, de creación de la empresa pública de la radio televisión de Andalucía y regulación de los servicios de radiodifusión y televisión gestionados por la Junta de Andalucía.

*Ley 4/95*, de 2 de octubre, relativa a la modificación del artículo 5.1 de la Ley 8/1987, de 9 de diciembre, por la que se crea la empresa pública de radio televisión de Andalucía y regulación de servicios.

*Ley 5/95*, de 6 de noviembre, sobre regulación de la administración pública en materia de contratación administrativa, elecciones y publicidad.

*Ley 6/95*, de 29 de diciembre de Consejos Andaluces de Colegios de Profesionales.

Además de estas leyes aprobadas, el Consejo Consultivo de Andalucía recibió para dictamen, que elaboró en otras materias propias de anteproyectos de ley remitidos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que no alcanzaron su finalidad en el año, en lo referente a: Presupuestos Regionales, Ley de Derechos y Atención al Menor, Comercio Interior, Atención a Drogodependencias y otras.

### *Castilla-La Mancha*

Durante el presente año han sido un total de 9 leyes y 14 Decretos, más otras tantas Ordenes, el número de disposiciones pu-

blicadas en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de las que, a continuación, vamos a hacer referencia a aquellas que desde la perspectiva jurisdiccional ofrecen mayor interés.

*Ley 1/95*, de 2 de marzo, del Deporte en Castilla-La Mancha.

La referida ley fue publicada en el «Diario Oficial» el 7 de abril de 1995, entrando en vigor a los veinte días de dicha publicación.

Se dictó en cumplimiento, tanto del artículo 43.3 de la Constitución, que recoge el fomento de la educación física y deporte, y que como es sabido fue desarrollado por la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990, como de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en su artículo 31 de enero de 1917, y de la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte de la UNESCO y la Carta Europea del Deporte aprobada por los Ministros Europeos responsables del mismo, en su séptima conferencia de 14 y 15 de mayo de 1992, en la que se proclamó el deber de los poderes públicos de proteger y fomentar el derecho de los ciudadanos a la práctica del tan repetido deporte.

Reconocido en todos los ámbitos la importancia del deporte, como actividad ciudadana voluntaria, como herramienta educativa, y como elemento importante en el desarrollo armónico de las personas, se considera, además, un fenómeno social, cultural y económico en auge, exponente y exigencia del aumento de calidad de vida y ocupación profesional específica de un creciente número de personas, en un amplio espectro de especialidades. La Ley aparece consensuada desde su origen con representantes de las distintas entidades públicas y privadas con interés deportivo.

En su Título I, se recogen los principios rectores de la política deportiva de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que serán los que guíen la actuación de los poderes públicos de la Región en el ejercicio de sus competencias en materia deportiva.

Entre dichos principios se recogen, entre otros: el promover y fomentar la práctica del deporte, especialmente durante la edad escolar, así como planificar, programar y promover una red de instalaciones adecuadas, regular un sistema de atención médica preventiva, velar firmemente por el respeto a los principios éticos y valores del deporte, velar cerca de las Corporaciones Municipales

para que se incluyan espacios suficientes en los planes de ordenación urbanística para cubrir las necesidades de esta naturaleza, etc.

En el Título II se confiere una especial importancia al asociacionismo deportivo, como elemento que posibilite la cohesión social y la participación ciudadana en la organización del deporte.

La ley otorga, en este sentido, la Administración Autonómica, determinadas facultades de tutela y control de la actividad de esas entidades.

En el Título III se regula la distribución de competencias, en materia deportiva, entre las distintas Administraciones Públicas Territoriales de Castilla-La Mancha.

En el Título IV se recogen distintas medidas relacionadas con el fomento y ordenación de la educación física y el deporte en la Comunidad, entre ellas las relativas a la titulación deportiva, competencia para su expedición, protección y asistencia sanitaria al deportista, utilización de sustancias o métodos prohibidos, deporte de alto rendimiento, etc.

En el Título V la ley regula el ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva, como instrumento necesario para garantizar un desarrollo de la actividad deportiva, ajustado, tanto a las reglas del juego o competición, como a las normas generales deportivas, señalándose los titulares de la potestad disciplinaria, las infracciones deportivas, las sanciones, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, las causas de extinción de responsabilidad y el procedimiento, estableciendo en su artículo 49 que «en los supuestos en que el organo disciplinario deportivo tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento penal sobre los mismos hechos objeto del procedimiento disciplinario deportivo, acordaran la suspensión de este, hasta que recaiga resolución judicial.

*Ley 2/95, de 2 de marzo, contra la Venta y Publicidad de Bebidas Alcohólicas a Menores.*

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dispone, según su Estatuto de Autonomía, de competencias en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud, publicidad, promoción y ayuda a los menores, espectáculos públicos y enseñanza, al igual que le viene atribuida por el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando establece que los Municipios ejercerán, en los

términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, competencias sobre protección de la salubridad pública.

La presente ley tiene como objetivo evitar el consumo del alcohol por menores de 18 años, prohibiendo su venta y limitando su promoción y publicidad, y para ello regula un régimen sancionador de las conductas contrarias a lo preceptuado en la misma, estableciendo y delimitando el marco de competencias de las distintas Administraciones intervinientes.

Y es que no hay duda que el abuso de las bebidas alcohólicas produce efectos perniciosos sobre la salud y genera dependencias que suelen derivar hacia conflictos en las relaciones personales, familiares, laborales y sociales, y que este problema se ve agravado cuando los consumidores son jóvenes, debido a su mayor vulnerabilidad psicológica y física.

En su consecuencia el Capítulo I se dedica a recoger cuatro artículos en los que se establece la prohibición, en el territorio de Castilla-La Mancha, de vender o suministrar de forma gratuita o no, por cualquier medio, bebidas alcohólicas a menores de 18 años, entendiéndose por bebida alcohólica cualquier tipo de bebida, natural o compuesta, cuyo contenido o graduación alcohólica natural o adquirida sea igual o superior al 1 por ciento de su volumen.

Se prohíbe expresamente la venta, dispensación y suministro, gratuitos o no, de bebidas alcohólicas en los centros de educación infantil, primaria y secundaria, así como, en general, en todos aquellos locales y centros destinados a menores de aquella edad.

El Capítulo II establece las limitaciones a la promoción y publicidad y en general a aquellas campañas que estuviesen dirigidas a menores de edad y que inciten al consumo de bebidas alcohólicas.

Su Capítulo III recoge el régimen sancionador, considerando sujetos responsables de la infracción a las personas físicas o jurídicas titulares de los establecimientos, centros o empresas en cuyo ámbito se produzca aquella, extendiendo dicha responsabilidad en materia de publicidad, a los sujetos responsables de las empresas creadoras o difusoras.

Las sanciones contemplan multas que van desde 10.000 pesetas hasta 10.000.000 de pesetas, contemplándose, asimismo, la posibilidad de que las infracciones muy graves y las graves se puedan

sancionar, además, con la clausura del local o prohibición de la actividad por un período máximo de dos años, y que cuando se trate de infracciones en materia de publicidad, las agencias y los medios de publicidad o difusión responsables sean excluidos de toda posible contratación con la Administración Regional durante un período máximo de dos años.

Para la graduación de las sanciones, la ley, tiene en cuenta la edad de los afectados, el número de personas afectadas, la graduación de las bebidas alcohólicas, los beneficios obtenidos, así como el grado de difusión de la publicidad.

Por su parte el Capítulo IV establece las competencias específicas, de esta materia, tanto de los Ayuntamientos, como de la Administración Regional.

La presente ley entró en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, lo que tuvo lugar el 21 de abril de 1995.

*Ley 3/95, de 9 de marzo, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.*

Nuestra Comunidad incorporó, muy recientemente, la competencia para el desarrollo legislativo sobre la «Defensa del Consumidor y Usuario», a nuestro Estatuto de Autonomía (mediante la Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo), habiéndose elaborado esa ley en cumplimiento de esa función, si bien con el propósito de no reiterar mas preceptos de los ya contenidos en la Ley 26/1984.

Sus normas tienen por denominador común el establecimiento de correspondencias entre la lista de los derechos de los consumidores considerados «básicos», en el sentido de primarios o esenciales, y el conjunto de las acciones de protección que para la efectividad de aquellos deben emprender los poderes públicos, en referencia a la generalidad de los productos y servicios o, incluso a veces, a bienes concretos.

En lo que respecta al marco jurídico-administrativo, se ha procurado un diseño en el que encajen adecuadamente las competencias técnicas que deben ejercer, dentro del mercado sin fronteras de la Unión Europea, las autoridades encargadas en nuestra Comunidad de los distintos controles, para lo cual se estima necesario intensificar la cooperación, pero sin que su ausencia o la lentitud en su materialización impidan arbitrar en última instancia los

medios que garanticen los derechos básicos protegidos por esta ley.

Dicho propósito comportaba la necesidad de sistematizar las medidas de protección que resulta posible adoptar para expulsar, en caso necesario, del mercado aquellos productos, bienes o servicios insalubres, inseguros o perjudiciales para los intereses económicos y sociales de los consumidores, para lo que se han empleado, en algún caso, formulaciones muy recientes, como fue la prevista en la Directora 92/59/CEE relativa a la seguridad general de los productos.

Dentro también del ámbito del control, resulta novedosa la apertura del campo de la acción inspectora hacia modalidades de actuación de carácter preventivo: la investigación y el asesoramiento, distintas de la única, hasta ahora regulada, de policía del mercado.

En general, la ley pone de manifiesto el sentido prioritario otorgado a la defensa de los consumidores y usuarios por la Junta de Comunidades desde sus inicios. Así debe advertirse que con la expresión «consumidor» o «consumidores» se hace referencia en todo el texto tanto a quienes consumen o usan productos como a quienes utilizan bienes y servicios, resultando equivalente a la de «consumidores y usuarios».

En su Título I la ley considera como derechos básicos de los consumidores tanto la protección de estos frente a los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad, incluyendo los que amenacen el medio ambiente y la calidad de vida, como la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, la reparación o indemnización de daños y perjuicios, la información y educación en materia de consumo, y en fin, el poder organizarse para la representación y defensa de sus intereses y el, participar y ser consultados en las materias que les afecten.

La ley regula, de manera minuciosa, la inspección y el control de calidad de los productos, bienes y servicios, al tiempo que contempla como medidas cautelares, y para cuando existan claros indicios de riesgo para la salud y seguridad o de perjuicio para los intereses económicos y sociales de los consumidores, que la autoridad competente ordenará la paralización preventiva de los servicios o la intervención cautelar de los productos afectados, quedando prohibida su comercialización, cualquiera que sea la fase de la cadena comercial en la que se hallen.

Contempla, asimismo, la Ley que las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha cooperarán para poner a disposición de los consumidores y de los profesionales y empresarios mecanismos de composición amistosa para resolver las reclamaciones en materia de consumo, promoviendo, en colaboración con la Administración del Estado, el desarrollo del Sistema Arbitral de Consumo y la adhesión al mismo de las empresas y los profesionales de toda la Comunidad Autónoma.

El Título III recoge las normas relativas a la información y educación del consumidor, mientras que el Título V alude a la potestad sancionadora contemplando la posibilidad de que, por razones de ejemplaridad y siempre que concurren algunas de las circunstancias de riesgo para la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y haya reincidencia en infracciones análogas o de acreditada intencionalidad, que se pueda acordar que se de publicidad a las sanciones impuestas, mediante la publicación del nombre de la empresa o personas naturales o jurídicas responsables, así como a la clase o naturaleza de la infracción, tanto en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha o Boletines Oficiales de la Provincia o Municipio, como en los medios de comunicación social que se consideren adecuados para la prevención de futuras conductas infractoras. También, que la autoridad, a la que corresponda conocer del expediente, pueda acordar, como sanción accesoria, el decomiso de la mercancía adulterada, falsificada, fraudulenta o no identificada, o que pueda suponer riesgo para el consumidor, siendo de cuenta del infractor los gastos que originen las operaciones de intervención, depósito, comiso y destrucción de la mercancía.

*Ley 4/95, de 16 de marzo, de Voluntariado de Castilla-La Mancha.*

Dictada dicha ley en ejecución de lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución y artículo 4.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, así como de las recomendaciones del Consejo de Europa y Resoluciones del Parlamento Europeo, que perfilan las medidas de carácter general destinadas a sensibilizar a todos los ciudadanos sobre los problemas sociales y la contribución que el trabajo voluntario puede aportar para su solución, establece en su artículo 1.º que «la presente ley tiene por objeto reconocer el valor social de la acción voluntaria como expresión de par-

participación, solidaridad y pluralismo, promover su desarrollo, salvaguardando su autonomía, así como regular en los distintos campos de la acción social o cívica la relación entre las Administraciones Públicas y las entidades de voluntariado.

La ley alude, en su Exposición de Motivos, a que el desprendimiento y la entrega de los voluntarios deben tener una regulación jurídica, que sin coartar ni restringir dicha actividad, establezca un orden en las prestaciones de servicio a la Comunidad por parte de los voluntarios, a la vez que se fomente su actividad.

En el artículo 3.º se establece que a los efectos de esta ley, se entiende como voluntario a toda persona física que libre, gratuita y responsablemente, dedica parte de su tiempo a actividades en favor de la comunidad, desde un proyecto desarrollado por una entidad de voluntariado, siempre que acepte y cumpla las condiciones siguientes:

a) El voluntario no puede ser retribuido de modo alguno ni siquiera por el beneficiario. Al voluntario sólo se le puede reembolsar, por la entidad a la que pertenece, los gastos efectivamente contraídos por la actividad prestada, dentro de los límites previamente establecidos por las propias entidades.

b) No podrán tener la condición de voluntario las personas físicas que mantengan relación laboral o mercantil con la entidad a la que pertenecen, ni los objetores de conciencia en el cumplimiento de la Prestación Social Sustitutiva.

Igualmente se consideran como principios básicos la actuación del voluntariado, en su artículo 4.º, los siguientes:

— La libertad como opción personal de compromiso social, respetando, en todo caso, las convicciones y creencias tanto del voluntario como de los beneficiarios de la acción.

— La solidaridad con otras personas o grupos, que se traduzcan en acciones en favor de los demás o de intereses sociales colectivos.

— La participación como principio democrático de intervención directa y activa en las responsabilidades de la comunidad, promoviendo la implicación de esta en la articulación del tejido asociativo, a través de las entidades de voluntariado.

— La gratuidad en el servicio que se presta, no buscando beneficio alguno.

— La autonomía respecto a los poderes públicos.

— La responsabilidad para que la ayuda sea mantenida en el tiempo, con un horizonte estable y riguroso y bajo la permanente evaluación de los resultados.

Las áreas de intervención del voluntariado son: Servicios Sociales, Protección Civil, Cultura, Educación y Deportes, Ocio y Tiempo Libre, Cooperación Internacional, Salud, Medio Ambiente, Inserción Socio-Laboral y Derechos Humanos, básicamente.

El Título II de la ley recoge el Estatuto del Voluntariado, con sus derechos y deberes, así como los requisitos que habrán de reunir las entidades de voluntariado, y su coordinación, promoción y participación.

En la Disposición Adicional Cuarta se prevé que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha propondrá ante la Administración del Estado y de acuerdo con lo establecido en la Ley 48/1984, de 26 diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutoria, la participación de objetores de conciencia en Programas de Voluntariado.

La ley fue publicada el 21 de abril de 1995 y entró en vigor al día siguiente.

*Ley 5/95, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha.*

La Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, organizó el Sistema Público de Servicios Sociales, y propugno una línea de máxima descentralización, considerando al Municipio como la unidad básica de servicios sociales, en beneficio de la eficacia en las actuaciones y de la mayor participación de los ciudadanos.

En desarrollo de esa Ley el Plan Cuatrienal de Servicios Sociales, hizo posible la creación de recursos sociales generales y especializados con capacidad para dar respuestas cada vez más completas a las diferentes necesidades detectadas, y posteriormente el Plan Regional de Solidaridad articuló el conjunto coordinado de ayudas públicas para atender las necesidades básicas de los ciudadanos de nuestra Región.

La Exposición de Motivos de la ley reconoce que el fortalecimiento de la cohesión social en Castilla-La Mancha pasa por el fomento de la solidaridad a las personas más necesitadas y el respeto a la dignidad humana, que forma parte de los derechos funda-

mentales, constituyendo la base de nuestro Ordenamiento Jurídico y del Derecho Comunitario.

Que el principio de solidaridad precisa de la promoción de medidas de acción positiva, dirigidas a aquellos ciudadanos en situación de desventaja social que faciliten su libre desarrollo y plena participación en la sociedad en condiciones de igualdad. Que para la promoción de la igualdad de oportunidades entre colectivos como mujeres, menores, personas discapacitadas y personas mayores, debe propiciarse el acceso a los recursos sociales y promover su desarrollo integral, garantizando el respeto a su identidad diferencial mediante planes integrales de acción positiva.

Se reconoce en la ley que la mujer ha experimentado un cambio sustancial en el papel tradicional, en la sociedad de Castilla-La Mancha, lo que conlleva la necesidad de seguir trabajando en medidas que permitan cambios culturales en el reparto de papeles en la familia, desde la corresponsabilidad y la colaboración entre hombres y mujeres.

Que la atención a la infancia debe apoyarse en aquellas medidas de acción positiva que tiendan a mantener a los niños y niñas en su propia familia, así como a la recuperación de la convivencia familiar, a facilitarles el acceso a recursos sociales alternativos que hagan posible su desarrollo integral.

Que, asimismo, la rehabilitación de personas discapacitadas debe llevarse a cabo a través de actuaciones que permitan su integración económica y social, tal y como se recoge en la Carta Social Europea sobre el derecho de las personas con discapacidad a la formación profesional y a la rehabilitación profesional social.

Finalmente, que la atención a las personas mayores debe afrontarse de una forma integral que nos permita garantizar el derecho a una calidad de vida digna durante la vejez, constituyéndose, para ello, el lema «envejecer en casa» en el objetivo fundamental en la política de alojamiento y convivencia de las personas mayores, a través del fomento de la permanencia en su entorno familiar y social y de la promoción de la participación activa en la comunidad, en especial en defensa de sus intereses.

Como se podrá observar, la Ley de Solidaridad, pretende configurar un sistema de atención integral a los vecinos más desfavorecidos, desde la estructura creada por la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, e intenta

completar el marco de Protección Social en nuestra Región, abordando la política de acción positiva que a través de Planes Integrales den respuestas globales a las necesidades de los colectivos en desventaja social, desde una perspectiva personal, respetando la realidad diferencial de cada individuo o grupo, pero atendiendo la problemática social desde la integración de las políticas que inciden en la vida, para alcanzar los máximos niveles de igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos de nuestra Región.

La Ley aborda el problema de la exclusión social desde un punto de vista cualitativo más que cuantitativo, pues la exclusión no se define por la suma de sus contenidos, sino por la ausencia de elementos que se estiman básicos y esenciales para considerar humana y socialmente aceptable una determinada situación. La exclusión social se estima tiene un componente objetivable, visible a través de los niveles de renta, de la calidad del habitat, de la posesión de bienes determinados... pero que también y sobre todo viene determinada por una actitud subjetiva caracterizada por la pasividad, la ausencia de autoestima, la falta de formación, información y la dificultad para salir de esa situación.

Como quiera que el común denominador social de la exclusión suele ser el paro, ya que si bien no todos los parados son excluidos, sí todos los excluidos son parados, de aquí que la ley entienda que el acceso al trabajo, a la actividad laboral, a la formación ocupacional, sea un paso imprescindible para que las personas confíen en sí mismas, obtengan el aprecio social y tengan conciencia de ser útiles a la comunidad en la que viven.

La ley trata de conseguir y alcanzar los máximos niveles de igualdad de oportunidades para las personas, familias y colectivos en situación de desventaja social, a la vez que regula instrumentos puntuales dirigidos a las personas y familias en estado de necesidad que no pueden oponer bienes semejantes por sí mismos, ni conseguirlos del sistema público de la Seguridad Social.

En su Capítulo II, establece tanto los principios rectores que orientarán la política de atención a los menores, como los programas específicos dirigidos a su desarrollo integral y autonomía personal, así como, las medidas a adoptar para prevenir situaciones de negligencia, abandono o violencia física o psíquica contra los menores y para la atención de dichos menores, cuando no puedan

permanecer en su propia familia y sea conveniente su incorporación en familias alternativas, con medidas encaminadas en todo caso a favorecer su educación, formación ocupacional y atención socio-sanitaria, así como el acceso a los recursos de ocio y tiempo libre.

Entre los principios rectores que inspiraran la política en favor de las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, se encuentra el garantizarles una calidad de vida digna, basada en el respeto y afirmación de los derechos y libertades personales, la promoción de su inserción social a través del acceso al trabajo, su accesibilidad al entorno físico y social, así como compensar sus desventajas a través de la promoción de las medidas específicas de rehabilitación, apoyo y tratamiento.

La solidaridad con las personas mayores se contempla proclamando el derecho a una calidad de vida digna durante la vejez, así como mediante una política de atención basada en los principios de normalización e integración, constituyendo el envejecer en casa un objetivo prioritario de dicha política, y todo ello mediante programas específicos de protección social de dichas personas mayores, de alojamiento y convivencia de los mismos, así como de integración social y participación.

Como novedad interesante de la ley podríamos destacar la creación de una Comisión de Tutela, como órgano de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para el ejercicio de las competencias que a la misma pudiera corresponder, cuando por Sentencia se le asigne la tutela de adultos incapacitados.

Igualmente contempla la ley que el cumplimiento de los deberes tutelares de adultos lo ejercera conforme a lo dispuesto en el Título X del Código Civil y que todas las medidas que se adopten estarán dirigidas, tanto a la guarda y protección de la persona y bienes del adulto representado, como a propiciarle la integración y normalización en su propio medio social, o alternatively, facilitarle los recursos legales idóneos para su desarrollo personal.

Se prevé asimismo que la Comisión Europea ejercerá las funciones de administrador legal del patrimonio de los menores tutelados por situación de desamparo, con independencia de las competencias que para dichos menores tengan los órganos encargados de su tutela.

Ley 6/95, de 14 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Los presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 1996 contienen una asignación de los recursos financieros disponibles dirigidos a la consolidación de los dos objetivos básicos que vienen presidiendo la política económica y presupuestaria en esta Comunidad Autónoma: sentar las bases del desarrollo económico regional, y por tanto, de creación de empleo mediante una adecuada política de infraestructura de carácter económico; y hacer de la solidaridad fuente inspiradora de la política social.

Dentro de los programas de solidaridad cabe destacar las actuaciones destinadas a promover el acceso a una vivienda digna, cuya política de gasto se incrementa en un 17,5 por ciento, y que sirve para ofrecer mayores niveles de bienestar a aquellas capas sociales más desfavorecidas en Castilla-La Mancha.

Como consecuencia de la escasez de recursos hídricos que padece nuestra Región debido a la climatología adversa, se considera, también, objetivo prioritario del presupuesto para 1996 la lucha contra la sequía; para ello, por una parte, se pretende, mediante políticas compensatorias, paliar los efectos que aquella produce y, por otra parte, se fomentan y desarrollan políticas en materia de infraestructura hidráulica que contribuyan, además, a preservar el medio ambiente.

Se contemplan créditos para la protección del medio ambiente y se dota, con un mínimo del 30 por ciento de los fondos destinados a Inversiones Reales, las partidas presupuestarias de los Capítulos IV, VI y VII destinadas a la protección del medio natural, ordenación, mejora y protección de la producción forestal, desarrollo y ordenado aprovechamiento de los recursos naturales, gestión de residuos y saneamiento de aguas.

Igualmente se dotan con un mínimo del 5 por ciento de los fondos destinados a inversiones reales las partidas presupuestadas destinadas a financiar la lucha contra incendios forestales.

Desde la perspectiva del Fiscal es interesante la previsión que contiene el artículo 30 de la Ley, relativo a la formación de menores confiados a la Junta de Comunidades en guarda, tutela o protección, ya que se dota, con un mínimo del 1,5 por ciento de los ingresos que se preven recaudar por las figuras tributarias que se regulan en la Ley 4/1989, de 14 de diciembre, de Tributación sobre Juegos de Suerte, Envite o Azar, la partida presupuestaria desti-

nada a garantizar la continuidad en su proceso formativo de los menores confiados a la Junta de Comunidades en guarda, tutela o protección, cuando a través del sistema general de becas u otras fórmulas no obtuvieran los recursos necesarios para obtener el título académico a que sus capacidades y voluntad les permitan acceder.

*Ley 7/95*, de 21 de diciembre, de Modificación del Título VII de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.

Transcurridos cuatro años de la creación del Fondo Regional de Ayuda a Municipios, y habiendo observado la eficacia del mismo, se ha creído conveniente avanzar en el proceso de una nueva distribución del citado Fondo, de acuerdo con la voluntad política expresada por los Grupos Parlamentarios firmantes y las necesidades económicas de los Ayuntamientos, y en su consecuencia se ha modificado el referido Título VII modificando el destino de dichos fondos.

*Ley 8/95*, de 21 de diciembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, establece en su artículo 13, que las Cortes de Castilla-La Mancha regularán el régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno.

Tal mandato fue primeramente cumplido mediante la promulgación de la Ley 3/1984, de 25 de abril, Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que siguiendo el modelo de la regulación estatal, ha cumplido su finalidad de asegurar el sometimiento de la actuación de los órganos ejecutivos regionales al derecho y sentar las bases normativas del cumplimiento, por la Administración Regional, de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución.

El desarrollo de la Administración Regional en los 11 años transcurridos desde la promulgación de la Ley 3/1984, por la progresiva asunción de nuevas competencias y la correlativa dotación de medios materiales y humanos, las modificaciones sufridas por la legislación estatal básica y, en definitiva, la necesidad de perfilar de modo más claro la relación entre los órganos ejecutivos de la

Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Administración Regional, hacían necesario nuevos instrumentos normativos.

La presente ley pretende, en consecuencia, regular los órganos de autogobierno regional sin incidir en la regulación del ejercicio de funciones administrativas, que también competen a los mismos órganos pero que deberían ser objeto de una norma distinta.

Del texto del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha destaca la especial configuración de la figura del Presidente de la Junta de Comunidades, superior representante de la región y presidente de su Consejo de Gobierno.

Esta especial configuración ha exigido un tratamiento diferenciado en la Ley, cuyo Título I se dedica a establecer las normas básicas de su régimen jurídico.

La regulación del Consejo de Gobierno se centra en su consideración como órgano que dirige la acción política, estableciendo las escuetas reglas que aseguren la regularidad en su funcionamiento y fijando el estatuto de sus miembros, a los que se somete a un estricto régimen de incompatibilidades que garantice la absoluta dedicación a su importante función y que intereses particulares no interfieran en la toma de sus decisiones. En esta línea se ha estimado correcto, en técnica jurídica y en oportunidad política, traer a esta ley la vigente regulación del régimen de incompatibilidades y las obligaciones de transparencia impuestas a los miembros del gobierno y a los titulares de los Organos de apoyo, asistencia y directivos de la Administración Regional. Se hace con los ajustes requeridos por la estructura de la ley y se añade, lo que constituye novedad, la sanción de inhabilitación para ocupar cargos públicos a aquellos que hayan cometido la infracción tipificada como muy grave de incumplimiento, ya advertido, de la obligación de declarar los bienes, rentas y actividades.

La ley regula de forma restrictiva los órganos de asistencia política de los miembros del Consejo, imponiendo reglas que eviten su interferencia en la actuación administrativa y establece el mínimo de regulación de los órganos directivos de la administración que, por su posición, participan al tiempo de la acción política y de la actuación administrativa. A este respecto son reseñables los preceptos en virtud de los cuales el personal de confianza que integre los gabinetes no superarán en número al personal directivo,

ni podrán adoptar actos o resoluciones que correspondan a órganos de la Administración.

En su último Título la ley crea y regula el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Responde así a la necesidad de creación de un alto órgano consultivo regional que cumpla, en la Comunidad Autónoma, la importante función que el Consejo de Estado cumple a nivel nacional. En este campo no ha sido pionera la Comunidad de Castilla-La Mancha, por cuanto órganos de similar naturaleza y función ya han sido creados por otras Comunidades Autónomas como Canarias, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares o la Comunidad Valenciana.

El modelo elegido es el de un órgano fundamentalmente técnico-jurídico, en cuya elección participan las Cortes y al que se pueda incorporar la experiencia de quienes han asumido las más altas responsabilidades de la Región. De este modo se piensa que la composición del Consejo Consultivo no sólo contribuirá al más exacto pronunciamiento en derecho sobre la materia a dictaminar, sino también a hacer más fructífera la posibilidad, que la ley abre para que el dictamen incluya consideraciones de oportunidad y conveniencia en el supuesto de que la autoridad consultante se lo requiera expresamente.

Se ha optado, en definitiva, por un modelo que permita reforzar las garantías de sometimiento de los poderes públicos regionales al Ordenamiento Jurídico.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es el superior órgano consultivo de la Junta de Comunidades y, en su caso, de las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma.

El Consejo Consultivo ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, para garantizar su objetividad e independencia.

El artículo 41 establece que:

1. El Consejo Consultivo estará compuesto por Consejeros electivos y natos.
2. Los Consejeros electivos serán designados:
  - a) Dos, por las Cortes de Castilla-La Mancha por mayoría de tres quintos de los diputados que las integran.
  - b) Uno, por el Consejo de Gobierno.
3. Son miembros natos del Consejo Consultivo los ex-Presidentes de la Junta de Comunidades, de las Cortes y del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que, habiendo ejercido el cargo durante, al menos, seis años, gocen de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha.

4. Los miembros electivos del Consejo Consultivo deberán ser Licenciados en Derecho, con más de diez años de ejercicio profesional y gozar de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha.

5. Los miembros electivos serán nombrados por un período de cinco años. Los miembros natos tendrán un mandato efectivo de duración igual a la mitad del tiempo en el que desempeñaron el cargo por el que acceden al Consejo Consultivo.

El Consejo Consultivo elegirá a su Presidente de entre sus miembros. En caso de vacante o ausencia del Presidente ejercerá sus funciones el Consejero más antiguo, y si concurriesen varios con la misma condición, el de mayor edad.

El Consejo Consultivo deberá ser consultado en los siguientes asuntos:

1. Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía.
2. Proyectos de legislación delegada.
3. Anteproyectos de Ley.
4. Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dictan en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones.
5. Recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional.
6. Convenios o acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas.
7. Conflictos de atribuciones que se susciten entre Consejeros.
8. Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto de las mismas.
9. Expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre las siguientes materias:
  - a) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial.
  - b) Revisión de oficio de los actos administrativos.
  - c) Aprobación de Pliegos de Clausulas Administrativas Generalec, interpretación, nulidad y resolución de los contratos ad-

ministrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, y las modificaciones de los mismos, cuando su cuantía aislada o conjuntamente sea superior a un 20 por ciento del precio original y este sea igual o superior a 500.000.000 de pesetas.

d) Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición, por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.

e) Modificación de los planes urbanísticos, cuando tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o de los espacios libres previstos.

f) Creación o supresión de Municipios, así como la alternación de los términos municipales y en los demás supuestos previstos en la legislación sobre régimen social.

10. Aquellos otros en los que, por precepto expreso de una ley, se establezca la obligación de consulta.

*Ley 9/95, de 26 de diciembre, de Reforma de la Ley 4/1985, de 26 de junio, de designación de Senadores Representantes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.*

La Ley 4/1985, de 26 de junio, de Designación de Senadores, en desarrollo del artículo 9.2 e) del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, vino a cumplir la finalidad de regular el procedimiento de designación de los Senadores representantes de la Comunidad Autónoma, introduciendo además condiciones de elegibilidad y de duración del mandato, no recogidas en el Estatuto, que en el momento de su promulgación se estimaron necesarias.

El acuerdo adoptado entre los Grupos Políticos con representación en las Cortes Regionales, en el sentido de no establecer otras condiciones de elección y mandato que las recogidas en el Estatuto de Autonomía, eliminando las limitaciones vigentes, aconseja modificar dicha ley de forma que ésta sea plasmación de la regulación estatutaria, además de concretar el mecanismo de designación de los Senadores.

El mandato de los Senadores elegidos por las Cortes de Castilla-La Mancha tendrá la duración prevista en el Estatuto de Autonomía.

*Decreto 73/95, de 29 de agosto, por el que se establece la Estructura Orgánica y se fijan las competencias de los Organos*

dependientes de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Por este Decreto se reorganizan los órganos dependientes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, integrados por:

- El Consejero Portavoz del Gobierno.
- La Secretaría General de la Presidencia.
- El Gabinete de la Presidencia.

*Decreto 74/95*, de 29 de agosto, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica de los Servicios Centrales de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente.

Este Decreto se dictó en desarrollo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/82, de 10 de agosto, en el que la comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha adquirió la plenitud de su existencia y funcionamiento, habiendo contado siempre, entre sus órganos administrativos, con una Consejería de Agricultura, cuya estructura orgánica ha ido evolucionando para adaptarse, tanto a las transferencias recibidas, como a las necesidades derivadas de la política que para este sector adoptaban los sucesivos Gobiernos Regionales, y sobre todo tras la publicación del Decreto 55/1995, de 6 de julio, que mantiene entre las Consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la de Agricultura y Medio Ambiente, por lo que era necesario una nueva adecuación organizativa que respondiera a las necesidades del presente.

Se parte de la idea de que las políticas de conservación de la naturaleza se perfilan cada día con mayor nitidez, como un cometido público fundamental, al cual deben dedicar, necesariamente, los gobiernos sus mejores esfuerzos, y sobre todo teniendo en cuenta las dos cuestiones primordiales a las que tiene que atenderse: el agua, que es absolutamente prioritaria para Castilla-La Mancha, y el medio natural como recurso de importancia vital para la Región.

Es por ello, por lo que se reestructuran los servicios de esta Consejería y se fijan las misiones de cada uno de ellos, al tiempo que se acuerda la realización de las transferencias de créditos necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto en este Decreto, que entró en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial, es decir el día 1 de septiembre de 1995.

Similar cometido que el anterior tuvieron los *Decretos 75 y 76 de 1995*, de 29 de agosto, por los que se estableció la nueva estructura orgánica de la Consejería de Educación y Cultura, y se creó la Dirección General de Turismo, Comercio y Artesanía.

Mayor interés ofrece el *Decreto 77/1995*, de 29 de agosto, por el que se regulan las Delegaciones Provinciales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Este Decreto tiene su origen en el también Decreto 107/1983, de 21 de junio, que creó las Delegaciones Provinciales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al amparo de la organización territorial en la que se inspira el Estatuto de Autonomía y con el fin de conferir, no sólo una representación única, sino la dirección, coordinación y control de los correspondientes servicios dependientes de la Junta.

Se entiende que las nuevas competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en virtud de la Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, hacen que la Administración Regional haya experimentado un fuerte crecimiento, especialmente en su ámbito periférico, ya que un importante número de los servicios que se venían prestando al ciudadano desde la Administración Central del Estado, lo será, a partir de ahora, por la Administración de la Junta.

Este Decreto viene a regular, de acuerdo con aquella necesidad, una figura de coordinación e integración de la Administración Regional en las provincias, y ello con el propósito de mejorar la calidad de los crecientes servicios que se prestan a los ciudadanos, racionalizando y utilizando los recursos que se emplean en su gestión.

Este Delegado Provincial de la Junta tiene a todos los efectos rango de Director General y es nombrado y cesado por Decreto, a propuesta del Consejero de Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Gobierno y asumirá la representación permanente de la Administración de la Junta de Comunidades en la Provincia, que será su ámbito territorial.

En el ejercicio de sus funciones representativas y de coordinación general, el nuevo Delegado Provincial dependerá directamente del Presidente, que ejercerá su dirección a través del Consejero de Administraciones Públicas del que dependiera orgánicamente.

El nuevo Delegado asume las siguientes funciones:

- a) Representar a la Administración de la Junta de Comunidades de la Provincia.
- b) Dirigir y supervisar directamente los servicios y unidades periféricas que dependan de la Consejería de Administraciones Públicas, de acuerdo con sus directrices, instrucciones y programas.
- c) Bajo la dependencia funcional de la Consejería de Economía y Hacienda, dirigir los servicios provinciales dependientes orgánicamente de esta última.
- d) Difundir y transmitir los mandatos e instrucciones que reciba del Consejo de gobierno o de su Presidente.
- e) Dirigir las relaciones informativas de la Administración de la Junta de Comunidades en la Provincia.
- f) Coordinar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas las Delegaciones Provinciales de las Consejerías, en especial cuando sean concurrentes o compartidas entre ellas, o entre ellas y otras Administraciones Públicas.
- g) Promover la colaboración y la cooperación entre las distintas Delegaciones Provinciales y entre ellas y otras Administraciones Públicas para la consecución de objetivos comunes y la optimización de sus recursos respectivos.
- h) Impulsar las políticas y los planes generales de la Junta de Comunidades respecto de la modernización de la Administración Regional, así como de la información, atención y servicio al ciudadano.
- i) Supervisar la correcta implantación de las políticas generales del Gobierno de la Junta de Comunidades, el adecuado funcionamiento de todos sus servicios en la Provincia y su articulación armónica con el resto de las Administraciones Públicas.
- j) Prestar a las Delegaciones de las Consejerías aquellos servicios instrumentales u operativos que por razones de especialización y economía de escala sea conveniente concentrar a nivel provincial.

Este Decreto entró en vigor el mismo día de su publicación el de septiembre de 1995.

*Decreto 79/95, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y Decreto 117/1995, de 12 de septiembre, sobre asignación de competencias en materia de casinos, juegos y apuestas, espectáculos públicos y asociaciones.*

Por ser de interés el segundo de los indicados Decretos, nos limitaremos a él, recogiendo, cómo se asignan a las Delegaciones Provinciales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en sus respectivos ámbitos territoriales, competencia en materia de casinos, juegos y apuestas, de espectáculos públicos, de asociaciones, y que se distribuyen, a su vez, entre la Dirección General de Administración Local, Consejero de Administraciones Públicas y Consejo de Gobierno.

*Decreto 156/95*, de 10 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Empresas de Máquinas Recreativas y de Azar, y Decreto 161/1995, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona Oriental de la Manchuela Conquense y se declara la Reserva Natural de las Hoces del Cabriel en Cuenca.

El segundo de los referidos Decretos regula la zona que se extiende al sur de la Presa de Contreras y a lo largo de la cuenca del río Cabriel por su margen derecho, que constituye, junto a las denominadas «Hoces del Júcar», los únicos cañones fluviales existentes en la comarca natural de la Manchuela.

Esta comarca se caracteriza por poseer un relieve llano, suavemente angulado, y la existencia de cañones fluviales supone la introducción de unos componentes de dinamismo paisajístico y diversidad biológica de carácter único e insustituible. El río Cabriel ha ido labrando su cauce a lo largo de milenios sobre materiales rocosos, dando lugar a una sucesión de formas geológicas (los Cuchillos de Contreras, Carcavas de Fonseca y Hoces del Cabriel) espectacular y única. La presencia en este paraje de laderas rocosas de fuertes pendientes y escarpes verticales, casi inaccesibles, ha permitido la conservación, hasta el presente, de un mosaico de comunidades vegetales que no encuentran parangón en la Región.

La zona posee un elevado valor paisajístico y geomorfológico y alberga una población de rapaces nidificantes de gran relieve, por lo que en dicho Decreto se declara Reserva Natural un territorio de 1.662 hectáreas, pertenecientes a los términos municipales de Iniesta y Minglanilla.

*Decreto 162/95*, de 24 de octubre, sobre la Libre Utilización de los Caminos y Vías de Uso Público en Terrenos Sometidos a Régimen Cinegético Especial.

El deporte de la caza goza en Castilla-La Mancha de la máxima protección legal, estando su actividad regulada por la Ley 2/1993, de 15 de julio. El Gobierno, al presentar en su día el Proyecto de ley, y las Cortes al aprobarlo, han reconocido el gran arraigo de ese deporte entre las gentes de nuestra Región y han expresado su respeto por el mismo; además, la práctica de la caza es, hoy en día, una actividad económica importante que, no solamente produce una renta legítima para los titulares de los cotos, sino que es a su vez generadora de empleo y factor de impulso del desarrollo turístico en muchas zonas de Castilla-La Mancha. Desde esta perspectiva, el titular de un coto de caza merece el reconocimiento que se debe a todo empresario que emprende y mantiene actividades económicas generadoras de riqueza.

El Gobierno no puede, ni quiere olvidar que, junto a muchos castellano manchegos aficionados a la caza, otras mujeres y hombres de nuestra tierra expresan su amor a la naturaleza con la práctica de diversas actividades deportivas o de ocio que tienen como marco los campos y montes de Castilla-La Mancha. Estos ciudadanos exigen y merecen la tutela de sus derechos, sobre todo cuando su ejercicio supone «la utilización de bienes públicos» como los caminos, veredas y cañadas.

En nuestra tierra pueden y deben convivir sin conflicto la práctica del senderismo, de la acampada, del simple paseo por el campo con la afición a la caza y la explotación de los recursos cinegéticos.

En virtud de lo anterior dicho el Decreto establece que las actividades de protección de la caza, la instalación de cercas perimetrales y cercados interiores, deberá llevarse a cabo respetando, en todo caso, el libre tránsito por los caminos y vías de uso público, por lo que no se podrá causar, en ningún caso, limitaciones directas o indirectas al libre tránsito por dichos caminos y vías de uso público, cuando discurran por terrenos acotados.

En dicho Decreto se considera como infracción grave el cerramiento o cercado de terrenos sin autorización, o con incumplimiento de los requisitos establecidos en la misma que impida o dificulte dicho libre tránsito.

*Decreto 182/95*, de 28 de noviembre, de Estructura Orgánica y Competencias de la Consejería de Economía y Hacienda y Decreto 188/95, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento-Marco de las Policías Locales de Castilla-La Mancha.

La Ley 2/1987, de 7 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha, atribuye a la Junta de Comunidades la coordinación de la actuación de las Policías Locales de Castilla-La Mancha, comprendiendo esta función entre otros aspectos, el establecimiento de un Reglamento Marco, al que habrán de ajustarse los Reglamentos de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de los Cuerpos de Policía Local de la Región.

El Reglamento Marco de Policías Locales pretende hacer posible la mejora de la organización de ese importante servicio de competencia municipal y extender a todos los Municipios Castellano-Manchegos determinadas normas mínimas que se estiman necesarias para su adecuada prestación a los ciudadanos en nuestra sociedad y para avanzar hacia la homologación de los Policías Locales en sus funciones, selección y formación, organización y estructura y deberes y derechos.

El presente Reglamento Marco tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y régimen jurídico al que habrán de ajustar su actuación los distintos Cuerpos de Policía Local de Castilla-La Mancha, y en cuanto desarrollo de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, será de aplicación directa a todos los Cuerpos de Policía Local de la Región hasta que sus respectivos Ayuntamientos aprueben el correspondiente Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico, contemplándose que, cuando entre en vigor éste, la Norma-Marco tendrá carácter supletorio para lo no contemplado expresamente en el mismo.

El Decreto establece que el ámbito de actuación de los Cuerpos de Policía Local será el señalado en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en él se establecen su estructura orgánica, normas sobre criterios, ingreso y promoción interna, uniformidad, acreditación, equipo y armamento, derechos y deberes, actividad sindical, recompensas y sanciones, etc.

## II. REFORMAS LEGISLATIVAS SUGERIDAS

### GENERALIDADES

En unos momentos de especial transitoriedad como los que estamos viviendo resulta no sólo ya aventurado sino incluso arries-

gado plantear determinadas Reformas Legislativas de las que pudieran hacerse eco quiénes tienen competencia para ello.

Sin embargo, en este especial empeño por tratar de sugerir una reflexión lo más serena posible sobre cuáles habrían de ser las herramientas jurídicas más necesitadas para configurar propiamente un sistema legislativo que permitiera conseguir, de una parte, la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y de otra la articulación de los medios necesarios para su válido ejercicio, pasaría por la necesidad de abordar una serie de tareas que aún están pendientes en nuestro Ordenamiento Jurídico y, en especial, en materias tan sensibles para los ciudadanos como son aquéllas que afectan a esa protección de sus derechos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como es el que nos hemos procurado después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

En este sentido, después de la aprobación del nuevo Código Penal, se impone la necesidad de aprobar una serie de normas jurídicas complementarias de la anterior y afectantes a este ámbito, como son, entre otras, las de la Ley Penal de menores infractores que regule las conductas delictivas cometidas por menores de dieciocho años, teniendo en cuenta que la mayoría de edad penal fijada por el nuevo Texto Punitivo en los dieciocho años se encuentra, como es sabido, provisionalmente suspendida en su aplicación, tratando de responder eficazmente a la problemática suscitada por la delincuencia juvenil, no sólo desde el punto de vista represivo sino, sobre todo, permitiendo a esta Justicia especializada la posibilidad de utilizar nuevas fórmulas de ejecución de los acuerdos y la aplicación de medidas que ya están implantadas en el Derecho Comparado y en algunas Comunidades Autónomas de nuestro País (ej. los trabajos para la comunidad etc.).

Igualmente, es necesaria una reforma en profundidad de nuestras Leyes procesales penales, esencialmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratándola de adaptar a los nuevos principios que ha pretendido introducir la nueva normativa del Tribunal del Jurado, y configurando, en definitiva, el marco del proceso penal del futuro.

También, se impone una reforma urgente dentro de los Procesos Civiles, con una simplificación de los procedimientos, y una adecuación de los mismos a las exigencias de rapidez, eficacia y

garantía de los derechos tutelados, que permita dar satisfacción a las demandas de los ciudadanos.

Esta demanda, sin duda, es especialmente acuciante en determinadas materias, como son la de los procedimientos concursales y de ejecución general, acabando con la actual dispersión normativa, ya obsoleta y antigua, que ha de ser sustituida por otra más moderna que se haga eco de la más reciente dinámica empresarial que permita dar solución eficaz a los problemas surgidos en este tipo de Procedimientos.

Finalmente y en lo que atañe al ámbito propio del Ministerio Fiscal, se impone la necesidad de definir de una manera clara y precisa cuál ha de ser su naturaleza orgánica, su función precisa dentro del marco del Estado Plural y Democrático de Derecho en el que nos encontramos, y cuál su finalidad como defensor de la Legalidad.

En definitiva, está aún por elaborar una norma, ya sea legal o reglamentaria, que, respondiendo al mandato establecido por el artículo 124 de la Constitución configure orgánicamente un Ministerio Fiscal mucho más armónico y dinámico que permita dar respuesta a las exigencias de legalidad e imparcialidad que estableció el Constituyente de 1978.

Son muchas y variadas las propuestas de reforma legislativa sugeridas por los Fiscales Jefes en sus respectivas Memorias.

Se consignan aquí por razones de espacio y para evitar inútiles reiteraciones las que pueden resultar más interesantes.

Plantea esta Fiscalía, un estudio general y profundo de lo que a su entender, debiera suponer una reforma en profundidad de la filosofía y estructuras de la Justicia Penal en España, distinguiendo dentro de ella, de una parte, la referida al proceso penal contra individuos mayores de edad penal, y de otra, al ámbito de la Justicia Penal de los menores

#### A) PROCESO PENAL

Tan compleja institución presenta una serie de perfiles políticos, sociales y jurídicos que es preciso tener en cuenta antes de abordar su reforma. Es así interesante destacar algunos problemas urgentes que exigen una respuesta legislativa más o menos inmediata:

1. En primer lugar, después de la introducción del nuevo procedimiento establecido en la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, el proceso penal español actual adolece de una falta de armonía total, tanto en sus principios más elementales como en la plasmación práctica de los mismos.

Disponemos en el momento presente de tres tipos de procedimientos por delito, en el que dos de ellos responden a una concepción clásica del Derecho Procesal que gira en torno a los esquemas propios del sistema acusatorio formal o mixto en que la fase de investigación oficial es llevada a cabo por un órgano distinto de aquél que va a ejercitar la acción penal y en el que su actuación es totalmente libre y sin ninguna limitación en la búsqueda de la verdad, afectando tanto a los hechos presuntamente delictivos como a las personas que puedan verse afectadas por los mismos y proporcionándole a aquél el material indiciario e incluso probatorio para que pueda ejercitar dicha acción.

Frente a este sistema, se alza un nuevo procedimiento, el de la Ley del Jurado, no parangonable a ninguno de los actualmente existentes en el Derecho Comparado, en el que sin llevar a efecto lo que sería la culminación lógica de los principios procesales que pretende atisbar, éste es la atribución de la fase preparatoria investigadora al Órgano que va a ejercitar la iniciativa acusatoria (el Ministerio Fiscal), mantiene la figura del Juez Instructor, pero le limita esa total libertad de que disponía en los otros dos procedimientos, impidiéndole la iniciación de oficio del procedimiento y condicionándole la investigación oficial a los hechos y personas concretadas en la inicial imputación que haya de realizarse en un trámite de comparecencia inicial.

Ahondando aún más en esta verdadera «esquizofrenia procesal», el sistema para determinar el tipo de procedimiento aplicable obedece a planteamientos totalmente diferentes, rigiendo en los dos primeros procedimientos un criterio que hasta ahora había sido tradicional en nuestro Derecho como era el de la mayor o menor gravedad de la pena prevista para el delito, criterio éste que, además, se va perpetuar en el tiempo a la vista de la reforma que la Disposición final primera del nuevo Código Penal hace del artículo 14, tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Frente a ello, el nuevo procedimiento del Jurado arbitra un ámbito objetivo que obedece a criterios totalmente diferentes centrados en la

naturaleza y calificación jurídica del hecho delictivo y estableciendo un catálogo de tipos penales ciertamente susceptibles de importantes críticas que ya se han producido en la doctrina, sobre la conveniencia o no de haber adoptado este sistema o el anterior tradicional, y sobre la necesidad de incluir o no determinados delitos cuya escasa relevancia resulta hasta cierto punto incompatible con la idea de racionalidad y de proporcionalidad que entre la entidad del hecho delictivo que se ha de enjuiciar y la maquinaria judicial que ha de ponerse en marcha para dicho enjuiciamiento ha de existir siempre.

Y ello, evidentemente, sin olvidar que los principios en los que se inspiran son totalmente distintos. En el nuevo procedimiento predomina desde la fase instructora la oralidad sobre la escritura, la publicidad sobre el secreto, la contradicción sobre la arbitrariedad, la igualdad de armas entre las partes sobre la prevalencia de una de ellas, etc.

En definitiva, pues, la primera idea que surge de toda esta regulación tan dispar es la de que el legislador asuma necesariamente y a la mayor urgencia posible la ardua tarea de establecer un nuevo marco procesal armónico que responda a los postulados que una sociedad plural y democrática como es la española está exigiendo. Que respete los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y en las normas convencionales internacionales ratificadas por España (esencialmente, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras normas), y los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de tales derechos.

2. En segundo lugar, y dentro del marco del proceso penal entendido en sentido amplio, es necesario resolver las importantes cuestiones que suscita el ejercicio de la acción penal en el proceso penal.

Es evidente que tales cuestiones pueden verse desde una óptica estrictamente procesal, suscitándose problemas como los de la necesidad de estudiar la conveniencia de introducir o no el principio de oportunidad, la institución de la conformidad en sus diferentes modalidades, o, incluso, como ya se viene planteando por la última doctrina procesalista, sobre todo, después de la entrada en

vigor del nuevo procedimiento del Jurado, la necesidad de reinterpretar el marco amplio y generoso con que actualmente vienen admitiéndose en la práctica forense las personaciones en los autos como acusación particular o popular.

O las cuestiones indicadas pueden verse, también, desde una óptica mucho más amplia que afecte a aspectos propiamente orgánicos e institucionales, que pasen por la conveniencia de política criminal y legislativa de definir de una vez por todas el marco institucional del Ministerio Fiscal, que, a nuestro juicio, debe encuadrarse dentro del Poder Judicial entendido en su acepción constitucional más amplia y con autonomía funcional, tal y como señala el artículo 2.º, apartado 1.º, de su estatuto Orgánico.

A nuestro entender determinadas reformas estrictamente procesales no debieran ser asumidas sin antes haber perfilado definitivamente la configuración de un Ministerio Fiscal equiparado en principios, fisonomía y pautas de actuación a los que actualmente existen en el Derecho Comparado Europeo.

Si se camina en pos de un proceso penal en el que la fase investigadora debe corresponder a quien ha de ejercitar en la gran mayoría de los supuestos la acción penal en la fase de plenario, y se asume, por tanto, lo que hoy es norma generalizada en la mayoría de los Ordenamientos Procesales de nuestro entorno, cual es la de que el Fiscal asuma la instrucción de los procesos, habrá que aceptar, igualmente, el modelo institucional y orgánico que en ellos existe.

En definitiva, lo que propugnamos es una reforma orgánica que permitiera la constitución de una carrera única al modo en que ya existe en otros Países de nuestro entorno más próximo (por ejemplo, en Italia), que permitiera el desempeño alternativo de funciones jurisdiccionales o propias del actual Ministerio Fiscal, en función del destino del funcionario, lo que posibilitaría, con el trasvase de una carrera a otra, suplir la palmaria insuficiencia de medios personales y materiales que harían falta para construir el nuevo edificio procesal que se pretende. Si ésto no se hace pueden producirse problemas en la práctica tan tremendos como los acaecidos en un país tan próximo al nuestro como Portugal, que ha tenido enormes problemas con el Código Penal procesal que entró en vigor el pasado 1 de enero de 1988.

A ello, habría que añadir la figura de un Fiscal General del Estado que, de no ser elegido por una mayoría parlamentaria reforzada en el Congreso de los Diputados (quizá, la misma de 3/5 exigida para el nombramiento de los miembros del CGPJ), lo que acarrearía la necesidad de una reforma constitucional con las dificultades que ello conlleva, al menos, de ser designado por el Ejecutivo, estuviera dotado de una inamovilidad temporal, de tal modo que el desempeño de su función no estuviera, como desgraciadamente así lo ha estado en los últimos años, supeditada a los avatares del Gobierno de turno.

Una vez culminada esta reforma orgánica, podría entrarse ya en el estudio de los problemas estrictamente procesales y, en concreto, de los que hemos citado al comienzo de este apartado segundo.

Por ejemplo, la cuestión que más interés nos suscita estaría en el debate sobre la conveniencia o no de que pudieran concurrir al proceso acusaciones particulares o populares tan poco útiles a la Justicia como las que, por desgracia, han desempeñado este papel en algunos procesos últimamente iniciados y que tanta trascendencia han tenido en los medios de comunicación social. O dicho con otras palabras, ¿la admisión del ejercicio de la acción popular que contempla el vigente artículo 125 de la Constitución conlleva necesariamente un tratamiento generoso y flexible de este derecho de tal manera que, como ocurre en la práctica forense, los verdaderos fines que persigue el precepto se vean de alguna manera corrompidos en aras a la satisfacción de determinados intereses particulares cuyos únicos mecanismos de actuación no sean otros que el velado chantaje o la coacción, sobre quiénes figuran como inculpados en un proceso?

No escapan a este interrogante determinados temores que nos suscita el nuevo procedimiento de la Ley del Jurado y la hipotética aparición de querellas por presuntos delitos cometidos por Autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y la personación en estos procesos de acusaciones particulares o populares ciertamente singulares cuya única finalidad, aparte de la consiguiente publicidad en los medios de comunicación social, podrían ser utilizadas, sobre todo en la fase de plenario, para fines distintos de los de la propia participación en la administración de justicia en pos de la búsqueda de la verdad y del castigo, en su caso, de los culpables de un delito.

Bien es cierto que, como dice el profesor Almagro Nosete (1), la función de la acción popular en el proceso penal es triple en relación con la acusación pública pues vigila, complementa y suple al Ministerio Fiscal. Pero no es menos cierto que en determinados casos puede actuar con una absoluta falta de probidad y movida por intereses ciertamente torcidos. Debiera, por tanto, arbitrarse una regulación mucho más estricta de los supuestos y formas de actuación de este tipo de acusaciones.

Otra de las cuestiones que debe resolverse en la futura reforma del proceso es la relativa al establecimiento de zonas de consenso mediante instrumentos que faciliten y den eficacia jurídica a la conformidad entre la acusación y la defensa. El proceso norteamericano ofrece nítidos ejemplos de tal institución (la *plea bargaining* del Derecho norteamericano), en los que un proceso de negociación entre el Fiscal y la defensa llevan a ambas partes a actuar de acuerdo, con la posibilidad de materializar la negociación en alguno de los diversos *pleas*.

Se trataría de profundizar un poco más en la dinámica que sobre esta materia introdujo ya la Ley 7/88 del procedimiento abreviado y en la línea de lo que postuló la Recomendación número R (87) 18 del Consejo de Europa que, en su punto 2.º B se refiere a la revisión de la legislación de los Estados miembros «teniendo en cuenta las facultades que corresponden al Ministerio Fiscal y a otras autoridades que intervengan en esta etapa del procedimiento para que puedan transigir los asuntos penales, en especial cuando se trate de infracciones menores», sobre la base de los principios que a continuación señala. La Circular n.º 1/89 de la Fiscalía General del Estado, dedicada al estudio del procedimiento abreviado, apuntaba, también, en ese sentido cuando reconocía, refiriéndose a este procedimiento, que «la reforma se hace eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las que en el proceso penal, frente a las zonas en conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben precisarse zonas de consenso, que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y a la función resocializadora de la pena».

---

(1) ALMAGRO NOSETE, José: *Acción Popular*, ponencia presentada al II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, sobre la reforma del proceso penal. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989.

El legislador español en la ley del Jurado no camina, precisamente, por esa senda cuando en el artículo 50 que regula el supuesto de disolución del Jurado por conformidad de las partes no contempla la posibilidad de la conformidad en el trámite al modo en que viene contenida en el Procedimiento Abreviado, exigiendo el coste económico y el esfuerzo personal de la previa constitución de un Jurado erigido en mero espectador de la actuación de las partes y sin ninguna función decisoria en el proceso puesto que, salvo en el supuesto ciertamente excepcional del apartado 3.º de este artículo, se habría disuelto sin haber intervenido en el acto de la Vista.

Sería necesario, por tanto, y en aras de la celeridad y de la mayor eficacia del mecanismo de la Justicia que fueran arbitrados los necesarios medios legales para que, con respeto a los derechos fundamentales y a las garantías procesales, se arbitrara un mecanismo mucho más ágil y flexible de las conformidades.

3) Finalmente, se impone la necesidad de extender el principio de la doble instancia a todos los procedimientos por delito. El Recurso de Apelación que contemplan los nuevos artículos 846 bis a) y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Criminal introducidos por la Ley del Jurado no responde precisamente a esta necesidad. Aunque es objeto de un estudio pormenorizado en el Capítulo V de esta Memoria, ha de señalarse aunque sea someramente, que este medio de impugnación, al no permitir una revisión de la prueba practicada, no participa propiamente de las características de lo que es un mecanismo de control de la decisión del Tribunal de la primera instancia.

No tiene sentido que las sentencias dictadas en el ámbito de las Audiencias Provinciales por delitos encuadrados en las normas del procedimiento abreviado y del sumario carezcan de un recurso ordinario y sólo dispongan del extraordinario de casación, por mucho que haya sostenido el Tribunal Constitucional que, con relación a la exigencia reconocida por el art. 14, 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de que toda persona declarada culpable de un delito tenga derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, haya indicado que este derecho viene satisfecho con el precitado recurso de casación, porque tal norma convencional lo único que establece es «una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un

Tribunal Superior», pero no un derecho al doble examen (STC 76/82 y otras muchas posteriores que vienen citadas en el estudio que se incluye en el Capítulo V de esta Memoria).

Entendemos que cuando se están dilucidando muchos años de privación de libertad la posibilidad de apelar a una instancia superior, con libertad de motivos (y no los estrictamente tasados por el art. 846 bis c) de la LECr para el procedimiento de la LOTJ) y revisión de la prueba practicada constituye un derecho fundamental, como manifestación clara del derecho de acceso a los recursos encuadrado dentro de la tutela judicial efectiva o, en boca de Gimeno Sendra, del derecho a un proceso con todas las garantías.

Debiera, por tanto, arbitrarse un sistema de recursos que, sobre la base de la Apelación, permitiera, como ya hubo establecido en su momento el Anteproyecto de Ley Orgánica de Creación de los Juzgados de lo Penal y reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 796, 3.º) que no prosperó por la oposición del Consejo General del Poder Judicial, un recurso de apelación contra determinadas sentencias de las Audiencias Provinciales ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia que permitiera esta revisión de la prueba (Teruel).

## B) JUSTICIA DE MENORES

Una vez expuesto el ámbito de lo que debiera de ser el proceso penal de los adultos, vamos a detenernos en el estudio de lo que podrían ser las bases de una nueva concepción de la Justicia de Menores en nuestro país, y, por tanto, la configuración de una normativa legislativa que respondiera a las nuevas exigencias sociales que precisan de un tratamiento determinado para las conductas delictivas cometidas por los menores.

En efecto, la Justicia de Menores ha sido considerada en España con suma frecuencia como una «Justicia Menor». Los niños, los jóvenes, las mujeres y otros sectores marginados no han encontrado aún el espacio adecuado en nuestro país.

Los jóvenes delincuentes sufren en este caso una doble marginación. La primera, por su condición de niños, y la segunda, como destinatarios de la Justicia de Menores que, como toda Justicia Penal, está acostumbrada a ser selectiva en su intervención.

El primer Tribunal de Menores del Mundo se creó hace aproximadamente un siglo, concretamente, en la Ciudad de Chicago, en el año 1889. A mediados del siglo xx la práctica totalidad de Países del mundo tenían ya una legislación especial para niños y jóvenes. Pero no siempre niños y jóvenes se vieron beneficiados por este especial sistema, sino que, a menudo, en su condición de seres independientes, fueron sometidos a las directrices del mundo adulto y a los valores dominantes.

Durante este siglo las diferentes Legislaciones han evolucionado según la política criminal de cada país; algunas Legislaciones, como en nuestro caso, no han sufrido apenas cambio alguno, a pesar de la Reforma procesal de 1992, mientras que el ejemplo contrario los situaríamos en los Países Escandinavos, que han llegado, incluso, a suprimir la Justicia de Menores. Otros países, como Alemania o Austria, han experimentado a lo largo de este siglo importantes modificaciones en su Legislación.

Hora es ya, pues, de que afrontemos en nuestro país una reforma sustancial de la actual estructura sustantiva y procesal en el ámbito del menor infractor, respondiendo a cuestiones tan importantes de política criminal como el tratamiento, con toda la batería de cuestiones que ello plantea, entre las que se encontrarían las de definir el tipo de respuesta que se va a dar frente a las conductas antisociales de estos jóvenes, la filosofía de los Centros o Instituciones para los mismos, la configuración de medidas alternativas al internamiento, etc.

1. *Sistemas legislativos*: En el Derecho Comparado de nuestro entorno la Justicia de Menores se halla definida en su concepción ideológica, en torno a dos grandes sistemas:

a) Una primera concepción más paternalista y de carácter proteccionista, en la que se puede encuadrar la aún vigente Ley de 1948, cuya finalidad primordial es la educación del menor. A tal efecto, jóvenes y menores no tienen siempre reconocidos una serie de derechos, puesto que la Justicia interviene más en función de atender unas necesidades, que por la infracción cometida. Sin embargo, a pesar de estas declaraciones educativas, subyace en este sistema un transfondo de castigo y represión, desde el momento en que se utilizan medidas coercitivas o, incluso, respuestas privativas de libertad.

b) El segundo sistema sería el opuesto, es decir, un sistema propiamente penal, donde la respuesta está en función de la infracción cometida y no de las necesidades del autor, teniendo reconocidos, por tanto, sus derechos y garantías como en cualquier otro proceso penal normal.

Pese a ello, se diferencia del sistema procesal penal ordinario porque la sanción debe tener aquí, primordialmente, una respuesta educativa y su elección ha de venir muchas veces condicionada por las necesidades del joven.

Como puede verse, la dicotomía sanción-educación se encuentra bien presente en los dos sistemas.

En el primero, se parte de una declaración absoluta sobre la finalidad educativa de la medida, pero ésta encierra también un claro carácter sancionador. En el segundo, el punto de partida es el de una respuesta claramente penal y, por tanto, es una sanción lo que se aplica, pero ésta debe estar meridianamente orientada a la educación.

2) *Medidas sugeridas:* Se elija el sistema que se elija, la nueva regulación que, en su caso sea dictada, deberá reconocer fundamentalmente la necesidad de respetar los derechos de los jóvenes y reforzar su posición legal a lo largo de todo el procedimiento que se arbitre, pero todo ello sin renunciar a una concepción educativa de la Justicia Juvenil, tal y como propugnaron las reglas de Beijing, contenidas en la Resolución 40/33 de la Asamblea de Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, la Recomendación 20 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y, evidentemente, en nuestro país, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia de 14 de febrero de 1991.

En este sentido, el futuro Derecho Penal de Menores, teniendo en cuenta que nuestro Sistema, después de la Ley Orgánica 4/92, participa esencialmente de los postulados del primero de los anteriormente expuestos, debería caracterizarse, en comparación con el Derecho Penal de Adultos, en torno a tres postulados básicos que serían, por un lado, los del establecimiento de un procedimiento específico, la configuración de un catálogo de reacciones diferenciado y, finalmente, por otro lado, la de la creación de una verdadera Jurisdicción especializada.

a) En lo que se refiere al procedimiento, la primera cuestión a delimitar giraría en torno a si en este tipo de Proceso debe o no regir el Principio de Oportunidad. Entiendo que ha de contestarse a esta pregunta en sentido positivo si consideramos que toda la actuación de esta Jurisdicción tan peculiar gira en torno a la idea básica de la corrección en el proceso educativo del menor delincuente.

Considero, además, que, al igual que ocurre en otros países, como, por ejemplo Bélgica, debiera otorgarse a la Fiscalía en cuanto Organismo encargado de la investigación de los Expedientes la posibilidad de decidir sobre la oportunidad de llevar o no ante los Tribunales una Causa Penal. Esta decisión dependería exclusivamente del criterio del Fiscal, sin que ni la Policía, ni los padres del menor pudieran hacerlo.

Para instruir al Fiscal sobre la decisión de iniciar o no el Expediente el Equipo Técnico de Menores, adscrito al Fiscal (y no al Juzgado como hasta ahora se contempla en la ley), podría emitir un Informe Pericial, previo estudio de las circunstancias particulares del caso, y a la vista del mismo, decidir sobre la procedencia o no de la iniciación del Expediente, teniendo en cuenta las reglas de la procedencia o no de ese supuesto concreto. Por lo demás, iniciado el Expediente éste podría seguir su curso previo hasta acumular los actos de investigación necesarios para presentar ante el Juez de Menores la formulación de una imputación concreta y, en su caso, la solicitud de medida correctora.

Ello conllevaría, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la necesidad de determinar las posiciones del Juez y del Fiscal de Menores en el Procedimiento, estimándose como conveniente, que la posición del Juez durante el procedimiento quedará limitada a su función de garante de los derechos fundamentales del menor sujeto al proceso y a la adopción de las medidas cautelares que, en su caso, pudieran ser solicitadas por el Fiscal instructor del Expediente, limitándose posteriormente a la celebración de la audiencia (no estimamos que sea muy necesario el actual trámite de la comparecencia, que en la práctica forense diaria viene a simultanearse en muchos casos con el posterior de la audiencia) si llegare a ello, dictando la Resolución correspondiente.

Es decir, la función judicial en este tipo de procedimientos quedaría limitada a lo que estrictamente dispone el artículo 117 de

nuestra Constitución, limitando su actuación procesal a adoptar las medidas cautelares que estimara oportunas, previa petición del Fiscal, a celebrar las Vistas Orales correspondientes y adoptar la Resolución final. El Fiscal debería asumir en su totalidad la función investigadora hasta el acto de la Vista.

La siguiente cuestión a debatir sería la de delimitar el ámbito de las edades a las que va a ir destinada a regular la futura ley que hubiera de dictarse. Sobre este particular, parece que existe un consenso casi generalizado en nuestra Sociedad de que la mayoría de edad penal y la consideración como sujeto adulto y, por tanto, responsable penal pleno de sus actos, debiera hacerse coincidir con la mayoría de edad civil, por lo que en nuestra opinión, no existiría mayor inconveniente para admitir que el límite de los 18 años habría de estimarse como correcto para esta Jurisdicción, por lo que la misma abarcaría desde los 12 años actuales hasta los indicados 18.

En tercer lugar, sería necesario determinar con mayor rigor y claridad que lo hace la ley actual un verdadero sistema de garantías jurídicas para el menor infractor, inspiradas en los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, semejante al que actualmente deben gozar los responsables penales plenos. Sobre esta cuestión por su obviedad, entendemos que no precisa de mayores comentarios.

Finalmente, debería regularse con la necesaria prudencia el establecimiento de una serie de medidas cautelares previas a la Resolución definitiva del proceso, incluido, en su caso, el internamiento o prisión preventiva. A este respecto, puede servir de criterio orientador el parágrafo 72 de la Ley Alemana de Tribunales de Menores, que en su párrafo 1.º prevé la adopción de esta medida «si el fin perseguido no se consiguiera por otras medidas o educación».

Este principio de subsidiariedad de la prisión provisional se basaría en las reservas desde el punto de vista educativo, que la aplicación de esta medida conlleva, a causa de las negativas consecuencias producidas por una reclusión, por ello habrían de tener un carácter excepcional.

b) En lo atinente al catálogo de reacciones debería estar basado en un sistema escalonado de intensidad en la intervención, es decir, determinándose una relación de medidas progresivamente

más graves que culminaran con la imposición de una verdadera medida privativa de libertad a cumplir dentro de un Centro de Menores, en el que fuera aprovechada su estancia en el mismo para desarrollar procesos educativos y formativos, en los que el menor tuviera la posibilidad de realizar alguna de sus aspiraciones, ya fueren profesionales, mediante el aprendizaje de alguna actividad de tipo manual, o, en su caso, para continuar su educación en el estudio. De lo que se trataría es de no convertir el internamiento en un centro para menores, en un sucedáneo del cumplimiento de las penas privativas de libertad en un Establecimiento Penitenciario para mayores.

Junto al capítulo de las medidas correctoras, no estaría de más la articulación de algún tipo de comités de protección de la juventud, que funcionan en otros Países de la Unión Europea, compuestos por un número variable de miembros (normalmente, entre 12 y 24) que son elegidos por períodos temporales de entre los representantes de servicios, instituciones y organizaciones que se ocupen de forma activa de la juventud y de su protección.

Su función consistiría en intervenir cuando la salud, la seguridad o la moralidad del menor de edad se vieran amenazadas, o cuando, debido al comportamiento de las personas responsables de su educación o las circunstancias en que estuviera siendo educado hicieran temer un perjuicio para el bienestar del menor.

Es decir, se trataría con estos «comités» de fomentar y coordinar todas las iniciativas para la mejora de la juventud, colaborando, por una parte, con las Autoridades competentes cuando éstas se lo solicitaren; y por otra, indicando a estas mismas Autoridades las circunstancias que pudieran perjudicar física o moralmente al joven.

La diferencia entre el actual sistema legal español en el que, sobre todo en la faceta protectora, como mayor o menor acierto, las Comunidades Autónomas han venido tejiendo en los últimos años una red de servicios sociales de atención al menor y su familia, a través de Equipos especializados de recepción y diagnóstico de los casos, estribaría en que se daría, de una parte, participación en esta tarea, no sólo a las Administraciones Públicas, sino también, a Entidades y Asociaciones Privadas que también realizan una callada labor en esta materia. Y de otra parte, se permitiría aprovechar todo ese entramado de trabajo social para la corrección y adecuada formación de los menores infractores.

c) Por último, en lo que se refiere a la tercera de las cuestiones, ésto es, la de la Jurisdicción especializada, entendemos que es fundamental, sobre todo por las peculiaridades de sus destinatarios. Prácticamente, en la totalidad de los países de nuestro entorno, salvo, como ya dijimos en un principio los Escandinavos (Dinamarca y Suecia, entre otros) que no distinguen entre un proceso penal para adultos y otro para menores, este apartado de la Jurisdicción está en manos, tanto en la primera como en la segunda instancia, de Jueces y Fiscales especialistas, precisamente por sus particularidades y porque se exige una especial sensibilidad, no sólo jurídica, sino también social, en el tratamiento de una materia en la que los protagonistas son jóvenes en pleno proceso de maduración.

Debería continuarse con la experiencia totalmente interrumpida desde hace ya varios años de convocarse pruebas selectivas para el acceso a esta especialidad, en la que tan sólo y hasta el momento presente ha visto la luz una única promoción de Jueces. Igualmente cabría decir de la Carrera Fiscal, en la que ni siquiera se realizó dicha experiencia y en la que, además, como ocurre en esta Fiscalía y nos consta que en otras muchas la adscripción a esta materia se realiza conforme a criterios de distribución de trabajo, en lugar de ser asignada previo concurso-oposición o cualquier otro tipo de sistema que exigiera una especialización en esta materia.

Debería preverse en el futuro la necesidad de convocar periódicamente plazas de especialización para asumir estas funciones, habida cuenta, además, del incremento del volumen de trabajo que habrán de tener los Juzgados y Fiscales de Menores cuando resulte ampliada la banda de edad sobre la que tendrán competencia (Teruel).

#### C) ARTICULO 58.4 DEL ESTATUTO ORGANICO DEL MINISTERIO FISCAL

Los Fiscales para el cumplimiento de su función la ley les exige que actúen bajo el imperio exclusivo de la ley. El Fiscal, como el Juez deben actuar con independencia respecto de influencias sociales, empezando naturalmente por las que le son más cercanas,

es decir, su familia, y este aspecto personal, preservado jurídicamente va a ser exigido por la sociedad que verá en él una manifestación de su credibilidad. A este fin van dirigidas las normas sobre incompatibilidades.

Parece obvio que la ley al crear su teoría sobre incompatibilidad no piensa que el funcionario se vuelva venal; sino más bien estima que los lazos familiares constituidos en su entorno sin quererlo, sin proponérselo y aún más, sin darse cuenta de ello puedan tejer junto a él una red que roce, objetivamente considerada la cardinal virtud de la imparcialidad. De otra parte el pueblo para quien se administra la justicia puede poner en tela de juicio la imparcialidad del Fiscal ligado a intereses familiares-profesionales.

El capítulo VI de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece las incompatibilidades y prohibiciones de los miembros del Ministerio Fiscal.

Dentro de este capítulo el artículo 58.4 prevé que «los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ejercer sus cargos como Fiscales Jefes en las Fiscalías donde ejerzan habitualmente como abogado-procurador su cónyuge o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo que se trate de poblaciones de más de un millón de habitantes y sin perjuicio del deber de abstención cuando proceda».

La Ley Orgánica del Poder Judicial al regular la incompatibilidad para jueces y magistrados establece en su artículo 393.1 lo siguiente «no podrán los Jueces y Magistrados desempeñar sus cargos en las salas de tribunales y juzgados donde ejerzan habitualmente, como abogado o procurador, su cónyuge o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esta incompatibilidad no será aplicable en las poblaciones donde existan 10 o más juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción o salas con 3 o más secciones».

Pues bien el régimen de incompatibilidades de los miembros del Ministerio Fiscal, debe interpretarse en congruencia con lo establecido en este precepto.

De no ser así nos encontraríamos con que en esa concreta incompatibilidad el régimen previsto para el Ministerio Fiscal sería más riguroso que el de los Jueces y Magistrados (cualquiera que

fuese el destino o cargo que ostentara). Sería en definitiva más restrictivo para una parte formal como es el Ministerio Fiscal que para los miembros de un órgano con poder decisorio, lo cual no parece acorde con la finalidad que persigue en este punto el vigente ordenamiento. Prueba evidente es que históricamente el Fiscal nunca había tenido esa incompatibilidad hasta el Estatuto de 1981, y en cambio sí estaba prevista para los Jueces con anterioridad a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en términos incluso más rigurosos que en los que en dicha ley se han establecido.

En este orden de cosas hay que tener también en cuenta que el Estatuto del Ministerio Fiscal se remite, en su disposición adicional a la Ley Orgánica del Poder Judicial considerándola supletoria en materia, entre otras, de incompatibilidades.

La conexión entre el Estatuto del Ministerio Fiscal y la Ley Orgánica del Poder Judicial viene confirmada asimismo por la remisión que el artículo 58.3 de aquél hace a la propia Ley Orgánica para regular la incompatibilidad entre Jueces y Fiscales. El artículo 392.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que están incurso en incompatibilidad «Los Jueces de 1.ª Instancia e Instrucción respecto de los miembros del Ministerio Fiscal destinados en Fiscalías en cuya demarcación ejerzan su jurisdicción aquéllos, con excepción de los partidos en que existan diez o más Juzgados de esa clase».

La interpretación de las normas jurídicas, tal como indica el artículo 3.º del Código Civil habrá de producirse atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y pensando fundamentalmente en el *espíritu* y *finalidad* de aquéllas.

Por ello, y dado que la Ley Orgánica del Poder Judicial afecta en el tema de las incompatibilidades a los miembros del Ministerio Fiscal y que para dicha Ley Orgánica queda salvaguardando el deber de imparcialidad, en este caso concreto, mediante a la referencia a las poblaciones o partidos judiciales que tengan diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, resultaría contrario al fin previsto por las normas aplicar a los miembros del Ministerio Fiscal un régimen de incompatibilidades distinto y más riguroso que el previsto para los Jueces y Magistrado.

De no aceptarse esta interpretación se llegaría al contrasentido de que, por considerar de aplicación a los miembros del Ministerio Fiscal el artículo 392.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

y no el artículo 393.1 de la misma Ley un Fiscal pudiera ser Jefe en una Fiscalía donde estuviera destinado como Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción o como un Magistrado un hijo o su propio cónyuge y no pudiera serlo en cambio en esa misma Fiscalía por el hecho de que esté dado de alta como Abogado un hermano de su cónyuge. Es evidente que las posibilidades de coincidencia o colisión que pudieran ocasionarse serían infinitamente más numerosas en el primer supuesto que en el segundo.

El artículo 58.4 quedaría redactado de la siguiente manera:

«Como Fiscales Jefes, en las Fiscalías en cuya circunscripción ejerzan habitualmente como abogado y procurador parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, o su cónyuge o persona con vinculación de hecho equivalente, salvo que se trate de poblaciones de mas de un millón de habitantes o con diez o más juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción o de Fiscalías con diez o más fiscales, y sin perjuicio del deber de abstención cuando proceda.»

La justificación de la reforma es:

a) El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal debe tener en cuenta los principios que en materia de incompatibilidades y prohibiciones se contienen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, posterior a aquél, y que viene a completar el marco normativo de la Administración de Justicia en su sentido más amplio.

b) La incompatibilidad, cuando hay ejercicio habitual de la profesión de abogado o procurador del familiar, es debida a que el titular del un órgano no puede estar absteniéndose de manera frecuente sin restar eficacia o normalidad a la función que se desempeña. Es por ello que se hace excepción en estos casos a la situación de incompatibilidad cuando se trata de poblaciones de más de un millón de habitantes o cuando los órganos jurisdiccionales o el número de fiscales excluirían las perturbaciones apuntadas, bastando en estos casos la abstención para salvaguardar en su caso, sin resquicio posible el bien jurídico de la imparcialidad, que es el que la ley pretende proteger.

Con esta redacción se trataría homogéneamente las carreras Judicial y Fiscal cuya equiparación en este punto se desprende claramente, tanto de los genéricos principios constitucionales, como de aquellos que concretamente inspiran el Estatuto del Ministerio Fiscal y la Ley Orgánica del Poder Judicial (Tarragona).

#### D) LA PROHIBICION DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS (ART. 752 BIS DEL CC)

Los profundos cambios que se están produciendo en el cuerpo social, costumbre, familia, trabajo de la pareja fuera de casa y de otro lado el envejecimiento de la población por el que se crea la necesidad de atender a personas fuertemente dependientes durante mucho tiempo, sin que la familia esté preparada para atenderlas, ha ocasionado que proliferen un número importante de residencias para la gente mayor en muchas de las cuales se hace patente el afán de lucro que persiguen.

Partiendo de esta situación se han constatado en esta Provincia casos reales de los que, prescindiendo de las responsabilidades penales en que hayan podido incurrir, se ha detectado la posibilidad de que los directores y personal responsable de estos geriátricos han ejercido sobre los ancianos una influencia ilícita para inclinarlos a disponer a su favor. Parece justificado por tanto se garantice la espontaneidad y la total libertad dispositiva del testador y aunque los caminos para ello debieran ser las reglas generales sobre los vicios de la voluntad en el otorgamiento de los testamentos y que desde un punto de vista jurídico, si la causa impeditiva del libre juego de la voluntad testamentaria tuviera su origen en la acción violenta o intimidativa de un tercero, el motivo de nulidad habría de buscarse en el artículo 673 del Código Civil, estimo que debemos ser conscientes de las dificultades de prueba que presentan la impugnación de las disposiciones testamentarias por captación de la voluntad, máxime encontrándonos también con una copiosa jurisprudencia reiteradísima consagrando el principio general de que la capacidad de las personas se presume siempre, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción debe ser probada de modo evidente y completo ( 13 de octubre de 1990, 22 de junio de 1992, 8 de junio de 1994, 10 de febrero de 1994) por lo que propugnamos se introduzca en el Código Civil una prohibición de disposición testamentaria similar a la prevista en el artículo 752 del Código Civil.

La redacción de la norma podría ser:

#### *Artículo 752 bis*

«No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador residente en un geriátrico en favor de su director,

administradores, médicos, trabajadores, o en su caso personas interpuestas, del establecimiento donde se hallan acogidos, o a favor del cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado. Se exceptúa de la anterior prohibición el legado de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia en relación al caudal hereditario» (Tarragona).

E) LA RECUSACION DE MAGISTRADO PENAL QUE HA INTERVENIDO  
EN CAUSA CIVIL SOBRE LOS MISMOS HECHOS  
(ART. 219.10.º DE LA LOPJ).

En una Audiencia cuyas secciones conocen y resuelven en los dos órdenes Jurisdiccionales, no es frecuente pero tampoco resulta extraño observar Magistrados que, desestimando las pretensiones de una denuncia en un juicio de faltas seguido por imprudencia en tráfico con sentencia absolutoria, estas pretensiones queden posteriormente satisfechas en el verbal subsiguiente, habiéndole correspondido la ponencia del asunto al mismo Magistrado que, con la objetividad e imparcialidad que requiere la función, resuelve en cada ocasión con arreglo a los principios informadores de cada orden jurisdiccional.

Igual situación, se ha producido recientemente en el caso de componente del tribunal sentenciador en procedimiento de quiebra voluntaria que luego pasa a formar parte del tribunal penal que conoce del procedimiento penal de quiebra por insolvencia culpable o fraudulenta.

Debiera no obstante arbitrarse un sistema que vede toda posibilidad de cuestionar por ninguna de las partes la adopción de decisiones imparciales y objetivas en todo momento en un proceso por el Tribunal que actúe en el ejercicio de su legítima competencia. Lo deseable sería eliminar del esquema competencial cualquier suspicacia fundada en la falta de objetividad e imparcialidad por parte de los miembros de un Tribunal. De ahí la existencia de las causas de recusación tendentes a asegurar este objetivo que es esencia misma de la labor jurisdiccional. Su correcto ejercicio es, por tanto, un uso legítimo de un derecho y su desviado o indebido ejercicio un abuso con finalidad de fraude de ley (S. 12 de febrero de 1991). De ahí que la interpretación y aplicación a cada caso de

las causas de recusación haya de ser muy cuidada y provista del máximo rigor jurídico.

Las situaciones a las que nos hemos referido no están abarcadas en el ámbito estricto de la causa de recusación 10.<sup>a</sup> del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que ni se trata de una actuación como «instructor» en la causa penal, ni se ha resuelto en anterior «instancia», entendida esta referencia al sistema de doble instancia adoptado en nuestro derecho. No obstante esta interpretación rigorista y excluyente de cualquier otra aplicación, puede dejar abiertas en determinados casos grietas o recelos a la objetividad de la función judicial, respecto a aquellos Magistrados que hayan conocido ya del objeto del proceso o hayan emitido con anterioridad un juicio de valor acerca de alguno o algunos de los elementos esenciales que han de someterse a nueva valoración y además conforman el tipo penal que posteriormente se enjuicia o son decisorios en el procedimiento posterior. Tales apreciaciones, no siendo una primera instancia propiamente dicha sino adoptadas en un incidente o resolución previa, quedarían al margen de la literalidad de la causa de recusación y, sin embargo, podrían realmente comprometer la objetividad e imparcialidad de la función jurisdiccional, que es lo que a su través se intentaba proteger.

Y es que no cabe duda de que un juicio o juicios de valor previos sobre elementos esenciales sometidos a enjuicamiento en la causa subsiguiente adoptados por una misma persona empañan la objetividad de la labor o, como poco, limitan la posibilidad de enfoques o puntos de vista distintos que pudieran aportarse por quien examina «por primera vez» (paralelismo con la «primera instancia») los datos de conocimiento sujetos a tal apreciación. El problema se agudiza además si no se trata de un juicio de valor único sino de varios, o si se trata de la valoración de una circunstancia compleja que conforma no sólo un elemento esencial del tipo delictivo, sino de los hechos que por remisión al orden civil (arts. 890, 891, 892, y 899 del C. de c.) conforman el tipo de injusto, así sucede en la quiebra fraudulenta (art. 520 del CP) por tratarse de una infracción penal de marcado significado mercantilista, que guarda una inevitable relación de dependencia con la jurisdicción civil en tanto que la previa declaración de quiebra fraudulenta por parte del Juez civil constituye un factor previo y

necesario a los efectos penológicos (condición objetiva de perseguibilidad).

Bien es cierto que el Juez penal no se encuentra en absoluto vinculado a la hora de valorar la calificación civil o mercantil precedente, pues una quiebra calificada de fraudulenta por un Tribunal Civil puede, conforme a los requisitos del tipo penal y en aplicación de los principios propios de este orden, ser calificada penalmente como meramente culpable o incluso fortuita, en la medida en que el artículo 890 del Código de Comercio sólo contiene presunciones de fraude, como indicios dolosos, que después, sin embargo, obligarán a acreditar la realización por parte del quebrado de actos objetivamente demostrativos de la intención de defraudar a los acreedores, si es que se quiere llegar al tipo penal. Así las Sentencias de 20 de mayo de 1929, 19 de mayo de 1981, 24 de febrero de 1984, 27 de abril de 1988, 17 de marzo y 27 de abril de 1989, 31 de enero y 10 y 11 de abril de 1992, 25 de octubre de 1993, y la más reciente de 5 de mayo de 1994 según la cual «la calificación de la quiebra realizada civilmente tan sólo equivale a declaración de méritos para procesar penalmente, por lo que, comprobados los hechos en el proceso penal, la calificación de los mismos como delictivos o no, y en el primer caso, si son dolosos o meramente culposos, es función completamente privativa de la jurisdicción penal».

De esta doctrina jurisprudencial expuesta, parece desprenderse que, los Magistrados de la quiebra penal en absoluto habrían de entenderse vinculados a la calificación civil que previamente efectuaron debiendo enjuiciar la quiebra en atención a los principios y requisitos exigidos por el orden penal y por el tipo penal descrito en el artículo 520 del Código Penal valorando la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad de los hechos.

Esta desvinculación a calificaciones, valoraciones o apreciaciones previas realizadas en otro orden jurisdiccional por una misma persona es sin duda posible, como ya al inicio se ha señalado. Es posible partir de unos mismos hechos y, sin embargo por faltar otros requisitos o bien ser calificados bajo principios distintos conducir a un fallo de distinta dirección para el justiciable, pero no cabe duda de que es más sencillo realizarlo para quien hasta entonces ha sido ajeno que para quien previamente ha conocido de los hechos, aunque lo haya sido a la luz de otros principios. Tanto

desde el punto de vista del justiciable, como por el hecho de coincidir en las mismas personas el enjuicimiento civil primero y el penal después en estos casos de tipos penales directamente anclados en los hechos a la jurisdicción civil, la posibilidad de pérdida de objetividad, a nuestro criterio, es una realidad no deseable que compromete la credibilidad de la función. Por ello propugnamos añadir a la causa de recusación 10.<sup>a</sup> del artículo 219 de la LOPJ el siguiente inciso «o haber conocido de los hechos en otra jurisdicción».

En definitiva la redacción total queda así: «Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia o haber conocido de los hechos en otra jurisdicción» (Tarragona).

#### F) RESPONSABILIDAD EN LAS OBRAS PUBLICAS

Desgraciadamente, no es infrecuente que las obras realizadas por las distintas Administraciones Públicas para crear o mejorar las infraestructuras necesarias de interés general, encuentren en su propio desarrollo o tras su finalización, obstáculos diversos que repercuten en el costo de las mismas, en detrimento de los fondos públicos y con el consiguiente quebranto para la economía nacional, regional o local.

Pese a los esfuerzos que supone la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Estado para atajar o paliar estas incómodas realidades, es lo cierto que se asiste al espectáculo de carreteras que se hundan u ondulan en su firme o se ven afectadas por desprendimientos, edificios destinados al servicio público que se resquebrajan o tienen que ser objeto de reparaciones y obras suplementarias una vez hecha su recepción, sólo por citar dos de los casos más significativos.

La opinión pública no conoce que sea igualmente asidua la exigencia de responsabilidades a técnicos y constructores, bien por vía administrativa, bien por vía civil cuando proceda, y aquéllas se diluyen, no pocas veces, en la cadena de la subcontratación.

Ante ello, preciso es frenar jurídicamente el derroche de fondos públicos por incrementos de costes o reparaciones no usuales. Cuando no parte de las propias Administraciones la exigencia, de

responsabilidades, debería arbitrarse, además de la vía penal cuando proceda (art. 262 del nuevo CP para concursos y subastas convocados por Administraciones o Entes Públicos, daños por imprudencia superiores a los diez millones de pesetas del art. 267 en relación con el núm. 4 del art. 264), la administrativa o civil en defensa del interés público, legitimando para ello legalmente al Ministerio Fiscal, o incluso plantear en la actualidad la posibilidad de su actuación en el cauce contencioso-administrativo, máxime si la infracción y el daño se conectan con el medio ambiente, dada la generosa consideración que, en torno a la protección del mismo dispensan las más altas instancias jurisdiccionales (Vid Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994, asuntos López Ostra contra España).

En el campo penal, se echa en falta una mayor agravación de los daños por imprudencia cuando afectan a bienes de dominio o uso público o comunal y cuando fuesen originados por negligencia profesional, que bien podrían haberse contemplado específicamente en el artículo 267 para agravar la pena, prever la intervención de funcionario público al igual que se hace en los ataques contra la ordenación del territorio, patrimonio artístico y medio ambiente (arts. 320, 322 y 329, respecto de licencias e informes, con la secuela imprudente de los arts. 324 y 331), e impedir la eficacia del perdón extintivo en estos casos, amén de ampliar la legitimación para la persecución de los delitos que se concede al Ministerio Fiscal en el artículo 267 para la defensa de menores, incapaces o desvalidos, ya que cuando está en juego el interés público los daños por imprudencia no deberían reservarse a la denuncia de la persona agraviada (?), que no es otra que la propia colectividad (Granada).

#### G) ESTAFAS EN LOS ARRENDAMIENTOS

Sabido es que el delito de estafa se agrava cuando recae sobre viviendas (art. 250.1.1. del nuevo CP), pero también es cierta la naturaleza esencialmente civil del arrendatario de viviendas. Para que este contrato se convierta en negocio criminalizado se precisará, del lado del arrendatario no un mero impago de alquileres, causante de incumplimiento contractual y susceptible de resolu-

ción del negocio por vía de desahucio, mejorado en su forma procesal y contenidos en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, sino que para su persecución criminal pueda deducirse, desde un principio, lo que no es nada fácil, la existencia de engaño bastante para producir error, ya que, de no ser así, la denuncia o querrela será rechazada.

Por ello, la realidad social impone una eficaz protección del arrendador, que no siempre es la parte fuerte del contrato, sino persona que vive y precisa de la renta para su subsistencia, frente a ese conjunto de avispados y pícaros que han descubierto, gracias a la lentitud de los procesos de desahucio que hasta ahora sólo permitían ejercitar pacientemente la acción de desalojo con su aditamento nada fácil del lanzamiento ulterior y quedaba fuera, para otro proceso, la reclamación de rentas, daños y perjuicios, que un fácil *modus vivendi* es contratar arrendamiento de vivienda con pago simultáneo de primera renta y fianza y olvidarse después, intencionalmente, de las rentas sucesivas hasta poco antes del lento desahucio o lanzamiento. Entonces, basta con desalojar la vivienda disfrutada gratuitamente y buscar otra víctima arrendadora por igual procedimiento.

Los profesionales de estas actuaciones arrendaticias son verdaderos estafadores, pero la denuncia aislada se tiñe de incumplimiento contractual. Por ello, y para hacer frente a estas situaciones tan frecuentes, bueno sería tipificar como delito habitual la conducta del que, de esta forma, se dedicará a contratar como arrendatario el uso de vivienda o locales sin satisfacer la mayor parte de las rentas exigibles durante el período contractual. Para facilitar su persecución, cabría plantear, una vez producida sentencia firme de desahucio, su anotación en un registro especial del Ministerio competente, de carácter público, que facilitara al arrendador conocer la insolvencia de quien contrata y a los poderes públicos perseguir al profesional de este tipo de estafas (Granada).

#### H) LA PROTECCION DE LA VICTIMA

No cabe duda que la protección de la víctima es un principio básico del funcionamiento de la Justicia. Todo lo que se haga en este sentido redundara en beneficio de esta Administración, que a

los ojos de la sociedad será vista como una institución capaz de contribuir a resolver los problemas de los ciudadanos, en lugar de formular meras declaraciones ineficaces. Por otra parte, se cumplirá plenamente el derecho a una tutela judicial efectiva.

Probablemente se ha avanzado mucho en la protección de los derechos de los inculpados. Nos hemos colocado a la cabeza de los países europeos en esta materia, ya que se ha tomado distintas medidas de protección de diversos Ordenamientos, que difícilmente se dan en uno sólo. Pero este plausible avance sobre la legislación anterior no ha ido seguido con el correlativo de los derechos de las víctimas.

Es cierto que se ha progresado en estos últimos años, prueba de ello es la ley de protección de las víctimas de los delitos de terrorismo y otros delitos violentos. También es importante la modificación introducida en el nuevo Código Penal en el artículo 21.5 al establecer que será causa de atenuación de la responsabilidad haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima. Por otra parte no cabe duda que el Tribunal Constitucional asume este principio como básico, entre otras en las sentencia de 10 de diciembre de 1991 y en la 19/88 y 85/91, que ha unido este principio al derecho a la tutela judicial efectiva proclamando «que en si mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el legislador ha ponderado de manera prioritaria». Esta declaración formal debería concretarse por el legislador y la jurisprudencia en formulaciones mas concretas.

La Doctrina está de acuerdo con que la regulación, hasta ahora vigente, en el Código Penal y en la Ley Enjuiciamiento Criminal, es claramente insuficiente; aunque, como dice Moreno Cateña, es fundamental para medir la credibilidad de la Justicia, el cumplimiento de las sentencias, presenta en muchos procedimientos una preocupante falta de eficacia. Para evitar esto nosotros proponemos las siguientes reformas (Huesca):

#### 1. *Medidas de fomento*

El condenado puede cumplir voluntariamente el contenido civil de la sentencia. El CP lo incentiva al establecer en el artícu-

lo 118 que para conseguir la rehabilitación es requisito indispensable: *Tener satisfechas sus responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Tribunal sentenciador, salvo que hubiese venido a mejor fortuna.* El nuevo Código Penal adopta una medida semejante en el artículo 81.

Se echa en falta en nuestro Ordenamiento la existencia de estímulos más poderosos. En el Derecho francés —arts. 132.58 y siguientes del nuevo Código Penal de 19 de julio de 1993, que entro en vigor el 1 de marzo de 1994— se permite condicionar el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia a que se pague la indemnización. Se puede suspender la condena o condenar al pago de una multa, o a una pena privativa de libertad mínima, que ineludiblemente deben de ser cumplidas. El resto de la pena puede quedar aplazada por un tiempo (por ejemplo de seis meses) y condicionada a que la indemnización se satisfaga. Si así se hace no hay que cumplir la pena que se suspendió; pero en caso contrario se vuelve a hacer una nueva comparecencia, ante el mismo Tribunal que dictó la sentencia, para conocer las razones por las que no ha cumplido con el compromiso de resarcir. De estimarse que son intrascendentes se fija una nueva pena que viene a complementar la anteriormente señalada que deberá ser cumplida en un plazo muy breve (Huesca).

## 2. *La fianza personal*

También llama la atención que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede en el Francés —art. 142 del Código de Procedimiento Penal, redactado en este punto por ley de 17 de julio de 1970— la fianza prestada para garantizar la libertad no pueda emplearse en satisfacer la responsabilidad civil cuando esta sea prestada por un tercero.

Esto fomenta el fraude, desampara a la víctima y causa frustración. Basta con buscar a un tercero para poderla recuperar al acabar el juicio.

Sería suficiente con modificar el artículo 532 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo que la fianza deberá destinarse a satisfacer las deudas pendientes por el mismo orden que esta-

blece el actual artículo 111 del Código Penal, 126 del nuevo Código Penal (Huesca).

### 3. *El pago realizado por un tercero*

El Código Civil en el artículo 1.158 permite a cualquier persona pagar por otra, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o lo ignore el deudor.

Es discutible si puede un tercero pagar la multa antes de la indemnización para evitar el arresto sustitutorio, alterando el orden de prelación establecido en el artículo 111 del Código Penal, 126 del nuevo Código Penal. En mi opinión no se puede ya que el orden de imputación obliga tanto al deudor que paga como al que lo hace en su nombre, pero en la práctica se admite.

Para evitar estas dudas podría modificarse el nuevo Código Penal diciendo: «Los pagos que se realicen por el penado o por un tercero en su nombre se imputaran por el siguiente orden» (Huesca).

### 4. *Facilitar la personación en la ejecución civil*

Una cuestión no resuelta, de forma expresa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, es si pueden comparecer *ex novo* en la fase de ejecución, los que no habiendo sido parte hasta aquel momento en el procedimiento penal la sentencia les reconoce la condición de perjudicados. La cuestión es interesante sobre todo cuando se deja para la ejecución la determinación de la cuantía de la indemnización conforme a lo establecido en el artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el llamado incidente de ejecución civil.

En principio parece que no, ya que el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que: *Los perjudicados por un delito o falta que no hubiesen renunciado, podrán mostrarse parte en la causa si lo hiciesen antes del trámite de calificación del delito.* En el mismo sentido puede pensarse que una cosa es el derecho a la indemnización que lo tiene por el mero hecho de ser perjudicados, sucesores o sustitutos de estos, y otra cosa es el derecho a ejercitar

en cualquier momento procesal la acción civil derivada del delito. Esta acción sólo puede ejercitarse antes de que se de traslado a las partes para calificar. Con ello no se produce la indefensión de los perjudicados, ya que el Ministerio Fiscal continuará con el ejercicio de la acción penal, conforme a lo establecido en el artículo 108 de Ley Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien podría defenderse que esta norma está pensando exclusivamente en el ejercicio de la acción penal (y la civil derivada de ella) mediante la acusación, que forzosamente ha de hacerse en la vista del juicio oral. Que para nada se está refiriendo a la fase de ejecución. En este sentido, para E. ESCUSOL es evidente que todo perjudicado-interesado puede promover el incidente civil para fijar el *quantum* de la indemnización.

De cualquier forma sería bueno que la Ley de Enjuiciamiento Criminal asumiera expresamente esta posibilidad, introduciendo una pequeña modificación en el artículo 798 (Huesca).

##### 5. *Facilitar el control de la actuación judicial en la ejecución civil.*

Habría que regular de una manera clara que recursos son posibles tanto en el incidente civil previsto para la fijación de la responsabilidad civil como, como en la ejecución general en esta materia.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal para las resoluciones que se dicten en la ejecución de la sentencia penal no establece un recurso genérico, sino que regula algunos recursos concretos por materias específicas. Así sucede en los casos de remisión condicional de condena; o respecto de los autos que fijan el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del artículo 70 del Código Penal (ver art. 988 de la LECr).

Nada establece sobre los recursos posibles en la ejecución civil. Es evidente que debe de haber recurso, porque no se puede privar de todo control a resoluciones judiciales tan importantes como estas. La cuestión que se plantea es como llenar esta laguna.

A la vista de como está regulada esta materia civilmente y teniendo en cuenta los recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal creo que en materia penal contra las resoluciones

que ordenen el cumplimiento del título debería ser posible siempre el recurso ante el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la resolución recurrida, siendo de reforma o de súplica según sea dictado por un Juzgado o una Audiencia, o Tribunal Superior, cuando actúe en primera instancia.

Contra los autos dictados por los Juzgados de Instrucción o de lo Penal cabe el recurso de apelación ante la Audiencia respectiva, pero contra los dictados por esta no es posible el recurso de casación ya que conforme al artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se puede interponer el recurso de casación por infracción de ley contra los autos en aquellos casos en que expresamente se autorice. Ahora bien es interesantísima y probablemente única la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de marzo de 1995 en el que se admite el recurso de casación contra un auto de tasación de costas en el que no se incluyeron los intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta sentencia mantiene una postura plausible, en cuanto que va en la línea de admitir la doble instancia, proteger los derechos de la víctima y equiparar los recursos existentes en materia de ejecución en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal. Sin embargo es posible que se base más en los principios antes citados que en el mismo contenido de la ley. Por lo que sería aconsejable introducir una modificación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que admitiera de forma expresa junto con los recursos a los que antes nos hemos referido este recurso de casación.

Los autos de insolvencia del acusado se dictan en muchos casos con una investigación meramente formal, nada eficaz. Debemos reconocer que la carencia de normas permite actuar con más imaginación, rigor y diligencia que como se está sucediendo, en algunos casos, en la persecución de los bienes del condenado. Si se avanza en este sentido, y es uno en donde más hay que hacer, mejorara la protección de la víctima.

Donde a mi juicio el principio de oportunidad tiene mas posibilidades de actuación es en este campo, si lo combinamos con el principio de protección de la víctima. Es al Fiscal al que le correspondería ejercitarlo, incluso en las primeras fases del procedimiento (Huesca).

## I) PROCEDIMIENTO DE APREMIO Y DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCION HIPOTECARIA

Como es conocido, el Tribunal Constitucional dictó el 13 de enero de 1992 una sentencia, que lleva el número 6 de las de dicho año, resolviendo un recurso de amparo planteado por una arrendataria de un inmueble urbano sobre el que se seguía un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, en el que, invocándose, y estimándose, vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, se vino a reconocer que la demandante de amparo no puede ser lanzada del inmueble, a instancias del adjudicatario del mismo en subasta judicial celebrada durante la fase de apremio, sin que la misma sea oída en juicio.

Para centrar mejor la cuestión conviene precisar los siguientes extremos:

1. El arrendamiento se concertó en fecha anterior a la iniciación del proceso de ejecución, sin que conste la fecha de constitución de la hipoteca ni de celebración del arrendamiento, que tampoco consta que tuviese acceso al Registro de la Propiedad, aunque puede presumirse que ello no tuvo lugar y que el arrendamiento se concertó con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

2. La arrendataria, que había comparecido en los autos poniendo de manifiesto su condición al objeto de que pudiesen tener conocimiento de la misma los posibles licitadores de la segunda o tercera subasta por haber quedado desierta la primera, planteó recurso de nulidad contra la resolución judicial ordenando su lanzamiento, de la que tuvo noticia extra-procesalmente. Dicho recurso fue desestimado por el Juez de instancia «por haber comparecido en autos, pero no ser tenido por parte», siendo contra dicha resolución contra la que se interpuso recurso de amparo.

3. No consta en la Sentencia del Tribunal Constitucional, ni directa ni indirectamente, que la arrendataria incurriese, en el ejercicio de su derecho, en abuso del mismo o en fraude de ley ni que obrase con mala fe o en perjuicio de tercero.

En tales condiciones el Tribunal Constitucional entiende que el lanzamiento del arrendatario, que ocupa el inmueble adjudicado en subasta celebrada durante un proceso judicial sumario de

ejecución hipotecaria, no puede tener lugar sin que haya sido oído y vencido en juicio.

Se cuida el Tribunal Constitucional de delimitar el alcance de su pronunciamiento, excluyendo de su objeto la compatibilidad entre el derecho del adjudicatario (que, en el caso, era el acreedor hipotecario) y el del arrendatario y, en su caso, la prioridad de uno u otro, es decir, no se trata de determinar, como decía el Fiscal en la tramitación del citado recurso, «... si la ejecución hipotecaria extingue o purga la finca hipotecada del arrendamiento celebrado con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca, o si, por el contrario, el arrendamiento es eficaz frente al adjudicatario de la finca por hallarse protegido el arrendatario por la legislación especial...», ya que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria.

De lo que se trata es de resolver una cuestión que, no obstante, se encuentra estrechamente relacionada con la anterior: la intervención que en la ejecución judicial hipotecaria quepa atribuir al arrendatario. Y, una vez analizada la respuesta que a dicha cuestión proporciona el Tribunal Constitucional, se reflexionará sobre si tal doctrina es aplicable también al juicio ejecutivo así como sobre las consecuencias que el legislador está obligado a extraer de la misma.

Cuando el procedimiento se siga por los trámites previstos en la Ley Hipotecaria para la ejecución judicial, la cuestión tiene una respuesta clara: conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.º de la Regla 3.ª y en la Regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, únicamente serán llamados al proceso judicial de ejecución hipotecaria el deudor hipotecario y el tercero, poseedor o propietario, que tuviesen su derecho inscrito en el Registro o que hubiesen acreditado al acreedor la adquisición del inmueble hipotecado, condición que no concurría en la arrendatario de autos.

Tal respuesta resulta confirmada por el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que, después de regular las causas de suspensión (entre las que no se encuentra la que estamos examinando), dispone que «todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados,... se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley». Precepto que, por lo demás, había sido

utilizado con anterioridad por el Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 41/1981, 64/1985, 41/1986, 148/1988 y 8/1991) para argumentar la conformidad del procedimiento de ejecución hipotecaria con el artículo 24.1 de la Constitución, tanto por lo que respecta a la limitación de su conocimiento como a la de los legitimados para intervenir en el mismo.

En consecuencia, parece razonable concluir que la intervención del tercero en el proceso de ejecución únicamente puede tener lugar cuando su derecho haya tenido acceso al Registro de la Propiedad o cuando, sin tenerlo, acredite al ejecutante la adquisición del inmueble sobre el que tiene lugar la ejecución.

No lo entiende así, sin embargo, el Tribunal Constitucional, quien, prescindiendo de aspectos formales del derecho de defensa, entiende que lo que el artículo 24.1 de la Constitución Española veda, en todo caso, es la indefensión material que puede producirse cuando, desconociendo la situación jurídica del poseedor en concepto de arrendatario que goza de la protección que en este caso brinda la legislación arrendaticia urbana, se ve obligado, ya fuera de la vivienda, a instar un proceso declarativo para reclamar su derecho a continuar ocupando el inmueble arrendado, siendo así que, de producirse dicha reclamación procesal continuando en la ocupación de la vivienda, el equilibrio entre las partes sería sustancialmente mantenido, ya que el dominio del adjudicatario es perfectamente compatible con la posesión del mismo por parte del arrendatario.

Por tanto, lo que el Tribunal Constitucional entiende es que, sin entrar a discutir la prioridad del título del adjudicatario y del arrendatario para la posesión directa y en nombre propio el inmueble, la controversia sobre dicho derecho, que es de legalidad ordinaria, tiene que plantearse manteniendo al arrendatario en la posesión del inmueble arrendado.

La vigente legislación arrendaticia urbana proporciona fundamento a dicha posición, ya que, conforme a lo dispuesto en su artículo 13, durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, el arrendatario tiene derecho a seguir ocupando la vivienda arrendada aunque antes se resuelva el derecho del arrendador como consecuencia, entre otros supuestos, de la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, y, en el caso de que la duración pactada del contrato sea superior a cinco años, la resolu-

ción del derecho del arrendador determina la extinción del arrendamiento transcurrido dicho plazo de cinco años, salvo que el arrendamiento haya tenido acceso al Registro de la Propiedad, en cuyo caso el arrendamiento continuará vigente durante el tiempo pactado, pese a la resolución del derecho del arrendador.

La lectura del precepto sugiere que, tal vez, la respuesta del Tribunal Constitucional pueda tacharse de simplista o, a lo sumo, que de dicha condición pueda tildarse la interpretación que de ella se haga consistente en mantener que, en todo caso, para que tenga lugar el lanzamiento del arrendatario que ocupa una vivienda que ha sido adjudicada en un proceso de ejecución hipotecaria, es necesario que haya sido vencido en juicio con anterioridad.

En efecto, en nuestra opinión es necesario distinguir, al menos, tantos supuestos cuantos prevé la vigente legislación arrendaticia urbana, ya que, si el arrendamiento no ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, no parece razonable entender que el derecho de defensa del arrendatario, una vez transcurrido el plazo de cinco años durante el que goza de la protección que brinda la legislación especial, exija que su lanzamiento, en el caso de resolución del derecho del arrendador por enajenación forzosa acordada en un proceso de ejecución, vaya precedido de su audiencia, ya que su situación es la propia de un precarista, cuya audiencia es razonable que tenga lugar con posterioridad al lanzamiento.

Por otra parte, para conciliar los distintos intereses en conflicto parece necesario, al igual que ocurre con las cargas que pueden pesar sobre el inmueble, tomar en consideración la fecha de su constitución, ya que si el arrendamiento es anterior a la constitución de la hipoteca y se oculta su existencia en el momento de establecerla o si, por connivencia entre ejecutado y arrendatario, se finge la existencia de un arrendamiento anterior a la constitución de la hipoteca, no parece razonable que al arrendatario se le pueda dispensar otra protección que la que deriva de los artículos 118 ó 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cambio, si el arrendamiento se concertó realmente en fecha posterior a la constitución de la hipoteca, de alguna manera se tiene que situar al acreedor hipotecario en la posición existente en el momento de concertar la hipoteca, ya que, aunque es plenamente compatible un derecho personal como el arrendamiento con un derecho real como el que corresponde al acreedor hipotecario y/o

adjudicatario en el proceso de ejecución, el contenido de su derecho se ha visto disminuido sin haber tenido participación en dicha modificación, cuya gravedad puede incrementarse por la complejidad que la audiencia del arrendatario introduce en el proceso de ejecución.

Las consideraciones anteriores son aplicables no solamente al proceso de ejecución hipotecaria, sino también a la fase del juicio ejecutivo denominada en la Ley de Enjuiciamiento Civil procedimiento de apremio, ya que, además de las razones de naturaleza sistemática existentes entre uno y otro (que se han visto incrementadas en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1992), la protección que dispensa al arrendatario el artículo 13 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos también se extiende a la enajenación forzosa derivada de sentencia judicial.

En consecuencia, parece razonable entender que cuando el arrendatario del inmueble sujeto a ejecución, sea hipotecaria o derivada de sentencia judicial, tenga derecho a gozar de protección procesal durante la ejecución, esto es, excluidos los casos en los que, en connivencia con el propietario del inmueble y/o ejecutado, se ocultó la existencia del arrendamiento o se fingió que la fecha en la que se concertó es anterior a la de la constitución de la hipoteca o del embargo, se introduzcan, en la regulación de la ejecución hipotecaria o del denominado procedimiento de apremio, las siguientes modificaciones:

1. Establecer para el ejecutado la carga de denunciar en el proceso la existencia del arrendamiento cuando el mismo no haya tenido acceso al Registro de la Propiedad o éste tenga lugar después de librarse la certificación de subsistencia de cargas, regulando las consecuencias derivadas de su incumplimiento, que nunca deben de afectar a la situación jurídica, substantiva o procesal, del ejecutante.
2. Regular, para cuando comparezca el arrendatario, un incidente que se ventilará de manera simultánea a la ejecución, paralizándose ésta cuando llegue a un momento en el que, de proseguir sin estar resuelta la oposición del arrendatario, se puedan derivar perjuicios para el ejecutante.
3. Contemplar la posibilidad de que la valoración, pericial o convenida, de los inmuebles y conforme a la cual tiene que substantiarse la ejecución, pueda ser modificada a la vista de la apari-

ción de arrendamientos no contemplados en el momento de efectuar la valoración dicha (Ciudad Real).

J) SOBRE LA COMPETENCIA TERRITORIAL PARA ACORDAR LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS O LA OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES POSTALES, TELEGRÁFICAS O TELEFÓNICAS (ART. 579 DE LA LECR Y DISPOSICIONES CONCORDANTES DE LA LOPJ)

Una cuestión, surgida de la práctica judicial, provoca la presente propuesta de modificación legislativa, ya que, pese al escaso lapso de tiempo transcurrido desde la última modificación de su regulación, resulta necesario ofrecer respuestas adecuadas para impedir que los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones se conviertan en un obstáculo insuperable para llevar a cabo la investigación de los hechos delictivos.

La cuestión que, en principio, planteó la *praxis* judicial tuvo su origen en una errónea interpretación de la regla primera del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, además, en el caso era inaplicable por tramitarse la causa conforme a las normas del Libro II de dicha ley.

En efecto, acordada la reapertura del sumario 21/84 del Juzgado de Instrucción 1 de Ciudad Real, que se incoó por la muerte violenta de una persona, la Juez de Instrucción encomendó a la Policía Judicial la práctica de investigaciones que afectaban a personas domiciliadas fuera del partido judicial de Ciudad Real y que, además, requerían la actuación del Juez de su domicilio porque era preciso intervenir sus comunicaciones telefónicas, por lo que dichos Agentes solicitaron de la Autoridad Judicial de dicho lugar que se otorgaran las autorizaciones a que se refieren los párrafos 2 y 3 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales les fueron denegadas.

Ante dicha negativa la Juez de Instrucción de la causa acordó librar exhorto a dichos juzgados solicitando que, por la vía de la cooperación jurisdiccional, se dictasen las resoluciones autorizando las intervenciones telefónicas que le habían sido denegadas a la Policía Judicial, cuyos exhortos fueron devueltos sin cumplimentar argumentando erróneamente los jueces requeridos que, en virtud

de lo dispuesto en la regla primera del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la instructora de la causa se podía entender directamente con los empleados de la Compañía Telefónica que tenían que llevar a efecto materialmente la intervención.

Advertida la instructora desde la Fiscalía de la inaplicabilidad al caso del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de que, en todo caso y conforme a los artículos 273 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, era inexcusable la actuación del Juzgado del lugar en donde la intervención telefónica iba a llevarse a efecto si se quería que sus resultados, de ser relevantes, pudiesen ser introducidos lícitamente en el proceso, insistió la misma en su práctica salvo en un supuesto, que es el que justifica la presente propuesta de modificación legislativa y que se contrae al de los teléfonos móviles, ya que una de las personas que debía de ser investigada estaba abonada a uno de dichos teléfonos y, por la relación establecida con mujeres que desarrollan su actividad profesional en los denominados «clubes de alterne», frecuentemente cambiaba de residencia, siguiendo la vigencia temporal de los contratos de veintiún días (período coincidente con el de la habilidad para mantener relaciones sexuales completas) que suelen establecer dichas mujeres con los responsables de tales establecimientos.

Sabido es que la telefonía móvil permite la comunicación a distancia en virtud de los impulsos sonoros que son captados y transmitidos por emisores instalados en distintos puntos del territorio, de suerte que el cambio de residencia del abonado lleva consigo el del aparato y cuando dicho cambio se hace de un partido judicial a otro puede implicar una alteración de la competencia judicial para autorizar la intervención, que, si se realiza con la rapidez suficiente para que no haya lugar a que la intervención autorizada judicialmente pueda materializarse y si se considera que dicha autorización judicial tiene que ser concedida por el Juez del lugar donde tiene que llevarse a la práctica, va a determinar con toda seguridad que deba de prescindirse de dicho medio de investigación, dado que tal circunstancia, unida a la meticulosidad con la que debe de llevarse a cabo en cualquier caso la intervención telefónica, la condenan al fracaso por ineffectividad de la misma.

En tales circunstancias se propone que se opte por atribuir la competencia al Juez del lugar donde se hizo el contrato, cualquier-

ra que sea el lugar en que se encuentre el abonado al tiempo de la intervención y durante su vigencia, o al Juez de Instrucción de la causa, cualquiera que sea el lugar donde se hizo el contrato y donde se encuentre el abonado en el momento de la intervención y durante su vigencia, o al Juez del lugar en donde se encuentre el abonado en el momento de la intervención, cuya autorización mantendrá validez durante su vigencia, salvo que, en cualquier caso, el Juez que deba expedir la autorización tenga competencia en todo el territorio nacional, en cuyo caso el problema desaparece dado que el mismo surge por la limitación territorial de la competencia de los demás Juzgados (Ciudad Real).

K) ESTABLECIMIENTO DE LIMITES AL VALOR DE LOS BIENES  
QUE PUEDEN REALIZARSE EN EL JUICIO EJECUTIVO  
(ARTS. 1.442 Y 1.466 DE LA LEC)  
O EN OTROS PROCESOS DE EJECUCION

Numerosas son las opiniones que mantienen la necesidad de modificar la regulación del juicio ejecutivo, singularmente la fase de apremio, de manera que el mismo permita conciliar los intereses del ejecutante, que esencialmente consisten en la satisfacción del crédito que mantiene contra el ejecutado, con los de éste, que, también en esencia, consisten en obtener de los bienes embargados el mejor precio que sea posible, de manera que pueda satisfacerse el crédito del ejecutante y que reste metálico para atender otras necesidades del ejecutado.

Tal vez ello exija abordar una profunda reforma del sistema de ejecución, inmersa en la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que queda fuera de nuestro alcance.

Pero mientras tal modificación tiene lugar, la *praxis* judicial proporciona a diario ejemplos sobre la justificación de la puntual reforma que se propone, que puede ventilarse con una ligera modificación de los preceptos que se proponen o con la de uno de ellos solamente.

De nuevo ha sido la experiencia la que ha suscitado la conveniencia de efectuar esta propuesta. En La Fiscalía compareció un ciudadano para poner en conocimiento del Fiscal que, habiendo dejado de atender el pago fraccionado mediante el que se instru-

mentó la devolución de un préstamo concertado con una entidad financiera, ésta, habiendo agotado las posibilidades de obtener extra-procesalmente la satisfacción de su pretensión, formuló su reclamación judicial en demanda de 4.752.232 pesetas de principal y de 3.000.000 pesetas de intereses y costas.

Ventilado el proceso, el ejecutado fue judicialmente desposeído de bienes que, habiendo sido valorados pericialmente en el propio proceso de ejecución en 35.100.000 pesetas, fueron adjudicados en 9.750.000 pesetas.

Ello es posible porque la regulación del procedimiento de apremio en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil permite que se adjudiquen los bienes embargados por la mitad de su valor inicial, si es que no se encuentra antes postor que ofrezca mejor precio, e, incluso, por valor inferior a la mitad, si es que el deudor no puede liberar los bienes o presentar a un postor que mejore la postura realizada por el tercero que no alcanza la mitad del valor inicial del bien embargado o pagar cantidad equivalente a la ofrecida comprometiéndose a pagar el resto de la deuda (cfr. arts. 1.504-1.508 de la LEC).

Pero, en nuestra opinión, es dudosa la legitimidad de la situación descrita porque parece que no existe proporcionalidad entre el incumplimiento de la obligación y las consecuencias derivadas del mismo. Es patente que a dicha situación se llega porque el deudor no ha realizado la prestación a la que se obligó cuando la obligación se constituyó, pero también es indudable que se produce, como consecuencia de la rigurosa aplicación de la ley, una situación de enriquecimiento injusto, para el acreedor o para el tercer postor, que puede incorporar a su patrimonio bienes por un precio notoriamente inferior al de su valor. Hasta el punto de que, si dicho enriquecimiento se lograra mediante la celebración de otro negocio jurídico, v. gr.: el préstamo, todos convendríamos en calificar al mismo de usurario.

Es cierto que, como decía el poeta, «confunde el necio valor con precio», pero la rigurosa aplicación del principio de la libertad de mercado no ha impedido que, al mismo tiempo y con la finalidad de proteger la libre competencia, se establezcan límites impidiendo, por ejemplo, las ventas por debajo del precio de coste.

Para hacer frente a la situación que se denuncia en la Ley de Enjuiciamiento Civil existe un precepto, el artículo 1.442 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, que es uno respecto de los cuales se propone la presente modificación, en el que se dispone que, si el deudor no pagare cuando fuere requerido para ello por el Agente del Juzgado en cumplimiento del auto dictado despachando la ejecución, «...se procederá a embargarle *bienes suficientes...*», previsión que, sin embargo, no resulta suficiente, ya que, como antes se decía, en la práctica los acreedores consiguen embargar los bienes que desean para hacer efectivos sus créditos con independencia del importe de aquéllos y del valor de éstos.

Por tal razón se propone el establecimiento de un límite al valor de los bienes sobre los que pueda seguirse el apremio, bien impidiendo su embargo cuando su valor exceda de, por ejemplo, una tercera parte del valor de la deuda y de la cantidad calculada para intereses y costas, o bien limitando el apremio a los bienes que tengan dicho valor, o articulando como motivo de oposición el exceso en el valor de los bienes embargados de manera semejante a como se regula en la actualidad «...la plus petición o el exceso en la computación a metálico de las deudas en especie» (art. 1.466 de la LEC) (Ciudad Real).

L) SOBRE LA COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO  
Y FALLO DE LOS PROCESOS PENALES A TENOR  
DE LA DISPOSICION FINAL PRIMERA DEL FUTURO  
CODIGO PENAL EN RELACION CON LOS ARTICULOS 13 Y 33  
DE DICHO CUERPO LEGAL

La Disposición final primera de la Ley 10/1995 introduce una modificación de la distribución de competencias entre los órganos judiciales encargados del conocimiento y fallo de los procesos penales contenida en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en su párrafo tercero, como consecuencia de la clasificación trimembre de las infracciones penales establecida en el artículo 13 del Código Penal.

Conforme al precepto expresado las infracciones penales se clasifican en delitos graves, menos graves y faltas. Los primeros son los que están castigados con penas graves, los segundos con penas menos graves y las faltas con penas leves.

En el nuevo sistema punitivo del Código Penal son penas graves la prisión superior a tres años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales o suspensiones por tiempo superior a tres años, la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores por tiempo superior a seis años, la privación del derecho a portar o tener armas por tiempos superior a seis años y la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos por tiempo superior a tres años (cfr. art. 33.1 del CP).

Por su parte, el párrafo 2 del precepto citado establece que son penas menos graves la de prisión por tiempo de seis meses (que es la pena de privación de libertad de más corta duración) a tres años, las inhabilitaciones especiales o suspensiones de hasta tres años; la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores o a tener o llevar armas por tiempo de un año y un día a seis años, la privación del derecho de residir en determinados lugares o de acudir a ellos por tiempo de seis meses a tres años, la multa de más de dos meses, la multa proporcional en cualquier cuantía, el arresto de siete a veinticuatro fines de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad por tiempo de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

Finalmente son penas leves la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores o a llevar o tener armas por tiempo de tres meses a un año, la multa de cinco días a dos meses, el arresto de uno a seis fines de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad por tiempo de dieciséis a noventa y seis horas (cfr. art. 33.4 del CP).

En consonancia con dicha clasificación de las infracciones penales en el que será nuevo párrafo tres del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se atribuye a los Juzgados de lo Penal competencia para el conocimiento y fallo de los delitos menos graves, mientras que el de los delitos graves corresponde a las Audiencias Provinciales.

Semejante esquema de distribución de competencias representa una notable incoherencia con los principios que inspiran la regulación de la vigente organización judicial, conforme a la cual, como es sabido, son los Juzgados de lo Penal los que conocen y fallan la mayor parte de las infracciones penales, tanto en términos absolutos como relativos. De esta forma la modificación de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 10/1995 es inevitable an-

tes de que la misma entre en vigor o, por el contrario, lo que se modifican son los principios que inspiran la regulación de la organización judicial, de suerte que, desde ya, debe de acometerse la tarea de sustituir Juzgados de lo Penal por Secciones de las Audiencias Provinciales si no se quiere que se produzca un gran retraso en el fallo de las causas cuya competencia se atribuye a estos últimos órganos, a no ser que el propósito del legislador sea el de resolver el retraso con el que se ventilan las causas en los Juzgados de lo Penal, al menos en esta provincia, trasladándolo a las Audiencias Provinciales, con lo que en un breve lapso de tiempo se creará un verdadero marasmo judicial que, a buen seguro, se tratará de resolver haciendo recaer de nuevo sobre los Juzgados de lo Penal, que para entonces estarán desatascados, la competencia para el fallo de la mayor parte de las causas que se incoan.

Las palabras anteriores creemos que no sean gratuitas si se observa que, de acuerdo con las penas previstas en el nuevo Código Penal, corresponderá a las Audiencias Provinciales el conocimiento y fallo de, entre otros, los siguientes delitos que, hasta ahora, eran conocidos por los Juzgados de lo Penal o no existían: homicidio culposo (art. 142); lesiones calificadas dolosas (art. 148); lesiones culposas cometidas mediando imprudencia profesional (art. 152); manipulaciones genéticas dolosas (art. 159); reproducción asistida contra el consentimiento de la mujer (art. 162); amenazas condicionales con consecución del propósito por el culpable (art. 169); agresiones sexuales cometidas sin acceso carnal (art. 178); abusos sexuales no violentos calificados (art. 182); descubrimiento de secretos (arts. 197-198); allanamiento de morada violento (art. 202); allanamiento de morada cometido por funcionario público (art. 204); autorización de matrimonios ilegales (art. 219); sustitución de niños (art. 220.3); suposición de parto y sustitución de niños cometidos por ascendientes por naturaleza o adopción (art. 220.4); venta de niños (art. 221); abandono de familia (art. 226); abandono de niños cualificado por la colocación del mismo en situación de riesgo (art. 229.3); mendicidad calificada por el empleo de violencia o el suministro de sustancias perjudiciales (art. 232.2); robo con fuerza en las cosas en casa habitada o cualificado por el objeto (cosas de valor artístico, histórico o cultural o de primera necesidad o destinadas a un servicio público) o por las consecuencias (especial gravedad atendiendo al valor

de los objetos substraídos o a la situación en que coloca a la víctima) o por la forma de comisión (abusando de las circunstancias personales de la víctima) (arts. 241 y 235); robo con violencia o intimidación (art. 242); extorsión (art. 243; utilización ilegítima de vehículo de motor si no media restitución o si se emplea violencia o intimidación para el apoderamiento del vehículo (art. 244); estafa (arts. 249-251); apropiación indebida (art. 252); alzamiento de bienes (arts. 257- 258); insolvencias en todas sus modalidades (arts. 259-260); alteración de precios en concursos públicos (art. 262); propiedad intelectual o industrial cualificadas (arts. 271 y 276); revelación de secretos empresariales (arts. 278 y 279); destrucción de materias primas de los mercados (art. 281); delitos bursátiles (art. 285-286); delitos societarios (art. 295); blanqueo de capitales en todos los casos salvo que se cometiere culposamente (art. 301); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305-308); delitos contra los derechos de los trabajadores o contra el ejercicio de la libertad sindical con violencia o intimidación (arts. 311.3.º y 315.2); derribo o alteración de edificios históricos (art. 321); delito contra el medio ambiente (arts. 325-327 y 329); daños en espacios protegidos (art. 330); delitos de caza y pesca (arts. 334-337); delitos cometidos mediante la utilización de energía nuclear o radiaciones ionizantes (art. 341-345); incendio en bienes propios (art. 357); contra la salud pública cometidos por farmacéuticos o directores de laboratorios (art. 362.2) o que pongan en peligro la salud de los consumidores (art. 363) o que consistan en la adulteración de alimentos o aguas potables con sustancias nocivas para la salud (arts. 364-365); tráfico de precursores (art. 371) o de drogas de cualquier clase cualificado por la condición del sujeto activo (art. 372); falsificación de despachos telegráficos (art. 394); abandono de destino (art. 407); abuso de información privilegiada (art. 418); cohecho (arts. 419-420); negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios (arts. 439, 440, 442 y 444); encubrimiento con abuso de funciones públicas (art. 451 b)); obstrucción a la justicia cometida por profesionales (art. 463.2) o violencia sobre partes, testigos o peritos (art. 464); quebrantamientos de condena o evasión violentos (arts. 469 y 470.2); contra la libertad de conciencia con violencia o intimidación (art. 523); contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 609-613).

Como se ve, solamente por la enumeración de las infracciones que, a partir de la entrada en vigor del Código Penal, deben de ser conocidas por las Audiencias Provinciales, va a resultar necesario o aumentar el número de Secciones de estos Tribunales o modificar el precepto en cuestión, consideración que se refuerza si se toma en consideración que, entre las infracciones atribuidas al conocimiento de las Audiencias, se encuentran los robos con fuerza en las cosas cualificados o los robos con violencia o intimidación o los delitos de caza y pesca o los de estafa o apropiación indebida.

Como no parece que sea razonable que, antes de la entrada en vigor del Código Penal, se modifique el mismo para modular las penas señaladas a las distintas infracciones y como, teniendo en cuenta la situación económica y los compromisos de adaptación para la integración en la Unión Europea, tampoco parece que pueda esperarse una masiva creación de Secciones en las Audiencias Provinciales, lo que con mayor grado de probabilidad puede ocurrir es que se modifique la Disposición final primera de la Ley Orgánica 10/1995 y, para el caso de que ello ocurra; parece razonable tomar en consideración algunas observaciones que se extraen de la práctica judicial, al menos en este territorio.

La distribución de competencias para el conocimiento y fallo de las causas atendiendo exclusivamente al criterio de la duración de las penas con las que estén conminados los delitos que determinan su incoación es inadecuado de la misma manera que inadecuado es para regular el tipo de procedimiento por el que las mismas se deban de ventilar, ya que lo que determina la complejidad del proceso no es la gravedad de la pena señalada al delito sino la complejidad de la conducta que en cada caso realza el tipo en cuestión.

Y es que la prevención general que cualquier sistema punitivo debe de cumplir no depende tanto de la gravedad de ésta como de su efectiva imposición, factor este último que, como es sabido, guarda muchas veces estrecha relación con la referida gravedad, hasta el punto de que, con referencia al todavía vigente Código Penal, muchas veces se ha tenido ocasión de comprobar que la represión de determinados atentados contra la libertad sexual no se producía, o se producía con excesiva benignidad, por el simplismo, y consiguiente automatismo, con el que estaban concebidos los ti-

pos de injusto y por la gravedad de las penas asignadas a los mismos. De esa manera los Tribunales, cuando se enfrentaban al dilema de imponer una pena de reclusión menor a accesos carnales conseguidos sin que el sujeto activo desarrollase un comportamiento nítidamente violento o intimidatorio o sin que el sujeto pasivo hubiese opuesto determinada resistencia, optaban por la absolución o por atenuar la pena con argumentos que no siempre eran correctos y casi nunca compartidos por amplios sectores de opinión.

En ese orden de cosas la experiencia en este territorio judicial señala que puede establecerse una relación, estadística al menos, entre la naturaleza y duración de la pena y su efectiva imposición por los Juzgados de lo Penal.

Dejando a un lado, como se dice en otro lugar de la presente Memoria, que las reglas de determinación de la pena solamente tienen vigencia, por regla general, cuando de determinar el grado mínimo de la misma se trata, es también un hecho constatado que el mayor porcentaje de disconformidades entre sentencias y acusaciones públicas tanto en cuanto al éxito total de la pretensión de condena como en cuanto a la determinación de la pena, se produce cuando la conminación prevista por la ley para la realización del tipo de injusto consiste en privación o restricción de libertad que, en el caso de tratarse de privación, necesariamente, tenga que imponerse con duración superior a la que permite dejar en suspenso su cumplimiento por aplicación de las reglas que regulan la remisión condicional.

En cambio, cuando la naturaleza de la pena es privativa o restrictiva de derechos, la coincidencia entre acusación pública y sentencia es casi total, al menos en cuanto al éxito de la pretensión de condena.

Tales consideraciones deberían de ser tomadas en consideración a la hora de distribuir las competencias para el conocimiento y fallo de los procesos penales, de manera que, si es que es irrenunciable la atribución de tales competencias a órganos judiciales unipersonales, la misma debía de hacerse, atendiendo a la gravedad de las penas, sí, pero conjugando dicho criterio con el de su naturaleza, aunque para ello fuese necesario recurrir al sistema de enumeración como se ha hecho para determinar la competencia del Tribunal del Jurado (Ciudad Real).

M) ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LOS CRITERIOS SEGUIDOS  
EN EL NUEVO CODIGO PENAL PARA ESTABLECER  
LA PUNICION DE ALGUNOS TIPOS DE INJUSTO

Pero no es solamente que los criterios del legislador del Código Penal vayan a producir importantes consecuencias en la distribución de la carga de trabajo que pesa sobre los distintos órganos judiciales encargados del fallo de las causas sino que, en algunas ocasiones, tales criterios revelan que, con independencia de que expresen en mayor o menor medida la vigencia del principio de proporcionalidad, puede resultar desconocido otro principio capital tanto en la elaboración como en la aplicación de las normas: el principio de igualdad. Veámoslo en algunos ejemplos.

a) *Delitos de desórdenes públicos  
y contra la libertad religiosa*

El delito de desórdenes públicos se tipifica en el nuevo Código Penal de manera semejante al vigente aunque ampliando el campo de conductas punibles en el caso de obstaculización de vías públicas ya que añade también los accesos a las mismas, si bien tanto en el de las vías como en el de los accesos a las mismas es necesario que dicha obstaculización represente un peligro para quienes por las mismas circulen. La sanción con la que se conmina la ejecución de dichas conductas es la de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder conforme a otros preceptos del propio Código (cfr. art. 557).

El artículo 553 del nuevo Código tipifica un delito contra la libertad religiosa consistente en la interrupción, el impedimento o la perturbación de actos, funciones, manifestaciones o ceremonias de confesiones religiosas debidamente inscritas en el registro del Ministerio del Justicia e Interior mediante el empleo de amenazas, violencia, tumulto o las vías de hecho, que se castiga con la pena de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier lugar salvo que se trate de lugar destinado al culto, en cuyo caso la pena alcanza una inusitada gravedad, ya que es la de prisión de seis meses a seis años.

Si se comparan las penas establecidas en ambos casos con las del vigente Código Penal se observa que en éste la ejecución de ambos delitos (cfr. arts. 207 y 246) está conminada con la misma pena, que es la de prisión menor, por lo que el legislador ha optado por atenuar el castigo de la perturbación de la paz pública cometido violentamente y actuando en grupo, aún cuando con tal acto se ponga en peligro la seguridad de quienes circulen por las vías públicas, mientras que mantienen, nominalmente al menos, la sanción para cuando dicho comportamiento se desarrolle en lugares destinados al culto y se lleve a cabo con la finalidad de perturbar la ceremonia religiosa, aunque del mismo no derive peligro alguno para los concurrentes. Y decimos mantener nominalmente la gravedad de la sanción porque, en realidad, lo que el legislador hace es agravarla, tanto por el nuevo régimen que se instaura para la determinación de la pena, que permite recorrerla en toda su extensión en ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (cfr. art. 66, regla 1.<sup>a</sup>), como por el nuevo régimen de cumplimiento, del que han desaparecido los mecanismos habituales que vienen facilitando notables acortamiento de las penas.

#### b) *Delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*

El artículo 463 del nuevo Código Penal sancionar con la pena correspondiente la incomparecencia a juicio oral que provoque la suspensión del mismo cuando el acusado se encuentre en situación de prisión preventiva, estableciéndose una agravación cuando dicha incomparecencia fuese del procurador, del abogado o del representante del Ministerio Fiscal y una agravación todavía más intensa cuando dicha incomparecencia fuese del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerciese las funciones de Secretario.

En principio nada habría que oponer al criterio que parece inspirar la gravedad de las sanciones: el órgano judicial ocupa una posición prevalente en el proceso y, por ende, el incumplimiento de sus obligaciones es merecedor de mayor gravedad de la sanción.

Sin embargo, no parece que haya sido ése el criterio que inspirase al legislador en la determinación de la gravedad de las san-

ciones, ya que poco después, en el artículo 466, se sanciona la revelación de actuaciones procesales y ahora la gravedad de la sanción se gradúa, de menor a mayor gravedad, conforme se expresa a continuación: la sanción más leve está prevista para los particulares, agravándose para los abogados y procuradores y, con mayor gravedad, para los Jueces o miembros del Tribunal, representantes del Ministerio Fiscal, Secretarios Judiciales o cualquier funcionario de la Administración de Justicia.

Ciertamente que el deber de secreto debe de exigirse con mayor rigurosidad e intensidad a los funcionarios públicos que a quienes no lo sean, pero también es cierto que desde siempre se había reconocido que los abogados y procuradores intervinientes en la sustanciación de un proceso participan en el ejercicio de funciones públicas conforme a lo dispuesto en el artículo 119 del vigente Código Penal y en el artículo 24.2 del futuro Código, ya que utiliza la misma fórmula.

c) *Delitos contra instituciones del Estado y contra el honor*

Aunque por algunos sectores de la doctrina se haya venido reclamando la supresión del delito de injurias o calumnias contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, cuya punición se realizaba de manera alambicada a través del párrafo tercero del artículo 467 del vigente Código Penal puesto en relación con los preceptos sustantivos correspondientes, tal petición no ha sido oída por el legislador pese a que erróneamente fuese saludada con alborozo la desaparición del párrafo tercero del artículo 467, que no fue tal sino un simple cambio de su colocación sistemática, ya que desde el Proyecto de 1992 el tipo aparecía de manera autónoma dentro de los delitos contra las instituciones del Estado, correspondiéndole en el Proyecto del 92 el número 493 de su articulado y en el texto definitivo el número 505.

Pero no es sobre la necesidad o conveniencia de mantener tal tipo de injusto sobre el que ahora nos proponemos reflexionar sino sobre su extensión y sobre su sanción.

En cuanto a la extensión, si se toma en consideración el artículo anterior, es decir, el 504, son sujetos pasivos del tipo, por una parte, los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguri-

dad (art. 505) y, por otra, el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Consejo de Gobierno o Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas (art. 504). La protección del Poder Legislativo contra este tipo de conductas se realiza con anterioridad.

El ámbito de la protección es diverso según la naturaleza del sujeto pasivo, ya que cuando se trata de los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, la protección solamente se extiende frente a las conductas constitutivas de injurias o amenazas graves, mientras que en los demás casos la protección se articula también frente a las amenazas.

Por lo que respecta a la sanción en uno y otro caso es la misma: multa de doce a dieciocho meses.

Pero lo que llama la atención es, por una parte, la ausencia de protección del Ministerio Fiscal, cuya naturaleza de órgano constitucional es indudable y cuya protección, como tal, brilla por su ausencia, salvo que se piense que debe de incluirse dentro de las clases del Estado; por otra, que la protección del Poder Judicial se agote en el Consejo General del Poder Judicial y en el Tribunal Supremo de la Nación o de las Comunidades Autónomas.

De esa manera, la protección, tanto del Ministerio Fiscal en su conjunto como de los miembros del Poder Judicial que no formen parte de los órganos mencionados, frente a tales conductas (injurias, calumnias o amenazas) únicamente se puede articular a través de los delitos contra el honor, cuya sanción, lógicamente, es de menor gravedad, ya que los sujetos pasivos de los mismos son ciudadanos que no ejercen funciones públicas (Ciudad Real).

Sus comentarios se encuentran en la Intervención del Fiscal en Procesos civil, laboral y contencioso-administrativo:

En efecto, estimamos de capital importancia clarificar la regulación legal de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional no penal, pues si bien es cierto que es en el ámbito del proceso penal donde se esperan los cambios legislativos de mayor importancia con la tan anunciada asunción de la función instructora, no se debe olvidar que la masiva atribución de funciones en los restantes ordenes jurisdiccionales operada con postertoridad a la entrada en vigor del vigente Estatuto de 1981 hace que sea conveniente reflexionar sobre los medios con los que se cuenta y la for-

ma con la que el Ministerio Fiscal debe actuar para asumir con eficacia las nuevas funciones encomendadas.

Creo pues que, con carácter general, la regulación legal de la entrada del Fiscal en los procesos civil, laboral y contencioso-administrativo debe partir necesariamente de los siguientes presupuestos:

1. Que mientras no se modifique sustancialmente la planta y otros aspectos organizativos, debe acabarse con la desmesurada atribución de competencias, porque ello convierte en letra muerta la previsión legal de la intervención del Fiscal, dada la imposibilidad de atender todas las funciones encomendadas, originando, cuando se produce la coincidencia de señalamientos, el que se tenga que hacer una selección de asuntos para dejar de comparecer en aquellos en que su falta de presencia no implica la suspensión del trámite, como suele ocurrir, por ejemplo, con la información testifical en la declaración de herederos *ab intestato* (art. 980 de la LEC); con la comparecencia en el juicio de menor cuantía de incapacidad (art. 691), por entender que dado que la pretensión es indisponible su no comparecencia no implicará el sobreseimiento del proceso; con las vistas de ciertos procesos matrimoniales, etc.

2. Una vez prevista la intervención del Fiscal en un proceso determinado, debe regularse adecuadamente su función en el mismo; esto es, la naturaleza, características y límites de su intervención, siendo recusable acudir a la inexpresiva fórmula de «el Ministerio Fiscal será parte» o «intervendrá el Ministerio Fiscal» porque ello no aclara nada, como puede observarse, por poner un ejemplo, en los procesos matrimoniales cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes (Disposición adicional octava de la Ley 30/1981, de 7 de julio) en los que, pese a su aparente claridad, la norma no le legitima sin más para intervenir sobre todos los puntos que se sometan a la decisión Judicial y las incidencias del proceso, pues no hay que olvidar que conforme al artículo 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el actor puede acumular en su demanda, con determinadas condiciones, cuantas acciones le competan contra el demandado, y entre tales pretensiones unas afectaran a los intereses de aquellas y otras seran de naturaleza exclusivamente privada sobre las que el Fiscal carecera de legitimación al no darse los presupuestos insti-

tucionales que la justifiquen, por lo que creo que deberá abstenerse de intervenir, por poner un ejemplo, respecto de las pretensiones que se refieren a alguno de los extremos contenidos en las letras D y E del artículo 90 y números 4 y 5 del artículo 103 del Código Civil (liquidación del régimen económico matrimonial, pensión por desequilibrio económico, régimen de administración y disposición de los bienes privativos, etc.) e incluso en el incidente de solicitud del beneficio de justicia gratuita (en contra la Consulta núm. 10/1985, de 11 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado).

Otro ejemplo, esta vez sacado del orden jurisdiccional social tratara de aclarar la cuestión. Se trata del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical en el que, pese a la aparente claridad del artículo 174.3 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral dispone «que el Ministerio Fiscal sera siempre parte en estos procesos», estimo que su intervención debe quedar limitada al examen de los motivos fundados en la lesión de la libertad sindical, sin pronunciarse sobre otros motivos que eventualmente haya podido acumularse en el pleito en los excepcionales casos permitidos por el artículo 181 de la Ley.

3. Por último, debe regularse su intervención de tal forma que pueda ser eficaz, lo que no ocurrirá si, por el hecho de entender que normalmente es una parte en el proceso, se le obliga a someterse a los mismos trámites procesales que a las demás partes. La práctica ha demostrado que el Fiscal normalmente esta en inferioridad procesal con estas, que es lógico que tengan un conocimiento del asunto mucho mas amplio que el que tiene el Fiscal, necesariamente limitado a lo que consta en los autos. Así, no es infrecuente que el Fiscal al despachar algún trámite tenga que hacerlo de manera puramente formalista o ritual, negando los hechos, por ejemplo, hasta que la prueba que se practique no los demuestre —así, en la contestación a la demanda en los procesos matrimoniales, de incapacitación, de protección al derecho al honor..., etc.—; criterio que incluso está amparado por la Superioridad (vid. *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986*, página 285 y la Circular 3/1986, de 10 de junio, sobre «Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio»); o que deba hacer elucubraciones teóricas para «salvar el trámite» correspondiente.

El ejemplo más claro de esto último puede ser el informe que ha de evacuar el Fiscal en la pieza separada de suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado que se abre en el proceso contencioso administrativo especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; informe que ha de emitirse con los solos datos parciales e interesados que el recurrente ha estimado oportuno señalar en su escrito de recurso, sin que se haga ninguna prueba y sin conocer las alegaciones que en apoyo de la efectividad del acto administrativo pueda hacer la Administración demandada, pues el trámite es común para el Fiscal y el Abogado del Estado.

Concluyendo, creo que debe proclamarse claramente que si el Fiscal es parte lo es sólo con carácter formal, pero no materialmente. El mismo Tribunal Constitucional ha negado que el Ministerio Fiscal sea una «parte parcial», aduciendo su falta de interés directo sobre el fondo del asunto, leyéndose en la Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre que «el Ministerio Fiscal no es una parte privada, dada su misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley».

Es por ello que su posición en el proceso debe ser privilegiada, asignándole una función de inspección procesal que puede ser incompatible con su actual concepción de «parte». Ello implica, descendiendo al terreno práctico, que se prescinda de despachar trámites inútiles como, me atrevería a decir, la contestación a la demanda, permitiéndole una intervención activa y eficaz en la práctica de las pruebas propuestas por las partes y en las que el mismo solicite; que pueda denunciar, en cualquier momento en que tenga conocimiento de ello, la falta de adecuación del procedimiento, de la concurrencia de los presupuestos procesales y de otras excepciones oponibles y, lo que es fundamental, que su posición sobre el litigio esto es la contestación sobre el fondo, la haga una vez finalizado el pleito, después de conocer la prueba y poder contrastar adecuadamente tanto las alegaciones del actor como las del demandado, bien en trámite de informe escrito u oralmente en el acto de vista pública.

Como es natural el mantenimiento de la presencia del Fiscal en dichas áreas jurisdiccionales, debería ir acompañado de la in-

clusión expresa de dicho contenido en lo que hoy constituye el actual artículo 3.º del Estatuto, y de modo específico, delimitar nuestra posición en la apasionante fase de la instrucción penal (Albacete).

N) LA ADAPTACION Y DESARROLLO DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE

*Primera: Que en la propia sentencia que declare la incapacidad de la persona, se admita la posibilidad no sólo de determinar el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 del CC), sino también la de designar la persona o Institución concreta que haya de desempeñar el cargo tutelar, siempre que esta cuestión haya sido objeto de examen en el procedimiento en los términos previstos en el artículo 231 del Código Civil.*

Como quiera que tal posibilidad es frecuente en la práctica se podría evitar, procediendo de este modo, el tener que acudir a un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria para nombrar tutor después de haber superado el procedimiento contencioso de declaración de incapacidad, duplicando los mismos trámites de audiencia que ya tuvieron lugar en el procedimiento principal con lo que ello conlleva de sencillez, celeridad y economía procesal.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de Julio de 1993 no admite tal posibilidad e incluso reprocha a los órganos de instancia el haber procedido a nombrar tutor en el mismo proceso declarativo pero, sin embargo, *no casa la sentencia*.

Como han señalado algunos comentaristas de la misma, «*existían buenas razones para no hacerlo*», llegando a afirmar que «*la decisión legal de disociar incapacitación y nombramiento de tutor constituye desde el punto de vista procesal un desacierto desde una consideración razonable de política legislativa*» añadiendo que «*Razones de economía Procesal y la mayor tutela asociada a un procedimiento contencioso ordinario hace que carezca de sentido reiniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre este particular*».

*Segunda: Que se establezca un fuero único de competencia judicial para conocer de todas las cuestiones que afecten a la persona*

*o patrimonio del tutelado correspondiente al Juez que dictó la sentencia de declaración de incapacidad.*

Si, como pretende la reforma de 1983, se quiere controlar judicialmente («Tutela de Autoridad» —arts. 232 y 233 del CC—) el ejercicio de la tutela, es preciso que un sólo Juez conozca de todas las pretensiones que afectan a la persona (internamiento, esterilización, etc...) o patrimonio (ventas, arrendamientos, préstamos, etc...) del tutelado.

Ello no es fácil atendiendo a los distintos fueros de competencia que contempla el artículo 62 (núms. 17, 18, 19, 23 ) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que puede resultar coherente con el anterior planteamiento de la tutela de control familiar, pero que en absoluto responde al sistema de Tutela de autoridad porque dispersa entre órganos judiciales inconexos el conocimiento de las distintas pretensiones que afectan al tutelado.

La solución pasaría por encomendar el conocimiento de todas estas cuestiones al Juez que dictó la sentencia de declaración de incapacidad y/o nombramiento de tutor que es el que mayor conocimiento debe tener de las circunstancias del tutelado.

De este modo el procedimiento judicial se convertiría en punto único de referencia de toda la «vida jurídica» del mismo y facilitaría el control de las rendiciones anual/final de cuentas (arts. 269.4.º y 279 del CC).

El Juez al que corresponde conocer del procedimiento de declaración de incapacidad es el del domicilio del demandado (art. 62.1.º de la LEC). Como es posible que este pueda cambiar de domicilio a lo largo de su vida y pueda resultar muy gravoso el obligar al tutor a acudir ante el Juzgado que dictó la sentencia de incapacidad, la continuidad en el control pasaría porque el Juez correspondiente al nuevo domicilio recabase los oportunos testimonios del procedimiento seguido ante el órgano judicial del domicilio anterior.

*Tercera: Que se regule el ejercicio de la tutela por personas jurídicas públicas y privadas, en especial lo relativo al aspecto personal de la misma en base a la obligaciones que a los tutores atribuye el artículo 269 del Código Civil (Procurar alimentos, educar, promover la recuperación de la capacidad y su mejor inserción social) ámbito este*

en el que está llamado a jugar un importante papel «El Voluntariado» (Córdoba).

#### Ñ) PROPUESTAS DE SIMPLICIDAD Y FLEXIBILIDAD

*Primera: Reducir los actos necesitados de autorización judicial previa a aquéllos más relevantes.*

Tratándose de operaciones que afectan al patrimonio del tutelado, la autorización previa podría sustituirse por la mera «comunicación» al Juzgado cuando su trascendencia económica fuese poco relevante. Así ocurre frecuentemente en caso de operaciones respecto de inmuebles sobre los cuales el tutelado ostenta únicamente una pequeña participación cuyo valor económico es poco significativo.

La propuesta no constituye ninguna novedad en nuestro Ordenamiento Jurídico, así en la relación que existe entre el Protectorado de una Fundación y la Fundación misma, estructuralmente semejante a la que se produce entre la Autoridad judicial y el Tutor, la reciente Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994 en su artículo 19 relativo a la enajenación y gravamen de bienes de las Fundaciones, distingue entre la necesidad de previa *autorización* por el Protectorado o de *comunicación inmediata* al mismo dependiendo del carácter o entidad de la operación.

Una vez recibida la comunicación, el Juzgado tiene posibilidad de intervenir si estima que la operación no es conveniente y, en todo caso, cuenta con información sobre la misma a efectos de las oportunas rendiciones de cuentas (arts. 269.4.º y 279 del CC).

*Segunda: Permitir la posibilidad de control mediante la convalidación o aprobación posterior del acto realizado en situaciones de urgencia o cuando la naturaleza del acto lo haga conveniente.*

Un tímido avance en esta línea se ha producido con la modificación de los artículos 271.4.º y 273 del Código Civil en virtud de la Ley 1/1996 de 15 de Enero de «Protección Jurídica del Menor».

De acuerdo con esta modificación, «No necesitarán (ya) autorización judicial la partición de la herencia ni la división de la cosa

común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial» (art. 272 del CC).

El artículo 273 del Código Civil en su nueva redacción habla ya coherentemente con lo anterior de que el Juez «Antes de autorizar o aprobar...».

Para situaciones de urgencia existía ya el precedente del internamiento involuntario urgente (art. 211 del CC) que se produce de modo inmediato y sólo *a posteriori* interviene la Autoridad Judicial aprobando o reprobando el acto.

Aunque el procedimiento para obtener la autorización judicial previa a la realización del acto no tiene por que dilatarse en el tiempo no es extraño que supere aquél que se estima idóneo o necesario para llevarlo a cabo. (Ej. Consecución de un préstamo para evitar un desahucio inminente, interposición de demanda para evitar una prescripción próxima de la acción, etc...)

En estos casos debería bastar la previa comunicación al Juzgado y el control posterior de la operación.

*Tercera: Posibilidad de dispensar a los tutores de la obligación de ejecutar la venta de los bienes en pública subasta, tal y como ocurre cuando la venta la realizan los padres (art. 2.015 de la LEC).*

Sin entrar en la cuestión sobre la vigencia o no de este artículo y procedimiento en función de su derogación o no por el artículo 273 del Código Civil, lo cierto es que la mayor exigencia legal a los tutores respecto de los padres, no es sino manifestación de una norma de cultura pues la conciencia popular también otorga distinto significado a la Patria Potestad y a la Tutela en cuanto a la presunción de afecto y cariño respecto del hijo o tutelado que a la postre acaba teniendo consecuencias jurídicas materializadas en la exigencia de un mayor control a los tutores.

Lo cierto es que en la actualidad este mecanismo de garantía es poco efectivo y las más de las veces se vuelve en perjuicio de la persona a la que se pretende proteger por ello, se considera urgente una reforma que establezca expresamente la posibilidad de dispensar de este requisito en las ventas solicitadas por los tutores. La garantía que depara puede sustituirse por la obligación de rendir ante el Juez cuenta justificada de la operación y del destino del precio o cantidad de dinero obtenidos.

*Cuarta: Posibilidad de dispensar de la prohibición de disponer a título oneroso de bienes del tutelado contenida en el artículo 221-3.º del Código Civil.*

La prohibición no está exenta de justificación pero puede llevar a situaciones poco equitativas pues impide al tutor el adquirir los bienes del tutelado sobre los que puede tener interés incluso afectivo por pertenecer a la familia, etc... obligándole, en caso de necesidad/utilidad para el tutelado, a ponerlos en el mercado donde quizás no obtenga el precio que él mismo estaría dispuesto a dar.

Para supuestos excepcionales y con un control judicial cualificado que se materializaría en la exigencia de autorización judicial previa y aprobación posterior del acto con rendición de cuenta de la operación y justificación del destino del precio obtenido, podría salvarse la prohibición absoluta de llevar a cabo este tipo de actos por el tutor.

*Quinta: Potenciar el cumplimiento de la rendición anual y final de cuentas y del principio de intermediación mediante la celebración de una comparecencia judicial con citación del tutor, del Fiscal y del tutelado cuando se considere preciso.*

El cumplimiento del requisito de rendición de cuentas por los tutores es por lo general deficiente al igual que la exigencia en este sentido por la Autoridad Judicial y el Ministerio Fiscal a quienes incumbe la vigilancia del ejercicio de la Tutela.

En el año 1983 cuando entró en vigor la Reforma existía un cierto consenso sobre la dificultad de llevar a cabo este control pues como ya se puso de manifiesto en la propia discusión parlamentaria, existía la duda razonable acerca de si los Juzgados con la falta de medios, lentitud y exceso de trabajo que los caracteriza, iban a poder desempeñar la misión que se les encomendaba. El senador Portabella I Rafols ya señaló en el curso de los debates que ...«*Con el Poder Judicial tal y como está ahora, esta ley no se puede aplicar pero ello de ninguna manera nos puede hacer dimitir de nuestra obligación de legisladores, de nuestra obligación de hacer leyes perdurables y con proyección de futuro.*»

Son palabras del año 1983, desde entonces se ha realizado un gran esfuerzo por dotar a la Administración de Justicia de medios por lo que en la actualidad se está en mejores condiciones de atender los requerimientos de la ley.

La rendición de cuentas en el marco de una comparecencia con asistencia del Ministerio Fiscal podría convertirse en la piedra angular del control de la tutela y posibilitaría el contacto con los tutores quienes podrían plantear directamente sus preocupaciones o inquietudes a los órganos encargados de velar por que el ejercicio de la misma repercuta de la manera más favorable en los derechos del tutelado (Córdoba).

#### O) PROPUESTAS EN RELACION CON ALGUNAS LAGUNAS LEGALES

*Primera: En relación con la práctica de intervenciones quirúrgicas graves o el sometimiento de estas personas a determinados tratamientos médicos es preciso regular los procedimientos para sustituir la voluntad del incapacitado, o para comprobar la fiabilidad de su consentimiento o disenso al respecto.*

En lo que se refiere al sometimiento a tratamiento médico no consentido, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado los trámites y garantías que han de rodear la medida terapéutica de «internamiento» (art. 211 del CC).

En lo tocante a la realización de intervenciones quirúrgicas sobre estas personas, se ha regulado expresamente el modo de proceder frente a una solicitud de «esterilización» (art. 156 del CP).

Existen, sin embargo, otros muchos supuestos frente a los cuales los profesionales de la Medicina y de la Justicia no sabemos a que atenernos. No contamos con criterios legales para actuar frente a la práctica de una intervención quirúrgica de las que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, precisan de consentimiento escrito del usuario y éste se niega a dar su consentimiento o no se encuentra en condiciones ni de consentir ni de disentir y carece de familiares o allegados que respondan por él (art. 10.6 b).

Un caso particular lo constituye el aborto que, cuando existe indicación médico-legal para llevarlo a cabo, exige como requisito previo e ineludible para su realización, «*el consentimiento expreso de la mujer embarazada*».

¿Qué ocurre cuando lo solicita el tutor? o ¿cuándo lo solicita directamente una mujer que no se encuentra judicialmente inca-

pacitada pero existe motivo para pensar que se encuentra incurso en causa de incapacitación?

No hay procedimiento previsto. Hay que acudir a ficciones o normas deontológicas por lo que sería conveniente colmar esta laguna.

*Segunda: Las responsabilidades de los tutores frente a la Hacienda Pública adolecen de imprecisión y en ocasiones son poco equitativas.*

Convendría abordar legislativamente esta cuestión.

Este conjunto de propuestas no pretenden sino acomodar la institución de la tutela a la realidad actual y facilitar su ejercicio a los tutores lo cual debe ser un principio que presida la configuración legal de la misma sin perjuicio del adecuado y más inmediato control judicial porque, a la postre, todo ello ha de redundar en una mejor protección de los tutelados (Córdoba).

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995, modificada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, incurre en un error que consideramos necesario resaltar al incidir en la figura del Ministerio Fiscal.

El artículo 69, Acta de las Sesiones, en su número 2 señala que «El acta se leerá al final de cada sesión, y se firmará por el Magistrado Presidente, los jurados y los abogados de las partes».

La omisión que se hace al Fiscal que haya intervenido en las sesiones, quedaría salvada si consideramos supletorio el artículo 743, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Consideramos, no obstante, que esta omisión debe ser subsanada tanto por constituir un importante error material, como por la función y dignidad que siempre debe poseer el Ministerio Fiscal (Gerona).

### CAPITULO III

#### EVOLUCION DE LA DELINCUENCIA

##### A) MODIFICACIONES EN LOS CUADROS ESTADISTICOS

###### DE LA MEMORIA

En la reunión de Fiscales Jefes que se celebró en la localidad de Mojácar en el mes de febrero de 1995, uno de los temas objeto de estudio fue el de la estadística anual que se recoge en la Memoria de cada Fiscalía y que se agrupa en los cuadros estadísticos que figuran como anexo al final de las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado.

Las líneas o principios generales sobre esta materia que inspiraron los trabajos de Mojácar se recogen en la Memoria del ejercicio anterior en el apartado A), titulado «Estadística y criminalidad», del Capítulo III (págs. 139 a 142). Allí se señalan como criterios generales los siguientes:

- La necesidad de elaborar tal estadística es indudable.
- La estadística ha de ser real y fiable. Sólo desde esa premisa valdrá la pena el esfuerzo que implica su confección anual.
- La obtención de los datos ha de ser lo más sencilla posible.
- Se hace absolutamente imprescindible el apoyo de un programa informático unificado.

Partiendo de tales postulados las líneas de trabajo se han desarrollado en dos vertientes.

— Por una parte, en colaboración con el Ministerio de Justicia, se trabaja en la elaboración de un programa informático que se vaya implantando progresivamente en las Fiscalías y que permita ir registrando las diferentes causas y su evolución procesal de forma

uniforme, arrojando a final del año la mayoría de los datos que configuran la estadística interesada desde la Fiscalía General. Se estimó que el sistema informático que en el orden penal venía funcionando en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, una vez efectuadas las oportunas mejoras y adecuaciones a las novedades legislativas, debería ser implantado progresivamente en todas las restantes Fiscalías por el Ministerio de Justicia. Actualmente ese programa se ha reformado para su mejora e implantado en alguna Fiscalía, hallándose pendiente de su incorporación a la mayor parte de éstas. A ello habrá de sumarse, la confección, en una ulterior fase, de programas informáticos para los restantes órdenes jurisdiccionales o campos de actuación, diferentes al penal, en que interviene el Ministerio Público.

— De otra parte, como segunda línea de actuación, se ha modificado la estructura de los «estados» o cuadros estadísticos que se recogen en la Memoria. Como puede observarse difieren sustancialmente de los de años anteriores.

Los estados anexos a la Memoria correspondientes a los procedimientos penales ya fueron objeto de una importante reforma por la FGE en 1990, lo que tuvo su reflejo en la Memoria de 1991, con ocasión de su necesaria acomodación a la reforma procesal operada por la Ley 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado en nuestro sistema procesal.

Ha sido necesario abordar una nueva reforma de dichos estados. Algunas modificaciones legislativas, tanto procesales como sustantivas, han supuesto la introducción de novedades de obligado tratamiento en la estadística. La creación en nuestro sistema procesal por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de los denominados «juicios rápidos» o la introducción del procedimiento del Tribunal del Jurado por la Ley Orgánica 5/1995, son muestra elocuente de la necesidad de dicha actualización.

De otra parte, se recogían en los anteriores estados una abrumadora cantidad de datos. No todos atinentes al Ministerio Público (piénsese, por ejemplo, en los juicios civiles ejecutivos o en los declarativos ordinarios a que se refería el anterior estado C3), por lo que interesaba la adaptación de los estados para consignar aquellos extremos afectantes al Ministerio Fiscal y, de otro lado, eliminar los datos que no tuvieran interés en la función del Ministerio Público, simplificando en definitiva los mismos.

El programa informático unificado que se irá implantando en todas las Fiscalías contiene una aplicación que coincide con la estadística que se solicita a través de estos nuevos estados anualmente por la Fiscalía General del Estado. El sistema informático debe permitir directamente la respuesta exacta a la estadística interesada desde la Fiscalía General del Estado.

En la confección de los nuevos estados de estadística que ya se recogen en esta Memoria se ha seguido un método de trabajo por el cual se ha solicitado informe a las diferentes Fiscalías, recogándose bastantes de las propuestas efectuadas.

## B) EN EL ORDEN CUANTITATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS

1) Como ya es habitual debe comenzarse este apartado comparando el total de las diligencias previas incoadas en el año, en el bien entendido que este dato, como ya se ha señalado en multitud de ocasiones, no tiene exacta correspondencia con el número de hechos delictivos cometidos, pese a lo cual constituye un dato significativo de la evolución o tendencia de la litigiosidad penal.

— En 1995 se incoaron 2.733.020 diligencias previas frente a las 2.563.379 del año anterior, lo que supone un incremento de 169.641 diligencias y representa un aumento de un 6,61 por ciento del total incoado.

En el siguiente cuadro evolutivo se aprecia con claridad el incremento de este índice (diligencias previas iniciadas cada año) en la última década:

1985 .....	1.142.106	+ 59.971 =	+ 5,54%
1986 .....	1.236.909	+ 94.803 =	+ 8,30%
1987 .....	1.338.309	+101.400 =	+ 8,19%
1988 .....	1.423.617	+ 85.308 =	+ 6,37%
1989 .....	1.522.340	+ 98.723 =	+ 6,93%
1990 .....	2.047.481	+525.141 =	+34,00%
1991 .....	2.089.120	+ 41.639 =	+ 2,00%
1992 .....	2.245.432	+156.312 =	+ 7,00%
1993 .....	2.426.049	+180.617 =	+ 8,04%
1994 .....	2.563.379	+137.330 =	+ 5,66%
1995 .....	2.733.020	+169.641 =	+ 6,61%

En cuanto al número total de juicios de faltas es de señalar que las Fiscalías de Tenerife y Málaga no suministran alguno de los índices solicitados. Con todo ello, es decir, formando la comparación con los datos de las restantes Fiscalías el número de juicios de faltas incoados durante 1995 ascendió a 450.852, representando un incremento del 10,41 por ciento, es decir, 41.543 asuntos sobre los del ejercicio pasado. Se mantiene en parecidos términos el incremento del número total de juicios de faltas que ya se observó en el año anterior y que se situó en el 9,22 por ciento.

En el cuadro siguiente puede verse la evolución seguida en la última década en los juicios de faltas:

1985 .....	1.077.388	+123.857 =	+12,98%
1986 .....	1.240.665	+163.277 =	+15,15%
1987 .....	1.371.013	+130.348 =	+10,50%
1988 .....	1.158.626	-212.387 =	-15,49%
1989 .....	1.442.550	+283.924 =	+24,50%
1990 .....	551.397	-891.153 =	-61,00%
1991 .....	380.867	-170.530 =	-44,00%
1992 .....	365.900	-14.967 =	-4,00%
1993 .....	374.728	+8.828 =	+ 2,41%
1994 .....	409.309	+34.581 =	+ 9,22%
1995 .....	450.852	+ 41.543 =	+10,14%

2) A continuación hemos de considerar el número de diligencias previas y de juicios de faltas en cada provincia y en las Comunidades Autónomas.

En el cuadro siguiente se observa la evolución de las diligencias previas por Comunidades Autónomas:

	1994	1995	±	(%)
Andalucía .....	542.988	579.467	+36.479	+6,71
Aragón .....	73.115	76.133	+3.018	+4,12
Asturias .....	42.897	45.074	+2.177	+5,07
Baleares .....	67.942	71.191	+3.249	+4,78
Canarias .....	147.271	150.133	+2.862	+1,94
Cantabria .....	29.090	31.565	+2.475	+8,50
Castilla y León .....	112.939	117.520	+4.581	+4,05
Castilla-La Mancha	72.391	77.734	+5.343	+7,38
Cataluña .....	420.406	441.000	+20.594	+4,89
Extremadura .....	50.790	56.341	+5.551	+10,92

	1994	1995	±	(%)
Galicia.....	140.364	152.076	+11.712	+8,34
Madrid.....	345.934	404.576	+58.642	+16,95
Murcia.....	56.321	67.732	+11.411	+20,26
Navarra.....	20.787	22.650	+1.863	+8,96
La Rioja.....	9.697	10.662	+965	+9,95
C. Valenciana.....	340.678	324.849	-15.829	-4,64
País Vasco.....	87.396	101.794	+14.398	+16,47

Llama la atención que en todas las Comunidades Autónomas, con la sola excepción de la Comunidad de Valencia que ha descendido en un 4,64 por ciento, haya habido incremento del número de las diligencias previas. Las Comunidades que han experimentado mayores aumentos han sido las de Murcia (20,26 por ciento), Madrid (16,95 por ciento), País Vasco (16,47 por ciento) y Extremadura (10,92 por ciento). Tanto Madrid como el País Vasco habían tenido el año anterior disminuciones del 6,5 por ciento y 4 por ciento, respectivamente. Extremadura y Murcia crecieron el año pasado en forma similar a como lo han hecho éste. El resto de Comunidades tuvo crecimientos que se sitúan entre el 1,94 por ciento de Canarias y del 4 por ciento al 9 por ciento de las restantes.

El cuadro comparativo de diligencias previas por provincias es el siguiente:

	1994	1995	±	%
Alava.....	11.747	11.972	+225	+1,92
Albacete.....	14.230	15.203	+973	+6,84
Alicante.....	100.461	111.599	+11.538	+11,09
Almería.....	30.895	34.570	+3.675	+11,90
Asturias.....	42.897	45.074	+2.177	+5,07
Avila.....	5.234	5.591	+357	+6,82
Badajoz.....	35.554	39.388	+3.834	+1,08
Baleares.....	67.942	71.191	+3.249	+4,78
Barcelona.....	294.472	307.853	+13.381	+4,54
Burgos.....	18.203	18.228	+25	+0,14
Cáceres.....	15.236	16.953	+1.717	+11,27
Cádiz.....	61.398	60.694	-704	-1,15
Castellón.....	34.106	35.687	+1.581	+4,64
Ciudad Real.....	24.311	25.610	+1.299	+5,34
Córdoba.....	45.788	55.245	+9.457	+20,65

	1994	1995	±	%
Coruña (La) .....	49.190	54.880	+5.690	+11,57
Cuenca .....	7.912	8.278	+376	+4,75
Gerona .....	54.240	56.850	+2.610	+4,81
Granada .....	50.737	57.483	+6.746	+13,30
Guadalajara .....	6.331	7.024	+643	+10,16
Guipúzcoa.....	29.239	32.167	+2.928	+10,01
Huelva.....	36.023	28.049	-7.974	-22,14
Huesca.....	8.788	8.834	+46	+0,52
Jaén .....	28.489	31.172	+2.683	+9,42
Las Palmas.....	82.119	83.078	+959	+1,17
León .....	19.740	20.685	+945	+4,79
Lérida.....	18.082	18.915	+833	+4,61
Logroño .....	9.697	10.662	+965	+9,95
Lugo .....	11.923	13.884	+1.961	+16,45
Madrid.....	345.934	404.576	+58.642	+16,96
Málaga.....	148.020	161.184	+13.164	+8,90
Murcia .....	56.321	67.732	+11.411	+20,26
Navarra .....	20.787	22.650	+1.863	+8,96
Orense.....	11.282	12.072	+790	+7,00
Palencia.....	9.646	10.496	+850	+8,81
Pontevedra .....	67.969	71.240	+3.271	+4,81
Salamanca.....	14.768	15.408	+640	+4,33
Santander.....	29.090	31.565	+2.475	+8,51
Segovia.....	5.682	5.704	+22	+0,39
Sevilla.....	139.612	151.435	+11.823	+8,47
Soria .....	4.005	4.215	+210	+5,24
Tarragona .....	53.612	57.382	+3.770	+7,03
Tenerife.....	65.152	67.055	+1.903	+2,92
Teruel.....	3.911	4.168	+257	+6,58
Toledo.....	19.537	21.619	+2.082	+10,66
Valencia .....	206.111	177.563	-28.548	-13,85
Valladolid .....	28.074	29.404	+1.330	+4,74
Vizcaya.....	46.410	57.655	+11.245	+24,23
Zamora .....	7.587	7.789	+202	+2,66
Zaragoza.....	60.416	63.131	+2.715	+4,49
Audiencia				
Nacional.....	2.376	2.158	-218	-9,17
Total .....	2.563.379	2.733.020	+169.641	+6,61

Del cuadro anterior cabe destacar que en todas las provincias, a excepción de Cádiz que ha disminuido en un 1,15 por ciento, de Huelva que disminuyó en un 22,14 por ciento y de Valencia que lo

ha hecho en un 13,85 por ciento (así como de la Fiscalía de la A. Nacional que disminuyó en un 9,17 por ciento su número de Previas), se han producido incrementos en el número de diligencias previas incoadas. Los mayores aumentos corresponden a Vizcaya, Murcia, y Córdoba, en todas ellas por encima del 20 por ciento. Con aumentos superiores al 10 por ciento se encuentran Alicante, Almería, Cáceres, La Coruña, Granada, Guipúzcoa, Lugo, Madrid y Toledo.

En cuanto al cuadro de juicios de faltas incoados durante el año en cada provincia, que se expone a continuación, destaca la enorme disparidad existente entre los porcentajes de aumento o disminución de las distintas provincias.

Los mayores incrementos, algunos de los cuales sólo tienen explicación si se piensa en distintos modos de registro o de cómputo de un año a otro del número de juicios de faltas debiendo haberse incluido ahora y no antes aquellas faltas que eran declaradas tales tras su tramitación como diligencias previas, se registraron en Badajoz, Barcelona, Burgos, La Coruña, Guipúzcoa, Jaén, León, Tarragona, Toledo y Zamora. Por contra, los descensos más notables se dieron en Castellón, Córdoba, Madrid, Palencia y Valencia.

El cuadro comparativo de los juicios de faltas por provincias es el siguiente:

	1994	1995	±	%
Alava .....	2.302	2.557	+255	+11,08
Albacete.....	2.906	2.876	-30	-0,10
Alicante .....	—	9.998	—	—
Almería.....	4.928	4.621	-307	-6,23
Asturias.....	11.629	10.432	-1.197	-10,30
Avila.....	2.411	2.633	+222	+9,20
Badajoz.....	3.865	4.614	+749	+19,38
Baleares.....	12.683	13.150	+467	+3,68
Barcelona.....	30.447	87.576	+57.129	+187,63
Burgos.....	2.936	3.508	+572	+19,48
Cáceres.....	2.063	2.045	-18	-0,87
Cádiz.....	26.580	28.301	+1.721	+6,47
Castellón.....	3.551	3.196	-355	-10,00
Ciudad Real.....	3.479	3.376	-103	-2,96
Córdoba.....	5.630	4.711	-919	-16,32
Coruña (La).....	9.632	11.205	+1.573	+16,33
Cuenca.....	1.006	940	-66	-6,56

	1994	1995	±	%
Gerona .....	9.771	10.737	+966	+9,89
Granada .....	11.193	10.703	-490	-4,38
Guadalajara.....	1.217	1.260	+43	+3,53
Guipúzcoa .....	5.991	8.467	+2.476	+41,33
Huelva .....	4.196	4.536	+340	+8,10
Huesca .....	901	1.025	+124	+13,76
Jaén .....	4.607	5.341	+734	+15,93
Las Palmas.....	11.009	10.050	-959	-8,71
León .....	2.979	3.971	+992	+33,30
Lérida .....	3.983	3.975	-8	-0,20
Logroño .....	2.896	2.936	+40	+1,38
Lugo .....	1.995	2.242	+247	+12,38
Madrid .....	67.175	52.383	-14.792	-22,02
Málaga .....	8.647	—	—	—
Murcia .....	10.579	11.584	+1.005	+9,50
Navarra .....	1.596	1.598	+2	+0,12
Orense .....	2.764	3.147	+383	+13,86
Palencia .....	1.917	1.705	-212	-11,06
Pontevedra .....	2.583	11.793	+9.210	+356,56
Salamanca .....	2.506	2.823	+317	+12,65
Santander .....	4.477	4.617	+140	+3,3
Segovia .....	2.073	2.219	+146	+7,04
Sevilla .....	16.475	18.869	+2.394	+14,53
Soria .....	868	943	+75	+8,64
Tarragona .....	4.491	5.730	+1.239	+27,59
Tenerife.....	—	—	—	—
Teruel.....	510	524	+14	+2,75
Toledo.....	2.312	4.212	+1.900	+82,18
Valencia .....	55.210	28.086	-27.124	-49,12
Valladolid .....	2.568	2.865	+297	+11,56
Vizcaya .....	27.785	28.315	+530	+1,90
Zamora .....	1.223	1.410	+187	+15,29
Zaragoza .....	6.762	7.047	+285	+4,21
Total .....	409.309	450.852	+41.543	+10,14

Es necesario señalar aquí que los datos que se comentan a continuación, así como otros más que se recogen en los correspondientes cuadros estadísticos anexos a esta Memoria relativos a los procedimientos por delitos cometidos en el año y a su tramitación se han visto afectados por la imposibilidad de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de aportar tales datos (a excepción del número total de diligencias previas y de faltas in-

coadas), lo que se ha debido a problemas con el obsoleto registro informático de dicha Fiscalía y de dificultades en la falta de colaboración de algunos órganos jurisdiccionales para suministrar determinados datos. Ante las inexactitudes a que hubiera podido llevar la inclusión de tales datos se ha optado por dejar tales casillas a cero, lo que deberá tenerse presente a la hora de contemplar los índices numéricos que se comentarán en los siguientes apartados.

3) El tratamiento procesal subsiguiente de las diligencias previas iniciadas.

Se analiza a continuación la suerte procesal seguida por las diligencias previas incoadas durante el año 1995.

Las diligencias previas tramitadas durante 1995 han sido 3.157.352, incluyendo las iniciadas a lo largo del año (2.749.828), las pendientes de conclusión (393.313) y las reabiertas de otros años (14.211). Por ello, concluidas durante 1995 lo han sido un total de 2.764.039 diligencias previas frente a la cifra de 2.577.087 del año 1994.

El modo de conclusión de esas diligencias previas ha sido el siguiente:

— Archivadas por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 789.5 1.º de la LECr.). Ascienden a un total de 409.114, que representan el 14,8 por ciento, cifra esta notablemente inferior a la del 20,6 por ciento del año anterior.

— Declaradas falta (art. 789.5.2 de la LECr.). Suman un total de 177.795, que representa el 6,43 por ciento del total. Esa cifra es menor que la de los dos años anteriores (el -8,21 por ciento en 1994 y el 7,28 por ciento en 1993).

— Archivadas por no ser conocido el autor (art. 789.5.1 de la LECr.). Suponen un total de 1.516.159, lo que supone el 54,8 por ciento del total de las diligencias concluidas. En 1994 se situó en el 58,2 por ciento.

Finalmente, es de señalar que las tramitadas por procedimiento abreviado ascendieron a 126.666 competencia del Juez de lo Penal y 7832 de la competencia de la Audiencia Provincial; fueron convertidas en sumario 2056 y transformadas en Ley del Jurado un total de 37, que corresponden en definitiva a un período de un mes y una semana dado que la Ley del Jurado tuvo su entrada en vigor el 24 de noviembre de 1995.

Es de suponer que la proporción entre las cifras de incoación de abreviados competencia del Juez de lo Penal y de la Audiencia vaya en el año próximo a sufrir una importante alteración, a raíz de la modificación del reparto competencial operado por el nuevo Código Penal al dar nueva redacción a los artículos 14 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que, sin duda, obliga a adoptar medidas de reestructuración Audiencia Provincial-Juzgado de lo Penal.

### C) EN EL ORDEN CUALITATIVO O DE LA NATURALEZA DE LOS DELITOS COMETIDOS

Por ser los de mayor incidencia numérica comenzaremos por los delitos contra la propiedad, que han supuesto este año el 62,7 por ciento del total de las diligencias previas incoadas. Tal cifra ha descendido ligeramente respecto de los años anteriores en que se situó en el 65,7 por ciento en 1994 y en el 67,6 por ciento en 1993.

Dentro de los delitos de robo hay que distinguir entre las formas violentas (todos los supuestos tipificados en el art. 501 del CP derogado) y los robos con fuerza en las cosas. Los primeros ascendieron a 102.012, lo que ha supuesto una disminución respecto de la cifra (105.689) del anterior año. Representan el 6 por ciento del total de los delitos contra la propiedad.

En las modalidades de robo con fuerza en las cosas se alcanzó una cifra de 648.155 diligencias previas, lo que implica el 24 por ciento de la criminalidad nacional (el año pasado se situó este índice en el 23 por ciento), y el 38 por ciento de los delitos contra la propiedad.

La cifra de hurtos (576.591) aumentó notablemente respecto del año anterior (504.083) en el 14 por ciento.

Lo mismo cabe decir respecto de las estafas y apropiaciones indebidas que aumentaron de 40.816 a las 47.681 diligencias de este año, lo que supone un 16 por ciento de incremento.

Al igual que en el año anterior, en el que aumentaron en un 15 por ciento, los delitos de alzamiento de bienes se han incrementado este año en un 25 por ciento.

Siguen la tendencia al alza los delitos de quiebra fraudulenta y culpable, que pasaron de 87 asuntos, a un total de 141 diligencias.

En forma similar al pasado año se han registrado los delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor, que experimentaron un incremento del 4 por ciento.

El delito de cheque en descubierto ha seguido su línea descendente en un 22 por ciento de disminución.

Los delitos contra las personas, han supuesto el 15 por ciento del total de criminalidad nacional. Las figuras de homicidio, parricidio y asesinato han seguido la siguiente evolución:

AÑO	Núm. diligencias
1993.....	1.093
1994.....	731
1995.....	932

Así, frente a la disminución del 33 por ciento del pasado año, en éste (sin llegar a las cifras de 1993) se aprecia un incremento del 27 por ciento.

Los delitos de lesiones, que sumaron 387.615 asuntos, aumentaron en una proporción del 11 por ciento similar a la del año anterior. No obstante, debe tenerse presente en este dato que las lesiones cualificadas han registrado un descenso de 14.010 del año pasado a los 4.302 de este año, lo que sin duda guarda relación con el diferente modo de registrar las causas. Sumando unas y otras el incremento real de lesiones de este año se situaría en el 9 por ciento.

Los delitos contra la libertad sexual, que en 1994 registraron 5.985 asuntos, han sumado un total de 7.237, lo que representa un incremento del 20 por ciento. Entre ellos, los delitos de violación, que habían disminuido el pasado año situándose en 1.319 asuntos, han supuesto un total de 1400 diligencias, con un incremento del 6 por ciento. Los delitos de agresión sexual continúan con una evolución creciente en su número, así, de 3.047 causas se han pasado a 3.931, con un incremento del 29 por ciento.

En el apartado dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad, se han registrado 95.341 causas frente a las 84.632 del pasado año y las 85.532 de 1993. Se aprecia, pues, un incremento del 12 por ciento. Representan el 3,5 por ciento del total de la criminalidad nacional. Es de destacar el incremento que se ha producido en las diligencias incoadas por los siguientes delitos: detenciones ilegales (de 371 del pasado año a 475 en éste, lo que supone un aumento del 28 por ciento), abandono de familia (de 13.372 a 15.716, con un aumento del 14 por ciento), impago de prestaciones económicas establecidas judicialmente (de 4.336

asuntos a 5.430, representando un incremento del 25 por ciento), amenazas (de 42.222 a 44.134, con un aumento del 4 por ciento) y, finalmente, coacciones (de 19.888 a 23.020, representando un aumento del 15 por ciento).

Se aprecia un incremento del 48 por ciento en la falsificación de documentos públicos, mercantiles y privados, habiéndose registrado este año un total de 28.094 asuntos por estos delitos frente a los 18.945 del pasado año.

En un 19 por ciento aumentaron los procedimientos incoados por los delitos contra la Administración de Justicia, pasando de 10.335 causas a 12.211. Entre ellos cabe destacar el aumento en el número de causas por acusación o denuncia falsa (de 789 a 1.161); el descenso en las causas por coacciones o amenazas contra testigos, peritos o partes en un procedimiento (de 636 a 575), delito este que había aumentado significativamente el año anterior en un 80 por ciento y que este año desciende en un 10 por ciento; aumentó en una cifra del 18 por ciento el delito de falso testimonio; y en un 12 por ciento disminuyeron los asuntos por delito de quebrantamiento de condena.

Los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes han experimentado un incremento del 27 por ciento respecto del año anterior.

Finalmente es de señalar que los delitos contra la Hacienda Pública han mantenido cifras prácticamente idénticas a las de 1994, estabilizándose por tanto las subidas que se habían producido en años anteriores.

#### D) CIFRAS DE ALGUNOS DELITOS EN PARTICULAR

##### 1. TERRORISMO

###### a) ACCIONES REIVINDICADAS POR ETA

###### *En Vizcaya*

La barbarie terrorista que no cesa, debería ser el encabezamiento de este apartado una vez más, dentro de la evolución de la delincuencia en el año 1995.

Los hechos más graves por ser atentatorios a la vida y a la integridad de las personas se concretan en el asesinato del Policía Nacional Rafael Leiva Loro, perpetrado en Bilbao el día 13 de enero de 1995 mediante disparos de arma de fuego, y las lesiones graves causadas en la misma acción al también Policía Domingo Durán Díez, cuando ambos prestaban servicio en las oficinas de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, sitas en la calle Juan de Ajuriaguerra, núm. 9, de esta capital.

Otro acto terrorista reivindicado por ETA consistió en la colocación de un artefacto explosivo en las oficinas de una entidad bancaria situada en la Alameda de Recalde, de Bilbao.

### *En Guipúzcoa*

El día 23 de enero fue asesinado don Gregorio Ordóñez Feneñar, miembro del Parlamento Vasco, Primer Teniente de Alcalde en el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y Presidente del Partido Popular en Guipúzcoa, hecho que se produjo mientras almorzaba con algunos de sus colaboradores en el Restaurante «La Cepa», de la parte vieja de San Sebastián. El día 10 de abril fue asesinado el Brigada del Ejército de Tierra don Mariano de Juan Santamaría en las proximidades del Acuartelamiento de Loyola, donde prestaba sus servicios. El 8 de junio resultó gravemente herido a la puerta de su domicilio el Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, Jefe de la Unidad de Policía Judicial y de la Unidad Territorial Antiterrorista, don Enrique Nieto Viyebela, que falleció, a consecuencia de las heridas, el día 19 de octubre del mismo año.

«Independientemente de los atentados mortales —dice el Fiscal de San Sebastián— Guipúzcoa fue también el escenario de otras trece acciones de ETA, lo que supuso globalmente, que en este territorio asumiera el 28 por ciento de todas las acciones de la organización terrorista en el Estado. San Sebastián monopolizó todas estas acciones, salvo tres de ellas que se produjeron en los términos de Irún y Fuenterrabía.»

### *En Alava*

En el Territorio de Alava no consta que se produjeran acciones terroristas perpetradas por ETA.

b) ATENTADOS PERPETRADOS EN TODA LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO POR INDIVIDUOS INTEGRADOS EN LOS DENOMINADOS GRUPOS «X» E «Y» DEL ENTORNO DE ETA

Una descripción pormenorizada de las acciones violentas, presuntamente delictivas, acaecidas en los Territorios de Euskadi resultaría demasiado extensa, y dentro de su maldad, resultaría incluso monótona. A pesar de los altibajos, escaladas o descensos que han podido experimentar, este tipo de actuaciones han adquirido con el paso del tiempo una trascendencia especial, hasta el punto de convertirse en un elemento importante de la vanguardia del llamado MLNV, que marca el ámbito sociopolítico en el que estas actuaciones, delictivas en muchos casos, se desarrollan.

Los actos vandálicos y atentados que estos grupos ha protagonizado durante el año 1995 han experimentado un importante aumento respecto a los años anteriores: cerca de un millar de actos violentos, que suponen un incremento de un 300 por ciento, respecto al año 1994. Las posibles causas de este fenómeno pudieran ser la reorganización de la izquierda radical abertzale procedente del bloque de la «Koordinadora Abertzale Sozialista» (KAS) que parece haber asumido la responsabilidad de dirigir la lucha política de la izquierda revolucionaria.

En la distribución territorial de los 836 casos de sabotaje que han originado actuaciones policiales y judiciales, Guipúzcoa con 438 acciones continúa siendo el Territorio con mayor número de hechos de esta naturaleza; le sigue Vizcaya con 359 y Alava con 98. Denominador común, en todos los Territorios, es la concentración de este tipo de actos en los grandes núcleos urbanos, y en el caso de Vizcaya, el denominado Gran Bilbao. El Fiscal de San Sebastián habla de los núcleos urbanos de San Sebastián, Rentería y Hernani, como «triángulo de la violencia», porque en ellos se produjeron el mayor número de hechos y de mayor gravedad en sus resultados.

Los objetivos hacia los que se han dirigido los ataques siguen siendo los de siempre y las acciones han consistido principalmente en el lanzamiento de cócteles «Molotov», incendios, y colocación de explosivos confeccionados con medios caseros. A título de ejemplo cabe citar los 205 hechos contra entidades bancarias, 125

contra la Ertzaintza, 108 cabinas telefónicas destrozadas, 55 autobuses destruidos total o parcialmente. Uno de los objetivos más buscados desde el inicio de esta peculiar forma de lucha urbana han sido los intereses franceses y otras empresas de capital de ese país; aunque últimamente se ha notado un descenso de ataques a tales intereses. Se ha advertido, también, un notable ascenso en los actos contra sedes de partidos políticos —con 56 acciones— y Fuerzas de Seguridad, señaladamente, contra la Ertzaintza. Las algaradas callejeras llegaron en ocasiones a una confrontación total de los alborotadores con la Policía, que en alguna ocasión ha sido alevosamente atacada con resultados muy graves para sus víctimas. En todo caso —y esto es lo grave y más preocupante— tales actos no son fruto de una reacción espontánea, sino que obedecen a estrategias marcadas desde la cúpula del llamado Movimiento de Liberación Nacional Vasco.

En su comentario a los hechos delictivos relacionados con el fenómeno del terrorismo, el Fiscal de San Sebastián, señala que son los que otorgan un mayor dramatismo a los fenómenos criminales que se desarrollan en Guipúzcoa. De su pormenorizado informe, entresacamos algunos párrafos que pueden resultar más significativos, dentro del gran interés que ofrece toda la exposición que se contiene en la Memoria.

El año 1995 «ha visto multiplicarse los fenómenos de violencia callejera y de actividad vandálica, que si en años anteriores se concentraban en muy contadas fechas... ahora se han generalizado... Las agresiones a ciudadanos, personalidades políticas, miembros de los distintos Cuerpos Policiales, medios de transporte, entidades bancarias..., etc., se han multiplicado de forma tal que bien podríamos conceptuar 1995 como un período «negro» al haberse convertido la violencia e intimidación en auténticos instrumentos políticos de un determinado sector social».

«La organización interna —dice el informe más adelante— de los grupos violentos, la imprevisibilidad de las acciones y la misma naturaleza de la “guerrilla urbana” determinan una gran carga de impunidad para muchas de sus acciones, lo que genera una profunda desconfianza hacia todo el sistema represor con que debe estar dotada cualquier sociedad. En ocasiones la impunidad deriva —sigue diciendo el Fiscal de San Sebastián— de las precauciones que adopta el delincuente (nocturnidad, uso de capucha, etc.) o de

la insuficiente asimilación de su legítimo “papel represor” por parte de los integrantes de los Cuerpos Policiales. Excepcionalmente, y ello es desalentador, la impunidad procede de la nula cooperación de la propia víctima, que prefiere en muchas ocasiones asumir el coste de la agresión, absteniéndose de denunciar o de colaborar en la investigación antes de arriesgarse a la posibilidad de ser víctima de un nuevo ataque, por venganza...»

«La impunidad a la que anteriormente me refería —dice en otro lugar el Fiscal de San Sebastián—, generada por muy diversas causas, ha motivado que jamás haya podido identificarse y menos perseguirse a los autores de la quema de los múltiples autobuses que han sido afectados desde tiempo inmemorial en Guipúzcoa.»

«Especial trascendencia ha tenido... en nuestro Territorio —sigue diciendo el Fiscal de San Sebastián— el secuestro del industrial don José María Aldaya, ocurrido el día 8 de mayo de 1995 cuando, desde la empresa “Alditrans” que regentaba en Oyarzun, regresaba a su domicilio en el término de Fuenterrabía. No es sólo la gravedad intrínseca de los hechos y su inhumana prolongación en el tiempo lo que nos preocupa —sigue diciendo el informe— sino igualmente el hecho de que en torno al secuestro y a la legítima reclamación de la libertad del secuestrado instrumentada por organizaciones pacifistas mediante concentraciones en algunos lugares y en días y horas predeterminadas, ha seguido el fenómeno de la “contramanifestación”, instrumentado por organizaciones del entorno de la Koordinadora Abertzale Sozialista (KAS)... y que opera mediante concentraciones frente a los pacifistas, durante los cuales se materializan una serie de actividades de evidente contenido delictivo.»

Tras exponer las figuras delictivas que podrían constituir las referidas «Contramanifestaciones» y los criterios de actuación adoptados por la Fiscalía para esos supuestos, concluye el Fiscal de San Sebastián diciendo: «La aplicación de estos criterios ha determinado la incoación de muy diversos procedimientos penales, algunos de los cuales han sido inhibidos al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, otros se encuentran en fase de investigación y los menos han sido archivados al no desprenderse de los atestados responsabilidad penal para personas concretas.»

El contrapunto de este panorama sombrío, lo constituye el fenómeno de la multiplicación en el seno de la sociedad vasca, como

bien resume el Fiscal de San Sebastián, de un sentimiento de absoluto rechazo a cualquier manifestación violenta o de intolerancia, como lo prueba la vitalidad alcanzada por determinadas asociaciones ciudadanas («Gesto por la Paz», «Bakea Orain» o «De-non Artean»), que pugnan por la búsqueda y hallazgo de vías exclusivamente pacíficas para la solución de cualquier problema. Estas asociaciones, por citar sólo las más representativas, sigue diciendo el Fiscal de San Sebastián, «dan muestra a diario a través de sus iniciativas de que es la sociedad vasca la principal afectada por los comportamientos violentos y de que la misma se encuentra a la cabeza a la hora de manifestar el más tajante de los rechazos hacia aquellos comportamientos».

También en el Territorio de Alava ha tenido presencia la actividad delictiva de la banda terrorista ETA y de los elementos que se mueven en su entorno; aunque, ciertamente, en menor número y gravedad que en los otros Territorios. El Fiscal de Vitoria, dice en la Memoria de 1994 que «la actividad desarrollada por la banda terrorista ETA en Alava ha consistido en acciones realizadas por miembros de comandos de otras provincias cercanas. La falta de actividad de ETA en la provincia es sustituida por grupos de jóvenes que cometen pequeños atentados, buscando despertar la inseguridad del ciudadano. Son Grupos de Apoyo a ETA, denominados comúnmente Grupos “Y”, que emplean artefactos explosivos de fabricación casera con los que siembran la alarma en la población».

«Este mismo panorama se ha venido contemplando —dice el Fiscal de Vitoria— en la primera mitad de 1995, sin embargo a partir del verano y fundamentalmente en el último trimestre del año se ha observado un cambio en la cantidad y calidad de los artefactos, lo que denota una mayor preparación de sus autores y una organización en su adquisición y distribución. Ello demuestra que los jóvenes que lanzan cócteles o cohetes contra la Policía, y los que promueven los incidentes callejeros, no son personas aisladas sino que obedecen a consignas superiores y están encuadrados en organizaciones delictivas.»

También el Fiscal de Vitoria se refiere en este apartado de la Memoria al fenómeno de las manifestaciones y reacciones de las organizaciones pacifistas en demanda de la libertad de los secuestrados Aldaya y Ortega y las «contramanifestaciones» —sin el preceptivo preaviso o comunicación a la autoridad gubernativa por parte

de grupos de personas con fines contrarios, que «al ver que sus gritos no logran acallar el silencio de los pacifistas, con frecuencia irrumpen en insultos, amenazas e incluso lanzamiento de objetos».

Como el de San Sebastián, el Fiscal de Vitoria considera que tales conductas pueden ser constitutivas de los delitos de los artículos 168/169 y del 166, todos del Código Penal.

«Ambos fenómenos (manifestación y contramanifestación)... el incremento de artefactos y el incremento de manifestaciones ilícitas, se juntan, ya que tras cada manifestación —dice el Fiscal de Vitoria— las personas a que hacíamos referencia... organizan asaltos, lanzamientos de cócteles, etc. Dada la proliferación de incidentes —sigue diciendo el Fiscal de Vitoria— es imposible realizar una pormenorización de los mismos. En Fiscalía estamos llevando un estudio de la incidencia judicial de todas estas actividades delictivas, mediante un seguimiento de los procesos incoados. Dado que la mayor virulencia se ha presentado en los últimos meses de 1995 no podemos todavía ofrecer conclusiones... Sí podemos decir que en varias ocasiones se ha llevado el proceso por los trámites de los “juicios rápidos” dictándose sentencias por desórdenes públicos y atentados en menos de dos meses; y en dos meses más las sentencias —que habían sido recurridas— fueron declaradas firmes por la Audiencia, en apelación.»

#### c) ACTUACIONES DE LA FISCALIA DE BILBAO

##### *Causas instruidas*

No se lleva en la Fiscalía un registro particular de las causas que se tramitan en los Juzgados de Vizcaya por hechos, presuntamente delictivos, cometidos por individuos del entorno de ETA o, quizás más exactamente, por los individuos integrantes de los denominados Grupos «X» e «Y», pero sin temor a equivocarnos, se puede afirmar que las 151 causas por delitos de «desórdenes públicos» iniciadas durante el año 1995, corresponden en su mayoría a acciones llevadas a cabo por individuos integrados en esos grupos.

En este mismo orden de cosas, como bien sabe la Fiscalía General del Estado, el Fiscal de Bilbao ha promovido, mediante la presentación de la oportuna querrela, las siguientes causas:

— Diligencias Previas 688/95, del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Bilbao contra el autor o autores del comunicado de KAS hecho público el día 18 de noviembre de 1994, a raíz de la desarticulación del Comando Vizcaya de ETA.

— Diligencias Previas 406/95 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Guernica contra determinados dirigentes de Herri Batasuna, Gestoras Pro-Amnistía y otros colectivos del llamado Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV), por insultos a agentes de la autoridad y desacato al Consejero de Interior del Gobierno Vasco.

— Diligencias Previas 7/95 del Tribunal Superior de Justicia contra un Parlamentario de Herri Batasuna y otro por hechos acontecidos con motivo de la muerte de la militante de LAB, Rosa Zarra.

— Diligencias Previas 2.081/95 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Bilbao, contra un dirigente sindical de LAB, por hechos similares a los del procedimiento anterior.

— Diligencias Previas 2.188/95 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Bilbao contra un dirigente de Herri Batasuna, luego remitidos a San Sebastián por inhibición a favor de los Juzgados de aquella capital, por delito de desacato.

— Diligencias Previas 2.750/95 del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Bilbao, contra un dirigente del Sindicato LAB; luego remitidas, por inhibición a los órganos judiciales de San Sebastián.

— Diligencias Previas 8/95 del Tribunal Superior de Justicia contra un dirigente de Herri Batasuna por declaraciones presuntamente constitutivas de los/delitos de desacato, injurias graves y amenazas.

A estos procedimientos debe añadirse el iniciado por la Fiscalía contra trece integrantes de KAS, procedimiento respecto del cual en fechas recientes el Tribunal Superior de Justicia ha elevado exposición a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que decida acerca de su competencia para el conocimiento de los hechos.

Decíamos más arriba que el número de delitos por desórdenes públicos que ofrece la estadística del año 1995 obedece en su mayoría a acciones llevadas a cabo por los grupos radicales de la izquierda abertzale que se mueve en torno a ETA; pues bien, algunos datos pueden precisar con más detalle la actuación de los órganos judiciales y de los Fiscales de Vizcaya en esta materia:

Actualmente se encuentran en fase de instrucción en los Juzgados de Vizcaya, por delito de desórdenes públicos, 202 procedimientos y calificados, pendientes de juicio oral, 39 procedimientos; bien es verdad que algunos corresponden a hechos anteriores al año 1995. Es de notar que entre los procedimientos que se hallan en fase de instrucción, algunos terminarán en archivo, no porque el hecho o los hechos no sean constitutivos de delito, sino por falta de autor conocido contra el que formular escrito de acusación.

#### *Juicios orales celebrados*

Con fecha de 7 de marzo de 1995 se formuló por el Fiscal escrito de calificación en el Procedimiento Abreviado 1/1995 de la Sala de Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, por presunto delito de colaboración con banda armada, contra los inculcados X. L. G. y B. A. I., dado el carácter de miembro del Parlamento Vasco de uno de ellos. El día 29 de junio de 1995 se celebró el juicio oral, y en su día recayó sentencia condenatoria coincidente con la calificación formulada por el Fiscal, condenando a ambos inculcados a las penas de prisión mayor y multa.

En fecha 18 de octubre de 1995 el Fiscal formuló escrito de calificación por un presunto delito de desórdenes públicos en la causa Procedimiento Abreviado 146/1995 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Bilbao dirigido contra dos inculpadas a las que se imputaba que el día 29 de septiembre de 1995 sobre las 22,45 horas, en unión de otros varios individuos, no identificados, y cubriéndose el rostro con máscaras, tras obligar al conductor del autobús, perteneciente a la Compañía de Transportes Urbanos de Bilbao, a salir del mismo, rociaron el vehículo con líquido inflamable y le prendieron fuego, produciendo su destrucción total, lo que supuso unos daños superiores a los doce millones de pesetas. El día 1 de diciembre de 1995 se dictó sentencia absolutoria por el Juzgado de lo Penal competente. Recurrida la sentencia por el Fiscal, la Audiencia Provincial en Sentencia del pasado 27 de marzo de 1996 revocó la de primera instancia y dictó sentencia condenatoria contra las dos acusadas, a las que impuso la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor, con apreciación de la agravante de disfraz y a las penas accesorias correspondientes.

Sin embargo su valor es poco más que testimonial, si se tiene presente, como hemos expuesto más arriba, que han sido 55 los autobuses total o parcialmente calcinados en acciones como la que dio lugar a la causa penal que comentamos. Es de esperar, sin embargo, que muchos de los procedimientos que ahora están en fase de instrucción concluyan en breve, y las sentencias condenatorias —porque se hayan aportado pruebas suficientes— hagan desaparecer el clima de impunidad o la sensación de que la violencia proveniente de los colectivos del «Movimiento de Liberación Nacional Vasco» es inevitable, como se vino a decir en el estudio sobre violencia juvenil en Euskadi confeccionado a instancia del Gobierno Vasco por un grupo de expertos.

## 2. TRAFICO DE DROGAS

### a) ANALISIS DE LOS INDICADORES MAS IMPORTANTES

#### 1. Cuadro global comparativo con el año 1994

Los datos globales referidos al tráfico ilícito de drogas durante 1994 y su evolución respecto al año anterior fueron los siguientes:

CUADRO I

INDICADORES	Año 1994	Año 1995	± %
Detenidos .....	31.703	44.316	39,78
Decomisos .....	28.170	42.216	49,86
Heroína (grs.) .....	1.653.300	545.994	-66,98
Cocaína (grs.) .....	3.858.448	6.897.793	78,77
Hachís (grs.) .....	218.774.587	197.024.173	-9,94
LSD (dosis) .....	7.213	15.437	114,02
Psicotrópicos .....	421.665	901.677	113,84
Muertes .....	579	573	-1,04
Robos farmacias .....	193	161	-16,58
Atracos farmacias .....	26	29	11,54
Pr. Judiciales .....	52.426	40.730	-22,31

Los datos generales que se exponen en el cuadro son muy variables, apreciándose fuertes incrementos (detenidos, decomisos e

incautaciones de cocaína, LSD y psicotrópicos) y notables descensos (procedimientos judiciales e incautaciones de heroína).

## 2. Personas detenidas

CUADRO II

DETENIDOS	Año 1994	Año 1995	± %
Nacionales .....	27.343	40.000	46,29
Extranjeros .....	4.360	4.316	-1,01
Totales .....	31.703	44.316	39,78

Como se refiere en el cuadro, el número de detenidos durante el año 1995 asciende a la escalofriante cifra de 44.316, aproximadamente un 40 por ciento más que el año anterior, *porcentaje de incremento que carece de toda lógica* y que no tiene precedente en los últimos años, con la particularidad de que ese aumento de detenidos se concentra única y exclusivamente en individuos de nacionalidad española.

CUADRO III

DETENIDOS	Año 1994	Año 1995	± %
Extranjeros	Marruecos 1.105	Marruecos.....994	-10,05
	Colombia .... 240	Colombia .... 338	+40,83
	Italia ..... 190	Italia ..... 185	-2,63
	Francia ..... 288	Francia ..... 243	-15,63
	R. Unido .... 369	R. Unido .... 356	-3,52
	Portugal ..... 406	Portugal ..... 418	+2,96
	Alemania .... 123	Alemania .... 178	+44,72
	Argelia ..... 229	Argelia ..... 204	-10,92
Total .....	4.360	Total ..... 4.316	-1,01
Nacionales	Total ..... 27.343	Total ..... 40.000	46,29

El número de extranjeros detenidos permanece estable y es ligeramente inferior al del año anterior, siendo lo más destacable el incremento de los colombianos y alemanes, que se sitúa en torno al 40 por ciento.

CUADRO IV

DETENIDOS	Año 1994	Año 1995	± %
Hombres .....	28.530	40.822	43,08
Mujeres .....	3.173	3.494	10,12
Totales .....	31.703	44.316	39,78

El cuadro anterior apenas merece ningún comentario, pues refleja algo que viene siendo habitual: la aplastante superioridad de los detenidos varones de las mujeres.

### 3. Número de decomisos

CUADRO V

DECOMISOS	Año 1994	Año 1995	± %
Opiáceos .....	10.365	11.572	11,64
Cocaínicos .....	3.312	5.035	52,02
Cannábicos .....	11.378	20.100	76,66
Alucinógenos .....	807	1.949	141,51
Psicotrópicos .....	2.372	3.560	50,08
Total .....	26.498	42.216	59,32

Siguiendo con la línea ascendente de años anteriores, prácticamente todas las cifras de decomisos han sufrido incrementos sustanciales: cocaínicos, cannábicos, psicotrópicos y especialmente alucinógenos, circunstancia que viene a confirmar el progresivo auge en el mercado ilícito de las llamadas drogas de diseño.

### 4. Sustancias decomisadas

CUADRO VI

SUSTANCIAS	Año 1994	Año 1995	± %
Heroína (gr.) .....	1.653.300	545.994	-66,98
Cocaína (gr.) .....	3.858.448	6.897.793	78,77
Hachís (gr.) .....	218.774.587	197.024.173	-9,94

La variación apenas se nota en el hachís, siendo nuestro país un año más el que más cantidad ha incautado de este estupefaciente en el ámbito europeo. Sin embargo, las incautaciones de heroína y cocaína han vuelto a invertir los términos en comparación con el año anterior.

Psicotrópicos

CUADRO VII

	Año 1994	Año 1995	± %
LSD (dosis) .....	7.213	15.437	114,02
Psicotrópicos .....	421.665	901.677	113,84

El espectacular incremento del número de dosis de psicotrópicos obedece a la aparición en el mercado ilícito de grandes cantidades de anfetaminas en sus distintas variantes: MDA, MDMA, MDEA, etc.

5. *Aprehensiones de drogas en Europa*

Así se refleja con detalle en los Cuadros VIII, IX y X, que se adjuntan a continuación:

CUADRO VIII

PAIS	Heroína (Kg.)
Italia .....	952
Alemania .....	933
España .....	546
Francia .....	499
Bélgica .....	459
Países Bajos .....	351
Dinamarca .....	37
Suecia .....	31
Finlandia .....	16

CUADRO IX

PAIS	Cocaína (Kg.)
España .....	6.897
Países Bajos .....	4.851
Italia .....	2.597
Alemania .....	1.846
Francia .....	865
Bélgica .....	409
Dinamarca .....	110
Suecia .....	4

CUADRO X

PAIS	Haschis (Kg.)
España.....	197.024
Países Bajos.....	57.041
Francia.....	39.023
Italia.....	15.399
Bélgica.....	15.134
Alemania.....	3.809
Dinamarca.....	2.414
Suecia.....	495
Finlandia.....	147

6. *Dinero en metálico y otros efectos intervenidos*

CUADRO XI

EFECTOS INTERVENIDOS	
Pesetas.....	940.081.292
Dólares USA.....	410.855
Franco Francés.....	151.389
Liras Italianas.....	149.227.000
Marcos Alemanes.....	98.545
Pesos Mejicanos.....	66.400
Pesetas falsas.....	46.310.001
Vehículos.....	1.003
Camiones.....	17
Motos.....	50
Embarcaciones.....	71
Armas de fuego.....	216
Armas blancas.....	584
Balanzas.....	539
Emisoras.....	28
Teléfonos portátil.....	400
Documentos falsos.....	26

En términos globales puede afirmarse que han descendido las incautaciones de dinero y otros efectos de valor respecto al año anterior, pero siempre en términos escasamente significativos y que no merecen mayor comentario.

7. Muertes por causa de las drogas

CUADRO XII

MUERTES	Año 93	± %	Año 94	± %	Año 95	± %
Sobredosis.....	642	-20,64	565	-11,99	565	0,00
Ajustes cuentas .....	4	-42,85	8	100,0	2	-75,00
Accidentes .....	0	00,00	3	0,00	2	-33,33
Suicidios .....	0	00,00	3	0,00	2	-33,33
Totales .....	646	-20,83	579	-10,37	573	-1,04

CUADRO XIII

EDADES FALLECIDOS	Año 1994	Año 1995	± %
Menos de 16 años .....	1	1	0,00
De 16 a 18 años .....	3	7	133,33
De 19 a 25 años .....	133	133	0,00
De 26 a 30 años .....	238	206	-13,45
De 31 a 40 años .....	172	196	13,95
Más de 40 años .....	30	29	-3,33
Desconocida .....	2	1	-50,00
TOTALES .....	579	573	-1,04

8. Robos y atracos en farmacias

CUADRO XIV

	Año 1994	Año 1995	± %
Robos .....	193	161	-16,58
Atracos .....	26	29	11,54
TOTALES .....	219	190	-13,24

9. Número de procedimientos judiciales

CUADRO XV

PROCEDIMIENTOS	Año 1994	Año 1995	± %
Totales .....	52.426	40.730	-22,31

El número de procedimientos judiciales ha experimentado una disminución importante respecto al año anterior, que se traduce en un porcentaje del 22 por ciento, lo que no tiene una explicación lógica si tenemos en cuenta ha aumentado considerablemente los detenidos y los decomisos.

De los datos que obran en el Cuadro XVI quizá convenga resaltar que la provincia con mayor número de procedimientos es Cádiz (5.305), seguida de Barcelona (3.984), Granada (2.784), Málaga (2.769), Sevilla (2.723), Murcia (2.531), Pontevedra (1.799), Madrid (1.775), La Coruña (1.588), Oviedo (1.128) y Badajoz (1.029), por citar aquéllas que superan la cifra del millar.

Distribuidos estos datos por Comunidades Autónomas resultan las siguientes cifras con sus respectivos porcentajes sobre el número total de procedimientos:

Andalucía .....	15.954	39,17%
Cataluña .....	5.003	12,28%
Galicia .....	3.381	9,41%
Murcia .....	2.531	6,21%
Valencia .....	2.150	5,28%
Canarias .....	1.825	4,48%
Madrid.....	1.775	4,36%
Extremadura .....	1.404	3,45%
Asturias.....	1.128	2,77%
Castilla y León.....	1.067	2,62%
País Vasco .....	939	2,31%
Castilla-La Mancha .....	909	2,23%
Baleares .....	875	2,15%
Cantabria .....	642	1,58%
Aragón .....	467	1,15%
Navarra .....	136	0,33%
La Rioja .....	94	0,23%

CUADRO XVI

PROCEDIMIENTOS	Año 1994	Año 1995	± %
Albacete .....	68	86	26,47
Alicante .....	1.093	978	-10,52
Almería .....	537	430	-19,93
Avila .....	82	38	-53,66
Badajoz .....	1.431	1.029	-28,09
Barcelona .....	5.662	3.984	-29,64
Bilbao .....	780	634	-18,72

PROCEDIMIENTOS	Año 1994	Año 1995	± %
Burgos .....	154	181	17,53
Cáceres .....	307	375	22,15
Cádiz .....	6.336	5.305	-16,27
Castellón .....	573	415	-27,57
Ciudad Real .....	334	439	31,44
Córdoba .....	1.154	735	-36,31
Cuenca .....	40	24	-40,00
Gerona .....	406	457	12,56
Granada .....	2.604	2.784	6,91
Guadalajara .....	36	41	13,89
Huelva .....	961	716	-25,49
Huesca .....	77	54	-29,87
Jaén .....	518	492	-5,02
La Coruña .....	1.338	1.588	18,68
Las Palmas .....	985	921	-6,50
León .....	266	237	-10,90
Lérida .....	187	298	59,36
Logroño .....	103	94	-8,74
Lugo .....	281	198	-29,54
Madrid .....	3.202	1.775	-44,57
Málaga .....	2.525	2.769	9,66
Murcia .....	2.244	2.531	12,79
Orense .....	181	246	35,91
Oviedo .....	1.602	1.128	-29,59
P. Mallorca .....	947	875	-7,60
Palencia .....	76	42	-44,74
Pamplona .....	109	136	24,77
Pontevedra .....	2.088	1.799	-13,84
Sta. Cruz de Tenerife .....	1.204	904	-24,92
Salamanca .....	250	329	31,60
San Sebastián .....	220	117	-46,82
Santander .....	889	642	-27,78
Segovia .....	14	12	-14,29
Sevilla .....	6.338	2.723	-57,04
Soria .....	20	12	-40,00
Tarragona .....	175	264	50,86
Teruel .....	39	37	-5,13
Toledo .....	253	319	26,09
Valencia .....	2.780	757	-72,77
Valladolid .....	223	139	-37,67
Vitoria .....	245	188	-23,27
Zamora .....	102	77	-24,51
Zaragoza .....	387	376	-2,84
<b>TOTALES .....</b>	<b>52.426</b>	<b>40.730</b>	<b>-22,31</b>

b) RELACION DE INDICADORES MAS IMPORTANTES  
 POR COMUNIDADES AUTONOMAS EN 1995,  
 ORDENADOS DE MAYOR A MENOR

1. *Personas detenidas*

Andalucía .....	12.810
Comunidad Valenciana .....	7.539
Cataluña .....	4.494
Castilla y León .....	4.021
Canarias .....	2.593
Madrid .....	2.317
Murcia .....	1.809
Galicia .....	1.767
Asturias .....	1.689
Castilla-La Mancha .....	1.400
Aragón .....	1.013
Baleares .....	865
Cantabria .....	751
Extremadura.....	628
Navarra .....	245
País Vasco .....	197
La Rioja .....	178
TOTAL .....	44.316

2. *Número de decomisos*

Andalucía .....	11.520
Comunidad Valenciana .....	7.964
Cataluña .....	4.293
Castilla y León .....	4.108
Canarias .....	2.372
Madrid .....	1.938
Asturias.....	1.706
Murcia .....	1.606
Galicia .....	1.493
Castilla-La Mancha .....	1.378
Aragón .....	991
Baleares .....	841
Cantabria .....	790
Extremadura.....	620
Navarra .....	248
La Rioja .....	174
País Vasco.....	173
TOTAL .....	42.215

### 3. Número de procedimientos

Andalucía .....	15.954
Cataluña .....	5.003
Galicia .....	3.831
Murcia .....	2.531
Comunidad Valenciana .....	2.150
Canarias .....	1.825
Madrid .....	1.775
Extremadura.....	1.404
Asturias.....	1.128
Castilla y León.....	1.067
País Vasco .....	939
Castilla-La Mancha .....	909
Islas Baleares .....	875
Cantabria.....	642
Aragón.....	467
Navarra.....	236
La Rioja.....	94
<b>TOTAL .....</b>	<b>40.730</b>

### 4. Heroína decomisada

Madrid .....	262.196
Andalucía .....	124.598
Castilla y León.....	40.010
Asturias .....	25.968
Canarias .....	25.869
Cataluña .....	20.620
Comunidad Valencia .....	11.472
Galicia .....	11.347
Extremadura .....	8.712
Aragón .....	7.008
Cantabria .....	2.465
Castilla-La Mancha .....	1.969
País Vasco .....	1.758
Murcia .....	1.449
Baleares .....	1.063
La Rioja .....	158
Navarra .....	132
<b>TOTAL .....</b>	<b>545.994</b>

## 5. *Cocaína decomisada*

Galicia .....	2.849.720
Madrid .....	1.717.349
Cataluña .....	922.376
Comunidad Valenciana .....	754.149
Andalucía .....	429.410
Canarias .....	88.713
Murcia .....	75.290
País Vasco .....	28.956
Baleares .....	9.563
Castilla y León .....	7.355
Extremadura .....	5.476
Cantabria .....	2.706
Castilla-La Mancha .....	2.239
Aragón .....	2.163
Asturias .....	1.453
Navarra .....	822
La Rioja .....	53
<b>TOTAL (grs.) .....</b>	<b>6.897.793</b>

## 6. *Haschís decomisado*

Andalucía .....	158.329.869
Comunidad Valenciana .....	16.269.520
Cataluña .....	9.226.308
Galicia .....	2.798.025
Canarias .....	2.786.745
Murcia .....	2.392.720
Castilla y León .....	1.566.580
Baleares .....	1.539.025
Madrid .....	980.755
Navarra .....	374.003
Asturias .....	265.271
País Vasco .....	191.054
Castilla-La Mancha .....	163.892
Cantabria .....	61.467
Extremadura .....	37.326
Aragón .....	35.408
La Rioja .....	6.204
<b>TOTAL (grs.) .....</b>	<b>197.024.173</b>

c) INDICADORES MAS IMPORTANTES CORRESPONDIENTES  
A LOS AÑOS 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 Y 1995

1. *Totales de España*

Total	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	24.812	20.926	42.272	886.410	5.382.085	70.075.570
1991 ..	28.581	23.848	53.585	741.445	7.573.808	104.750.567
1992 ..	27.713	23.938	45.842	672.315	3.354.194	118.739.115
1993 ..	30.161	26.479	45.440	602.568	5.343.319	160.013.771
1994 ..	31.703	28.170	52.426	1.653.300	3.858.448	218.774.587
1995 ..	44.316	42.216	40.730	545.994	6.897.793	197.024.173

2. *Totales por Comunidades Autónomas y por provincias*

2.1. Andalucía

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Almería</i>						
1990 ..	359	369	341	596	1.579	8.252.418
1991 ..	375	389	338	393	2.335	6.675.563
1992 ..	549	516	489	613	12.730	5.195.032
1993 ..	458	407	328	6.816	3.229	3.928.607
1994....	342	320	537	1.346	1.530	8.850.146
1995 ..	731	707	430	1.965	7.578	7.429.774
<i>Cádiz</i>						
1990 ..	1.743	1.542	3.909	16.748	7.395	24.649.873
1991 ..	1.840	1.639	2.237	7.433	38.505	29.360.616
1992 ..	1.611	1.355	2.255	3.151	146.028	37.324.702
1993 ..	2.142	1.618	3.061	12.260	58.683	84.774.904
1994....	2.627	2.069	6.336	9.474	43.812	71.762.097
1995 ..	2.558	2.041	5.305	8.691	328.488	64.488.104
<i>Ceuta</i>						
1990 ..	441	343	—	360	4	3.567.284
1991 ..	495	394	—	584	97	8.320.266
1992 ..	526	428	—	415	2.722	9.750.037
1993 ..	663	527	—	116	84.680	11.157.938
1994....	669	517	—	230	406	7.716.824
1995....	694	536	—	125	23	5.783.129
<i>Córdoba</i>						
1990 ..	738	701	710	282	1.070	82.638
1991 ..	533	475	696	2.381	14.255	1.466.363

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1992 ..	490	446	733	3.839	8.203	86.228
1993 ..	343	302	855	2.280	4.011	67.623
1994....	841	856	1.154	661	2.758	28.705
1995 ..	1.298	1.345	735	1.706	10.034	62.439
<i>Granada</i>						
1990 ..	1.510	1.609	1.299	3.033	1.682	361.070
1991 ..	1.153	1.136	906	12.463	2.180	2.937.908
1992 ..	1.400	1.405	1.210	1.384	27.993	2.152.115
1993 ..	1.488	1.487	1.973	2.002	6.304	3.195.883
1994....	1.432	1.475	2.604	8.188	13.314	4.391.354
1995 ..	1.869	1.803	2.784	15.637	6.919	9.834.859
<i>Huelva</i>						
1990 ..	490	491	386	749	5.413	14.969
1991 ..	727	674	489	2.307	753	78.460
1992 ..	563	773	447	1.551	12.172	1.670.367
1993 ..	958	932	398	2.094	3.659	864.814
1994....	1.321	1.403	961	1.365	4.030	3.075.950
1995 ..	1.246	1.270	716	1.498	1.694	1.597.923
<i>Jaén</i>						
1990 ..	387	281	405	7.349	1.346	959.753
1991 ..	296	249	258	1.131	1.299	798.595
1992 ..	435	366	470	1.153	3.212	418.835
1993 ..	470	428	577	1.395	1.009	868.079
1994....	425	345	518	4.709	5.248	410.916
1995....	686	646	492	1.089	3.314	2.492.088
<i>Málaga</i>						
1990 ..	677	521	879	40.131	55.629	14.314.700
1991 ..	706	490	1.166	18.183	46.804	25.963.612
1992 ..	520	416	2.019	30.722	189.724	14.883.801
1993 ..	1.505	1.129	1.564	188.216	83.435	27.959.845
1994....	1.866	1.504	2.525	78.394	114.899	63.313.757
1995 ..	1.948	1.620	2.769	43.037	39.282	50.267.162
<i>Melilla</i>						
1990 ..	135	122	—	1.213	104	1.651.745
1991 ..	109	101	—	86	1.561	2.461.580
1992 ..	210	167	—	30	325	4.536.649
1993 ..	294	300	—	35	89	3.862.505
1994....	303	282	—	828.914	332	4.081.738
1995 ..	312	270	—	19	427	12.720.970

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Sevilla</i>						
1990 ..	1.475	843	4.341	22.816	71.788	1.133.605
1991 ..	1.344	861	6.511	101.254	33.896	212.939
1992 ..	1.442	919	7.805	16.673	49.633	638.452
1993 ..	823	653	7.578	34.568	26.659	1.727.071
1994....	667	494	6.338	40.839	194.959	465.675
1995 ..	1.468	1.282	2.723	50.831	31.651	3.653.421
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	7.955	6.822	12.270	93.277	146.010	54.988.055
1991 ..	7.578	6.408	12.601	146.215	141.685	78.248.902
1992 ..	7.746	6.791	15.428	59.531	452.742	76.656.218
1993 ..	9.144	7.783	16.334	249.782	271.758	138.407.269
1994....	10.493	9.265	20.973	974.120	381.288	164.097.162
1995....	12.810	11.520	15.954	124.598	429.410	158.329.869

## 2.2. Aragón

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Huesca</i>						
1990 ..	67	73	107	130	44	2.445
1991 ..	54	46	44	115	53	4.212
1992 ..	54	55	56	563	436	535
1993 ..	62	68	57	17	1.712	1.572
1994....	182	128	77	27	23	823
1995 ..	406	449	54	50	379	9.394
<i>Teruel</i>						
1990 ..	28	21	24	5	80	22.023
1991 ..	26	24	25	18	50	26
1992 ..	18	26	23	6	69	118
1993 ..	23	25	23	12	2	42
1994....	35	27	39	53	50	251
1995....	115	126	37	15	156	437
<i>Zaragoza</i>						
1990 ..	397	279	444	8.840	3.008	44.800
1991 ..	524	318	370	3.896	12.643	39.291
1992 ..	634	407	468	2.733	5.811	59.360
1993....	456	329	479	3.131	5.642	51.452
1994....	481	356	387	1.105	2.244	78.482
1995 ..	492	416	376	6.943	1.628	25.577

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	492	373	575	8.975	3.132	69.268
1991 ..	604	388	439	4.029	12.746	43.529
1992 ..	706	488	547	3.302	6.316	60.013
1993 ..	541	422	559	3.160	7.356	53.066
1994....	698	511	503	1.185	2.317	79.556
1995....	1.013	991	467	7.008	2.163	35.408

### 2.3. Asturias

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	927	1.011	1.020	9.728	2.545	132.595
1991 ..	1.174	1.267	1.654	2.813	5.062	1.912.147
1992 ..	1.174	1.193	1.647	3.500	6.250	336.180
1993 ..	1.493	1.414	1.324	6.136	14.223	486.142
1994....	1.969	1.978	1.602	15.733	30.229	1.805.859
1995....	1.689	1.706	1.128	25.968	1.453	265.271

### 2.4. Baleares

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	327	256	700	2.292	8.033	513.883
1991 ..	358	259	634	2.486	118.169	698.898
1992 ..	632	457	1.404	1.743	10.563	83.174
1993 ..	636	441	1.913	4.077	7.695	261.038
1994....	473	381	947	4.970	14.914	1.818.234
1995....	865	841	875	1.063	9.563	1.539.026

### 2.5. Canarias

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Las Palmas</i>						
1990 ..	500	408	1.150	9.504	70.694	124.663
1991 ..	1.528	1.171	1.631	24.166	1.294.440	175.496
1992 ..	1.084	848	964	25.622	18.314	654.965
1993 ..	1.196	912	959	18.575	17.203	203.621
1994....	872	761	985	30.868	23.163	291.171
1995 ..	1.669	1.547	921	10.359	32.276	2.706.340

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>S. C. Tenerife</i>						
1990 ..	208	158	781	1.132	46.505	146.636
1991 ..	291	244	481	4.619	44.792	109.466
1992 ..	445	395	919	8.022	23.644	63.946
1993 ..	466	358	778	4.422	745.948	154.080
1994....	559	437	1.204	13.215	23.835	130.265
1995 ..	924	825	904	14.710	56.437	80.405
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	708	566	1.931	10.636	117.199	271.299
1991 ..	1.819	1.415	2.112	28.785	1.339.232	284.962
1992 ..	1.529	1.243	1.883	33.644	41.958	718.911
1993 ..	1.662	1.270	1.737	22.994	763.151	357.701
1994....	1.431	1.198	2.189	44.083	46.998	421.436
1995 ..	2.593	2.372	1.825	25.069	88.713	2.786.745

## 2.6. Cantabria

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	645	663	832	463	904	59.032
1991 ..	468	457	434	1.987	9.240	11.504
1992 ..	518	470	655	8.061	931	125.531
1993 ..	682	676	611	2.023	425	15.038
1994....	831	790	889	2.126	1.142	94.558
1995....	751	790	642	2.465	2.706	61.467

## 2.7. Castilla-La Mancha

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Albacete</i>						
1990 ..	214	202	29	29	1.267	60.003
1991 ..	204	198	55	377	578	1.258
1992 ..	168	165	43	40	63	18.338
1993 ..	148	135	86	97	337	3.325
1994....	176	151	68	58	762	17.229
1995....	311	329	86	85	678	15.994
<i>Ciudad Real</i>						
1990 ..	104	77	149	349	73	207.161
1991 ..	177	121	391	177	587	394.374

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1992 ..	128	81	438	2.674	1.804	11.419
1993 ..	131	87	422	343	454	4.858
1994....	115	95	334	1.186	1.211	2.630
1995....	322	283	439	130	779	10.319
<i>Cuenca</i>						
1990 ..	24	24	28	9	89	225
1991 ..	28	17	47	13	2	169
1992 ..	25	23	25	21	259	177
1993 ..	63	53	30	21	52	374
1994....	81	68	40	45	12	170
1995....	113	115	24	19	150	50.267
<i>Guadalajara</i>						
1990 ..	13	18	40	10	1.357	112
1991 ..	8	12	37	8	0	2.573
1992 ..	27	22	25	26	1.976	72
1993 ..	25	20	22	40	894	433
1994....	19	17	36	3	32	472
1995....	39	45	41	31	14	160
<i>Toledo</i>						
1990 ..	60	45	171	2.167	269	910
1991 ..	50	55	168	337	2.323	804
1992 ..	175	156	208	686	7.142	967
1993 ..	226	158	228	1.279	44.914	100.932
1994....	193	174	253	1.353	2.727	5.501
1995....	615	606	319	1.704	618	87.152
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	415	366	417	2.564	3.055	268.411
1991....	467	403	698	912	3.490	399.178
1992 ..	523	447	739	3.447	11.244	30.973
1993 ..	593	453	788	1.780	46.721	110.302
1994....	584	505	731	2.645	4.744	26.002
1995....	1.400	1.378	909	1.969	2.239	163.892

## 2.8. Castilla y León

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Ávila</i>						
1990 ..	9	8	48	134	3	1.031
1991 ..	33	25	69	22	5.291	755
1992 ..	65	63	64	125	27	545
1993 ..	62	68	82	45	7	667

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1994....	58	60	82	1.208	5.059	91
1995....	182	163	38	24	2.476	421
<i>Burgos</i>						
1990 ..	39	35	107	2.725	2.502	313.768
1991 ..	48	42	141	491	294	9.262
1992 ..	214	182	143	562	30.035	52.961
1993 ..	249	238	121	258	2.246	7.620
1994....	243	232	154	269	367	122.778
1995....	181	177	181	22.299	463	274.310
<i>León</i>						
1990 ..	108	80	204	173	1.715	6.935
1991 ..	115	110	215	145	76	5.875
1992 ..	170	163	293	875	726	2.373
1993 ..	270	219	175	1.001	961	9.912
1994....	236	180	266	504	1.123	40.668
1995....	404	373	237	11.107	251	15.001
<i>Palencia</i>						
1990 ..	110	102	43	110	30	261
1991 ..	153	161	72	59	157	420
1992 ..	177	166	157	41	117	503
1993 ..	96	87	101	29	517	1.363
1994....	139	114	76	14	78	251
1995....	137	137	42	104	38	4.999
<i>Salamanca</i>						
1990 ..	202	220	482	1.720	566	12.398
1991 ..	123	102	188	1.717	1.479	10.784
1992 ..	110	98	214	205	71	18.427
1993 ..	101	105	260	205	737	3.924
1994....	179	144	250	443	412	8.746
1995....	255	271	329	369	238	1.234.980
<i>Segovia</i>						
1990 ..	79	83	46	31	9	2.422
1991 ..	54	46	49	27	2	443
1992 ..	50	41	32	37	19	69
1993 ..	53	44	28	33	612	53
1994....	50	39	14	31	42	6.147
1995....	56	58	12	2.913	14	295
<i>Soria</i>						
1990 ..	19	19	35	204	937	262
1991 ..	48	43	68	272	3	3.095
1992 ..	62	55	53	47	43	319
1993 ..	20	18	14	11	453	53

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1994....	19	17	20	109	25	7
1995....	46	43	12	13	1.287	1.190
<i>Valladolid</i>						
1990 ..	112	123	262	145	2.815	46.542
1991 ..	116	89	256	386	644	1.736.052
1992 ..	552	564	300	4.013	368	3.376
1993 ..	1.180	1.215	258	651	1.741	5.455
1994....	1.536	1.579	223	517	699	7.138
1995....	2.433	2.540	139	2.787	858	32.826
<i>Zamora</i>						
1990 ..	147	150	218	120	86	335
1991 ..	226	237	246	184	67	10.392
1992 ..	357	362	349	305	222	270
1993 ..	416	396	78	1.353	1.320	3.922
1994....	225	198	102	1.621	1.148	116.983
1995 ..	327	346	77	394	1.730	2.558
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	825	820	1.445	5.362	8.663	383.954
1991 ..	916	855	1.304	3.303	8.013	1.777.078
1992 ..	1.757	1.694	1.605	6.210	31.628	78.843
1993 ..	2.447	2.390	1.117	3.586	3.594	32.969
1994....	2.685	2.563	1.187	4.716	8.953	302.809
1995....	4.021	4.108	1.067	40.010	7.355	1.566.580

## 2.9. Cataluña

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Barcelona</i>						
1990 ..	4.002	2.596	7.017	66.751	190.601	1.048.611
1991 ..	3.925	2.786	7.405	72.310	346.422	1.223.958
1992 ..	3.312	2.393	7.623	24.129	611.529	17.889.136
1993 ..	1.809	1.505	4.331	20.489	506.209	779.389
1994....	1.932	1.711	5.662	25.631	379.124	1.369.211
1995....	2.521	2.285	3.984	11.771	435.153	1.605.544
<i>Gerona</i>						
1990 ..	187	180	204	4.452	30.385	2.195.489
1991 ..	257	209	322	1.599	12.965	7.300.677
1992 ..	262	231	351	145.531	14.080	1.682.848
1993 ..	389	314	397	34.822	1.501	5.872.561
1994....	466	423	406	445	3.059	2.273.793
1995....	592	599	457	593	38.362	7.416.352

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Lérida</i>						
1990 ..	157	183	190	241	75	40.493
1991 ..	344	349	213	1.965	1.003	2.508.657
1992 ..	373	406	129	1.083	2.397	8.647
1993 ..	398	483	237	563	22.322	5.377
1994....	364	348	187	1.488	1.213	1.783
1995....	449	458	298	7.209	1.343	36.329
<i>Tarragona</i>						
1990 ..	186	151	365	17.097	394	139.634
1991 ..	210	139	340	210	174	107.813
1992 ..	218	171	259	60	4.258	344.658
1993 ..	383	360	227	292	1.343	1.364.602
1994....	493	448	175	807	1.797	121.941
1995....	932	951	264	1.047	444.518	168.083
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	4.532	3.110	7.776	88.541	221.455	3.424.227
1991 ..	4.736	3.483	8.280	76.084	360.564	11.141.105
1992 ..	4.165	3.201	8.362	170.803	632.264	19.925.289
1993 ..	2.979	2.662	5.192	56.166	531.375	8.021.929
1994....	3.255	2.930	6.430	28.371	385.193	3.766.728
1995....	4.494	4.293	5.003	20.620	922.376	9.226.308

## 2.10. Extremadura

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Badajoz</i>						
1990 ..	259	223	514	1.149	3.719	258.026
1991 ..	223	198	463	1.236	1.849	799.109
1992 ..	248	267	884	1.308	1.494	22.987
1993 ..	177	155	1.159	2.128	1.799	51.358
1994....	309	259	1.431	3.173	1.538	39.325
1995....	369	381	1.029	7.601	5.226	6.319
<i>Cáceres</i>						
1990 ..	73	67	124	261	103	82.504
1991 ..	133	114	174	487	3.421	7.362
1992 ..	153	133	260	162	81	86.182
1993 ..	117	125	266	229	86	8.950
1994....	143	109	307	203	54	60.211
1995....	259	239	375	1.111	250	31.007

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Totales</i>						
<i>por años</i>						
1990 ..	332	290	638	1.410	3.822	340.530
1991 ..	356	312	637	1.723	5.270	806.471
1992 ..	401	400	1.144	1.470	1.575	109.169
1993 ..	294	280	1.425	2.357	1.885	60.308
1994....	452	368	1.738	3.376	1.592	99.536
1995....	628	620	1.404	8.712	5.476	37.326

## 2.11. Galicia

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>La Coruña</i>						
1990 ..	296	307	437	847	20.485	22.417
1991 ..	338	359	287	444	1.518.910	6.699.741
1992 ..	372	282	438	3.304	14.931	63.794
1993 ..	233	187	1.091	16.278	14.209	1.647.821
1994....	277	228	1.338	1.112	157.259	27.060.611
1995....	756	679	1.588	4.194	100.777	66.305
<i>Lugo</i>						
1990 ..	140	121	161	610	96	474
1991 ..	139	122	72	343	137	6.522
1992 ..	146	99	251	2.718	2.961	7.071
1993 ..	157	119	208	3.570	401	1.104
1994....	136	78	281	610	2.308	67
1995....	213	139	198	811	1.039	22.103
<i>Orense</i>						
1990 ..	77	68	36	1.225	526.507	14.245
1991 ..	88	81	157	1.163	4.649	2.058
1992 ..	167	135	216	1.160	1.570	237
1993 ..	187	168	244	876	1.061	2.863
1994....	165	134	181	5.014	335.534	122
1995....	164	158	246	852	342	1.237
<i>Pontevedra</i>						
1990 ..	347	259	645	543	115.536	735.830
1991 ..	347	264	1.427	16.583	45.418	1.127.401
1992 ..	401	263	2.854	6.029	4.835	1.531.989
1993 ..	411	271	2.178	7.777	175.499	5.086.493
1994....	429	317	2.088	3.420	882.337	8.993.006
1995....	634	517	1.799	5.490	2.747.562	2.708.380

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	860	755	1.279	3.225	662.624	772.966
1991 ..	912	826	1.943	18.533	1.569.114	7.835.722
1992 ..	1.086	779	3.759	13.211	24.297	1.603.091
1993 ..	988	745	3.721	28.501	191.170	6.738.281
1994....	1.007	757	3.888	10.156	1.377.438	36.053.806
1995....	1.767	1.493	3.831	11.347	2.849.720	2.798.025

## 2.12. Madrid

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	2.616	2.153	5.427	478.560	4.107.558	546.159
1991 ..	3.730	2.772	14.952	291.435	2.948.119	550.947
1992 ..	2.898	2.139	2.111	259.166	2.026.855	6.419.898
1993 ..	2.056	1.693	3.829	189.990	2.580.030	407.846
1994....	2.280	1.897	3.202	524.678	1.522.710	373.030
1995....	2.317	1.938	1.775	262.196	1.717.349	980.755

## 2.13. Murcia

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	953	864	1.196	4.135	1.686	3.104.428
1991 ..	853	780	1.468	572	5.201	491.241
1992 ..	850	763	1.881	9.990	6.607	6.607.613
1993 ..	1.224	1.039	1.670	1.122	26.719	3.378.796
1994....	1.418	1.204	2.244	2.777	1.209	4.929.863
1995....	1.809	1.606	2.531	1.449	75.290	2.392.720

## 2.14. Navarra

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	75	46	309	2.154	3.096	348.182
1991 ..	80	54	202	10.248	3.364	23.847
1992 ..	91	64	199	591	7.631	282.437
1993 ..	96	88	85	1.347	8.742	131.941
1994....	124	73	109	93	4.613	912.606
1995....	245	248	136	132	822	374.003

## 2.15. País Vasco

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Bilbao</i>						
1990 ..	412	289	1.278	26.838	7.129	38.326
1991 ..	198	136	908	2.491	358.720	57.206
1992 ..	139	57	856	23.814	13.111	13.125
1993 ..	106	52	874	1.520	15.559	40.623
1994....	89	36	780	325	12.583	77.877
1995....	52	35	634	620	26.603	59.889
<i>San Sebastián</i>						
1990 ..	69	45	360	67.847	146	270.421
1991 ..	83	49	389	86.790	350.231	128.207
1992 ..	56	41	551	8.031	334	255.241
1993 ..	465	506	379	1.830	908	13.060
1994....	93	60	220	1.305	192	1.807.789
1995....	86	75	117	1.132	2.310	117.243
<i>Vitoria</i>						
1990 ..	27	20	384	209	118	627
1991 ..	11	10	304	264	574	270
1992 ..	39	77	261	58	735	2.483
1993 ..	103	120	199	88	1.418	500
1994....	117	118	245	10	26	4.072
1995....	59	63	188	6	43	13.922
<i>Total</i>						
<i>por años</i>						
1990 ..	508	354	2.022	94.894	7.393	309.374
1991 ..	292	195	1.601	89.545	709.525	185.683
1992 ..	234	175	1.668	31.903	14.180	270.849
1993 ..	674	678	1.452	3.438	17.885	54.183
1994....	299	214	1.245	1.640	12.801	1.889.738
1995....	197	173	939	1.758	28.956	191.054

## 2.16. Rioja (La)

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
1990 ..	66	45	92	369	135	15.928
1991 ..	71	58	85	771	229	4.380
1992 ..	84	58	78	508	547	1.047
1993 ....	99	73	110	3.404	1.959	3.191
1994.....	88	59	103	192	523	9.428
1995.....	178	174	94	158	53	6.204

## 2.17. Comunidad Valenciana

Año	Detenidos	Decomisos	Procedim.	Heroína (gr.)	Cocaína (gr.)	Haschís (gr.)
<i>Alicante</i>						
1990 ..	1.692	1.628	2.563	14.870	56.882	3.440.046
1991 ..	3.002	2.957	3.412	23.530	159.091	114.328
1992 ..	2.206	2.457	799	1.689	7.485	4.961.218
1993 ..	3.216	3.177	1.420	4.796	175.805	1.132.823
1994....	2.444	2.481	1.093	2.175	25.965	1.021.347
1995....	3.906	4.166	978	4.570	731.584	13.189.199
<i>Castellón</i>						
1990 ..	209	217	324	281	455	115.320
1991 ..	244	246	98	8.672	1.068	2.098
1992 ..	340	361	157	292	71	45.140
1993 ..	276	290	130	854	390	20.120
1994....	206	184	573	323	4.339	10.892
1995....	676	727	415	905	1.058	151.353
<i>Valencia</i>						
1990 ..	675	587	1.456	64.674	27.438	971.913
1991 ..	921	713	1.031	29.802	174.626	218.647
1992 ..	773	758	1.776	63.254	71.050	423.521
1993 ..	1.061	905	2.023	17.055	687.436	340.828
1994....	966	812	2.780	29.941	31.480	1.061.997
1995....	2.957	3.071	757	5.997	21.507	2.928.968
<i>Totales por años</i>						
1990 ..	2.576	2.432	4.343	79.825	84.775	4.527.279
1991 ..	4.167	3.916	4.541	62.004	334.785	335.073
1992 ..	3.319	3.576	2.732	65.235	78.606	5.429.879
1993 ..	4.553	4.372	3.573	22.705	863.631	1.493.771
1994....	3.616	3.477	4.446	32.439	61.784	2.094.236
1995....	7.539	7.964	2.150	11.472	754.149	16.269.520

### E) EVOLUCION DE LA DELINCUENCIA EN LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Se recogen en este apartado las observaciones efectuadas en algunas de las Memorias de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la evolución de la criminalidad en el respectivo territorio.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

En el siguiente cuadro comparativo se aprecia la evolución de la criminalidad en el año 1995 en Andalucía.

	Procedimientos penales incoados	Progresividad (%)
Fiscalía de Málaga .....	169.418	14
Fiscalía de Sevilla .....	159.805	8,5
Fiscalía de Cádiz .....	66.429	-3
Fiscalía de Granada .....	61.847	9
Fiscalía de Córdoba .....	57.537	20
Fiscalía de Almería .....	36.970	10
Fiscalía de Huelva .....	35.392	7,5
Fiscalía de Jaén .....	32.749	12
<b>TOTALES .....</b>	<b>620.147</b>	<b>9,7</b>

Se observa, con relación al anterior año 1994 un ligero incremento en la criminalidad registrada a través de procedimientos penales, ya que en el año precedente fueron 567.635 los incoados, lo que supone un aumento de casi el 10 por ciento, mientras que 1994 en comparación con 1993 dio un margen de incremento del 8,4 por ciento.

Hay que insistir en que se trata de procesos penales de todas clases incoados en el año, lo cual no equivale a número de delitos, y de aquí la falta de coincidencia de estas estadísticas con las policiales. Además, salvo el caso de Jaén que facilita datos de registro de causas por una sola vez, sin tener en cuenta cambios o transformaciones procedimentales, las demás Fiscalías suministran las incoaciones en el año de toda clase de procedimientos penales, lo que da lugar a duplicaciones en su contabilización en los supuestos de transformaciones de unos procesos en otros.

Nuevamente, advierten las Fiscalías los errores inevitables producidos por el laconismo de las partes de incoación suministrados por los Juzgados, como sucede en el capítulo de las lesiones, donde no es posible distinguir si son hechos casuales, faltas o delitos y de qué naturaleza.

La Fiscalía de Málaga advierte sobre lo irreal de su liderazgo cuantitativo, por el hecho de que todo tipo de actuaciones relacionadas con la jurisdicción penal, aun cuando no sean propiamente de investigación penal, dan lugar en los Juzgados del territorio a la incoación de diligencias previas. Así pues, Sevilla sigue siendo la provincia de mayor incidencia punitiva, seguida de Málaga, ambas superando con creces los cien mil procedimientos. En la banda intermedia, sobre los sesenta mil, se sitúan Cádiz, Granada y Córdoba, por este orden, y en la inferior Almería, Huelva y Jaén, también por dicho orden, superando los treinta mil procedimientos.

La delincuencia sigue centrada en los delitos contra la propiedad, especialmente robos con fuerza en las cosas, y en menor escala las infracciones contra la integridad física y el tráfico de drogas, este último, sobre todo, en Cádiz, Málaga y, en menor medida, Almería y Sevilla.

---

#### *Fiscalía de Sevilla*

Esta Fiscalía, a cuyo frente está el prestigioso Fiscal Jefe don Alfredo Flores Pérez, soporta un elevado número de asuntos penales, algunos de gran envergadura y resonancia social, además de tener que atender a los asuntos contencioso-administrativos y laborales pertenecientes a las Salas del Tribunal Superior de Justicia con sede en Sevilla.

En la anualidad transcurrida, se incoaron 151.435 nuevas diligencias previas, 8.273 procedimientos abreviados y 93 sumarios, así como cuatro procedimientos de la Ley del Jurado, por lo que el conjunto de todos ellos alcanza la cifra para el año 1995 de 159.805 procedimientos penales. Como en el período del año anterior fueron 147.636, el incremento alcanza el 8,5 por ciento, bien que la progresividad no es tan significativa si se tiene en cuenta que en 1993 se incoaron 152.928 nuevos procedimientos, lo que supuso en 1994 una reducción del 3 por ciento, cifrándose el incremento en estos tres años simplemente en un 5 por ciento.

Las sentencias dictadas en 1995 fueron 6.088 en procedimientos abreviados, tanto ante la Audiencia como ante los Juzgados de lo Penal, más 721 en apelación. Se celebraron 765 juicios rápidos y fueron 55 las sentencias de la Audiencia Provincial por razón de

sumario. Los juicios de faltas, finalmente, alcanzaron los 14.283. También es de destacar el elevado número de procedimientos de habeas corpus planteados, todos ellos por terceros, que fueron 245, con un elevado conjunto amplio de rechazos por inadmisión a trámite y sin que fuera estimado ninguno de ellos.

Las diligencias de investigación penal sustanciadas por la Fiscalía fueron de 236, de las cuales hubo 67 actuaciones ejercitando acciones penales.

Por lo que se refiere a la delincuencia cualitativamente considerada, destacan, con mucho, los robos con fuerza en las cosas, en sus distintas variantes, que originaron más de 34.000 diligencias previas, los hurtos con más de 28.000, robos con violencia e intimidación sobre los 10.000 y delitos relativos al tráfico de drogas, que determinaron 2.723 diligencias previas. Se registraron 40.005 procedimientos por lesiones, si bien, como tantas veces se ha dicho, ello es fruto de lo lacónico de los partes de incoación remitidos por los Juzgados. También se incoaron 575 expedientes de menores.

### *Fiscalía de Málaga*

A comienzos de 1996 se encontraba vacante su Jefatura, por jubilación de su Fiscal Jefe don Francisco Jiménez Villarejo, a quien todos quienes hemos tenido ocasión de sentirnos compañeros debemos recuerdo de profunda amistad y reconocimiento, ya que tan extensa como meritoria trayectoria profesional, no hace, por menos, que reflexionar sobre lo que significa toda una carrera decidada, día a día, sin paréntesis de ninguna clase, a trabajar en una profesión que dignifica a quien lo hace por ella y a la Institución, a quien ha representado, sin demoras, por un tiempo dilatado. Ejemplos así de trabajo y honestidad profesional colman cualquier comentario.

La Fiscalía ha estado vacante desde diciembre de 1995 y cuando se escribe esta Memoria estaba vacante su Jefatura. Esto ha supuesto que la Memoria de Málaga y su estadística hayan sufrido dificultades para su elaboración, pese a lo cual ha sido posible reflejar, al menos, lo más elemental de la misma.

Reconoce la Fiscalía de Málaga un dato tan importante como el referido a que en esa provincia, se registran a través de diligen-

cias previas, todo tipo de diligencias, ya sean de investigación penal o de comunicación judicial o de otra clase.

Ya se advertía en la Memoria General de 1994 que el incremento de procedimientos penales, que situaba a Málaga por encima de Sevilla, era ficticio por esta misma razón.

Así, pues, con estas mismas advertencias, se señala, conforme a los datos difícilmente obtenidos de la Fiscalía de Málaga, que en el año 1995 se registraron 161.184 diligencias previas, 8.070 procedimientos abreviados y 164 sumarios, lo cual significa que, en conjunto, se iniciaron 169.418 procedimientos penales de todas clases, con un incremento del 14 por ciento respecto de los 148.064 asuntos penales registrados en el año 1994.

#### *Fiscalía de Cádiz*

Una de las más difíciles Fiscalías de España, por la amplitud de su territorio y órganos judiciales y movilidad de la plantilla, es Cádiz. Su Fiscal Jefe, Ilmo. señor don Isidoro Hidalgo Baras, da muestra de firmeza y conocimiento profesional ante la complicada y delicada jefatura que le corresponde.

En 1995, se incoaron en Cádiz, comprendiendo Jerez de la Frontera, Algeciras y La Línea, además de Ceuta, 60.694 nuevas diligencias previas, así como 5.514 procedimientos abreviados, 221 sumarios y ninguno registrado de la Ley del Jurado. En conjunto, pues, 66.429 nuevas causas penales.

Fueron 3.745 las sentencias dictadas en los Juzgados de lo Penal y 865 por procedimientos abreviados y 107 sumarios por la Audiencia Provincial.

La Fiscalía de Cádiz incoa 162 diligencias de investigación penal y tiene al cargo de sus competencias el grave problema del Campo de Gibraltar. El partido judicial de La Línea ofrece especiales significaciones competenciales y merece un tratamiento propio que no puede, con la actual organización, asumir el decrépito destacamento o adscripción permanente de Algeciras del Ministerio Fiscal. Es urgente, y desde aquí se propone, crear una infraestructura judicial y fiscal seria y eficaz por los órganos de la Administración de Justicia.

### *Fiscalía de Córdoba*

Lleva largos años dirigida brillantemente por el concienzudo y estudioso Fiscal Jefe don Narciso Ariza Dolla y se mantiene en niveles intermedios de trabajo dentro de la Comunidad Autónoma, en la banda de Cádiz y Granada, por debajo de Sevilla y Málaga y superando, en volumen de asuntos, a Huelva, Almería y Jaén.

En esta línea de años precedentes, se incoaron 55.245 diligencias previas, 2.166 procedimientos abreviados, 126 sumarios y ningún procedimiento de la Ley del Jurado, por lo que la suma global de procedimientos penales nuevos incoados en 1.995 ha ascendido a 57.537, que, en comparación con los 47.950 incoados el año anterior, suponen un incremento del 20 por ciento, cifra notable sin duda e implica que, por primera vez, traspasa y con mucho la barrera de los cincuenta mil asuntos penales.

El desglose de aquéllos, en su aspecto cualitativo, significa unas 9.500 diligencias previas por robo con fuerza en las cosas, 8.500 por hurto, 649 por robos violentos o con intimidación, 17.500 por lesiones y 545 por tráfico de drogas. Se dictaron 2.089 sentencias en causas por delito y hubo 4.135 juicios de faltas y 211 en apelación. Los procedimientos de habeas corpus llegaron a ser 12, todos promovidos por terceros, todos ellos inadmitidos o desestimados.

Por lo que a las diligencias de investigación se refiere, la Fiscalía sustanció 111 nuevas incoaciones y ejercitó acciones penales en 103. En la jurisdicción de menores, se incoaron en la Fiscalía 291 expedientes y se dictaron por el Juzgado competente 292 resoluciones.

### *Fiscalía de Almería*

Al frente de uno de los más prestigiosos Fiscales Jefes con que cuenta el Ministerio Fiscal, el Ilmo. don Juan Oña Navarro, en su brillante Memoria, un año más, aporta estudios y análisis en profundidad sobre la evolución de la criminalidad, propuestas de reforma legislativa y estudios doctrinales en sumo interés.

En 1995 se incoaron un total de 34.570 diligencias previas, frente a las 30.895 de 1994, lo que supone un aumento total, en esta clase de procedimientos, de 3.975 diligencias y un incremento

porcentual del 11,89 por ciento, lo que implica un considerable ascenso si se tiene en cuenta que el referido incremento había sido tan sólo del 3,5 por ciento para 1994. Pero, lógicamente, insiste la Memoria en que no se trata de número de delitos, sino de procedimientos penales, aun sin olvidar la creciente judicialización de la vida social como dato sociológico reconocido. El problema se acentúa si se tiene en cuenta que en menos de diez años se ha pasado de 10.000 procedimientos penales que acusaban las estadísticas de 1986 y 1987 a las 35.000 de 1995, es decir, un 250 por ciento, por encima de la media anual en el territorio español, todo ello con las reservas y correctivos que supone la integración de las faltas en esta clase de procedimientos, hechos casuales, etc.

Con todo, se destaca la aminoración de la inseguridad ciudadana y la falta de coincidencia de las estadísticas judiciales y policiales, al integrar las últimas únicamente el 59 por ciento de las primeras, quizá por el porcentaje elevado de los partes de lesiones de los centros hospitalarios, la duplicidad de actuaciones judiciales por acumulaciones o transformaciones, las denuncias directas en Juzgados y Fiscalía, etc., aun sin olvidar la cifra negra de infracciones realmente cometidas y no denunciadas.

El llamado grado de eficacia que resulta de estas estadísticas generales deviene escaso, porque en 1995 se incoaron 2.296 procedimientos abreviados, y 104 sumarios, sin que se registraran incoaciones por el procedimiento de jurado. Así pues, por todos los conceptos, en 1995 se incoaron 36.970 procedimientos penales, con un incremento del 10 por ciento, respecto de los 33.604 del año anterior.

Los Juzgados de lo Penal dictaron 1.498 sentencias y la Audiencia Provincial 45 en sumarios y 97 en procedimientos abreviados, en tanto que los Juzgados de Instrucción dictaron 3.778 sentencias en juicios de faltas.

En el orden cualitativo aumentan los delitos contra la libertad y seguridad y contra el honor y el inevitable incremento en los delitos contra la propiedad queda por debajo de la progresividad general al superar en poco el 6 por ciento. Tras dos años de disminución en la delincuencia registrada en tráfico de drogas, se produce un importante incremento de 430 incoaciones frente a las 284 del año anterior, en buena parte producido por la puesta en funcionamiento de una nueva línea marítima Almería-Nador, siendo las

principales aprehensiones las de haschís. La Memoria hace un exhaustivo estudio de este tipo de delincuencia en la provincia de Almería con una utilización completa de datos, tanto en el orden cuantitativo como en el cualitativo. Por lo demás, se mantienen los niveles de delincuencia en los delitos contra la vida, la libertad sexual y los robos con violencia e intimidación, estos últimos con una estrecha relación con las toxicomanías, por lo que se destaca la labor del centro de drogodependencias de la capital en el tratamiento de unos 200 toxicómanos controlados.

### *Fiscalía de Huelva*

Su Fiscal Jefe don Francisco Ontiveros Varela, pese al corto espacio de tiempo que lleva en el cargo, ha sabido con su laboriosidad y buen hacer mantener el prestigio de esta Fiscalía que, pese a su reducida plantilla, ha de hacer frente a un volumen considerable de asuntos penales, juicios y vistas.

En efecto, en 1995 se incoaron 32.943 diligencias previas, 2.430 procedimientos abreviados, 17 sumarios y dos asuntos de la Ley del Jurado, con un total de 35.392 procedimientos penales de nuevo ingreso. En comparación con el año precedente, en que las incoaciones llegaron a ser 38.049 supone, no obstante, un descenso en la criminalidad registrada del 7,5 por ciento.

Destacan los robos con fuerza en las cosas, que provocaron la apertura de 8.375 diligencias previas (el 25 por ciento del conjunto), los hurtos con 5.878, lesiones con 6.730 y, en menor medida, los asuntos relacionados con el tráfico de drogas, sólo 468 y los robos violentos o con intimidación, que no sobrepasaron los 370 asuntos judiciales.

Pone de manifiesto el Fiscal Jefe de Huelva, en su elaborada Memoria, que el descenso observado en la criminalidad se debe por la tendencia estabilizadora en los delitos contra la propiedad, sobre todo robos con violencia o intimidación y en casa habitada, cuyas cifras se sitúan en los niveles de 1994, así como la disminución de procedimientos abreviados y sumarios. Pese a ello no se atreve, lógicamente, a aventurar si este descenso es coyuntural o sintomático de una evolución favorable hacia la reducción de la criminalidad.

En el orden cualitativo, indica la Memoria cómo los datos estadísticos del Equipo Programa de Instituciones Penitenciarias demuestra que la mayoría de la población penitenciaria por delitos de robo con violencia o intimidación está relacionada con el consumo de drogas. Los incendios forestales han sido menos devastadores y el tráfico menudo de drogas se localiza en las barriadas de Hotel Suárez y Torrejón de la capital y en la zona costera, así como en el cinturón agro-industrial de Moguer. Sólo hubo siete causas por delitos ecológicos y se destaca el acierto del plan de corrección de vertidos industriales contaminantes en el litoral, la Mesa de la descontaminación, el dragado de la ría de Huelva y tratamiento de lodos, sin olvidar el vertido de ácidos débiles en Minas de Riotinto y los problemas que se han arrastrado hasta el año en que se escriben estas líneas por movilizaciones para impedir la construcción en Nerva de un vertedero de residuos tóxicos y peligrosos.

Abunda la Memoria de Huelva en estas cuestiones medioambientales, a la cabeza de las preocupaciones existentes, a la vez que reconocer los esfuerzos de las Autoridades para hacer frente a tales problemas. El Ministerio Fiscal formuló acusación por delito contra el medio ambiente contra el director y representante legal de la empresa Fertilizantes Españoles Sociedad Anónima (FESA), propietaria de diversas plantas de producción de industria química (ácido sulfúrico, ácido fosfórico y abonos) en el polo industrial de Huelva, ubicado en los márgenes de las rías del Tinto y del Odiel, que venía realizando vertidos a una y otra ría, careciendo de expresa autorización administrativa, aunque estaban tácitamente toleradas. La iniciativa del AMA o Agencia del Medio Ambiente (posteriormente se crearon Delegaciones Provinciales en toda Andalucía de la nueva Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía), mediante la elaboración del mencionado plan corrector de vertidos, de modo gradual y progresivo con ayuda a las empresas para superación del problema, con subvenciones públicas, no fue aceptada por la citada empresa, que persistió, en forma recalcitrante, en sus vertidos, dando lugar a la denuncia penal, procedimiento, acusación pública y condena ulterior.

El primer procedimiento por jurado tramitado en 1995 lo ha sido por homicidio en Cortegana de una mujer de avanzada edad y en el que el autor pretendía evitar que la misma testificara en juicio en su contra.

Un segundo proceso de esta naturaleza también se sigue por homicidio o asesinato por disparo con arma de fuego en Sanlúcar de Guadiana por razones de enemistad duradera.

Se incoaron veinte procedimientos abreviados por allanamiento de morada antes de la entrada en vigor de la Ley del Jurado, lo que hace presagiar que este tipo de delitos va a tener en lo sucesivo una importancia notable en Huelva dentro del conjunto de aquéllos que van a dar lugar a procesos ante el Tribunal del Jurado.

### *Fiscalía de Jaén*

Siempre se ha considerado que la Audiencia Provincial de Jaén, y desde luego su Fiscalía, ha merecido los mayores elogios de laboriosidad y ejemplo de buen hacer profesional. Después de siete años de Jefatura en Andalucía, el Fiscal que hace estos comentarios, en espera de que lleguen a la Memoria Anual del Ministerio Fiscal, desearía que se hiciera público el reconocimiento de que la Fiscalía de Jaén, con su Fiscal Jefe Ilmo. señor don Luis González Gómez a la cabeza, es un ejemplo a seguir y una satisfacción poder decirlo desde estas líneas, sin más, porque el trabajo sin ostentación ni exigencia alguna de merecimiento ha sido y es pauta del ejercicio profesional de los Fiscales de Jaén.

La iniciación de procedimientos penales se hace, sin duplicación de incoaciones por la misma causa, de la siguiente forma:

Diligencias previas .....	31.172
Procedimientos Abreviados .....	1.523
Sumarios .....	54

El total de procedimientos penales de todas clases incoados en 1995 ascendió a 32.749, lo cual significa, con respecto a los 28.540 del año anterior, un incremento del 12 por ciento.

Los tres Juzgados de lo Penal dictaron 1.882 sentencias, en porcentaje muy alto con relación a la media de estos órganos judiciales. La Audiencia Provincial lo hizo en 425 sentencias y 326 en apelación.

Cualitativamente, el robo con fuerza superó los 5.500 procedimientos penales, el hurto los 3.700 y el tráfico de drogas los 475.

Por todos los conceptos (diligencias previas, procedimientos abreviados y sumarios) se incoaron en Granada en 1995 hasta 61.847 asuntos registrados como de nueva iniciación en dicha anualidad. Las diligencias previas van referidas a delitos producidos en el año y las otras clases de procesos penales mencionados suelen también coincidir con el año natural, aunque no necesariamente, por ir referida su incoación en un bajo porcentaje a transformación de diligencias previas procedentes de períodos anteriores.

Con relación al año precedente, el incremento de asuntos penales registrados ha supuesto un 9 por ciento y sitúa a Granada, como siempre, en la banda intermedia de volumen de procedimientos penales junto a Cádiz y Córdoba y por debajo de Sevilla y Málaga.

Se celebraron 20 juicios por homicidio, bien que más de la mitad en grado de frustración, cuatro por parricidio y tres por asesinato. Al ir referidos los posibles juicios por jurado preferentemente a los delitos consumados contra la vida, esto hace suponer que no excederán de cuarenta los procesos de esta clase ante el Tribunal del Jurado cada año, dada la escasa incidencia de los delitos contra la libertad y de funcionarios, y los demás competencia de aquél.

Por violación fueron siete los enjuiciamientos y uno agresión sexual. La mayor parte de los delitos investigados y enjuiciados lo fueron por robo en su doble vertiente. Los delitos contra la salud pública relativos al tráfico de drogas, aunque no revisten especial consideración en Granada, sí se hace abstracción del importante acontecimiento de detenciones en relación con la mafia italiana producidas en diciembre de 1995 en la llamada Operación Goya, de que conoce un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, sin embargo, dan un elevado número de juicios tanto en la Audiencia Provincial como en los Juzgados de lo Penal, ya que las detenciones y ocupaciones de drogas, especialmente en la costa y también en tránsito a Levante por la zona de Baza, suelen originar procesos que desembocan en juicio oral.

Las infracciones contra el medio ambiente se concentraron sobre todo, en la persecución, a impulso de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, de vertederos y basureros incontrolados y sin garantías de salubridad. Una condena de un Juz-

gado de lo Penal contra el señor Alcalde de La Zubia por estos motivos fue anulada por la Audiencia Provincial por no considerar probada la gravedad del riesgo contra la salud y el medio ambiental, lo que ha provocado un cierto rechazo social.

Continuaron los juicios por fraude en las prestaciones del seguro agrario en relación con el plan de empleo rural. Son ya ocho los juicios y sentencias, uno de ellos contra «vendedores de peonadas», que fue condenado y los demás contra Alcaldes, en su mayor parte también condenados por falsedad documental, pero no por estafa a la Seguridad Social. Por vía de recurso, el Tribunal Supremo ha apreciado también la estafa. Los perceptores de subsidios agrarios indebidos fueron absueltos, generalmente, o por retirada de acusación o por error invencible de prohibición y están aún pendientes varios juicios orales y recursos de casación.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

### EVOLUCION DE LA DELINCUENCIA

Como en años anteriores, y para una mejor comprensión de la evolución de la criminalidad en Aragón, nos vemos precisados a diferenciar el ámbito rural del urbano y, especialmente, el relativo a los núcleos de población más importantes.

#### AMBITO RURAL

##### a) *Ambito rural de la provincia de Zaragoza*

##### 1. En el orden cuantitativo:

Durante el año 1995 se ha tenido conocimiento de la comisión de 2.130 delitos frente a los 2.126 del año 1994, lo que representa un aumento de cuatro delitos, es decir, un 0,19 por ciento más que el año anterior.

Consecuentemente, el año 1995 se sitúa, en el quinto lugar de los últimos seis años en relación al número de delitos conocidos,

consolidándose el fuerte descenso que se viene desarrollando desde el año 1993, en relación con los años 1990, 1991 y 1992.

Con respecto al índice de esclarecimiento, se puede considerar que ha ido evolucionando favorablemente en los últimos seis años, ocupando el año 1995 el segundo lugar, manteniéndose en la línea del 25 por ciento.

## 2. En el orden cualitativo:

Como en años anteriores, son los *delitos contra la propiedad* los más frecuentes, hasta alcanzar el 87,09 por ciento de la totalidad. Dentro del ámbito al que venimos refiriéndonos, en el año 1995 se han cometido 1855 delitos contra la propiedad, frente a los 1.786 del año anterior lo que representa un incremento del 3,86 por ciento, siendo el porcentaje de esclarecimiento del 15,20 por ciento, con 207 personas detenidas por este tipo de delitos.

Dentro de los delitos contra la propiedad ocuparon en primer lugar, con notable diferencia, los robos con fuerza en las cosas, que representan el 45,68 por ciento del total de los delitos el 52,45 por ciento de los delitos contra la propiedad. El incremento con respecto al año anterior se cifra en un 3,29 por ciento.

Los robos con violencia o intimidación en las personas, durante el año 1995, han experimentado un incremento del 5,12 por ciento con respecto al año 1994, lo que no deja de ser significativo, especialmente si se tiene en cuenta que durante el año últimamente citado se produjo una importante disminución, cifrada en el 48 por ciento, en relación con el año precedente.

Los lugares más frecuentes de comisión de este tipo de delitos son las gasolineras, seguidos de las entidades bancarias y la vía pública.

Durante el año 1995, las sustracciones en el interior de vehículos han experimentado un incremento del 4,80 por ciento con respecto al año anterior. Por el contrario, han disminuido los delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno en un 10,13 por ciento. Los delitos de hurto han aumentado, en relación con el año 1994, en un 33,90 por ciento.

El resto de delitos contra la propiedad, han experimentado una disminución del 6,98 por ciento.

Por lo que a los *delitos contra las personas* se refiere, durante el año 1995 han experimentado una disminución del 14,29 por ciento con respecto al año anterior, siendo de destacar su porcentaje de esclarecimiento, que ha alcanzado el 100,00 por ciento.

Los *delitos contra la libertad sexual* conocidos han aumentado en un 87,50 por ciento en relación con el año anterior.

Por lo que se refiere a los *delitos de riesgo*, siguen ocupando el segundo lugar, tras los delitos contra la propiedad, en el ámbito rural de Zaragoza, si bien han experimentado una significativa disminución del 14,29 por ciento.

En cuanto al *resto de los delitos* han disminuido, en relación con el año anterior, aunque de forma poco significativa, los delitos de falsedad, los delitos contra la libertad y seguridad de las personas, contra la seguridad interior del Estado y contra la Administración de Justicia, aumentando los previstos en Leyes Especiales, permaneciendo prácticamente inalterable el número de delitos contra el honor.

El número de *faltas* cometidas ha experimentado un aumento del 8,59 por ciento, siendo la mayor parte de ellas contra la propiedad y contra las personas.

En cuanto al *tráfico de drogas*, se mantiene, en el ámbito rural de Zaragoza, dentro de los límites de años anteriores, habiéndose aprehendido 847 gramos de haschís, 639 gramos de cocaína, 1.011 gramos de heroína, 42 gramos de speed, 5 gramos de marihuana, 25 dosis de LSD y 20 pastillas de éxtasis.

### c) *Ambito rural de la provincia de Huesca*

#### 1. En el orden cuantitativo:

El índice de delincuencia en la provincia de Huesca es uno de los más bajos del territorio nacional, según datos estadísticos sobre delincuencia comparativos con otras provincias, habiéndose detectado que esta delincuencia proviene principalmente de las provincias de Lérida y Zaragoza.

Durante el año 1995 se ha tenido conocimiento de la comisión de 1.770 delitos y 859 faltas, lo que representa una disminución del 0,45 por ciento, en cuanto a los delitos.

El índice de infracciones penales esclarecidas ha sido ligeramente inferior al de 1994.

## 2. En el orden cualitativo

Como cabía esperar, son los *delitos contra la propiedad* los más numerosos. Dentro de ellos, su forma más frecuente es el delito de robo con fuerza en las cosas. Los delitos contra la propiedad, en general, representan, en el ámbito rural de la provincia de Huesca, nada menos que el 78,87 por ciento de la totalidad del número de delitos conocidos, con un aumento del 5,27 por ciento, en relación con el año anterior.

Como en años anteriores, las numerosas zonas de urbanizaciones, chalets y apartamentos, ocupados solamente los fines de semana o durante las vacaciones en la zona norte de la provincia, favorece la comisión de delitos contra la propiedad, siendo los meses de mayor incidencia los de julio, agosto y septiembre y los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa.

A pesar de todo, el Plan sobre Prevención de la Delincuencia, elaborado por la Jefatura de la Comandancia, está dando buenos frutos.

Por lo que a los *delitos contra las personas* se refiere, siempre dentro del ámbito rural, dada la ya aludida escasa densidad de población, su incidencia es mínima, alcanzando únicamente al 0,96 por ciento del total de los delitos cometidos, observándose una ligera tendencia a disminuir en relación con años anteriores.

También es de destacar, como ya se ponía de relieve en nuestra anterior Memoria, que la delincuencia en la que participan *ciudadanos extranjeros*, en el ámbito rural del que venimos tratando, ha disminuido notablemente. Ello se debe, sin duda, a un lento proceso de integración. Un dato bien significativo, a este respecto, es el de que durante el año 1995 el número de ciudadanos extranjeros detenidos por la comisión de hechos delictivos ha disminuido en un 6,94 por ciento en relación con el año anterior.

Puede, pues, afirmarse que, a partir del año 1992 en el que se produjeron los graves sucesos de carácter racista en la localidad de Fraga, se viene observando una convivencia cada día más pacífica y tolerante, hasta el punto de que, durante el año 1995, al igual que

en 1994, no se ha constatado la comisión de delito alguno que claramente pueda atribuirse a motivaciones de la referida naturaleza.

Durante el año 1995, ha podido apreciarse un considerable aumento de las llamadas drogas sintéticas, cuyo consumo se ve favorecido por la aceptación de nuevas «modas sociales» y la implantación de «rutas de la juventud» en zonas como Almudévar, Fraga o Monzón.

Es de hacer notar, en relación con los *delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, un radical cambio de tendencia, ya que han disminuido en un 31,03 por ciento con respecto al año 1994.

### c) *Ambito rural de la provincia de Teruel*

#### 1. En el orden cuantitativo:

El número de infracciones penales de las que se ha tenido conocimiento, durante el año 1995 ascendió a la suma de 976, frente a las 760 del año anterior, lo que representa un considerable aumento del 28,4 por ciento.

De tales infracciones fueron esclarecidas 537, frente a las 437 del año 1994, lo que representa una eficacia del 55 por ciento, cifra similar a la del año anterior, a pesar del incremento de hechos delictivos.

El número de detenidos ha sido de 270, muy superior al del año anterior, que fue de 201, lo que representa un aumento del 34 por ciento.

#### 2. En el orden cualitativo:

Como en años anteriores los *delitos contra la propiedad* vienen representando la mayoría de los cometidos en el ámbito rural de Teruel. Así, de la totalidad de 976 delitos cometidos durante el año a que se contrae la presente Memoria, 391 lo fueron contra la propiedad, lo que representa un aumento del 24,9 por ciento.

Por lo que a los delitos de *robo con violencia o intimidación* se refiere, que han pasado de seis en 1994, a solamente dos durante

1995, no habiéndose perpetrado hecho alguno de esta naturaleza en entidades bancarias ni en gasolineras, como venía sucediendo en años anteriores.

Los *hurtos* han alcanzado la cifra de 53, idéntica a la del año anterior.

Al igual que en años anteriores, es de destacar la eficacia de la Guardia Civil en el ámbito rural de Teruel y en relación con los delitos contra la propiedad, en orden al volumen de efectos recuperados, que ha alcanzado la cifra de 55.424.124 pesetas sobre un total de 92.259.421 pesetas.

El número de *delitos contra las personas*, en el citado ámbito rural, ha sido 151, cifra muy superior a la del año anterior, con un aumento de un 42,45 por ciento. En cuanto a los delitos contra la libertad sexual, se han cometido siete, que se distribuyen del modo siguiente: dos violaciones, cuatro agresiones sexuales y un delito de exhibicionismo.

Por lo que a los delitos de *conducción* bajo la influencia de bebidas alcohólicas se refiere han alcanzado la cifra de 93, lo que supone un aumento, en relación con el año anterior, del 60 por ciento.

En cuanto a la comisión de hechos constitutivos de *faltas*, la mayor parte de ellas lo han sido contra la propiedad, habiéndose incrementado su número, que ha sido de 434, en un 27 por ciento en relación con el año anterior.

Por lo que a los *incendios* se refiere, que han pasado de 89 en 1994 a 42 en 1995 lo que representa una disminución del 53 por ciento, siendo de significar que la mayor parte de ellos, 37 en concreto, lo han sido en masas forestales, quemándose 64 hectáreas, cifra insignificante si se la compara con las 13.127 hectáreas calcinadas en el año anterior.

De la totalidad de incendios anteriormente referida, 36 pueden considerarse fortuitos, y seis cometidos por imprudencia.

Como datos más significativos de la evolución de la delincuencia en el ámbito rural de Teruel, cabe destacar, como en años anteriores, la incidencia de la llamada «delincuencia de paso», procedente de otras provincias limítrofes.

Finalmente, aunque la incidencia de la delincuencia juvenil no es significativa, aproximadamente un 10 por ciento del total, se observa un aumento en relación con los delitos cometidos por menores de 16 años.

#### d) *Ambito urbano*

##### 1. En el orden cuantitativo

Las cifras de *delitos denunciados* durante el año 1995, puestas en relación con las del año 1994, en las distintas Comisarías Provinciales, Locales y de Distrito son las que se reflejan en el siguiente cuadro:

	1995	1994	Diferencia	%
Zaragoza capital .....	11.101	10.494	507	+4,8
Calatayud .....	315	281	34	+12,1
Huesca.....	687	915	-228	-24,9
Jaca.....	225	204	21	+10,3
Teruel.....	331	344	-13	-3,8
TOTALES .....	12.559	12.238	321	2,6

Como puede fácilmente observarse, los delitos denunciados han aumentado en un pequeño porcentaje durante el año al que se contrae la presente Memoria.

Una, a nuestro juicio, buena solución son los denominados «juicios rápidos», que comenzaron su andadura en Zaragoza coincidiendo con el comienzo del año 1995.

Dichos procedimientos, además de liberar a las víctimas de no pocas incomodidades, favorecen las denuncias y producen beneficiosos efectos en la sociedad, en general, por cuanto la misma recobra, en buena medida, la necesaria confianza tanto en la eficacia policial, como judicial.

Ahora bien, en relación con los citados «juicios rápidos» puede observarse cierta resistencia en los Juzgados, acaso debido a razones de pura inercia, que impide una adecuada y satisfactoria implantación de los mismos.

##### 2. En el orden cualitativo

El mayor porcentaje de los delitos denunciados, al igual que ocurre en el ámbito rural, se refiere a los *delitos contra la propiedad*.

Así, en Zaragoza capital, de los 11.101 delitos denunciados en las distintas Comisarías, 9.290 de ellos lo han sido contra la propiedad, destacando por su número las sustracciones en vehículos (1.195), los restantes robos con fuerza en las cosas (2.062), los robos con violencia o intimidación (988) y los hurtos (906).

Como en años anteriores, es digno de mención, aunque no sea un fenómeno específico del ámbito urbano, si bien se manifiesta en el mismo con mayor intensidad, no solamente el número, sino la gravedad de los *delitos contra las personas*.

Sigue pesando sobre la convivencia una latente agresividad que se dispara con cualquier motivo, por intrascendente que sea, y a veces hasta sin motivo alguno.

Califica la Policía Judicial al «mundo de la droga» como el «motor» de la comisión de un elevado número de infracciones penales contra la propiedad.

En el ámbito urbano al que venimos refiriéndonos, se ha aprehendido en Zaragoza 5.957 gramos de heroína, 1.217 gramos de cocaína, 220.899 gramos de haschís y 1.240 dosis de psicotrópicos. En Huesca, 21,3 gramos de heroína, 12,5 gramos de cocaína, 684,4 gramos de haschís y 70 dosis de psicotrópicos. En Teruel, 7 gramos de heroína, 0,6 gramos de cocaína, 3,4 gramos de haschís y finalmente, en Jaca, 1,5 gramos de cocaína y 11,4 gramos de haschís y en Calatayud únicamente 185 gramos de haschís.

Como puede fácilmente observarse, las cantidades aprehendidas, fruto de la atomización en el reparto, son verdaderamente insignificantes si se comparan con el volumen estimado de consumo que nadie puede ignorar, lo que viene a corroborar las dificultades con que en esta materia se encuentran los grupos policiales encargados de su investigación.

El total de *procedimientos penales* iniciados en todos los Juzgados de Aragón durante el año 1995, en comparación con el año anterior ha sido el siguiente:

	Año 1995	Año 1996
Provincia de Zaragoza .....	63.177	58.313
Provincia de Huesca .....	8.851	8.029
Provincia de Teruel .....	4.170	3.914

Como puede observarse, el número de procedimientos penales ha aumentado considerablemente en la provincia de Zaragoza, y moderadamente en las de Huesca y Teruel.

Por último, merece especial comentario la evolución de la delincuencia juvenil.

La evolución de la criminalidad, especialmente en Zaragoza capital, en cuanto a los menores y jóvenes, ha seguido la tónica ascendente ya observada en años precedentes.

En general, las causas fundamentales que impulsa al joven a delinquir no son otras que el paro laboral y las influencias y presiones de todo tipo que sobre los jóvenes ejerce la sociedad de consumo. En menor medida, pero también de forma relevante, pueden añadirse un falso o desviado concepto de libertad, la pérdida de valores, el menosprecio al principio de autoridad, los problemas familiares graves, la inadaptación social y, en fin, la extraordinaria facilidad de medios para la comisión de los delitos o lograr su impunidad.

Concretándonos ya a los delitos cometidos por menores de 16 años durante 1995, y únicamente por lo que a Zaragoza capital se refiere, se han incrementado las detenciones, en relación con el año precedente, en un 97,5 por ciento por robos con intimidación, en un 176,9 por ciento por robos con fuerza en las cosas, en un 84,6 por ciento las sustracciones en el interior de vehículos y en un 106,2 por ciento las utilizaciones ilegítimas de vehículos de motor ajenos.

De todas estas conductas, las más peligrosas son los robos con violencia o intimidación en los que, normalmente, se utilizan por los menores agujas hipodérmicas o navajas, con resultado, en no pocos casos, de lesiones graves.

En cuanto al consumo de sustancias tóxicas por los menores se utilizan por lo general el haschís y los inhalantes y, últimamente, las drogas sintéticas. El alcohol sigue siendo el gran problema, pues se ingiere entre los citados menores con habitualidad y en cantidades tales que, en no pocas ocasiones, se llega al coma etílico.

No puede olvidarse, para finalizar, la gran cuestión que sigue constituyendo la victimología del menor; objeto de malos tratos, explotación para la mendicidad, agresiones sexuales y corrupción.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

### EVOLUCION CUANTITATIVA

Los procedimientos penales iniciados durante 1995 en los Juzgados del territorio por delitos y faltas, se reflejan en el siguiente cuadro, comparativo respecto a los cinco años anteriores:

AÑO	Delitos	%	Faltas	%	D. Inds.	%
1990 .....	28.691	+16	13.964	-53		
1991 .....	35.269	+5,2	13.068	-6,4	6.661	
1992 .....	37.445	+6,3	13.178	+0,8	7.344	
1993 .....	37.416	—	12.716	-3,5	9.303	
1994 .....	42.897	+14	11.629	-8,5	8.501	-8,6
1995 .....	45.135	+4,9	10.432	-10,2	8.525	—

Refiriéndonos pues a la cifra resultante de la suma de los tres conceptos anteriores, vemos que la conflictividad judicial en materia penal se ha mantenido en niveles idénticos a los del año anterior, con un mínimo incremento del 1,6 por ciento centrado en los apartados de diligencias previas e indeterminadas y que resulta prácticamente absorbido por la disminución de los juicios de faltas.

A diferencia del año anterior, el incremento de diligencias previas no guarda correspondencia con el comportamiento de los procedimientos abreviados, que, por el contrario, disminuyen ligeramente, si bien ello puede depender de factores coyunturales, como el de la utilización cambiante de las diligencias indeterminadas. Lo cierto es que en casi todos los Juzgados se reproduce el fenómeno indicado —aumento de las previas— y disminución de los abreviados.

En 1995 se ha mantenido el encomiable ritmo de trabajo de los Juzgados de lo Penal del territorio que, habiendo tocado techo, han dejado de incrementar el número anual de sentencias dicta-

das, que, por primera vez, desde su implantación no supera al del año anterior.

Estas son las cifras de los tres últimos años:

1993 .....	3.536
1994 .....	3.837
1995 .....	3.634

Como consecuencia del ligero descenso, la media de sentencias por Juzgado se sitúa en la nada despreciable cifra de 519. De aquel total, correspondieron a los cuatro Juzgados de Oviedo 2.225, cifra similar a la del año anterior, agrupándose aquella disminución en los Juzgados de Gijón, con 969 y en el de Avilés que sumó 440.

Si bien estas elevadas cifras de actividad nos hacían insistir en la necesidad de crear un nuevo Juzgado de lo Penal en Gijón en tanto no se introdujesen reformas procesales que reequilibren la distribución competencial entre los Juzgados y la Audiencia Provincial, la promulgación del nuevo Código Penal, debe hacernos desistir de aquel empeño, ya que la nueva distribución de competencias entre unos y otra va a suponer la traslación a ésta de, al menos, un 40 por ciento de las causas que actualmente está llamado a enjuiciar.

El número de asuntos terminados en los Juzgados de lo Penal (3.768) volvió a superar al de los asuntos ingresados que ascendieron a 3.675, lo que no impide, sin embargo, el mantenimiento de una cifra no despreciable de causas pendientes (2.222), similar a la del año anterior que, sin embargo, tras la entrada en vigor del Código Penal deberá ser prontamente absorbida.

El índice de juicios celebrados con conformidad de los acusados a las peticiones de la acusación ha disminuido ligeramente en relación al del año precedente rompiéndose la preocupante progresión de los últimos años. Estas son las cifras de los cuatro últimos años:

1992 .....	760	20%
1993 .....	1.105	31%
1994 .....	1.662	43%
1995 .....	1.455	40%

Los señalamientos suspendidos se han mantenido en el índice del año anterior, próximo al 20 por ciento.

En materia de ejecución, se pone de relieve una vez más, la incapacidad de los Juzgados para venir asumiendo su actual carga competencial. Es por ello que, habida cuenta del alto ritmo sentenciador y no obstante haberse concluido 4.175 ejecutorias —casi cuatrocientas más que el año anterior—, las 3.105 pendientes al finalizar el año, sólo bajan en una centena sobre las existentes a su inicio.

La actividad sentenciadora de la Audiencia Provincial en procesos de única instancia, se ha estabilizado durante el año 1995, es una cifra —433 sentencias— sólo dos unidades inferior a la del año precedente. De ellas, 71 han correspondido a procedimientos ordinarios y 362 a procedimientos abreviados.

En correspondencia a la observación hecha al examinar la actividad de los Juzgados de lo Penal en relación a la nueva redistribución competencial comportada por el Código Penal, habremos de trasladar aquí la preocupación que, en los años anteriores, nos producía la sobrecarga de aquellos Juzgados. Piénsese que, tras la vigencia del nuevo texto, el número de procedimientos ingresados, puede fácilmente triplicarse; que la entrada en vigor de la Ley del Jurado, aunque el número de juicios celebrados sea pequeño, comporta una complicada actividad procesal y burocrática y que, aunque el aumento de procesos en primera instancia ante la Audiencia haga disminuir el de apelaciones, ello no va a compensar en forma mínimamente apreciable el incremento de trabajo que las citadas reformas procesales van a producir. De donde resultará totalmente necesario el aumento del número de Secciones de Penal o el refuerzo de las existentes.

#### EVOLUCION CUALITATIVA

De igual modo que en el aspecto cuantitativo no se ha apreciado una variación notable, en el cuantitativo, con algunas salvedades que examinaremos con más detalle, tampoco ha habido diferencias apreciables.

## 1. Delitos de tráfico de drogas

En este apartado, transcribimos la memoria elaborada por el Fiscal Delegado, don José Luis Rebollo Alvarez Amandi, que, auxiliado por la Abogada Fiscal doña Carmen Rodríguez, despacha las causas de la Fiscalía de Oviedo en esta materia llevando el control y dirección de todas las restantes del territorio.

Es de justicia resaltar, su entrega y dedicación, más allá de cualquier límite exigible, a la labor inherente a la Fiscalía de la Droga, tanto en la función represiva de las conductas delictivas, como en todas aquellas atinentes a la prevención y rehabilitación, no obstante las numerosas dificultades de todo orden que dicha labor comporta.

Estos son los datos y consideraciones que nos ofrece, en relación con el año 1995:

### PROCEDIMIENTOS

---

Diligencias previas .....	1.128
---------------------------	-------

#### SUMARIOS Y PROCEDIMIENTO ABREVIADOS

Se despacharon .....	371 (12 Sumarios)
Escrito de acusación .....	217
Sobreseimientos .....	21

#### CUADRO COMPARATIVO

Diligencias previas 1994 .....	1.602
Diligencias previas 1995 .....	1.128
Calificaciones 1994 .....	243
Calificaciones 1995 .....	217

#### DISTRIBUCION POR JUZGADOS IMPORTANTES DE LOS PROCEDIMIENTOS LLEVADOS O SUPERVISADOS POR LA FISCALIA ANTIDROGA (ENTRE PARENTESIS DATOS DE 1994)

Oviedo .....	104 (116)
Gijón .....	64 (52)
Avilés .....	27 (41)
Mieres .....	40 (34)
Langreo .....	33 (37)

DATOS APORTADOS POR LAS FUERZAS DE SEGURIDAD  
(POLICIA Y GUARDIA CIVIL) Y CUADRO COMPARATIVO

*Cantidades de droga aprehendida:*

<i>Haschís</i>	1994 .....	1.440 kg.
	1995 .....	114.348 kg.
<i>Heroína</i>	1994 .....	5.351,112 gr.
	1995 .....	40.916 gr.
<i>Cocaína</i>	1994 .....	30.214 gr.
	1995 .....	4.412 gr.
<i>Psicotrópicos</i>	1994 .....	5.102 (pastillas)
	1995 .....	7.456
<i>Extasis</i>	1994 .....	471 (dosis o pastillas)
	1995 .....	35 dosis y 5 gr.
<i>LSD</i>	1994 .....	53 (dosis)
	1995 .....	374 dosis y 2.480 gr.

*Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial*

Total .....	232 (286 en 1994)
Condenatorias .....	183
Número de condenados .....	281
Aplicación de circunstancia de especial agravación (art. 344 bis a) .....	19
Aplicación atenuante drogadicción (art. 9) .....	80

*Distribución por procedencia de Juzgados de Instrucción importantes*

De Oviedo .....	74 sentencias
De Gijón .....	34
De Avilés .....	34
De Mieres .....	22
De Langreo .....	15

*Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal*

Total .....	32
	(23 fueron condenatorias)

Se observa en primer lugar el notable incremento de las aprehensiones de heroína fruto especialmente de una de las investigaciones llevadas a cabo por la Guardia Civil y que culminó con la

detención de varias personas conectadas a una red que operaba en distintas Comunidades Autónomas por lo que el procedimiento se lleva actualmente en la Audiencia Nacional. Fueron decomisados más de 31 kg. de la indicada sustancia.

También se realizaron otras operaciones de gran trascendencia no sólo por la cantidad de droga incautada si no por tratarse de «redes», cuyos cabecillas eran seguidos y controlados desde hacia tiempo por las Fuerzas de Seguridad.

En cuanto al haschís, fueron decomisados 120 kg. aunque la mayor parte de los mismos corresponden a los recogidos en el mar sin poderse averiguar exactamente su origen.

No podemos deducir de lo expuesto (como parecen indicar las cifras) que se haya producido en Asturias un aumento espectacular del consumo de heroína. Según datos policiales, gran parte de la droga incautada estaba destinada a su venta en el exterior, bien en otras Comunidades, bien en el extranjero, aunque sí constatamos que la tendencia a la baja en el consumo observada en los años anteriores, no sólo no ha continuado si no que se ha invertido con el consiguiente peligro para nuestra juventud.

Se observa el incremento del tráfico de psicotrópicos (entre los que incluimos las anfetaminas) lo que no hace más que confirmar el consiguiente aumento del consumo de esas sustancias en bares y discotecas.

En cambio, es de destacar la notable disminución en el tráfico constatado de cocaína deducido del número de aprehensiones, aunque hemos de hacer una importante matización: los sofisticados sistemas de introducción por parte de los «narcos» respecto de esta droga, hacen cada vez más difícil su localización y captura. El consumo existe y es alto en Asturias conjuntamente con el de psicotrópicos y LSD.

## 2. *Delitos contra las personas*

### a) *Delitos contra la vida*

He aquí los datos estadísticos, comparativamente expuestos respecto al año anterior.

	1994	1995
Homicidios .....	18	29
Parricidios .....	4	1
Asesinatos.....	5	1
Infanticidio .....	1	1
Inducción al suicidio	—	2
TOTAL.....	28	34

Del grupo de los homicidios, *ocho* no pasaron de previas, por lo que, realmente no deberían ser computados como tales, por corresponder, seguramente, a muertes accidentales o suicidios y *uno*, derivó hacia procedimiento abreviado al ser contemplados los hechos como constitutivos de lesiones y no homicidio en grado de frustración o tentativa.

De los hechos que dieron lugar a los anteriores procedimientos, tres hechos son especialmente destacables. Dos de ellos por tener como víctimas a funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones y el tercero, por implicar la muerte de tres personas, por motivos relacionados con el tráfico de drogas.

#### b) Contra la integridad corporal

El número total de procedimientos incoados por delito de lesiones ascendió a 7.629 y si bien esta cifra, superior a la del año anterior (6.930), incluye un porcentaje no despreciable de hechos no constitutivos del tal delito (hechos imprudentes o casuales con resultado de lesiones) sí parece ser indicativo, como ya señalábamos el año anterior, de un aumento de agresividad o violencia en las relaciones sociales. La inmensa mayoría de ellos, se archivaron en previas o derivaron a Juicios de faltas, convirtiéndose en procedimiento abreviado 337 y 3 en sumario. No se han registrado, en esta apartado, delitos de los previstos en los artículos 418 y 419 del Código Penal.

### 3. Delitos contra la libertad sexual

Tras el ascenso registrado el año anterior, en 1995 hay que anotar una fuerte inflexión que sitúa el número total de procedi-

mientos registrados por delitos contra la libertad sexual en 137, frente a los 214 del año 1994. Delitos que según su tipología se distribuyen, comparativamente con el año anterior, del siguiente modo:

	1994	1995
Violaciones .....	51	32
Agresiones sexuales .	101	79
Escándalo público ...	36	25
Prostitución .....	15	7
Rapto .....	1	—
Estupro .....	10	8

Tal como se advierte, el descenso resulta generalizado, en todos los tipos, resultando especialmente significativo en aquellos que mayor alarma social generan, como las violaciones y agresiones sexuales.

#### 4. *Delitos contra la propiedad*

El total de procedimientos incoados por delitos contra la propiedad se situó en 25.973, lo que supone un aumento porcentual de siete unidades sobre el año anterior. Seguimos advirtiendo, sin embargo, que, en esta cifra se incluyen los procedimientos por daños que, sumando 3.470, no siempre se corresponden con verdaderos delitos contra la propiedad. Aquí, como ya hemos comentado respecto a las lesiones pueden encubrirse hechos imprudentes o casuales.

Desglosando dicha cifra en los delitos más significativos y comparativamente con los registrados en el año 1994, obtenemos el siguiente cuadro:

	1994	1995
Robo con fuerza .....	10.526	10.707
Hurto .....	7.775	8.854
U.I.V.M. ....	835	902

	1994	1995
Estafa .....	513	847
Aprop. indebida .....	388	404
Receptación .....	41	32
Cheque .....	261	225
<b>TOTAL.....</b>	<b>20.339</b>	<b>21.971</b>

Las fluctuaciones al alza, más notables son las que hacen referencia a los delitos de hurto y estafa. Ya teníamos constancia, por los contactos periódicos con los responsables policiales de tal incremento, ya iniciado en años anteriores merced al resurgimiento de la actividad de los mercheros, especialistas en la sustracción de carteras y monederos en los lugares de mayor concentración humana y que actúan en grupos, generalmente familiares, que se trasladan de unas ciudades a otras, siendo las víctimas más propiciatorias, las mujeres, y el lugar los supermercados o grandes comercios. En cuanto a los de estafa, también en años anteriores llamábamos la atención sobre el resurgimiento de viejos timos como los de la estampita, el tocomocho o el nazareno.

##### 5. *Delitos de etiología laboral*

En este punto, extractamos la memoria presentada por el Fiscal don José Luis Álvarez Pinedo, encargado del despacho y control de todos los procedimientos seguidos en materias relacionadas con la actividad laboral.

Se han despachado 240 diligencias por accidentes de trabajo; de ellas 39 en actividades mineras, 22 en la construcción y ocho en trabajos industriales. En todas ellas, oído el perjudicado, manifestó su deseo de que se archivase las diligencias.

Las restantes actuaciones despachadas en esta Fiscalía durante el año 1995 pueden desglosarse así:

POR ACTIVIDADES	
En actividades industriales .....	9
En construcción .....	8
En la minería .....	14
<b>Total .....</b>	<b>31</b>

En los accidentes anteriores, se produjeron los siguientes resultados, según las actividades en que ocurrieron:

En los accidentes mineros que dieron lugar a la apertura de procedimiento judicial se registraron veinticuatro fallecimientos, tres casos de lesiones graves y otro con resultado de heridas leves. En operaciones industriales hubo seis fallecimientos: otros tres trabajadores resultaron con heridas graves y uno con heridas leves. Por último, en la construcción resultaron muertos ocho trabajadores.

En relación con las causas que produjeron estos accidentes, 12 de ellos se debieron claramente a sucesos imprevisibles: en 14 influyó la propia negligencia de los afectados; en otro, influyó de forma relevante la culpa de terceras personas y en otro el hecho se debió a negligencia ajena.

Se ha acordado el archivo en 25 actuaciones; se ha declarado falta otra, y formulado acusación por delito de imprudencia en otra. Penden de la práctica de diligencias solicitadas por el Fiscal, otros cuatro procedimientos.

De los accidentes laborales ocurridos durante 1995, son de destacar los que tuvieron lugar el 31 de agosto y 13 de octubre, en los pozos «San Nicolás» y «Candín», de HUNOSA, en los que fallecieron 14 y 3 mineros, respectivamente. El primero, originado por una explosión de grisú, y que constituyó uno de los mayores desastres recordados en la minería, produjo una gran conmoción social y desató nuevamente la polémica sobre las medidas de seguridad en la actividad minera. Dio lugar a las Diligencias Previas 893/95, seguidas en el Juzgado de Mieres, habiéndose extremado la atención por parte del Juzgado y la Fiscalía en la obtención de datos e informes periciales sobre las posibles causas del siniestro. Estudios, que se llevan a cabo también, en la vía Administrativa por parte de la Comisión Nacional de Seguridad Minera, sin que hasta la fecha y pese a las múltiples hipótesis estudiadas que pudieran justificar, de un lado, la no detección de la acumulación del gas por los aparatos medidores existentes en el lugar de la explosión y de otro de causa originadora de su ignición, se hayan obtenido conclusiones satisfactorias.

Tanto en esta causa como en la seguida por la muerte de otros tres mineros, aún prosigue, en consecuencia, la investigación, sin que haya habido aún lugar a pronunciamiento del Fiscal.

## 6. Delitos medioambientales

En este apartado se concentran los delitos contra el medio ambiente, los de caza, pesca y los de incendio forestal, todos ellos atendidos en la Fiscalía por el Fiscal don Joaquín de la Riva, cuya memoria sobre la actividad anual se extracta a continuación.

## 7. Procedimientos judiciales

Las cifras estadísticas son las siguientes:

Delitos contra el medio ambiente .....	19
Incendios forestales .....	88
Delitos de caza .....	16
Delitos de pesca .....	3

De todos ellos, superaron la fase de diligencias previas los siguientes procedimientos: *uno*, en materia de medio ambiente; *cinco* en incendios forestales; *diez* de Caza y *dos* de Pesca.

Como consecuencia del mayor conocimiento por parte de la población de la Comunidad, de la existencia, dentro de la Fiscalía, de un Fiscal encargado especialmente de los temas de etiología medioambiental, debido a diversas noticias y entrevistas aparecidas en la prensa regional, continúa el incremento de diligencias de investigación en esta materia en número aproximado de 40 expedientes.

De nuevo los incendios asolaron muchos de los montes y bosques asturianos, siendo esta región una de las más afectadas por esta auténtica lacra durante el año 1995.

Frente a este importante número de incendios, han sido escasísimos los supuestos en que se ha podido determinar al autor de los mismos.

Las carencias en las dotaciones de la Guardería Forestal, la intrínseca naturaleza subrepticia de esta actividad, la complicada orografía, la poca disposición de los escasos testigos a declarar por miedo a represalias o enfrentamientos con los autores de los incendios que suelen ser sus vecinos, son algunas de las causas de

tan escasos resultados positivos en la determinación de la autoría de tan graves conductas.

— Por parte de la Fiscalía y, siguiendo las directrices acordadas en una jornada sobre incendios forestales, se dio la máxima publicidad posible en la prensa regional a las acusaciones que se pudieran formular y a las condenas logradas, buscando un efecto disuasor de estas actividades.

Así, fue condenado por un Juzgado de lo Penal de Oviedo, el autor de un incendio intencionado en el interior de la Reserva Natural de Muniellos, una de las mayores manchas forestales de Europa, incendio sofocado rápidamente por el Consorcio de Extinción gracias a que, casualmente, un guarda de la Reserva observó por los prismáticos cómo se prendía fuego al monte y avisó por radio a Protección Civil. De lo contrario la catástrofe hubiese sido inevitable.

También se han formulado algunas acusaciones por incendio cometido en forma culposa.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

En el orden de las diligencias previas, relaciono las incoadas en los últimos cuatro años:

Año 1992	Año 1993	Año 1994	Año 1995
26.235	25.175	29.085	31.565

Con relación al año 1992, y salvando el ascenso ocurrido en el año 1993, se ha producido un aumento de más de 5.000 diligencias que suponen un alarmante ascenso de delitos.

Las diligencias previas, a su vez, salvo las que concluyeron con archivo, se transformaron en los procedimientos siguientes:

Sumarios	P. abreviados	Declarados falta
31	2.053	4.912

Sentencias penales dictadas por los distintos órganos judiciales:

AUD. PROVINCIAL (3 SECC.)			
Sumarios	P. abreviados	J. Penal (3)	J. Instrucción
26	135	1.607	3.892
TOTAL GENERAL: 5.660			

Por último, el grado de conformidad de las sentencias en relación con la petición fiscal:

	Audiencia provincial	Juzgados de lo Penal
Cond. conformes .....	76	657
Cond. disconformes .....	13	33
Abs. conformes .....	12	94
Abs. disconformes .....	43	251
Conformidades .....	17	572
TOTAL .....	161	1.607

En relación con la Audiencia Provincial y con la próxima entrada en vigor del Código Penal de 1995, que les atribuye la competencia de los asuntos penales con sanción privativa de libertad superior a los tres años, el panorama se presenta sombrío para las tres secciones de la Audiencia, que sobrecargados con los asuntos civiles, ahora verán incrementada su actividad en el orden penal, por lo que indudablemente sería necesario contar con otra sección más (la 4.<sup>a</sup>), o aumentar el número de Magistrados de cada sección.

Consecuentemente a esta elevación de asuntos de conocimiento de este órgano colegiado, repercutirá en favor de los Juzgados de lo Penal, que en número de tres dictan un promedio de 535 sentencias cada uno, pero que, sin embargo, en la actualidad, pese a su número alto de resoluciones dictadas, todavía pesa sobre ellos un montante de asuntos retrasados, ya que las calificaciones que se generan en la Fiscalía para estos Juzgados excede al número de sentencias dictadas.

Finalmente, para concluir este repaso a la jurisdicción penal, tengo que reseñar el elevado grado de conformidad de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y Juzgados de lo Penal que coinciden con la calificación del Fiscal en un 80 por ciento de los casos.

#### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO

Se han incoado un total de 445 diligencias, lo que supone una disminución en relación con el año precedente de 231 diligencias menos.

Por los delitos de desobediencia, resistencia y desacato, se iniciaron 350, o sea, 236 menos que en el año anterior.

También bajaron en número los delitos de atentado que se incoaron 43, disminuyendo en 9 el precedente anterior.

#### FALSEDADES

Se incoaron 147 procedimientos, o sea, 29 menos que en el año 94. Las falsedades que más se prodigaron se refieren a la falsificación de documentos públicos, mercantiles y privados, que ascendieron a 94, cifra sensiblemente inferior a los 146 del año anterior.

#### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Por este concepto, se incoaron 171 diligencias, frente a las 208 del año 94. Los delitos de quebrantamiento de condena, ocupan el lugar más destacado con un total de 126 diligencias. Quizá dentro de esta tipología delictiva el quebrantamiento del arresto domiciliario consecutivo a penas impuestas en juicios de faltas nos llama poderosamente la atención, ya que es moneda corriente el incumplimiento del arresto domiciliario.

## DELITOS DE RIESGO GENERAL

También por este Título del Código Penal, se ha producido una disminución de diligencias, hemos pasado de 1469 en el año anterior a las 1.110 del actual, lo que supone una disminución de 359.

En el siguiente cuadro se examina la evolución del delito de tráfico de drogas.

	Año 1992	Año 1993	Año 1994	Año 1995
Tráfico de drogas con grave daño a la salud.....	529	277	602	490
Tráfico de drogas sin grave daño a la salud.....	118	338	287	153
<b>TOTAL.....</b>	<b>647</b>	<b>615</b>	<b>889</b>	<b>643</b>

En cuanto a la droga intervenida por la Policía Judicial, es la siguiente:

	Policía Nacional	Guardia Civil
Heroína .....	2.526 grs.	66 grs.
Cocaína .....	1.663 grs.	1.188 grs.
Haschís .....	6.220 grs.	15.169 grs.
Marihuana .....	19 grs.	10 grs.
Psicotrópicos .....	1.508 dosis	75 dosis
Extasis y LSD .....	715 dosis	21 dosis
Speed .....	7 dosis	9 dosis

La actividad policial, tanto Policía Nacional como la Guardia Civil, ha permitido la detención de un total de 856 personas, que en su mayoría formaban parte del grupo de traficantes consumidores.

En cuanto a los juicios celebrados se distribuyen de la siguiente manera:

Audiencia Provincial (3 Sec.)	Juzgados de lo Penal (3)
126	15

A continuación se recogen algunas observaciones efectuadas por el Fiscal Delegado-Antidroga de esta Comunidad.

La relación con Policía y Guardia Civil ha sido completa, coordinándose por Fiscalía todas las operaciones importantes.

En el ámbito de la rehabilitación se han aunado criterios con Magistrados y responsables de los centros públicos de tratamiento, intentando solventar los problemas que la experiencia iba desvelando en el cumplimiento alternativo de la pena en Centro de Desintoxicación y Rehabilitación. A tal logro fue dirigida la reunión mantenida en mayo de 1995, donde se lograron una serie de normas de actuación que redundaron en una unificación de criterios y en una mayor coordinación.

Asimismo dentro del ámbito de la colaboración con las instituciones se ha participado en el Grupo relativo a los aspectos jurídico-penales de la rehabilitación de toxicómanos para la elaboración de un documento que se presentó en el Congreso Regional sobre Drogas organizado por la Diputación Regional en enero de 1996.

También se ha participado en la constitución del Consejo Provincial de Seguridad Ciudadana y como Presidente del Grupo de Drogas y Rehabilitación, se ha promovido en Fiscalía el 15 de diciembre de 1995, una primera reunión para el planteamiento.

En el apartado de observaciones es de destacar una alta media de condenas en el último trimestre del año por parte de las diversas secciones de la Audiencia en asuntos de especial trascendencia en materia de droga.

#### DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Se han tramitado 3.560 diligencias en razón a este título, descendiendo en 121 las incoadas en 1994.

Por razón de su gravedad se distribuyen estos delitos de la siguiente manera:

Parricidio .....	1
Asesinato .....	2
Homicidios .....	11
Lesiones .....	3.460

Hago la salvedad de que la cifra de lesiones puede ser un tanto exagerada en razón a que los partes de incoación de los Juzga-

dos remiten con tal rúbrica algunas lesiones que provienen de accidentes de circulación.

Si reseño en este apartado el elevado número de diligencias incoadas por violencias entre cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad que se elevaron a 97 superando en 49 a las del año anterior.

#### DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Las 81 diligencias incoadas han supuesto 20 menos que en el precedente año, distribuyéndose de la siguiente forma, tras relacionarlas con los dos años anteriores:

	Año 1993	Año 1994	Año 1995
Violaciones .....	18	27	14
Agresiones sexuales .....	38	45	45
Exhibicionismo .....		21	12
Otros .....	24	11	10
	80	101	81

Se han celebrado 10 juicios por violación, habiendo condenado la Audiencia Provincial en siete ocasiones y absolviendo en las otras tres, éstas últimas por quiebra de la prueba acusatoria en el juicio oral. Generalmente las violaciones y agresiones sexuales se han cometido bajo la amenaza del arma blanca.

Como ya hice en la anterior Memoria no puede menos que recordar la importante labor de asesoramiento y prevención que realizan determinadas Asociaciones en defensa de las víctimas de estos delitos, entre los cuales debemos destacar el Grupo de Atención a la Mujer que depende de la Policía Nacional y que está compuesto por una Inspectora y dos Policías femeninas, así como la Asociación de Mujeres Violadas y las Asociaciones de Mujeres Progresistas.

#### DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Un total de 19.115 han sido las diligencias incoadas en razón a este Título del Código Penal, y que por materias reseño en el si-

guiente cuadro, no sin antes mencionar que se tramitaron 1.358 más que el año anterior lo que resulta verdaderamente preocupante.

Robo con homicidio .....	1
Robo con violación .....	1
Robo con rehenes .....	3
Otros robos con violencia e intimidación .....	1.345
Robo con fuerza en las cosas .....	6.835
Estafas .....	351
Hurtos .....	6.689
Daños .....	2.786
Incendios forestales .....	375
<b>TOTAL .....</b>	<b>18.386</b>

En cuanto a los robos con violencia resulta muy exagerada la cifra que se indica en el cuadro anterior, en relación con los datos que aporta la Policía Judicial y la Guardia Civil que reducen dicha cifra a escasamente 400 denuncias, lo cual me hace meditar que la estadística judicial puede ser menos fiable ya que los partes de incoación se emiten con cierta ligereza y lo que en principio parece un robo violento se convierte en hurto u otra clase de atentado a la propiedad.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON

Recoge en su Memoria el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad algunos cuadros, que se exponen a continuación, indicadores de la evolución de la criminalidad respecto del año anterior.

### DILIGENCIAS PREVIAS

Año 1994	Año 1995
120.854	130.136

El desglose es el siguiente:

Zamora .....	9.378
Segovia .....	6.223
Soria .....	4.810
Salamanca .....	16.269
Valladolid .....	31.599
Palencia .....	11.092
Burgos .....	20.229
León .....	24.105
Avila .....	6.431
<b>TOTAL .....</b>	<b>130.136</b>

La cifra representa un aumento de 9.282 diligencias previas más en el año 1995.

#### PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

Año 1994	Año 1995
11.355	10.720

El desglose es el siguiente:

Avila .....	693
León .....	1.785
Burgos .....	1.479
Palencia .....	930
Valladolid .....	2.637
Salamanca .....	1.320
Soria .....	364
Segovia .....	574
Zamora .....	938
<b>TOTAL .....</b>	<b>10.720</b>

La cifra representa una disminución de 635 en el año 1995.

#### SUMARIOS

Año 1994	Año 1995
189	169

El desglose es el siguiente:

Zamora .....	20
Segovia .....	4
Soria .....	12
Salamanca .....	20
Valladolid .....	45
Palencia .....	4
Burgos .....	19
León .....	37
Avila .....	8
<b>TOTAL .....</b>	<b>169</b>

Representa una disminución de 20 sumarios en el año 1995.

#### JUICIOS ORALES

Celebrados en el total de las Audiencias de la Comunidad.

Año 1994	Año 1995
19.546	13.901

El desglose es el siguiente:

León .....	4.187
Burgos .....	1.242
Salamanca .....	571
Zamora .....	598
Segovia .....	1.204
Soria .....	251
Valladolid .....	3.826
Palencia .....	709
Avila .....	1.313
<b>TOTAL .....</b>	<b>13.901</b>

Representa una disminución de 5.645 en el año 1995.

## DICTAMENES

Emitidos por el conjunto de las Fiscalías de esta Comunidad Autónoma.

Año 1994	Año 1995
220.558	230.661

El desglose es el siguiente:

León .....	47.413
Salamanca .....	20.501
Avila .....	10.211
Palencia .....	14.098
Burgos .....	48.329
Valladolid .....	52.856
Soria .....	9.438
Segovia .....	12.047
Zamora .....	15.768
<b>TOTAL .....</b>	<b>230.661</b>

Representa un aumento de 10.103 dictámenes en el año 1995.

## VISTAS CELEBRADAS CON ASISTENCIA DEL FISCAL

Año 1994	Año 1995
929	1.513

El desglose es el siguiente:

León .....	273
Burgos .....	203
Salamanca .....	70
Zamora .....	21
Segovia .....	96
Soria .....	720
Valladolid .....	76
Palencia .....	17
Avila .....	37
<b>TOTAL .....</b>	<b>1.513</b>

Representa un aumento de 584 vistas a lo largo del año 1994.

## VIOLACIONES

Año 1994	Año 1995
25	52

El desglose es el siguiente:

Burgos .....	7
Avila .....	1
Palencia .....	3
Valladolid .....	8
Salamanca .....	10
León .....	13
Zamora .....	7
Segovia .....	2
Soria .....	1
<b>TOTAL .....</b>	<b>52</b>

La cifra global representa un aumento de 27 causas en el año 1995.

## ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACION

Año 1994	Año 1995
535	1.242

El desglose es el siguiente:

Avila .....	22
Segovia .....	9
Burgos .....	250
Soria .....	14
Zamora .....	66
León .....	277
Salamanca .....	275
Valladolid .....	314
Palencia .....	15
<b>TOTAL .....</b>	<b>1.242</b>

La cifra global representa un aumento de 707 causas en el año 1995.

## TRAFICO DE DROGAS

Año 1994	Año 1995
263	1.023

El desglose es el siguiente:

Soria .....	12
Segovia .....	5
Zamora .....	77
León .....	237
Salamanca .....	329
Valladolid .....	139
Palencia .....	5
Avila .....	38
Burgos .....	181
<b>TOTAL .....</b>	<b>1.023</b>

La cifra global representa un aumento de 760 causas en el año 1995.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

Un estudio comparativo del número total de diligencias incoadas en cada provincia de la región, en los dos últimos años, arroja las siguientes cifras y porcentajes:

PROVINCIA	1994	%	1995	DIF.	%
Albacete .....	14.231	+8,8	15.203	+972	+6,8
Ciudad Real .....	24.411	+4,16	25.410	+999	+4
Cuenca .....	8.236	+3,79	8.402	+166	+2
Guadalajara .....	6.389	-3,8	7.019	+630	+9,8
Toledo .....	20.315	+17	21.709	+1.394	+6,8
<b>TOTALES .....</b>	<b>73.582</b>	<b>+7,4</b>	<b>77.743</b>	<b>+4.161</b>	<b>+5,65</b>

Los anteriores datos reflejan una ligera tendencia alcista en toda la región, con un crecimiento similar (5,65 por ciento) del año

anterior, en el que habría que destacar el experimentado por Cuenca (un 9,8 por ciento, frente a la disminución del 3,8 por ciento de 1994), y el 6,8 por ciento de Toledo, que, en dos años, ha experimentado una subida del 23,8 por ciento, con un volumen de 1.394 nuevos procedimientos, que representan el 198 por ciento del total de la subida experimentada en toda la región, puesto que de las 4.161 diligencias previas, que se han sumado a las del año anterior, 1.394 corresponden a Toledo.

En el resto de las provincias, el número en que se han visto incrementados los procedimientos se puede considerar normal o poco significativo.

#### a) *Aumentos*

Como aumentos producidos en las diligencias previas, tramitadas en el territorio de Castilla-La Mancha, de carácter cualitativo, podemos señalar, como de mayor interés, los siguientes:

Al igual que ocurrió el pasado año, vuelven a subir las causas por delitos de *atentado*, *desobediencia* y *desacato*.

También merece destacarse, como relativamente moderado, el aumentado que han experimentado los delitos de *falsificación de documentados*, tanto de crédito, como públicos, privados y mercantiles.

Una vez más han subido los delitos de *conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, un 6,10 por ciento destacando el importante crecimiento experimentado en Albacete, no sólo porcentual (en un 23 por ciento), sino numérico (con 81 causas más).

Sigo pensando, como en años anteriores, que estas subidas lo que reflejan, realmente, no es que los ciudadanos beban más que antes, o que conduzcan con más frecuencia vehículos en estado de intoxicación alcohólica, sino que son más frecuentes los controles de alcoholemia y que, por lo tanto, hay que confiar en que, dada la cuantía de las sanciones que conllevan estas conductas, los ciudadanos, poco a poco, se irán mentalizando en las consecuencias que tienen que afrontar.

Según datos facilitados por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil de Albacete, durante el año 1994, las pruebas de al-

coholemia realizadas fueron en número de 20.816, con una diferencia, en más, respecto al año anterior, de 13.633, y unos resultados positivos en 534 de aquellos casos, con una diferencia, también en más, respecto al pasado año, de 352 supuestos, en cambio, durante 1995 ascendieron a 25.669, con 4.853 casos más, y con 462 supuestos con resultado positivo.

Hay que situar los delitos de *tráfico de drogas* dentro del grupo de los que han subido, y ello frente a la disminución del 9 por ciento que habían experimentado el año anterior y en cuantía que estimamos habría que considerar preocupante.

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	68	-20	86	+18	+26
Ciudad Real .....	334	-20	439	+105	+31
Cuenca .....	40	+16	24	-16	-40
Guadalajara .....	7	-50	32	+25	+357
Toledo .....	253	+13	319	+66	+9,40
TOTALES .....	702	-9	900	+198	+28

Como se podrá comprobar la subida ha sido prácticamente generalizada, con la única salvedad de Cuenca, y ello acredita, a mi juicio, la mayor eficacia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, al conseguir desarticular nuevas redes de traficantes, han dado lugar a un incremento en el número de procedimientos incoados contra los mismos, en un 28 por ciento, como en el caso de Guadalajara, de nada menos que un 357 por ciento.

En Castilla-La Mancha parece claro que la plaga de la droga sigue avanzando y que está llegando a lugares pequeños, a zonas rústicas, en las que la impunidad era impensable, al igual que parece claro que todos estamos poniendo de nuestra parte lo que podemos, para luchar contra la misma, tal y como queda acreditado con las 198 nuevas causas penales incoadas contra aquellos que trafican con el dolor ajeno.

Las *lesiones* en sus modalidades de simples y cualificadas, así como la participación en riñas, se han visto incrementadas en un 2,20 por ciento, distribuido de la siguiente manera:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	1.523	+15	1.366	-157	-10,3
Ciudad Real .....	2.747	+3	2.721	-26	-0,9
Cuenca .....	487	+3	504	+17	+3,49
Guadalajara .....	1.420	-11	1.684	+264	+18,59
Toledo .....	2.632	+16	2.728	+96	+3,6
TOTALES .....	8.809	+5,6	9.003	+194	+2,20

Como se podrá observar, si bien los delitos de lesiones han ido aumentando durante los tres últimos años: en 1993 un 24,4 por ciento, en 1994 un 5,9 por ciento y en 1995 un 2,20 por ciento, sin embargo lo ha sido en forma decreciente, lo que nos apunta hacia una cierta estabilización, sin que ello implique, ni con ello queremos manifestar, que la subida carezca de importancia, ya que en este grupo de hechos se barajan cantidades importantes y, por lo tanto, un aumento de 194 nuevos procedimientos penales tiene ya su relevancia, máxime cuando sólo en la provincia de Guadalajara el incremento ha sido de 264 nuevas causas.

Habría que resaltar también que, una vez más, y en la mayoría de los casos, las lesiones se han vuelto a producir en el curso de riñas, en las que el alcohol no se encontraba lejos de las mismas.

Gran importancia, y no sólo numérica, sino también por su repercusión en la esfera del grupo familiar, y por lo tanto también en el comportamiento de los hijos de familia, sigue teniendo el incremento del 13,7 por ciento experimentado en los procedimientos incoados por delitos de *abandono de familia*, en sus distintas modalidades:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	182	+43	189	+7	+3,8
Ciudad Real .....	326	+7	397	+71	+21,7
Cuenca .....	36	-5	41	+5	+13
Guadalajara .....	32	+3	58	+26	+81
Toledo .....	203	+25	201	-2	-0,9
TOTALES .....	779	+17,6	886	+107	+13,7

En efecto, se podrá advertir que, aunque estos hechos se han reducido en un porcentaje del 3,9 por ciento, respecto a la subida experimentada el año anterior, sin embargo, siguen creciendo y con ello debido, fundamentalmente, al incremento en 84 causas que han experimentado los delitos relativos al incumplimiento de las prestaciones económicas judicialmente establecidas o aprobadas en el seno de procesos matrimoniales, y que si ya el año 1992 había alcanzado las 200 causas, en el año 1993 las 447, llegando en 1994 a las 490, en el actual suman ya 574 procedimientos, con una subida, por lo tanto, de un 17,14 por ciento, es decir, más de la mitad del total de procedimientos incoados.

Estos datos, a nuestro juicio, vuelven a poner de relieve la necesidad de que los Tribunales acuerden en sus sentencias penales el pago de las pensiones atrasadas, dada la sensación de impunidad de que gozan quienes están obligados a ello, y con el fin de no hacer ilusorio el fin que persigue la ley, con el refuerzo penal del incumplimiento de una obligación de tipo civil.

Dentro de los delitos *contra la libertad sexual* si el año 1993 indicábamos que en el delito de raptó había que contabilizar una disminución del 10 por ciento, puesto que se habían incoado dos procedimientos menos que el año anterior y que durante 1994 continuó la misma tendencia, puesto que nuevamente se redujo su porcentaje en un 23 por ciento, no podemos decir lo mismo del actual, en el que la subida ha sido precisamente de un 23 por ciento, aunque el número real de procedimientos sólo se haya incrementado en tres más.

También los delitos relativos a la *prostitución*, y frente a la tendencia del año anterior, han subido, aunque sólo sea en una mínima proporción del 14 por ciento.

Las *agresiones sexuales* que le pasado año habían experimentado un espectacular incremento del 54 por ciento, han vuelto a subir, aunque en proporción menor (25 por ciento).

Si bien tanto los delitos de *violación*, como los de *corrupción de menores* o de *exhibicionismo* han disminuido, sin embargo de manera global, y como resumen total de los delitos que atentan *contra la libertad sexual*, habría que destacar el hecho de que ha experimentado un aumento global del 6,6 por ciento, muy inferior al del 33 por ciento que sufrieron el pasado año.

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	47	+45	73	+26	+55
Ciudad Real .....	148	+2,7	169	+21	+14
Cuenca .....	20	-13	21	+1	+5
Guadalajara .....	19	+26	25	+6	+31
Toledo .....	98	+180	67	-31	-31
<b>TOTALES .....</b>	<b>333</b>	<b>+33</b>	<b>355</b>	<b>+22</b>	<b>+6,6</b>

Durante el presente año han vuelto a subir los delitos *contra la propiedad*.

Dentro, concretamente, de las causas tramitadas por delitos de *hurto*, la evolución ha sido la siguiente:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	4.106	+11,3	4.797	+691	+16,8
Ciudad Real .....	3.707	+1,7	3.807	+100	+2,6
Cuenca .....	907	+23	1.007	+100	+11
Guadalajara .....	772	-18	981	+209	+27
Toledo .....	3.137	+19	3.369	+232	+7,3
<b>TOTALES .....</b>	<b>12.629</b>	<b>+8,2</b>	<b>13.961</b>	<b>+1.332</b>	<b>+10,5</b>

Importante ha sido la subida, sobre todo en Toledo, de los delitos de *utilización ilegítima de vehículos de motor* que en cambio había disminuido el año anterior en un 2,8 por ciento.

El ascenso ha sido prácticamente generalizado en todas las provincias, menos en Guadalajara, y el número total de causas se ha visto incrementado con 223 nuevos procedimientos, lo que representa un 11 por ciento de aumento.

Continúan, asimismo, en aumento, los delitos de *robo con violencia e intimidación en las personas*, que han sufrido un incremento del 49 por ciento, frente al 10 por ciento del año anterior:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	12		43	+31	+258
Ciudad Real .....	287	+9,9	311	+24	+8,3
Cuenca .....	82	+12	55	-27	-32
Guadalajara .....	8	-33	11	+3	+37
Toledo .....	73	+19	270	+197	+269
<b>TOTALES .....</b>	<b>462</b>	<b>+10</b>	<b>690</b>	<b>+228</b>	<b>+49</b>

También en este grupo, igual que en el anterior, han sido las provincias de Toledo y Albacete las que más han subido y las que han provocado el aumento general en la región, puesto que en el resto de las provincias el incremento ha sido moderado.

Los delitos de *robo con fuerza en las cosas*, que habían subido en 1994 en un 15 por ciento, han vuelto a experimentar un alza en un 2,65 por ciento.

Tanto Albacete como Ciudad Real han experimentado un espectacular incremento, superior a las 250 causas, y vienen manteniendo una desproporción exagerada en relación con el resto de las provincias.

Aunque el número de causas no sea tan elevado como en los supuestos anteriores, también los *alzamientos de bienes y quiebras* han subido un 13,9 por ciento, si bien muy inferior al 46 por ciento del año anterior, y que quizá haya que interpretar como un indicio en la superación de la crisis que venimos padeciendo.

El delito de *estafa*, que ya el pasado año había subido un 17 por ciento, durante el actual ha vuelto a experimentar una subida, si bien en esta ocasión muy moderada, de sólo el 4,2 por ciento, ofreciendo la peculiaridad de que ha sido casi uniforme en todas las provincias, con la única excepción de Guadalajara, en la que se ha operado una disminución del 31 por ciento. Parecida evolución ha experimentado el delito de apropiación indebida.

Para finalizar este apartado de delitos patrimoniales se expone a continuación un cuadro comparativo de los tres últimos años, en el que se analiza la evolución de la delincuencia total y dentro de ella la influencia de los delitos contra la propiedad.

	1993	1994	1995	%	Total c/ propiedad		
					1994	1995	%
<i>Albacete</i>							
Delinc. total .....	13.081	14.231	15.249				
Delinc. c/ prop. ....	8.594	9.295	10.440	68,47	9.295	10.440	+12,3
Otros delitos.....	4.540	4.936	4.809	31,53			
<i>Ciudad Real</i>							
Delinc. total .....	23.414	24.411	25.410				
Delinc. c/ prop. ....	13.039	13.828	14.488	57	13.828	14.488	4,77
Otros delitos.....	10.375	10.583	10.922	42,98			

	1993	1994	1995	%	Total c/ propiedad		
					1994	1995	%
<i>Cuenca</i>							
Delinc. total .....	7.915	8.236	8.402				
Delinc. c/ prop. ....	2.584	2.712	2.938	34,97	2.712	2.938	+8,33
Otros delitos .....	5.331	5.524	5.464	65,03			
<i>Guadalajara</i>							
Delinc. total .....	6.639	6.389	7.019				
Delinc. c/ prop. ....	3.529	3.223	3.419	48,72	3.223	3.419	+6
Otros delitos .....	3.110	3.166	3.600	51,28			
<i>Toledo</i>							
Delinc. total .....	17.359	19.331	21.709				
Delinc. c/ prop. ....	8.262	9.791	10.463	48,2	9.791	10.463	+6,86
Otros delitos.....	9.097	9.540	11.246	51,80			
TOTALES .....					38.850	41.748	+7,45
						+2.898	

#### b) *Disminuciones*

Entre los descensos más importantes, producidos durante el pasado año, merecerían destacarse los siguientes:

Escasa incidencia siguen teniendo en la región los delitos de *prevaricación*, que este año, además, han experimentado una importante reducción del 41,3 por ciento.

También durante el año 1995 se ha continuado con la línea ascendente que se venía observando en años anteriores, respecto a los delitos *contra la vida humana independiente* (parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio e inducción al suicidio), lo que sin duda constituye una noticia a destacar:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	6	-33	5	-1	-0,16
Ciudad Real .....	17	-22	14	-3	-17
Cuenca .....	5	+150	4	-1	-20
Guadalajara .....	1	-75	—	-1	-100
Toledo .....	8	+50	5	+3	+37
TOTALES .....	37	-11	29	-8	-21

Por desgracia ha sido Ciudad Real la provincia con un mayor número de procedimientos, mientras que Guadalajara se puede considerar como la más afortunada, al no haber experimentado ninguna agresión de esta naturaleza.

Si cuando hacíamos un resumen de los delitos que atentan *contra la libertad sexual* indicábamos que, en términos generales, se había producido un incremento del 6,6 por ciento en toda la región, sin embargo, existen dos grupos, de entre esos delitos, a mi juicio los más graves, que han sufrido un notable descenso:

Han descendido los delitos de corrupción de menores en un 24 por ciento, los de exhibicionismo en un 8 por ciento, y el de violación según se aprecia en el siguiente cuadro:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	7	+133	15	+8	+114
Ciudad Real .....	14	+16	15	+1	+7
Cuenca .....	9	+80	9	—	—
Guadalajara .....	3	-40	4	+1	+33
Toledo .....	23	+130	10	-13	-56
TOTALES .....	56	+60	53	-3	-5,3

Una importante disminución se refleja en los delitos relacionados con la *objeción de conciencia*:

PROVINCIA	1994	%	1995	±	%
Albacete .....	24	+140	19	-5	-20
Ciudad Real .....	27	+575	17	-10	-37
Cuenca .....	24	+140	14	10	-41
Guadalajara .....	4	+575	7	+3	+75
Toledo .....	31	+310	17	-14	-45
TOTALES .....	110	+321	74	-36	-32

Si el pasado año nos pronunciábamos en favor de una modificación legislativa, que incrementase las sanciones de tipo económico o de carácter administrativo y que, al mismo tiempo concediese un mayor arbitrio al Juzgador, hoy nos congratulamos de que, por fin, el Legislador lo haya entendido así, en el nuevo artículo 527 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95.

Durante el presente año nos tenemos que congratular tanto de la disminución que han experimentado los delitos de *incendio*, en general, como y sobre todo de la operada en los incendios forestales.

Si durante el pasado año se vieron incrementado los incendios forestales en la importante cuantía del 43 por ciento y si fue Castilla-La Mancha la tercera región más afectada por el fuego, quedando arrasadas 40.953 hectáreas, de las que 32.025 eran superficie arbolada, durante el año actual, en cambio, hemos tenido la fortuna de que prácticamente en todas las provincias se haya operado una importante disminución, puesto que, incluso en Albacete, en donde hemos sufrido 69 incendios más que el año pasado, la superficie quemada ha sido inferior, debido a la rápida y eficaz intervención de los servicios de lucha contra el fuego, que ha evitado que éste llegara a propagarse, consiguiendo que sólo hayan resultado quemadas 127,32 hectáreas.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

### LINEAS GENERALES

A partir de los datos estadísticos del trabajo de la Fiscalía, comparados con los correspondientes del año anterior, cabe deducir que se ha producido un relevante incremento de la delincuencia, o al menos de las causas penales derivadas de ella.

Aunque parezca repetitivo, no hay mejor manera de expresar con objetividad la anterior afirmación que la de exponer, a título de ejemplo, algunos de los datos indicativos del incremento referido, como se hará a continuación:

PROCEDIMIENTOS	1994	1995
Diligencias previas pendientes a 1 de enero .....	72.071	85.815
Diligencias previas iniciadas en el año.....	294.472	307.853
Procedimientos abreviados iniciados en el año .	11.772	13.759
Sumarios iniciados en el año.....	351	386

Estos datos expresivos de un incremento de la delincuencia y de las causas penales se corroboran por los de las correlativas actuaciones de la Fiscalía.

ACTUACIONES	1994	1995
Procedimientos ingresados .....	294.472	329.301
Dictámenes .....	414.312	481.525
Juicios orales .....	16.886	30.563
Vistas .....	728	562

#### LOS JUICIOS INMEDIATOS

El siguiente cuadro es expresivo del buen funcionamiento de los juicios inmediatos o «rápidos».

JUICIOS INMEDIATOS	Cantidad
Juicios celebrados .....	2.707
Juicios suspendidos .....	430
Juicios archivados .....	1
Sobreseimiento provisional .....	1
<b>TOTAL JUICIOS INMEDIATOS ...</b>	<b>3.486</b>

Juicios inmediatos pendientes de sentencia: 347.

A continuación analizamos los juicios inmediatos distinguiendo los señalados ante el Juzgado o ante la Audiencia Provincial.

JUICIOS INMEDIATOS SEÑALADOS		
ANTE JUZGADOS PENALES	Cantidad	%
Juicios suspendidos .....	414	14,10
Juicios celebrados .....	2.521	85,89
Archivos o sobreseimientos.....	0	0
<b>TOTAL JUICIOS INMEDIATOS .....</b>	<b>2.935</b>	

SENTENCIAS	Cantidad	%
Condenatorias conformes .....	2.170	86,07
Condenatorias disconformes .....	181	7,17
Absolutorias conformes .....	28	1,11
Absolutorias disconformes .....	142	5,63

JUICIOS INMEDIATOS ANTE LA AUDIENCIA  
PROVINCIAL

	Cantidad	%
Juicios suspendidos .....	16	7,84
Juicios celebrados .....	186	91,76
Juicios archivados .....	1	0,49
Sobreseimientos provisionales .....	1	0,49
<b>TOTAL JUICIOS INMEDIATOS .....</b>	<b>204</b>	

SENTENCIAS

	Cantidad	%
Condenatorias conformes .....	140	75,26
Condenatorias disconformes .....	8	9,67
Absolutorias conformes .....	2	1,07
Absolutorias disconformes .....	26	13,97

Durante el año 1995 se han producido un total de 3.438 tipos delictivos incoados como «juicios rápidos». Si comparamos las cifras con los 3.309 del año 1994, se aprecia un incremento durante 1995 del 4,25 por ciento.

Seguidamente se relaciona el tanto por ciento de incremento o disminución de los delitos más representativos:

TIPOS DELICTIVOS	%
Robo con fuerza .....	-6,25
Robo con violencia .....	-12
Contra seguridad tráfico .....	+9
Contra la salud pública .....	+16,5
Hurto .....	+10
Utilización ileg. veh. motor .....	+6

Obsérvese la disminución significativa en el número de Juicios inmediatos incoados por robo, así como el aumento en todos los demás, en especial los delitos contra la salud pública (+16,5 por ciento).

Haciendo un comentario por Juzgado, se observa que cada Juzgado de Instrucción de Barcelona ha tenido un promedio anual de 256 *atestados* (excluidas búsquedas y capturas y ampliatorias). Estos *atestados* han sido la consecuencia de los 334 *detenidos* que por promedio correspondería a cada Juzgado, que habría incoado un total anual de 105 *juicios inmediatos*.

Estadísticamente, y presumiendo que cada Juzgado de Instrucción realiza tres guardias de detenidos mensualmente, observamos que la «*guardia tipo*» está formada por *ocho atestados, diez detenidos* y en ella se incoan un total de *tres juicios inmediatos*.

## LAS RETIRADAS DE ACUSACION

Conviene poner de relieve una ligera disminución del número de retiradas de acusación respecto del año anterior; así, frente a las 361 del año 1994, se han producido 356 en el presente año memorial, lo que supone una disminución del 0,5 por ciento.

Destaca, siguiendo la línea iniciada el año anterior, el número de retiradas en el delito de *cheque en descubierto* —92—, seguidas de los *robos con violencia e intimidación* —32—.

En cuanto a las causas de la retirada, en relación al cheque en descubierto, delito al que más afectan las retiradas de acusación, las causas más comunes de la retirada son la ausencia del lugar de emisión, el pago posterior de la cantidad adeudada y la constancia de que el documento no es cheque sino «pagaré», o bien supuesto de postdatación.

Por existir cosa juzgada: 12.

Por haber prescrito la acción penal: 3.

El resto de los casos se debe a la falta de prueba de los hechos, debido en la mayoría de los supuestos a la ausencia de testigos propuestos en el acto de la vista, a la falta de memoria de los mismos, habida cuenta el tiempo transcurrido, a la falta de documentos originales y otros. También en este apartado debe hacerse referencia a que en alguno de los casos la falta de prueba es debida a que se ha probado en el juicio el hecho contrario a lo relatado en el escrito de acusación.

## EL MINISTERIO FISCAL EN LOS JUICIOS DE FALTAS

El año 1995 ha supuesto, como siempre, un ingente esfuerzo para el Ministerio Fiscal en el ámbito de los juicios de faltas, por su elevadísimo volumen.

Afortunadamente, y tras la reciente incorporación de once nuevos Fiscales sustitutos, el corriente año 1996 permitirá que el enorme esfuerzo que suponía para la Fiscalía atender el indicado volumen de los juicios de faltas se vea en gran medida paliado.

En otro orden, el Servicio ha continuado colaborando con otros departamentos de la Fiscalía, como Incapacidades, Atención a la víctima y, muy especialmente, Protección de Menores, comunicándoles cuantas incidencias de interés para dichos servicios acaeciesen durante la celebración del juicio de faltas.

El número total de juicios de faltas incoados asciende a 87.576, de los cuales han recaído 27.272 sentencias.

#### LA FISCALIA DELEGADA PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

Como viene siendo costumbre en este capítulo de la Memoria anual, ha parecido pertinente comenzar la exposición del fenómeno criminal del tráfico de drogas ilegales por la referencia al efecto más pernicioso del mismo: los resultados de muerte asociados al consumo de dichas drogas.

El Instituto Nacional de Toxicología informa periódicamente al Fiscal Antidroga acerca de los fallecimientos relacionados directamente con el consumo de drogas ilegales. A lo largo de 1995 los datos ofrecidos pueden resumirse como a continuación se señala.

AÑO 1995	Hombres	Mujeres	Total	Sin morfina
Primer trimestre.....	36	5	41	1
Segundo trimestre .....	51	3	54	1
Tercer trimestre .....	47	3	58	6
Cuarto trimestre .....	49	6	55	7
<b>TOTAL .....</b>			<b>208</b>	<b>15</b>

Es digno de mención el dato que, por su importancia, se ha destacado en la última columna. De los 208 fallecimientos, tan sólo en 15 se observa la ausencia de morfina o alguno de sus derivados.

De ello cabe deducir que el efecto de máxima gravedad que se deriva de los delitos contra la salud pública, cual es el fallecimiento, aparece asociado casi en su totalidad al consumo de heroína.

Ello no puede conducir a criterios de tolerancia o desprotección jurídico-penal en relación con otras drogas ilegales. Pero debe tenerse presente que, con los datos objetivos de que disponemos, la capacidad mortal de la heroína la convierte, con una diferencia cualitativa, es la droga ilegal más peligrosa de cuantas son consumidas en la Provincia de Barcelona.

Dado que los psicotrópicos han irrumpido en el mercado ilegal de manera clamorosa, es necesario señalar que ninguno de los fallecimientos acaecidos por consumo de drogas ilegales está asociado al consumo principal de dichos productos.

En cuanto a la comparación de la cifra de fallecimientos de 1995 con las de años anteriores, basta con los datos que se señalan, de los que no es fácil obtener una interpretación inequívoca.

FALLECIMIENTOS	
Año 1993 .....	241
Año 1994 .....	191
Año 1995 .....	208

### *La actuación policial*

Una interpretación de los datos requiere la previa presentación objetiva de las cifras, lo cual se efectúa en primer lugar.

NUMERO DE DETENIDOS	1993	1994	1995
Por la Policía Nacional .....	12.313	8.527	5.939
Por la Guardia Civil .....	260	332	3.025

En los datos de la Policía Nacional se contienen las detenciones practicadas por Policía Autonómica y por Policías Locales. También se contienen los datos de las detenciones practicadas por el Area de Estupefacientes, que constituye la unidad de élite de la Policía Nacional y practica los servicios de mayor complejidad de investigación. Esta Unidad realizó las siguientes detenciones:

1993 .....	617
1994 .....	579
1995 .....	413

Las cifras de las aprehensiones son un indicador esencial de la eficacia de la actuación policial. Los datos comparativos de los últimos tres años son los siguientes:

CANTIDADES APREHENDIDAS	1993	1994	1995
Heroína .....	27.136	22.490	16.020
Cocaína .....	527.290	427.164	755.498
Haschís .....	2.187.980	2.666.622	899.813
Psicotrópicos .....	74.869	159.082	37.211

Los datos de la heroína, la cocaína y el haschís están expresados en gramos. Los de los psicotrópicos se expresan en píldoras.

Mención aparte merece el éxtasis y productos de composición química muy similar, cuya aprehensión en 1995 expresa, por su novedad, una mala noticia preocupante si su consumo se refleja en los datos siguientes:

Pastillas de éxtasis aprehendidas por:

Policía Nacional .....	215.687
Guardia Civil .....	4.032

Estos datos deben ser sumados a los de los psicotrópicos relacionados en el listado anterior.

A lo largo del año 1995 se practicaron por la Policía Judicial 40 diligencias de entrega controlada, al amparo del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ENTREGAS CONTROLADAS	P. Nacional	Guardia Civil
Ordenadas por el Fiscal Delegado .....	11	11
Ordenadas por la Fiscalía Especial (Madrid) ....	2	6
Ordenadas por los Juzgados.....	0	10
<b>TOTAL .....</b>	<b>13</b>	<b>27</b>

De los datos referidos se pueden desprender algunas consideraciones.

La primera observación es el extraordinario incremento de detenciones practicadas por la Guardia Civil, que aparece como multiplicada por diez la cifra del año anterior.

Sin embargo, el dato no debe llevar a confusión. Se trata de un nuevo criterio del cómputo de detenidos para adecuarlo al utilizado por la Policía Nacional. Según este criterio se tiene por detenida a toda persona privada de libertad, aunque sea momentáneamente, y conducida a dependencias policiales, aunque tras las diligencias pertinentes de investigación, identificación y registro, queden en libertad sin pasar a presencia judicial.

La Guardia Civil venía distinguiendo entre «denunciados», que serían los supuestos relatados, y «detenidos» que serían los puestos a disposición judicial.

Con arreglo a esta distinción, debe precisarse que el número de «detenidos» en 1995 por la Guardia Civil fue de 320, y el de «denunciados» de 2.705. Así pues la diferencia de detenidos con los años precedentes no es significativa, y expresa una notable estabilidad en los resultados de las actuaciones de la Guardia Civil.

Los resultados de la actuación de la Policía Nacional, sin embargo, expresan una constante línea descendente, tanto en las cifras globales de detenciones como en las practicadas por el Area de Estupefacientes.

También se detectan datos de descenso de actividad policial con las cifras de aprehensiones de heroína y haschís, si bien se percibe un notable incremento en aprehensiones de cocaína y de psicotrópicos.

Las razones de estos descensos no pueden deducirse automáticamente de los datos referidos. Sería necesario conocer los datos de los medios materiales y humanos de los que dispuso la Policía Nacional en 1995 para desempeñar sus funciones, para deducir si el detectado descenso de actividad es o no proporcional o relacionado con un hipotético descenso de los medios materiales y humanos.

Del mismo modo cabe la hipótesis de que hubiera descendido la criminalidad, sea por una alteración en el mercado, sea por la también hipotética eficacia policial.

Como se verá, los datos de que disponemos no permiten cálculos objetivos separados de criterios respetables pero no suficientemente contrastados.

### La actuación procesal

Los datos relativos a las actuaciones procesales de 1995 son los siguientes:

PROCEDIMIENTOS	1992	1993	1994	1995
Diligencias previas.....	7.623	4.331	5.532	3.884
Sumarios .....	73	65	130	101

Los datos expuestos se refieren a causas penales incoadas. Las calificaciones formuladas por el Ministerio Fiscal han sido 994 en trámite de diligencias previas y 84 en trámite de sumario.

### FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA

#### a) EN EL ORDEN CUANTITATIVO

El número de procedimientos criminales incoados en Extremadura en los últimos cinco años se observa en el cuadro siguiente:

AÑO	NUM. PROCEDIMIENTOS
1991.....	44.435
1992.....	46.301
1993.....	48.892
1994.....	54.255
1995.....	56.341

El más simplista de los comentarios nos lleva a afirmar que el aumento de los procedimientos sigue un ritmo constante de unos dos mil cada año, con la excepción ostensible de 1994, que se elevó a 6.000.

Así pues, durante 1995 se ha observado un aumento de 2.086, es decir, una cifra aproximada al 5 por ciento de aumento de procedimientos en toda la Autonomía.

Pero ahora debo de añadir los datos por separado de ambas provincias, procurando hacer hincapié en los de Cáceres.

Badajoz instruyó en 1994 38.919 procedimientos y en 1995 fueron 39.388, casi imperceptible el aumento; sin embargo, Cáceres ha supuesto un dato asimétrico, en 1994 se incoaron 15.236, mientras que en 1995 han sido 16.953, en torno al 10,30 por ciento.

Ahora bien, resulta necesario hacer una serie de consideraciones, dar una serie de claves, para la interpretación correcta de tales datos:

— Que el número de procedimientos incoados no supone necesariamente el «índice de criminalidad», ni mucho menos las «cifras negras» de tal criminalidad, ya que el número de procesos o procedimientos no es más que un dato totalmente bruto y forzoso.

— Que tal consideración radica en que no todos los procedimientos implican necesariamente un hecho delictivo. A los Juzgados llegan noticias sospechosas de delito que exigen la apertura de un proceso, el cual puede archivarse porque tal hecho no exige un reproche penal. Son los llamados hechos casuales que años anteriores tenían cabida en los estadillos anuales.

— Que las estadísticas de Fiscalía proceden de los datos suministrados por los Juzgados de Instrucción, por eso no coinciden, ni pueden jamás coincidir con los datos policiales. Estos se refieren a hechos denunciados en Comisarías, Inspecciones de Guardia y Cuarteles de la Guardia Civil; sin embargo, aquéllos contienen estos datos y los que van directamente a los Juzgados sin pasar por la Policía.

Así pues nuestros datos tienen que ser, necesariamente, más grandes, más abultados.

Es interesante poner de relieve el resultado de un trabajo encargado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura al Comisario Jefe Provincial de Cáceres, sobre la evolución de la criminalidad en la citada Provincia desde la perspectiva de las dos Comisarías existentes, la de Cáceres y la de Plasencia.

Son, pues, datos parciales, sólo policiales y referidos a ambas ciudades, pero que suponen una peculiaridad que se nos antoja interesante, no sólo desde el punto de vista de una pretendida sociología jurídica, sino como ratificación fehaciente de los apartados señalados antes.

El informe o trabajo indicado señala lo siguiente:

## 1. Datos estadísticos

En la provincia de Cáceres durante 1995 la evolución delictiva ha experimentado un importante descenso respecto del año anterior, que supera ampliamente los objetivos previstos y que se estiman en un 11,94 por ciento, al pasar de 2.127 delitos conocidos en 1994 a los 1.873 del presente año. En cuanto a las faltas también se produjo un descenso considerable, cifrado en un 40,48 por ciento, lo que en términos absolutos se traduce en una disminución en el número total de las mismas desde las 1.860 de 1994 hasta las 1.665 del año de estudio.

Este decremento de delitos se debe, cuantitativamente en mayor medida, a los delitos contra la propiedad, al haberse contabilizado hasta 184 delitos menos, de dicha naturaleza, que en 1994, lo que representa una rebaja del 9,86 por ciento en los mismos; las sustracciones en vehículos descienden de manera notable, ya que se ha denunciado 212 delitos menos en 1995, lo que supone una disminución del 27,71 por ciento. Descienden, igualmente, las sustracciones de vehículos en cerca del 8 por ciento y los hurtos en un 15,86 por ciento.

Por contra, dentro de los delitos contra la propiedad, los robos con fuerza en las cosas suponen una ligera variación al alza respecto del año anterior, al haberse conocido 27 delitos más que en 1994, lo que supone una subida del 5,35 por ciento; se producen aumentos en los atracos a bancos, en los que se registran en tres delitos respecto del año anterior; tirones, cuyo aumento es de un 41,86 por ciento, es decir, que se han contabilizado un total de 61 en 1995, frente a los 43 hechos conocidos en 1994, y en el resto de los delitos contra la propiedad, en los que el aumento ha representado un 11,18 por ciento respecto del período anterior, lo que en valores absolutos suponen 17 hechos más de esta naturaleza contabilizados en el período en estudio.

En el resto de delitos se observa, a la vista del cuadro estadístico, que los delitos contra la propiedad mantienen el mismo nivel en ambos años, si bien se ha producido un hecho menos en el año en estudio que en el anterior; los delitos contra la libertad sexual, descienden en nueve hechos, lo que representa un 30 por ciento menos en la comparación de ambos períodos; los delitos de riesgo experimental un descenso del 12 por ciento, más notable en los delitos de tráfico de drogas, que se reducen de 51 a 45, que en el res-

to de los delitos que conforman este capítulo que mantienen el mismo nivel.

Finalmente, en el resto de delitos la disminución es notoria, alcanzando un 33,76 por ciento, lo que en términos absolutos significa un descenso de 157 delitos en 1994 a 104 en 1995.

## 2. *Hechos esclarecidos*

En este apartado cabe señalar que, a nivel provincial, si bien ha descendido el número total de delitos favorablemente resueltos respecto del año anterior, ha aumentado la eficacia, en base a la disminución de hechos delictivos registrados en dicho año.

Los delitos esclarecidos han bajado, en comparación con 1994, un 4,81 por ciento, es decir, 26 delitos esclarecidos menos; no obstante el nivel de eficacia que en 1994 era del 25,39 por ciento en el período de estudio ha sido del 27,44 por ciento.

En cuanto a las faltas, los hechos esclarecidos ha aumentado considerablemente, tanto en valores absolutos y relativos como en la comparación del nivel de eficacia en ambos períodos. Así tenemos que frente a los 662 esclarecidos en 1994, en el presente período se ha logrado alcanzar la cifra de 768 esclarecidos, suponiendo en el análisis comparativo un aumento del 16 por ciento y ello habida cuenta del descenso en el número total de faltas conocidas; y en cuanto a la eficacia se ha alcanzado hasta un 46,132 por ciento en 1995, frente al 35,59 por ciento del pasado año.

## 3. *Detenciones*

En cuanto a las detenciones habidas en el año 1995, cabe destacarse que ha habido una disminución en el número total de personas detenidas respecto del año anterior; habiéndose producido 493 detenciones frente a las 550 de 1994.

Podemos destacar, sin embargo, un aumento de detenidos por delitos contra la propiedad, al haberse registrado un total de 227 detenciones frente a las 212 de 1994; por contra, descienden las detenciones en el resto de capítulos, observándose la mayor disminución en el de los delitos de riesgos (principalmente en tráfico de drogas, que engloba casi la totalidad de dichas detenciones), entre los que se han realizado 52 detenciones en 1995 habiéndose pro-

ducido 72 en 1994. De igual forma se aprecia un descenso en cuanto a los detenidos por reclamación y por otras infracciones, que han disminuido en 15 y en 12, respectivamente, el número de detenciones, en comparación con el año anterior.

DELITOS COMUNES	1994	1995	Diferencia	%
<i>Delitos contra la propiedad</i> .....	1.867	1.683	-184	-9,86
Robo con fuerza en las cosas ....	1.244	1.041	-203	16,32
Robos con violencia e intimidación a personas .....	87	111	24	27,59
Utilización ilegítima de vehículo de motor .....	213	196	-17	-7,98
Resto delitos contra la propiedad .....	323	335	12	3,72
<i>Contra las personas</i> .....	15	14	-1	-6,67
Homicidio .....	0	0	0	0
Lesiones .....	12	13	1	8,33
Resto delitos contra las personas .....	3	1	-2	-66,67
<i>Libertad sexual</i> .....	30	21	-9	-30,00
Violaciones .....	3	3	0	-0,00
Resto delitos contra libertad sexual .....	27	18	-9	-33,33
<i>Riesgo</i> .....	58	51	-7	-12,07
Seguridad del tráfico .....	7	6	-1	-14,07
Tráfico de drogas .....	51	45	-6	-11,76
Medio ambiente .....	0	0	0	—
Resto delitos de riesgo .....	0	0	0	—
<i>Otros delitos</i> .....	157	104	-53	33,76
Total delitos .....	2.127	1.873	-254	-11,94
Total faltas .....	1.860	1.665	-195	-10,48
Total delitos + faltas .....	3.987	3.538	-449	-11,26
Delitos esclarecidos .....	540	514	-26	-4,81
% .....	25,39	27,44		0
Faltas esclarecidas .....	662	768	126	19,03
% .....	35,59	47,33		

#### b) EN EL ORDEN CUALITATIVO

Por seguir la sistemática aconsejada por el Fiscal General del Estado en su última comunicación al respecto de 22 de diciembre de 1993, nos referiremos a los siguientes apartados:

### Tráfico de drogas

En toda la Autonomía se han incoado a lo largo del año 1995, 1.238 procedimientos relacionados con este delito, frente a los 1.492 del año anterior, supone una disminución insospechada, sólo achacable a que en Badajoz la disminución parcial ha sido desde los 1.238 del año 1994, a los 863 del presente año.

El siguiente cuadro nos ayuda visualmente a comprender la evolución.

AÑO	Cáceres	Badajoz
1991 .....	124	514
1992 .....	174	823
1993 .....	260	727
1994 .....	254	1.238
1995 .....	375	863

El Cuerpo Nacional de Policía nos informa de las siguientes incautaciones de drogas en la provincia de Cáceres.

CLASE	Cantidad
Heroína .....	93,635 gramos
Cocaína .....	52,860 gramos
Hachís .....	230,20 gramos
Speed .....	2,00 gramos
Extasis .....	47 comprimidos

Resulta pues, todavía escaso el tráfico, y por tanto el consumo de las denominadas drogas sintéticas.

Ya hemos puesto de relieve en Memorias de años anteriores que, desde la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura, se viene desarrollando, creo que con gran eficacia, un plan Extremeño contra la Drogadicción (PED), y como Organismo coordinador existe una Comisión Regional de lucha contra la Drogodependencia de la cual forma parte el Fiscal-Jefe del Tribunal Superior de Justicia.

En la función rehabilitadora, la citada institución se realiza mediante una doble actuación, ambulatoria a través de los Centros de Desintoxicación, y hospitalaria en el Centro de La Garrovilla.

No sólo se han utilizado estos sistemas y estos Centros para cumplir una labor social para la que, sin duda fueron creados, sino que su colaboración con la Administración de Justicia y, por ende, con los justiciables que lo han precisado, han tenido una gran relevancia, pues su labor ha cumplido con éxito las medidas de seguridad acordadas por los Tribunales conforme a los artículos 8.1 y 9.1 del vigente Código Penal.

### *Delitos contra la propiedad*

Si los delitos «de tráfico de drogas» pueden considerarse como el núcleo central a partir del cual nacen, crecen y se desarrollan otros delitos, no cabe duda de que el más relacionado con aquél es el delito contra la propiedad, y muy especialmente el robo con violencia o intimidación a las personas.

Y en la medida en que aumenta las drogas, aumentan los robos con violencia.

Es decir, que en toda la Comunidad se han incoado 911 diligencias previas con motivo de robos con violencia en las personas.

Una simple mirada al cuadro demostrativo, nos indica dos cosas: una que los numerosos registrados en Cáceres y Badajoz se acercan o convergen por primera vez; la otra cuestión es que, inexplicablemente, en años anteriores los registros de la Provincia de Cáceres estaban muy lejos de la triste realidad.

En Cáceres, de estos robos registrados, dos de ellos se han perpetrado en Oficinas Bancarias o Recaudatorias y en Badajoz, han sido 12; el resto, como decíamos, son actuaciones callejeras con mayor o menor botín, pero que pueden causar una cierta sensación de inseguridad ciudadana siempre incómoda que produce una huida de los ciudadanos de determinadas áreas urbanas más recónditas, por lo que el atracador tiene que buscar a sus víctimas en zonas frecuentadas. Por eso se está detectando últimamente robos en calles y paseos céntricos y frecuentados.

Yo creo que este tipo de delincuencia se debe más a la necesidad de buscar a la víctima allí donde se encuentre que a la insolencia del delincuente.

Y, en este orden de cosas, simplemente señalar que en Badajoz se han registrado dos robos con homicidio doloso, que es la forma

más cruenta de este tipo de delito, sin embargo en Cáceres ninguno se registró.

No quisiera terminar este significado apartado estadístico sin hacer la siguiente reflexión: Analizados los estadillos respectivos, resulta que en Cáceres se han registrado 4.324 delitos de robo de una u otra manifestación, y en Badajoz el registro ha sido de 7.282, es decir, en toda la Autonomía se han incoado durante todo el año 1995, nada menos que 11.606 procedimientos.

Por otro lado, como indicábamos más arriba, en el Registro General se han incoado en Extremadura 56.341 procedimientos, por lo tanto el 20 por ciento de los delitos registrados se refieren a robos. Es un dato realmente elocuente a los efectos oportunos.

### *Delitos contra la libertad sexual*

Después de haber revisado las estadísticas de los años anteriores, resulta evidente que este tipo de delito no había tenido una gran incidencia en nuestra Autonomía, por ejemplo, las violaciones en Cáceres habían llevado en los tres últimos años el siguiente ritmo: 7, 9 y 4, y en Badajoz habían sido: 10, 28 y 24; pues bien, en 1995 el número se ha superado con creces, en Cáceres se detectaron 15 y en Badajoz 35. Me parece que 50 violaciones en todo un año es un número importante, pues relativizando el total resulta ponen cuatro al mes y una cada semana.

### *Delitos contra el vínculo familiar*

Son unos delitos, quizá no muy graves cuantitativamente hablando, pero tienen una gran incidencia social, porque generalmente el sujeto pasivo está constituido por los componentes más débiles del órgano familiar (mujer e hijos), como dice textualmente el preámbulo Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que fue la que los incorporó a la ley.

Es por ello, por lo que el Fiscal les dedica una especial atención derivada del propio artículo 124 de la Constitución. Puestos en contacto con instituciones sociales cercanas al Instituto de

la Mujer procuramos informar sobre las formas de persecución de tales conductas y su seguimiento por parte del Ministerio Público.

Estas Asociaciones después de nuestra Memoria nos interesan los datos estadísticos que les sirven a ellos a otros efectos.

En el último bienio se observa un significativo aumento de procedimientos incoados en ambas provincias que queda señalado de la siguiente manera:

	1994	1995
<i>Cáceres</i>		
Impagos de pensiones ..	73	80
Violencia familiar .....	20	73
<i>Badajoz</i>		
Impago de pensiones ...	71	127
Violencia familiar .....	35	59

Como bien se puede observar el aumento neto en ambos tipos es importante; y como reflexiones anejas podemos señalar:

— Que en todos los casos el sujeto pasivo ha sido la esposa, la mujer que por razones sociológicas y de cultura inveteradamente machista resulta la más débil económicamente.

— Que la mayor parte de los procesos por impago de pensiones comenzaron por impulso del Ministerio Fiscal.

— Que casi todos los procedimientos por violencia familiar concluyen con la declaración de falta porque resulta difícil la carga de la prueba en relación con la «habitualidad» como elemento del tipo.

— Que se quedan sin sanción penal aquellas violencias, no físicas, ejercidas contra el cónyuge, pero que no configuran el delito del artículo 425 del Código Penal.

### *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas e imprudencias en la circulación*

Los dos extremos o términos de este enunciado se pueden comentar y desarrollar conjuntamente porque casi siempre for-

man parte del mismo proceso, y aunque su esencia sea diversa (delito de peligro-delito de resultado) tienen la misma etiología en origen.

A lo largo del año 1995 el Fiscal-Jefe venía observando en su misión de visado de las calificaciones, que proliferaban las acusaciones por el delito del artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal; y aquella sensación ha sido, al final del año, una auténtica y lamentable realidad, pero no sólo en Cáceres, sino también Badajoz; obsérvese el dato digital.

NUM. PROCEDIMIENTOS		
PROVINCIA	Año 1995	Año 1994
Cáceres .....	783	116
Badajoz .....	1.071	213

Nunca se habían llegado a estos registros y afortunadamente nos estamos refiriendo a delitos de riesgo, cuya situación personal del conductor se ha detectado antes de ocurrir el accidente con resultados posiblemente irremediables para él o para terceras personas.

Hay que hacer notar que la mayor parte de estos procedimientos provienen de denuncias de Tráfico.

En este tipo de litigios tienen gran actualidad el Instituto del Consenso; la mayor parte de los juicios concluyen en conformidad con sentencias rápidas y eficaces.

Desde hace tiempo el Fiscal viene utilizando cuidadosamente la prueba testifical, convocando al juicio oral a los Agentes de Tráfico como piezas imprescindibles en el principio acusatorio y en la carga de la prueba.

Si nos detenemos un instante en las imprudencias de circulación, podemos también movernos en unas franjas abultadas de datos, así en Cáceres se registraron 1.473 procesos y en Badajoz 2.192. Las sentencias al respecto son escasas, porque con la nueva regulación de la imprudencia ha ampliado el espectro de las faltas, las cuales casi nunca se denuncian, pues resulta más sencillo a las partes acudir al juicio verbal civil.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Es de destacar el Convenio de Cooperación suscrito entre el Ministerio de Justicia e Interior y el Gobierno de la Xunta de Galicia para la informatización de las Fiscalías de Pontevedra y La Coruña, con la finalidad de dotar a ambas Fiscalías de los medios técnicos necesarios para el tratamiento y explotación de la información referente a las causas penales conocidas por el Ministerio Fiscal.

El objetivo de dicho Convenio es el de implantar en ambas Fiscalías una sistemática de trabajo normalizada para la atención informática de los flujos de información.

En todo caso, a la vista de la experiencia de este primer año, es necesario para el futuro introducir determinadas modificaciones al programa para que éste se ajuste completamente a las exigencias estadísticas contenidas en los estadillos que anualmente componen la Memoria de la Fiscalía General.

Para confeccionar la estadística correspondiente al año 1995 hemos partido del número de diligencias previas incoadas por cada uno de los 35 Juzgados de la Provincia.

### DILIGENCIAS PREVIAS

1991.....	45.923
1992.....	49.835
1993.....	48.708
1994.....	49.190
1995.....	54.880

En la estadística del año anterior poníamos de relieve que se encontraban pendientes y en trámite, el 1 de enero de 1995, 5.050 diligencias previas pero esta cifra no aparecía reflejada en nuestros sistemas informáticos a la hora de confeccionar la estadística de 1995, y en su lugar aparece la cifra de 1.973, que es de la que partimos para confeccionar la memoria, y a las 1.973 diligencias previas que arrastrábamos había que sumarles las 54.880 incoadas en 1995 que arroja la cifra de 56.853, de las cuales 8.498 fueron ar-

chivadas al amparo del artículo 789.5.1.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que los hechos no eran constitutivos de delito; 5.661 fueron acumuladas a otras diligencias o inhibidas a otro Juzgado; 22.286 fueron sobreseídas por desconocimiento del autor al amparo del artículo 789.5.1.<sup>a</sup> en su última parte, de la ley citada; 4.651 fueron declaradas falta al amparo de la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 789.5 de la misma; 52 fueron transformadas en Sumario y 4.611 fueron acomodadas al procedimiento abreviado; encontrándose pendientes y en trámite, el 1 de enero de 1996, 11.094 diligencias previas.

#### PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL

1991.....	2.485
1992.....	2.744
1993.....	3.216
1994.....	3.921
1995.....	4.611

Por lo tanto, si la tasa porcentual de aumento en 1992, frente a 1991, era de 10,4 por ciento, en 1993 le correspondía 11,7 por ciento, el aumento en 1994 del 12,19 por ciento y en 1995 del 17,4 por ciento.

Tres procedimientos fueron inhibidos o acumulados, otros tres convertidos en otro procedimiento, 111 fueron sobreseídos, 23 declarados falta, dos extinciones y prescripciones, calificadas por el procedimiento abreviado competencia de los Juzgados de lo Penal 3.377.

El conjunto de los Juzgados de lo Penal dictó 3.511 sentencias frente a las 3.634 del año anterior, o sea, que se han dictado por el colectivo de los Juzgados de lo Penal de esta provincia 123 sentencias menos que el año anterior, de estas resoluciones 2.305 fueron conformes con la petición fiscal, 487 fueron disconformes y 189 sentencias fueron dictadas por conformidad del acusado; 711 sentencias fueron absolutorias, de ellas 178 conformes con el Fiscal y 541 fueron disconformes. De las 3.511 sentencias dictadas 249 fueron recurridas por el Fiscal y 485 por las partes. Las cinco seccio-

nes de la Audiencia Provincial dictaron 599 sentencias en grado de apelación de las cuales 456 fueron confirmatorias y 141 revocatorias y dos sentencias más anularon por vía de recurso la dictada en primera instancia.

#### SENTENCIAS DICTADAS POR LOS JUZGADOS DE LO PENAL

1993.....	3.093
1994.....	3.634
1995.....	3.511
Diferencia en menos .....	123

#### SENTENCIAS DICTADAS EN APELACION POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL

1993 .....	663
1994 .....	722
1995 .....	599
Diferencia en menos.....	123

#### PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA

Se han formulado 298 escritos de calificación en procedimientos frente a las 302 calificaciones de 1994; 255 de 1993; 138 de 1992 y 73 de 1991.

Si en 1992 se habían formulado 138 calificaciones, con una diferencia de 65 frente a 1991, con un aumento porcentual del 89,4 por ciento, la diferencia en 1993, frente al año anterior, fue de 117 calificaciones, con una tasa porcentual del 84,7 por ciento, y la de 1994 frente a 1995 que es de 47 calificaciones más supone un aumento porcentual del 18,43 por ciento.

1991 .....	73
1992 .....	138
1993 .....	255
1994 .....	302
1995 .....	298

Hemos de destacar asimismo que en cinco procedimientos se decretó la rebeldía, en tres se acordó la extinción de la responsabilidad y se dictaron 178 sentencias frente a las 302 del año anterior.

De estas 216 sentencias, 125 fueron condenatorias conformes con la petición fiscal, 64 también condenatorias pero disconformes, y en 24 de estas sentencias el acusado prestó conformidad. De las 51 sentencias absolutorias 11 fueron conformes con Fiscal y 40 disconformes, y en 62 pronunciamientos definitivos se interpuso recurso de casación.

#### SUMARIOS

Se formularon 62 calificaciones frente a las 41 del año 1994, 49 de 1993, 85 de 1992 y 64 de 1991, con lo que el aumento ha sido del 16,4 por ciento.

1991.....	64
1992.....	85
1993.....	49
1994.....	41
1995.....	62

El 1 de enero de 1995 se encontraban pendientes 55 procedimientos de esta naturaleza, y del 1 de enero al 31 de diciembre de 1995, se incoaron 89, y 16 fueron reabiertos arrojando el conjunto de pendientes iniciados y reaperturados 137, de los cuales cuatro fueron inihidos, 12 convertidos en otros procedimientos, sobreseídos libremente siete, provisionalmente nueve, revocados 18, acordada la apertura del juicio oral en 58, siendo calificados por este Ministerio 62.

Se dictaron 66 sentencias de las cuales 35 fueron condenatorias conformes con el Fiscal y 17 disconformes; asimismo se dictaron 14 sentencias absolutorias, dos conformes con el Fiscal y 12 disconformes. Se prepararon 23 recursos de casación contra estas sentencias.

#### FALTAS

Se han celebrado en los Juzgados de Instrucción de la provincia 5.730 juicios de faltas que frente a los 5.182 celebrados el año

anterior de 1994 supone un aumento de 548, de los cuales se han dictado obviamente 5.713 sentencias, de las cuales 2.762 fueron condenatorias, y 2.968 absolutorias, se han recurrido en apelación 783 sentencias de las cuales 514 han conformado el procedimiento dictado en primera instancia y 269 lo han revocado.

#### JUICIOS CELEBRADOS EN LOS JUZGADOS DE INSTRUCCION

1992.....	5.353
1993.....	4.763
1994.....	5.182
1995.....	5.730

Hemos omitido frente a los datos contenidos en la memoria del año anterior, los datos relativos a los Juzgados de Paz. La Provincia de La Coruña tiene 80 Juzgados de esa naturaleza, la mayoría de ellos no han contestado las comunicaciones cursadas ni rellenado los impresos que se les remitieron, los resultados obtenidos han sido escasos, fragmentarios e inciertos por eso omitimos frente a lo acaecido el año anterior toda referencia a los mismos.

#### «HABEAS CORPUS»

En el año 1995 se han planteado el mismo número de procedimientos de «habeas corpus» que en el año 1994, es decir 22, de los cuales tres fueron admitidos a trámite, dado el contenido del planteamiento y 19 han sido desestimados.

#### «HABEAS CORPUS»

1992.....	7
1993.....	11
1994.....	22
1995.....	22

#### JUICIOS RAPIDOS

Se han calificado por esta Fiscalía y se han celebrado seis juicios rápidos y en los seis se ha pronunciado sentencia condenato-

ria por conformidad del acusado. Creemos que actualmente con la asistencia intensiva de los Fiscales a las Guardias se ofrecen los supuestos adecuados para la celebración de juicios rápidos y es posible que en lo sucesivo aumente su número, creemos que sería necesario intensificar y procurar la celebración de estos juicios.

DISTRIBUCION ESPACIAL DE LA DELINCUENCIA POR PROVINCIAS QUE COMPONEN LA REGION POLICIAL GALLEGA

PROVINCIAS	Delitos	%	Faltas	%
La Coruña .....	12.182	43,36	7.988	44,88
Pontevedra .....	12.061	42,94	7.680	43,14
Lugo .....	1.953	6,95	1.101	6,19
Orense .....	1.897	6,75	1.030	5,79
TOTAL .....	28.093	100	17.799	100

Estableciendo una matización en relación con los diversos tipos de delitos podemos decir, de los 24.571 delitos contra la propiedad denunciados, la provincia de Pontevedra ha recepcionado el 44,72 por ciento de denuncias, seguida de la de La Coruña con un 42 por ciento, a continuación la de Lugo con el 6,7 por ciento y Orense con el 6,58 por ciento.

*Delitos contra la propiedad*

De los 24.571 recepcionados demos establecer la siguientes matizaciones:

a) Robos en entidades bancarias. Los 74 hechos de esta naturaleza registrados en 1995 suponen el 4,5 por ciento del total de los robos con violencia e intimidación, mientras que en 1994 eran el 7,7 por ciento.

De los 74 atracos a bancos el 77,02 por ciento se cometieron en la provincia de Pontevedra. El 22,98 por ciento restante se distribuye en las otras tres provincias, destacando la reducción en la provincia de La Coruña con un decremento de un 54,55 por ciento. Los robos con violencia e intimidación registrados en 1995 as-

cienden a 1.587 delitos, significando un decremento del 6,87 por ciento respecto al año anterior y esta reducción ha afectado a la provincia de Pontevedra y de La Coruña. En primera disminuyeron un 6,27 por ciento y en La Coruña un 17,56 por ciento.

b) Los robos con violencia e intimidación en vía pública, que ascienden a 941 significarían un 59,29 por ciento del total de los robos violentos y suponen un decremento del 1,88 por ciento en relación con los computados en 1994, observándose un decremento del 23,73 por ciento en la provincia de La Coruña.

c) Con respecto a los robos con fuerza, los 6.285 registrados suponen el 25,6 por ciento del total de los delitos de esta naturaleza y presentan un decremento del 8,63 por ciento en relación con el año anterior.

La provincia que presenta cifras superiores a 1994 es la de Lugo, con un 6,04 por ciento de incremento, al pasar de 530 a 562 denuncias. El resto la reduce del siguiente modo: Orense un 18,85 por ciento, La Coruña un 8,98 por ciento y Pontevedra un 8,96 por ciento.

d) En los hurtos se han contabilizado un total de 2.168 en 1995, representando el 8,82 por ciento del total de los delitos contra la propiedad, significando un incremento del 10,95 por ciento por haberse recepcionado 214 delitos más que en el año anterior. A excepción de la provincia de La Coruña, todas las demás presentan incremento en el número de delitos de hurto, destacando Orense y Lugo con un aumento del 39,74 por ciento y 32,45 por ciento respectivamente.

e) En sustracciones «por tirón» el número de las mismas es de 470 en 1995, representando el 3,54 por ciento de los delitos contra la propiedad, habiendo disminuido respecto al año anterior un 17,77 por ciento. Los mayores incrementos los registran en Lugo y Orense, pasando en la primera de 9 a 18 y en la segunda de 34 a 43, y en cambio La Coruña y Pontevedra, en la primera el valor numérico es inferior y en Pontevedra permanece invariable.

f) Sustracciones en el interior de vehículos. Las sustracciones en el interior de vehículos registradas en 1995 han sido 8.265, lo que supone el 33,64 por ciento del total de los delitos contra la propiedad y representan un decremento del 4,11 por ciento respecto a 8.619 sustracciones conocidas en 1994. Por provincias Orense disminuye un 28,91 por ciento, La Coruña un 9,27 por

ciento. Por lo que respecta a Lugo y Pontevedra presentan un incremento de 16,45 por ciento y 4,25 por ciento.

g) Sustracciones de vehículos. Han alcanzado en 1995 la cifra de 8.197, lo que significa un 13,01 por ciento del total de los delitos contra la propiedad, con una reducción frente a 1994 del 11,46 por ciento, dado que la cifra alcanzada en ese año fue de 3.611 vehículos sustraídos. La Coruña presenta la reducción más elevada al disminuir este tipo de delitos en un 25,79 por ciento, asimismo presentan descensos Orense del 16,12 por ciento y aumentos en Lugo y Pontevedra del 17,07 por ciento, y el 3,14 por ciento respectivamente.

#### *Delitos contra las personas*

Los 584 delitos en 1995 representan el 2,08 por ciento de los delitos cometidos en dicho año y suponen 140 hechos más que los registrados en 1994. A nivel conjunto el mayor número corresponde a La Coruña, siendo de destacar que en Orense se obtiene una reducción del 33,3 por ciento y las otras tres provincias presentan incrementos con relación a 1994, a excepción de la provincia de Lugo, en la que se computaron dos homicidios (uno más que en 1994), las demás provincias reducen su número, en Orense no se contabiliza ninguno frente a tres en 1994; Pontevedra representa una reducción del 63,16 por ciento al pasar de 19 a siete y La Coruña del 15,13 por ciento al computarse dos hechos menos que en 1994.

#### *Delitos contra la libertad sexual*

De los 250 delitos registrados en 1995, suponen sólo el 0,89 por ciento del total de todos los delitos conocidos en este año, con un incremento del 2,61 por ciento respecto a 1994, al haberse denunciado 28 hechos más. La provincia de La Coruña, con el 41,2 por ciento del total regional, reduce en 3,74 por ciento el número de hechos registrados en el año anterior, las otras tres provincias aumentan respecto al año anterior, destacando el incremento del 99,31 por ciento en Orense, que de 13 hechos en 1994 se sitúa en 25 en 1995.

Monográficamente, considerada la violación podemos resumir que en 1995 se han denunciado 59, que suponen dos hechos más que en 1994, o sea un incremento del 3,5 por ciento.

En orden al esclarecimiento de los delitos y detenciones efectuadas en 1995, puede sintetizarse el nivel porcentual de la siguiente manera:

PROVINCIA	% escl. sobre tot. regional	% dets. sobre tot. regional
La Coruña .....	46,99	47,62
Pontevedra .....	39,66	42,33
Lugo .....	7,76	6,12
Orense.....	5,59	3,93
Total región.....	15.312	9.397

Los porcentajes respecto a 1994 son:

PROVINCIA	Esclarecidos %	Detenidos %
La Coruña .....	+19,09	+12,98
Lugo .....	+13,58	+17,35
Orense.....	+64,81	-12,77
Pontevedra .....	+0,20	+4,55
Total región.....	+12	+8,27

### *Tráfico ilícito de estupefacientes en Galicia*

La evolución del tráfico de estupefacientes en esta Comunidad Autónoma ha ido pasando por una serie de vicisitudes marcadas básicamente por el principio de acción-reacción. Dentro de estos cambios se pueden destacar como más significativos la transformación experimentada por los grupos que desde una inicial organización contrabandista, han generado la constitución de otros con una infraestructura muy compleja y más numerosa. Tales grupos, ante la presión policial, han ido ampliando la zona de actuación, irradiando su actividad hacia el norte y sur de la región, extendiendo sus redes al vecino Portugal. En esas costas, menos vigiladas, la droga es desembarcada y posteriormente introducida dentro del Estado por vía terrestre.

Otro de los aspectos que merece destacarse en esta evolución es el paso del medio de transporte de la mercancía por cuenta ajena a grupos propietarios de las sustancias que promueven sus propias operaciones.

Durante el año 1995, la situación del tráfico de estupefacientes a gran escala es similar a la del pasado año, mereciendo destacarse una disminución en el número de operaciones realizadas por las organizaciones dedicadas a estas ilícitas actividades, y un volumen cada vez mayor de droga transportada en cada operación. De esta forma, al disminuir los contactos y preparativos previos, despiertan menores sospechas entre las Fuerzas de Seguridad.

La sustancia con la que más se trafica sigue siendo el hachís procedente del norte de África; llega a las costas gallegas a través de transporte marítimo, donde es descargado y almacenado y posteriormente enviado por tierra a sus finales destinos, generalmente los países del norte y centro de Europa. En este orden de importancia le sigue la cocaína y en cuanto al tráfico de heroína, la mayor parte sigue estando monopolizada su gestión por familias de etnia gitana. Por lo que se refiere a las «drogas de diseño», en lo relativo a su tráfico a nivel organizativo no representan problemática de importancia en lo que afecta a esta Comunidad Autónoma.

Considerados los distintos aspectos concurrentes en el tema objeto de estudio, durante el año 1995 se produjo un replanteamiento en la estrategia policial, centrándose la actuación prioritariamente en la captación de información, su análisis valorativo y aplicación consecuente de estrictas medidas de coordinación operativa en las diferentes unidades policiales dedicadas a la represión de estas actividades ilícitas, con un objetivo claro consistente en la investigación e identificación de las organizaciones dedicadas a esta actividad.

Es destacable la mayor importancia que se está dando y tienen en la actualidad, la investigación en torno al blanqueo del dinero procedente del narcotráfico, orientada la investigación del tráfico organizado de estupefacientes.

Las actuaciones y resultados policiales, constituyen el verdadero elemento de valoración y análisis de este sector, constituyendo el elemento indicativo de la eficacia de las entidades realizadas, ya que en general suele existir una coincidencia entre delitos cometidos e intervenciones policiales.

En el siguiente cuadro se reflejan los datos correspondientes a las aprehensiones y detenciones llevadas a efecto por el Cuerpo Nacional de Policía en esta Comunidad Autónoma durante los años 1994 y 1995, que por sí mismo son suficientemente explicativas.

AÑOS	DETENIDOS	HEROINA	COCAINA	HACHIS
1994.....	742	7.299	444.038	3.820.060
1995.....	737	9.291	71.794	2.091.261

El número de detenciones por tráfico de estupefacientes se redujo en un 0,7 por ciento respecto al año anterior, al haberse contabilizado cinco detenidos menos que en 1994.

Las detenciones por tráfico de estupefacientes representan el 7,84 por ciento del total de las contabilizadas por todos los conceptos a lo largo de 1995.

Las cantidades de sustancias de estupefacientes aprehendidas ponen de manifiesto lo siguiente:

— Un incremento en la cantidad de heroína intervenida, exactamente del 27,9 por ciento respecto a 1994.

— Recesión en las cantidades de cocaína y productos cannábicos aprehendidos respecto al año anterior, no obstante, es una cantidad cuantitativa notable, si establecemos comparaciones con las aprehensiones realizadas por otros países de nuestro entorno socioeconómico. En el primer caso se superan los 71 kilos de cocaína intervenida, en el segundo se aproxima a los 2.092 kilos de hachís lo incautado.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

### a) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: SALA CIVIL Y PENAL

Durante 1995 se incoaron sesenta y un asuntos de naturaleza penal por esta Sala, lo que supone un incremento del 8,92 por ciento respecto al año anterior. Aumento inferior al que se observa entre 1993 y 1994, que todavía no permite reflexiones en rela-

ción con la desaparición del procedimiento de antejuicio previsto en la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo.

La Memoria de la Secretaría Técnica —que desarrolla toda la labor del Fiscal ante aquella Sala— expresa así la evolución habida:

	1993	1994	%	1995	%
Asuntos Penales .....	45	56	+24,4	61	+8,92

#### *Aforados más afectados*

	1994	1995
Jueces .....	11	12
Magistrados .....	36	35
Fiscales .....	3	3
Otros.....	9	10
Otros no aforados (por error o conexión) .....	—	11

Aquellas cifras merecen el siguiente comentario de la Secretaría Técnica:

*«Un año más, se comprueba cómo el Tribunal Superior de Justicia canaliza las denuncias contra Jueces, Magistrados y Fiscales, respecto de los que recaen la mayor parte de las denuncias o querrelas, siendo relativamente pequeño el número de procesos incoados contra otros aforados (miembros de la Asamblea Legislativa de Madrid).*

*En cuanto a los procesos contra Magistrados, sólo en una ocasión se interesó por el Ministerio Fiscal en la vista de antejuicio la apertura de causa, siendo desestimada su petición en dicha vista, aún entendiéndose, sin embargo, que la resolución aquí adoptada, sin ser inadecuada, hubiera encontrado mayor fundamento y corrección procesal una vez abierto el proceso contra el Magistrado querrellado.»*

Lo menguado de aquellas cifras obliga a insistir en la necesidad de reflexionar acerca del futuro de estos Organos, como eventuales Organos de Apelación en la Jurisdicción Penal, visto que el aumento de actividad que, en ese aspecto, ha de suponer la Ley del Jurado no supondrá ningún cambio significativo de la situación.

b) JUZGADOS DE INSTRUCCION

Diligencias previas incoadas .....	404.576
Diligencias previas ingresadas en la Fiscalía .....	357.541

La distribución entre capital y periferia es como sigue:

INCOADO		INGRESADO	
Capital	Periferia	Capital	Periferia
276.105	128.471	251.471	106.070
68,2%	31,8%	70,3%	29,7%

El siguiente cuadro revela las incidencias del total de diligencias ingresadas en Fiscalía:

	JUZG.	FISC.	SOBRES.	ARCH.	FALTA	INH/ACUM.
P. Castilla .....	276.105	251.471	234.017	11.223	3.481	4.686
Norte .....	31.227	23.791	22.469	3.501	1.511	1.433
Móstoles .....	36.736	30.790	27.793	2.053	1.802	1.784
Alcalá.....	27.955	23.379	20.458	2.480	1.084	735
Leganés.....	32.553	28.110	19.580	3.066	2.026	4.618
TOTAL .....	404.576	357.541	324.317	22.323	9.904	13.256

Resulta reveladora la diferencia observada con los porcentajes de 1994:

	1994	1995	±	(%)
P. Castilla .....	280.963	276.105	-4.858	-1,73
Norte .....	28.061	31.227	-3.166	+11,2
Móstoles.....	32.166	36.736	-4.570	+14,2
Alcalá.....	26.511	27.955	-1.444	+5,4
Leganés.....	30.835	32.553	-1.718	+5,5
TOTAL .....	398.536	404.576	-6.040	+1,5

Se consolida, pues, la tendencia al aumento en periferia y correlativa tendencia a la disminución en capital.

Destaca el aumento de Móstoles (+14,2 por ciento) como el más importante en términos absolutos, pero resulta, si cabe, más

llamativo si se observa en relación con el reparto del total de diligencias incoadas en el conjunto de Distritos durante 1994 y 1995.

AÑO 1994	DILIGENCIAS PREVIAS 117.533	%
Norte .....	28.061	23,8
Móstoles.....	32.166	27,3
Alcalá .....	26.511	22,5
Leganés .....	30.835	26,2

AÑO 1995	DILIGENCIAS PREVIAS 128.471	%	±
Norte .....	31.227	24,3	+0,5
Móstoles.....	36.736	28,5	+1,2
Alcalá .....	27.955	21,7	-0,8
Leganés .....	32.533	25,3	-0,9

Es claro que mientras Alcalá y Leganés disminuyeron su porcentaje, Móstoles destaca por su aportación al conjunto de la periferia superando al resto de modo significativo.

La cifra total de diligencias incoadas en el conjunto de la Comunidad —404.576— supone un aumento de 6.040 respecto del período anterior, lo que significa un 1,5 por ciento superior al detectado entre 1993 y 1994, incremento tan leve que nos permite seguir hablando de estabilización, lo que es buena noticia. El último trienio se comporta así:

1993	1994	± %	1995	± %
397.081	398.536	+0,36	404.576	+1,5

El aumento de diligencias se distribuye así:

CAPITAL					PERIFERIA				
1993	1994	±	1995	±	1993	1994	±	1995	±
288.663	280.963	-7.700	276.105	-4.858	108.418	117.573	+9.155	128.471	+10.898
		%		%			%		%
		-2,67		-1,7			+7,7		+9,2

Se confirma, pues, la tendencia hacia el descenso de actividad delictiva en la capital —ya detectada en el año anterior— compensada por un aumento en periferia suficientemente significativo.

Comienza, pues, a reflejarse en las cifras de delincuencia, el progresivo desplazamiento de la vida ciudadana fuera de las grandes ciudades, sin descartar el aumento de presión policial en la capital como factor coadyuvante del resultado final observado.

Dentro de la periferia, el Distrito de Móstoles apunta como el de mayor crecimiento.

### c) JUICIOS ORALES Y SENTENCIAS

La inexistencia de un adecuado control informático en relación con las cifras relativas a la Audiencia Provincial nos hacía dudar en la Memoria anterior de los datos relativos a ésta. En el período presente, las diez Secciones de la Audiencia Provincial han sido sometidas a un seguimiento estricto por el Ilmo. señor don Joaquín Sánchez Covisa que, con la precisión y rigor a que nos tiene acostumbrados, las examina en una excelente Memoria. Ello permite sostener la fiabilidad de los datos que a continuación se exponen:

JUICIOS POR DELITOS								
ANTE JUZGADOS PENALES			ANTE AUD. PROVINCIAL			TOTALES		
Señal.	Celeb.	Susp.	Señal.	Celeb.	Susp.	Señal.	Celeb.	Susp.
24.524	17.285	7.239	3.898	2.188	1.710	28.422	19.473	8.949
	70,5%	29,5%		56%	44%		68,5%	31,5%

Estas cifras se desglosan así:

JUZGADOS DE LO PENAL					
	Señal.	Celeb.	%	Susp.	%
P. Castilla .....	20.873	14.904	71,4	5.969	28,5
Móstoles.....	1.434	1.006	70	428	30
Alcalá.....	2.217	1.375	62	842	38
TOTAL.....	24.524	17.285	70,5	7.239	29,5

Destaca la disminución de señalamientos en casi un 9 por ciento respecto de 1994, lo que se corresponde con la disminución de calificaciones antes examinada.

La disminución de Plaza de Castilla (-8,3 por ciento) no resulta absorbida por el aumento de Móstoles —ya normalizado durante este período— y Alcalá, que sigue con unos alarmantes índices de suspensiones (38 por ciento), muy por encima de la media (29,5).

#### SECCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Señalados	Celebrados	Suspendidos
3.898	2.188 56%	11.710 44%

El Ilmo. señor Teniente Fiscal valora positivamente en su magnífica Memoria la actividad global desarrollada por las diez Secciones Penales de la Audiencia Provincial, pues *«primero, han aumentado el número de asuntos ingresados (11.856, esto es, +618, lo que representa un porcentaje superior al 5,49 por ciento); segundo, sin embargo se han resuelto 12.173 frente a 11.354 del año anterior, lo que implica un 7,21 por ciento de mayor productividad; tercero, se ha reducido la cifra de asuntos dejados pendientes para 1996 en un 8,87 por ciento (3.254 al finalizar 1995 y 3.571 el 31 de diciembre de 1994)»*.

Destaca, no obstante, la disminución del número total de procedimientos recibidos para su enjuiciamiento en única instancia (1.860, frente a los 2.320 del año anterior) que descendieron en casi un 20 por ciento, especialmente los procesos abreviados, lo que determina que la carga de trabajo que pesa sobre los miembros de la Audiencia Provincial en este Capítulo resulte más que llevadera (70,5 sentencias anuales, esto es, 6,40 por Magistrado y mes o, lo que es igual, 1,6 por semana).

La Ley del Jurado afectará más que moderadamente a este Capítulo, pero no así el nuevo Código Penal, que deriva hacia este Organismo el conocimiento en instancia única de los procesos por delitos graves, en esencia, aquellos castigados con pena superior a tres años de prisión. Ello supondrá un considerable aumento de los Juicios Orales para los Servicios de la Audiencia Provincial y disminución para los Juzgados Penales, con un nuevo reparto de los aproximadamente 15.400 delitos calificados en nuestra Comunidad, que para

el Ilmo. señor Sánchez Covisa arrojaría este resultado: «*primero, al menos 2.241 pasarían, si se hubiesen cometido después del día 25 de mayo de 1996, a ser enjuiciados por la Audiencia Provincial; segundo, un mínimo de 839 delitos quedarían destipificados. Ello significa que, en su conjunto, los Juzgados de lo Penal verán reducida su competencia en un 20 por ciento, mientras que la Audiencia Provincial que ha conocido, según nuestros datos informáticos, de 2.344 delitos, aumentará su competencia en un 95,60 por ciento (computándose los correspondientes al Tribunal del Jurado)*».

A la hora de adoptar medidas para afrontar esta nueva situación, tan aparentemente gravosa para la Audiencia Provincial, no deben perderse de vista lo moderado de las cifras de que partimos en este Capítulo.

Interesante, penalmente, va a ser el efecto que tal cambio provocará en los juicios rápidos, que exige, en palabras del Ilmo. señor Sánchez-Covisa: «*determinar los cauces de implantación de aquella modalidad procedimental en el ámbito de la Audiencia Provincial mediante la confección de un "Protocolo de aplicación" de contenido similar al verificado hace dos años con los Jueces de Instrucción y de lo Penal de la Plaza de Castilla. De otro modo se dejaría marginado un mecanismo de aceleración del proceso y se potenciaría el retardo y acumulación de causas pendientes en el órgano jurisdiccional colegiado.*»

En el Capítulo de juicios en instancia única, de los 3.898 juicios orales señalados, 954 corresponden a sumarios ordinarios y 2.864 a procedimientos abreviados, habiéndose suspendido respectivamente en 337 y 1.373 ocasiones. Ello significa que hubo suspensión en el 44,78 por ciento del total, llegando al 47,93 por ciento en los procesos abreviados. Estas cifras merecen la siguiente valoración del Ilmo. señor Sánchez-Covisa: «*Todavía siguen constituyendo las causas de mayor incidencia la incomparecencia de cualquiera de los intervinientes en el proceso, lo que acredita la falta de mejoramiento de la funcionalidad de las respectivas Secretarías de las respectivas Secciones que se han visto incapaces de convocar debidamente a las partes o a sus representaciones en un 83,66 por ciento de las ocasiones, ascendiendo a un 36,16 por ciento los supuestos de incomparecencia de testigos (lo que ha implicado un aumento respecto del año anterior en que ascendió a un 32,13 por ciento).*»

Lo realmente preocupante es que de las 1.485 ocasiones en que tuvieron que suspenderse los señalamientos por estas causas, sólo estarían justificadas (por enfermedad, fallecimiento o fuerza mayor) un 8,61 por ciento, mientras que el año 1994 estaba situado en un 13,03 por ciento. El hecho adquiere mayor gravedad si tenemos en consideración que las causas urgentes, por afectar a acusados que se encuentran en situación de prisión preventiva, han resultado fallidas en su primera convocatoria a juicio oral, en un 34,53 por ciento cuando el año pasado alcanzaron el 31,26 por ciento. A este respecto es justo resaltar que no todas las Secretarías de las 10 Secciones Penales de la Audiencia de Madrid merecen el mismo reproche, llegando alguna de ellas a merecer un reconocimiento público por sus excelentes resultados. En efecto, tal ocurre con la Sección 16 que, de 838 vistas señaladas, sólo ha debido suspender 38 (4,53 por ciento) (61 según nuestros datos, referidos a 186 señalamientos de juicios en primera y única instancia, que representa un 32,79 por ciento de convocatorias fracasadas) lo que contrasta con la Sección Primera que ha suspendido el 51,52 por ciento de los juicios señalados (o con la Sección Diecisiete que, en lo que concierne a juicios en primera y única instancia ha suspendido un 58,70 por ciento de los señalados).

#### CAUSAS DE SUSPENSION

	1994	1995
1. Incomparecencia acusado .....	744	595
A) Fallecimiento .....	11	14
B) Enfermedad .....	55	44
C) No traslado prisión .....	31	39
D) Otras causas .....	647	498
2. Incomparecencia testigo .....	625	642
3. Incomparecencia perito .....	36	39
4. Incomparecencia letrado .....	264	213
A) Enfermedad .....	96	70
B) Otros señalamientos .....	47	39
C) Otras causas .....	121	104
5. Información suplementaria .....	8	15
6. Huelgas .....	5	0
7. Otras causas .....	263	271

Los Jueces Penales se reparten 17.285 juicios, a razón de poco más de 540 cada uno, alcanzando a 218 los que celebró de media cada Sección de la Audiencia Provincial (con algo más de setenta ponencias por Magistrado).

## SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS POR DELITO

### *Audiencia Provincial*

Las diez Secciones de la Audiencia Provincial dictaron durante el año examinado —conforme a los datos de la Memoria del Teniente Fiscal— un total de 2.115 sentencias en instancia única en juicios por delito, esto es, 253 menos que en 1994 (lo que supone prácticamente una baja del 9 por ciento).

Ello implica que, como hemos ya dicho, cada Magistrado fue ponente en unas 70 sentencias, y cada Juez Penal dictó unas 536 sentencias. Si nuestras previsiones son acertadas, el marco competencial derivado del nuevo Código Penal, supondrá duplicar el número de Ponencias por Magistrado de la Audiencia Provincial, con disminución en un 20 por ciento del trabajo de los Juzgados Penales.

Sigue preocupando sobremanera la disparidad de criterios interpretativos que se observa entre las diez Secciones de la Audiencia Provincial, incapaces de unificar su posición en los más variados temas.

### *Juzgados de lo Penal*

Por su parte, la actividad decisoria de los Juzgados de lo Penal, en causas por delito, arrojó estas cifras:

Penales	Juicios celebr.	Juicios suspend.	SENTENCIAS			
			C.C.	C.D.	A.C.	A.D.
P. Castilla .....	14.904	5.969	10.429	1.392	1.180	1.830
Móstoles.....	1.006	428	747	98	42	113
Alcalá.....	1.375	842	1.076	1	232	34
TOTAL .....	17.285	7.239	12.252	1.491	1.454	1.977
				17.174		

TOTAL SENTENCIAS: 17.174			
C.C.	C.D.	A.C.	A.D.
12.252	1.491	1.454	1.977
71,3%	8,6%	8,4%	11,5%

El porcentaje de conformidades sube aquí hasta casi el 80 por ciento, no llegando la plena disconformidad al 12 por ciento.

*El conjunto de la jurisdicción penal arroja, pues, estas cifras en su función decisora de enjuiciamiento de delitos en instancia.*

TOTAL DE SENTENCIAS EN INSTANCIA: 19.289			
C.C.	C.D.	A.C.	A.D.
13.513	1.824	1.510	2.442
70%	9,4%	7,8%	12,6%

TOTAL DE SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSO: 3.987	
CONFIRMADAS	REVOCADAS
3.263 82%	724 18%

TOTAL DE SENTENCIAS POR DELITOS: 23.276
---

A todo ello hay que añadir los más de cincuenta mil juicios de faltas incoados.

Sólo en los Distritos Norte y Móstoles se ha realizado un seguimiento adecuado de nuestra intervención, por lo que hay que facilitar a los Jefes de esos Distritos y a sus componentes por estas cifras.

	C.F.	S.F.	Total celebrado
Norte .....	2.039 68%	976 32%	3.015
Móstoles.....	2.461 56%	1.927 44%	4.388
	4.500 61%	2.903 39%	7.403

D) DETENIDOS, «HABEAS CORPUS», ENTRADAS Y REGISTROS,  
INSTITUTO ANATOMICO FORENSE

*Detenidos:* Nuestra nueva actividad en el ámbito de la prisión preventiva nos permitirá en el próximo año evaluar sus cifras en el conjunto de la Comunidad.

Por el momento, sólo existen datos de la capital, en que se contabilizan un total de 17.490 detenidos, esto es, 2.545 menos que en 1994, lo que supone un descenso de casi un 13 por ciento, coherente con la global disminución de cifras de delincuencia en el casco urbano.

Del total, 15.375 (88 por ciento) fueron hombres y 2.115 (12 por ciento) mujeres, que experimentan un importante descenso (de más del 20 por ciento respecto del año precedente), conforme revela el siguiente cuadro.

MOVIMIENTO GENERAL DE DETENIDOS MADRID-CAPITAL					
INGRESOS CALABOZOS	1993	1994	1995	±	%
1. Hombres .....	18.448	17.368	15.375	-1.993	-11,4%
2. Mujeres .....	3.053	2.667	2.115	-552	-20,6%
TOTAL .....	21.501	20.035	17.490	-2.545	-12,7%

«*Habeas Corpus*»: Durante el año examinado descendió ligeramente la cifra de los solicitados. En efecto, de los 607 del período anterior se pasa a 579, con una baja porcentual del 4,61 por ciento. Los diferentes Juzgados siguen sin datos del sentido de esas resoluciones.

*Entradas y registro:* También descendió el número de peticiones de entrada y registro (557, esto es, 5,91 por ciento menos que en 1994), volviendo a los niveles de 1993 (542), tras el aumento detectado en 1994.

*Instituto Anatómico Forense:* Se mantiene estable la cifra de levantamiento de cadáveres que facilita el Instituto. Hubo 1.156, superior en un 2,3 por ciento a la del año anterior (1.129) e inferior en un 1,3 por ciento a la de 1993 (1.172).

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

### a) EN EL ORDEN CUANTITATIVO

La evolución, en cuanto al número de procedimientos penales, y atendiendo al número de diligencias previas incoadas, ha sido la siguiente:

AÑOS	Incoaciones	Diferencia	Porcentaje
1992 .....	48.808	+2.730	5,92
1993 .....	52.458	+3.650	7,47
1994 .....	56.321	+3.863	7,36
1995 .....	67.732	+11.411	16,8

Se puede apreciar que la intervención de los órganos judiciales se ha duplicado con creces debido, entre otras razones, a la judicialización de toda conducta humana, la criminalización de cualquier perjuicio sufrido, aunque sea de otra índole, y la mayor facilidad y gratuidad de las denuncias.

Para comprobar la correlación existente entre el número de procedimientos incoados con el índice de criminalidad que supone, se hace preciso descontar previamente los procedimientos que se archivaron por considerarse que el hecho imputado no era constitutivo de delito; las faltas, por su menor impacto en la conciencia social; y las diligencias que se inhibieron a otros Juzgados o se acumularon a otras causas, en evitación de duplicidades.

Comparando los resultados de este año con los de 1994 obtenemos los siguientes datos, sobre la base del *número de diligencias previas incoadas*:

	1994	1995
Incoadas .....	56.321	67.732
Archivadas por no ser delito .....	6.063	7.340
Declaradas falta.....	4.581	6.258
Inhibidas y acumuladas .....	4.677	10.658
Consideradas delito .....	41.000	43.476

Destacan, del anterior cuadro estadístico, las siguientes consideraciones:

a) Su estudio individualizado nos sugiere, sin graves consecuencias criminológicas, las siguientes reflexiones:

1.<sup>a</sup> El considerable aumento de hechos constitutivos de falta, que supera en proporción al incremento de incoaciones de diligencias previas, lo que puede estimarse normal al deberse, fundamentalmente, al mayor número de hechos ocurridos con ocasión de la circulación vial.

2.<sup>a</sup> Se aprecia un notable incremento de archivos por no estimarse los hechos constitutivos de infracción penal, 1.277 diligencias previas más que el pasado año; lo que constituye un nuevo índice de la inadmisibile utilización de denuncias y querellas infundadas, o faltas de contenido penal.

3.<sup>a</sup> No es comprensible, sin embargo, que a un aumento de incoaciones de 11.411 diligencias previas se corresponda un crecimiento de tan sólo 2.476 hechos considerados como delictivos.

b) Con independencia de las valoraciones anteriores, el aumento de 2.476 hechos considerados como delictivos supone que, en 1995, el *incremento* de la delincuencia en la Región de Murcia, respecto del año anterior, ha sido del *6 por ciento*.

Pormenorizando los Juzgados que han experimentado un mayor incremento en la incoación de diligencias previas, destacan los seis Juzgados de Instrucción de Murcia capital, muy por encima del resto, que hace pensar en la conveniencia de crear, al menos, un Juzgado más. Se han mantenido iguales, o con incrementos ligeramente superiores, los órganos judiciales de la misma clase del resto de la región, salvo los de Lorca y Yecla que han sido inferiores a los del año pasado.

En relación con los municipios, según datos obtenidos de las distintas Comisarías, el mayor aumento de actividades delictivas, en términos relativos, se aprecia en Alcantarilla con un incremento del 36,09 por ciento, seguido de Cartagena con el 9,27 por ciento, Molina de Segura con el 9,19 por ciento, Lorca con el 8,70 por ciento y, finalmente, Murcia con el 4,12 por ciento. En un aspecto positivo, Yecla ha experimentado una disminución del 15,78 por ciento. Todo ello en consonancia con la actividad judicial, tal como se ha reseñado.

Resulta muy significativo que, en 1994, los municipios que mayor delincuencia registraron fueron los de la capital y Yecla; precisamente lo contrario a lo ocurrido en 1995, de donde se deduce que una mayor atención policial hace disminuir la incidencia delictiva.

Otro aspecto de interés lo constituye el estudio de la evolución y término de los distintos procedimientos tramitados durante el año, que fue el siguiente:

DILIGENCIAS PREVIAS	1994	%	1995	%
Asuntos despachados .....	55.349	100	66.362	100
No se reputaron delito .....	6.063	10,95	7.340	11
Se consideraron falta .....	4.581	8,27	6.258	9,4
Se archivaron por desconocimiento del autor .....	34.059	61,53	37.288	56,1
Se transformaron en procedimiento abreviado .....	4.329	7,8	4.712	7,1
Se transformaron en sumario .....	76	0,13	105	0,15

Resalta, como en años anteriores, la cifra de diligencias archivadas por no descubrirse el autor del delito, que va en aumento, aunque porcentualmente haya disminuido en el presente. Su explicación es evidente: Han aumentado en igual forma los hechos que se han considerado constitutivos de delito; también, en cierto modo, desde el punto de vista procesal, ha contribuido a ello la deficiente instrucción de las causas, con sus consiguientes dificultades probatorias; y, en tercer lugar, en el ámbito policial, por el mayor número de delitos menores en la vía pública y en zonas deshabitadas, tales como sustracciones de objetos del interior de vehículos, robos en chalets y casas de campo, muy difíciles de sorprender y resolver.

Por último, debemos destacar la relativa estabilidad del número de procedimientos abreviados competencia de la Audiencia Provincial y del de sumarios, aunque en números absolutos han aumentado, sobre todo los sumarios; lo que indica el incremento, siquiera sea ligero, de una delincuencia más grave (delitos contra la vida y tráfico de drogas).

#### b) EN EL ORDEN CUALITATIVO

La evolución cualitativa de la delincuencia en la región, durante 1995, como ya quedó reflejada en el estadillo correspondiente de la estadística anual, ha discurrido por los mismos derroteros que en años anteriores: Aumento constante de determinados delitos y los periódicos altibajos de otros.

Para su mejor estudio comparativo vamos a seguir la estructura del todavía vigente Código Penal, deteniéndonos en los tipos que han tenido una mayor relevancia por su número o por su proliferación en la región.

En el *Título II* destacan por su crecimiento constante el conjunto de figuras que, en ocasiones anteriores, hemos denominado delitos contra el principio de autoridad, dado el bien jurídico ofendido. Se trata de los delitos de atentados, resistencia, desobediencia, desacatos e injurias o amenazas a agentes de la autoridad.

El estudio de su evolución es realmente difícil si los tratamos en particular debido a su errónea calificación inicial en la mayoría de los casos. Nos hemos encontrado con partes de lesiones que resultaron ser atentados con tal resultado; su confusión con la resistencia es frecuente; el calificativo de desobediencia se aplica indiscriminadamente a los más variados resultados y el de injuria se aplica tanto a estos delitos como a los que atacan al honor.

Venimos tratando de corregir tales defectos a lo largo de todo el año, rectificando partes y registros; de ahí las fuertes oscilaciones que podemos advertir en algunos tipos respecto del año anterior. La verdadera evolución la podemos deducir de los totales que damos de esta gama de delitos que nos marca el constante aumento de los mismos, como ya venimos resaltando desde años anteriores.

Con tales salvedades los podemos recoger con el siguiente contexto:

	1994	1995	Diferencia
Atentado .....	241	183	-58
Resistencia .....	66	405	+339
Desobediencia .....	390	75	-315
Desacato .....	84	76	-8
Insultos, injurias, amenazas a Agentes de la Autoridad	160	272	+112
<b>TOTAL .....</b>	<b>941</b>	<b>1.011</b>	<b>+70</b>

Por el contrario, han disminuido los delitos contra el orden público, pasando los de desórdenes de 67 a 57, y los de tenencia ilícita de armas de 38 a 32.

Tal porcentaje nos indica que el aumento continúa, y con un índice de progresión mantenido y prácticamente constante.

Así, limitándonos a los últimos tres años, la evolución ha sido la siguiente:

1993	1994	1995
+5,8%	+6,3%	+6,0%

Dentro de la estimación negativa de que la evolución delictual no se haya retraído, aunque no consideremos significativa la disminución del 0,3 por ciento respecto al año anterior, el hecho de que se mantenga el índice de crecimiento y no se dispare, como ocurrió hace años, ya es esperanzador y supone que, mediante una buena política de prevención y un cierto incremento de las fuerzas policiales, la situación puede mejorar.

Estimamos fiable y real el dato apuntado de un porcentaje de aumento del 6 por ciento en el número de delitos, que coincide prácticamente con los que facilitan la Comisaría Provincial de Policía y la Comandancia de la Guardia Civil, de los cometidos en cada una de sus respectivas zonas territoriales. Así: La Policía señala un incremento del 6,68 por ciento, mientras que la Guardia Civil habla de un 6,13 por ciento.

Las pequeñas diferencias se deben, sin duda, a que ellos trabajan sobre la base de hechos denunciados, mientras que nosotros lo hacemos sobre procedimientos incoados, descontando los que no han sido considerados delictivos.

En el *Título IV*, referente a los delitos contra la Administración de Justicia, su evolución ha sido la siguiente:

	1994	1995	Diferencia
Acusación y denuncia falsas .....	36	51	+15
Falso testimonio .....	3	43	+40
Quebramiento de condena .....	263	204	-59
Idem. de permiso conducir .....	0	23	+23
Real. arbitr. propio derecho.....	14	5	-9
Simulación de delito .....	3	4	+1
Omisión del deber de impedir determinados delitos .....	1	0	-1

Destacan los aumentos de los delitos de acusación y denuncia falsa y los de falso testimonio, motivados, en su mayor parte, por

la petición fiscal de deducción de testimonio en las vistas en que se han acreditado tales conductas.

También es significativa la disminución de los quebrantamientos de condena producidos, en su inmensa mayoría por el incumplimiento de los arrestos domiciliarios.

En el Centro Penitenciario de Cartagena no se ha dado ningún caso de falta de incorporación a la terminación de un permiso carcelario.

En el Centro de Murcia, el número total de permisos concedidos fue de 1.099, comprendiendo tanto los ordinarios como los extraordinarios, y otorgados a internos de segundo y tercer grado. Se produjeron sólo cuatro quebrantamientos, todos de permisos ordinarios a internos de segundo grado. La proporción es del 0,8 por ciento.

En el *Título V* nos detendremos en los que mayor incidencia han tenido en la región, que han seguido en líneas generales los pasos de años anteriores, aunque con tendencia descendente y esperanzadora. Así:

#### 1. *Delitos de riesgo en la circulación*

El mantenimiento, durante 1995, de los controles de alcoholemia, seguidos de juicios rápidos, va dando sus frutos, en el campo *preventivo*, pues se va logrando concienciar a los conductores del riesgo que supone para propios y extraños circular sin las debidas condiciones psicotécnicas, amén del temor a ser encausado o tener que abonar la consiguiente multa.

Durante el año, a los controles efectuados por el Subsector de Tráfico, se han unido los realizados por las Policías Locales de determinados Ayuntamientos.

Todo ello ha motivado un descenso en este tipo de conductas, al menos las detectadas, de un 14,5 por ciento, al pasar de 1.217 procedimientos penales en el pasado año a los 1.040 del presente.

El número total de controles efectuados durante los doce meses ha sido de 26.975, de los cuales, 1.303 fueron positivos, 25.555 negativos, y en 117 el conductor se negó a realizar la prueba.

Los resultados positivos se detectaron en 295 infracciones de tráfico, 135 con motivo de accidentes viales; y el resto en controles preventivos.

## 2. Tráfico de drogas

La magnífica labor llevada a cabo por las fuerzas policiales en el año anterior ha dado sus frutos en 1995, en el que la vigilancia y cada día mayor especialización, han contribuido a reducir la incidencia de esta lacra en la región en un 8,6 por ciento, lo que, sin ser euforizante en este tipo de delincuencia, es satisfactorio y estimulante.

Los datos globales han sido los siguientes:

	1994	1995	Diferencia	%
Diligencias incoadas.....	2.849	2.603	-248	-8,6

Datos que son más dignos de destacar si tenemos en cuenta que en 1994 se apreció un aumento de esta delincuencia del 91,7 por ciento.

En orden al consumo, sigue siendo el *haschís*, en sus distintas variedades, el mayor, si bien podemos señalar una disminución porcentual respecto a años anteriores. Sigue en uso ascendente la *cocaína*, y, en último lugar, dentro de las tradicionales, la *heroína*, que en este año también ha experimentado un aumento.

El total de aprehensiones efectuadas por la Guardia Civil durante el año fue:

Heroína .....	38 grs.
Cocaína .....	62 grs.
Resina de haschís .....	5.887 grs.

Por parte de la Policía, sus 1.402 intervenciones en esta materia fructificó en los siguientes decomisos:

Heroína .....	399,15 grs.
Cocaína .....	69.328,97 grs.
Haschís .....	55.989,212 grs.

Como servicios especiales, merecen destacarse los efectuados en el mes de septiembre.

El primero, por componentes de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil y GIFA, que lograron, tras intensas gestiones, aprehender en la localidad de Agui-

las un cargamento de 1.770 kilogramos de resina de haschís, deteniendo a 14 personas pertenecientes a una red internacional, con la incautación de un barco, tipo velero, cinco teléfonos móviles, tres turismos, un camión con su remolque, 10.000 francos franceses y 600.000 pesetas en metálico; así como documentos y efectos relacionados con el tráfico de drogas. Los efectos se valoraron en 100 millones de pesetas y la droga ocupada en 5.310.000 pesetas.

Días después, Fuerzas del Puesto de San Pedro del Pinatar contribuyeron al esclarecimiento de otro alijo, motivando la localización y detención, por las Fuerzas de Alicante, de un camión, matrícula italiana, que transportaba 102 bultos de resina de haschís que dieron un peso de 3.687 kilogramos.

En cuanto al *Título VIII*, de delitos contra las personas, la agresividad, signo de estos tiempos, se ve reflejada en esta tipología a la que ya nos veníamos refiriendo en anteriores ocasiones, centradas más en los delitos contra la integridad corporal.

En este año su incidencia se ha extendido en los ataques contra la vida, alcanzando la cifra total de 45, frente a los cinco del pasado; de ellos, 43 se han calificado como homicidios.

El número de procedimientos incoados por lesiones ha sido de 14.734, lo que supone un incremento del 46,8 por ciento frente a los del año anterior que alcanzaron la cifra de 10.031; si bien, como en años anteriores, debemos señalar nuestra impresión que en esa cifra se comprenden también supuestos de lesiones casuales u ocasionadas en accidentes de tráfico, inexactitud que arranca de la referida falta de rigor de los partes de incoación.

Son de resaltar las 145 diligencias previas incoadas por violencias contra el cónyuge o persona unida por análoga relación.

En el grupo de los delitos que comprende el *Título IX*, que atacan la libertad sexual, su estudio comparativo es el siguiente:

	1994	1995	Diferencia
Violación .....	33	42	+9
Agresión sexual .....	124	116	-8
Exhibicionismo.....	41	42	+1
Pornografía.....	2	0	-2
Estupro.....	3	8	+5
Rapto.....	15	9	-6
Prostitución.....	21	31	+10
Corrupción de menores .....	6	4	-2

Destaca el aumento de las violaciones, estupro y los delitos de prostitución. Los primeros, al ir desapareciendo el temor ante la denuncia; los segundos, al aumentar una mayor vigilancia de los lugares donde habitualmente se ejerce tal actividad.

Respecto al *Título XIII*, de delitos contra la propiedad, vuelve a producirse en ellos el movimiento pendular de años anteriores, lo que nos demuestra que en la lucha contra este tipo de delinquentes no caben el descanso ni la confianza. Frente a nuestra moderada satisfacción por el descenso apreciado en 1994, en 1995 los tipos han vuelto a dispararse, alcanzando de nuevo las cotas de 1993, especialmente en los delitos de robo, que son los que mayor alarma producen.

El incremento es también denunciado por las Fuerzas de Seguridad, tanto del Cuerpo Nacional como de la Guardia Civil, que aprecian incrementos en los «tirones» callejeros, cuantificados en un 30,64 por ciento, robos en establecimientos de crédito violentos con el 3,70 por ciento, y en la modalidad de robo con fuerza se observan aumentos del 24,48 por ciento en establecimientos, del 5,43 por ciento en viviendas y de un 2,52 por ciento en vehículos.

Igualmente se aprecia aumento en los restantes tipos del epígrafe que nos ocupa, salvo el de cheque en descubierto.

Su evolución queda patente en el siguiente cuadro:

	1994	1995	Diferencia	%
Robos con violencia.....	943	7.637	+6.694	+709,8
Robos con fuerza .....	11.752	17.763	+6.011	+51,1
Hurtos.....	8.380	14.427	+6.047	+72,1
Utiliz. ilegal de vehículos motor .....	787	1.019	+232	+29,4
Alzamiento bienes.....	94	136	+42	+44,6
Estafas.....	605	997	+392	+64,7
Apropiación indebida.....	320	516	+196	+61,2
Receptación.....	50	61	+11	+22
Incendios .....	79	216	+137	+173,4
Daños.....	2.464	3.314	+850	+34,4
Cheque en descubierto .....	309	266	-43	-13,9

Los tipos no recogidos apenas han sufrido cambios sustanciales.

Mención aparte merecen los *incendios forestales*:

Pese a la pertinaz sequía, que se ha mantenido durante todo el año, nos tenemos que congratular de la escasa incidencia de estos

hechos, tal vez debido, desgraciadamente, al notable descenso de masas forestales que restan en la región después de las catastróficas consecuencias de los incendios del pasado año, que arrasaron 16.500 hectáreas de monte y plantaciones en los términos municipales de Moratalla, Calasparra y Cieza, fundamentalmente.

En este año, el número de incendios forestales conocidos fue de 26, que dieron lugar a la apertura de cinco procedimientos penales con tres detenidos.

La extensión de monte quemado fue de 28,914 hectáreas.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

La evolución de la criminalidad en Navarra a lo largo de 1995 sigue la tónica de años anteriores. La curva que diagnostica su incidencia sigue pausada pero ascendente, prueba de ello lo dan las 22.650 actuaciones penales incoadas por el total de los Juzgados de la Comunidad, frente a las 20.787 causas abiertas en el año anterior. Es de destacar que de ellas 15.727 pertenecen a los Juzgados de la capital, demostrando la necesidad de crear un nuevo Juzgado de Instrucción, no sólo por el número de asuntos que se instruyen, sino por la complejidad de algunos de ellos.

En el año 1995 se han celebrado en Pamplona 446 movilizaciones o manifestaciones y 257 en el resto de la provincia frente a las 612 en total celebradas el año anterior. Las motivaciones principales de tales movimientos son, en apoyo de la insumisión, de los presos vascos encarcelados por sus vinculaciones a acciones terroristas, o reivindicaciones de matices ecológicos.

Cierto que ha aumentado en alto grado el índice de manifestaciones, pero lo que de verdad se ha elevado en gran medida es la actitud alborotadora y vandálica en muchos casos de sus intervinientes. Bien es sabido que grupos de adolescentes, generalmente encapuchados, integrantes en unidades de apoyo a los violentos, se lanzan a la calle, principalmente los fines de semana haciendo suyas determinadas zonas de las localidades donde se concentran. El *modus operandi* siempre es el mismo, lanzamiento de objetos contundentes, formación de barricadas, incendios mediante el uso de los denominados «cócteles molotov»..., los objetivos de las entidades

bancarias, cabinas telefónicas, vehículos, mobiliario urbano. Los destrozos son cuantiosos, a lo largo del año se han cuantificado en unos 125 millones de pesetas los ocasionados en Pamplona, mientras que ascienden a más de 300 los ocasionados en toda Navarra.

Las causas iniciadas por delitos de robo con fuerza en las cosas fueron de 7.937 frente a las 7.153 del año anterior, los robos con violencia o intimidación alcanzan la cifra de 368, por lo que disminuyen en 153 respecto a los 521 habidos en 1994, de ellos 14 fueron atracos a entidades bancarias. Es de destacar este dato positivo que conlleva la disminución a la cuarta parte los atracos perpetrados el año anterior.

Los hurtos pasaron de 6.238 a 6.608, las estafas de 261 a 362 y las apropiaciones indebidas de 122 a 112. Los cuadros estadísticos «anexos» a la Memoria, señalan pormenorizados los diversos apartados exigidos.

Los delitos contra la libertad sexual elevados unas décimas en su índice, siguen la misma tónica pausada pero ascendente. Las violaciones —siete— han decrecido en una unidad, por contra las agresiones sexuales —16— se elevan en cuatro, en cinco los delitos de exhibicionismo, disminuyendo en uno los estupros y siendo iguales al año anterior los delitos de prostitución, uno cada año.

Como todos los años, capítulo significativo en esta Comunidad son los delitos de insumisión; su número, 137 incoaciones y 125 calificaciones desciende unos enteros respecto al mismo período del año anterior, que fueron 226 y 154, respectivamente.

Es bien conocido el arraigo social, que tal actitud de la juventud navarra ha calado hondo en todas las capas sociales. Los movimientos más que pacifistas, antimilitaristas están a la orden del día. Es rara la semana que por una u otra organización, radicadas principalmente en institutos y enseñanzas especiales, no se convoque la consiguiente manifestación, bien sea porque se están celebrando juicios a compañeros o amigos, bien porque alguno es condenado o porque éstos rompen su condena.

El camino ya lo iniciaron el año pasado. Unido al delito de insumisión, como protesta por su condena —estiman que no han cometido acción punitiva alguna al negarse a prestar el Servicio Militar—, los internos en tercer grado suelen, con relativa frecuencia, sobre todo después de los fines de semana, dejar de incorporarse al centro penitenciario; eso sí, convocan a los medios de comuni-

cación para que su actitud sea divulgada como una especie de reivindicación y protesta de lo que consideran injusto. Ello motiva la mayoría de las 74 incoaciones por quebrantamiento de condena que han practicado los Juzgados de Instrucción frente a las 67 incoadas el año pasado.

No queremos reiterarnos, ya dijimos en anterior Memoria la postura de Fiscalía, calificamos por quebrantamiento de condena, los Jueces de lo Penal, alegando no hay voluntad de sustraerse a la acción de la justicia —ya hemos dicho que alardean de ello ante los medios de comunicación— y si sólo protestan y pretender llevar a la opinión pública la realidad de su conducta, les absuelven. Recurrimos ante la Audiencia Provincial y el Tribunal colegiado confirma por sus propios fundamentos la sentencia del Juzgador de instancia.

Como contrapartida al número de insumisos, los delitos por incumplimiento de la Prestación Social Sustitutoria tienen en Navarra mucha menor relevancia, han sido siete las causas incoadas, once lo fueron el año anterior. La problemática se plantea por la carencia de plazas para cumplir dicho servicio. A primeros de año la Comunidad Foral ofrecía 367 puestos de trabajo donde poder realizar la prestación cuando objetivamente considerada la situación, se necesitaban más de mil plazas para satisfacer las necesidades. El Plan Nacional de Objeción de Conciencia aprobado en marzo de 1994 trata por todos los medios de combatir esta situación, pretendiendo agilizar y conseguir que, en su debido tiempo, se logren las incorporaciones. Por ahora la mayoría de los navarros objetores, unos 1.300, tendrán que cumplir la prestación social fuera del territorio de la Comunidad.

Por último queremos señalar el criterio de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que señala el plazo de 15 meses como el tiempo máximo que tiene el Estado para llamar al objetor al cumplimiento de sus obligaciones. Tal sentencia ha motivado al colectivo de objetores para animar a los jóvenes, que se encuentran en la citada situación, para que acudan a los tribunales y obtener así, tras la resolución judicial, el oportuno pase a la reserva.

El Instituto de Salud pública del Gobierno de Navarra ha constatado, a partir de las consultas evacuadas en sus centros y las atenciones practicadas a pacientes con problemas de drogodependencias, que el número de éstos ha ido aumentando paulatina-

mente en los últimos ocho años, entre un 30 y un 40 por ciento, si bien casi el 10 por ciento del total se ha producido en el último año.

La estadística judicial señala que en 1994, se han instruido un total de 136 diligencias penales —109 fueron las iniciadas en el año anterior—, cifra que no es alarmante, pero que va constatando el arraigo que este deplorable «estatus» va teniendo en la población, generalmente la más joven.

Las cantidades decomisadas en esta provincia han sido de 136,23 gramos de heroína, 769,47 gramos de cocaína, 373.656,23 gramos de haschís y otras cantidades menores de «éxtasis», LSD, buprex..., etc. Es significativo, lo que demuestra la labor agazapada de cuantos se dedican al comercio de estas sustancias, que la cocaína aprehendida ha disminuido respecto del período anterior en casi cinco kilos, y el haschís en quinientos, cantidades muy importantes dado el volumen de intervenciones que se han realizado en los últimos años y el aumento de drogodependientes que hemos antes señalado.

#### FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA

El número total de diligencias previas incoadas a lo largo del año 1995 es de 10.662, frente a las 9.697 del año anterior, lo que supone un aumento de 965.

Diversificando por Juzgados, los de Primera Instancia e Instrucción núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de Logroño han instruido 1.208, 1.007, 893, 822, 879, 719, 826 y 812 diligencias previas respectivamente, los de Calahorra 1 y 2, 951 y 1.324 y el de Haro 1.211. De una primera lectura se deducen las diferencias existentes entre unos Juzgados y otros, debido a que unos abren más indeterminadas que otros o incoan directamente por faltas, en cuyo caso no nos envían partes de incoación, por lo que sería bueno también que la propia Junta de Jueces procurara unificar los criterios a fin de evitar estas discordancias.

Entre los delitos del Título I contra la Seguridad Exterior del Estado no se incoó ni una sola causa penal, pero sí diversas dentro del Título II contra la Seguridad Interior del Estado, destacando aquéllas que conllevan un menosprecio al principio de autoridad.

Dentro de este apartado, a diferencia de otros años anteriores, y, por desgracia, hemos de destacar el brutal atentado de ETA contra la Casa Cuartel de Arnedo de la Guardia Civil.

En el apartado de falsedades es de notar un leve aumento, ya que de 67 en 1994 han pasado a 88 en 1995. Sigue siendo de destacar, como en años anteriores, las falsificaciones de cheques bancarios sustraídos de diversas formas, principalmente en buzones de correos, mediante lavado de sus importes y titulares. En Logroño se dieron 32 delitos de esta naturaleza y se detuvieron a 10 personas mientras que en el resto de La Rioja se han conocido 14 delitos, habiéndose esclarecido ocho y detenido a 10 personas.

Las causas por quebrantamiento de condena son las que más destacan en el Título IV de delitos contra la Administración de Justicia pasando de 103 en 1994 a 74 en 1995, es decir, 29 menos, quizás debido a la menor masificación del Centro Penitenciario, que ha supuesto una concesión más reducida de permisos sobre todo de fin de semana.

En tráfico de drogas, se observa una ligera disminución, pasando de 103 en 1994 a 94 en 1995, es decir, nueve diligencias menos, siendo 88 de drogas que no causan grave daño a la salud y seis de los que sí causan grave daño, aun cuanto tal dato no es fiable del todo. En Logroño se han perpetrado 49 delitos, deteniéndose a 72 personas, incautándose 97 gramos de heroína, 53 gramos de cocaína, 5.963 gramos de cannabis, 17 gramos de «speed» y 638 unidades de psicotrópicos; descende el consumo de cannabis y de heroína, se mantiene el de cocaína y aumenta el «speed» y el éxtasis. En el resto del territorio se ha detenido a 113 personas, contando aquéllos que cometen delitos bajo su influencia, observándose que la drogadicción se suele iniciar en las edades jóvenes, sufriendo incremento según va aumentando la edad, considerando este número importante entre los 21 y 40 años que, en su mayor parte, al no disponer de trabajo ni ningún tipo de ingresos, para poder suministrarse la droga recurren a todos los medios a su alcance para conseguirla; conociéndose 91 hechos, frente a los 38 de 1994 de tenencia de droga para su consumo y a los que se les ha aplicado la Ley de Seguridad Ciudadana.

En La Rioja, dentro de la Red de Servicios de Salud Mental y Drogodependencias, de la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social se ha prestado atención a 400 personas con diagnóstico de dependencia a psicotrópicos ilegales, de los cuales 302 son

hombres y 98 mujeres; así como a 193 pacientes alcohólicos, 150 hombres y 43 mujeres, con un gasto de cerca de 97 millones de pesetas. Se observa una evolución favorable de la dependencia a opiáceos, sobre todo en el número absoluto de usuarios de droga por vía parental. La población atendida en los programas de mantenimiento con sustitutivos está envejeciendo, con una media de 28,5 años y con un progresivo deterioro en su situación de salud, siendo el 41 por ciento de los casos seroprevalentes al VIH.

En los delitos relativos al medio ambiente o ecológico sólo se han incoado tres diligencias previas.

En materia de protección de la fauna se han realizado por los miembros del *Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil*, un número importante de atestados que han derivado tanto en infracciones administrativas como en faltas y delitos de caza. Así se refieren al abatimiento de piezas no autorizadas, en época de veda y el tráfico de especies protegidas.

En este sentido se han incautado un buen número de piezas correspondientes a animales protegidos, si bien, en una estimación aproximada podría considerarse que el tanto por ciento de los atestados con sujetos implicados en estos hechos es mínimo en comparación con los casos reales, tanto por la dificultad de detección de estas ilícitas actividades como la importante limitación de medios personales y materiales del SERPRONA.

Los casos trascendidos a la actividad jurisdiccional, se han desarrollado, por así decirlo, normalmente, existiendo casos, no más de una docena, de condenas por delitos y faltas de caza.

En La Rioja, especialmente durante la estación turística del verano, muchos pueblos, con bastante dejación de los ayuntamientos, originan importantes volúmenes de basuras vertidas en zonas poco controladas y que pueden incumplir la normativa, especialmente la Ley y Reglamento de Incendios Forestales, en razón de proteger las masas arboladas cercanas de su posible incineración y consiguiente riesgo de incendio.

En esta materia sólo se ha abierto una causa judicial, si bien y es demostrativo de la escasa concienciación de la Administración de Justicia sobre este problema, iba encaminado para colmo como un caso de perjuicio al Ayuntamiento de la población cercana al vertedero por supuestos daños en la basura al ser incendiada por desconocidos, cuando lo importante era comprobar si existía, por

la colocación del vertedero, peligro para la zona arbórea que pudiera existir en las proximidades.

La Rioja no está reputada, así informes al Senado años 1993 a 1995 de la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Agricultura y Pesca sobre incendios forestales, como una región de alta incidencia en este auténtico desastre ecológico de la pérdida de la masa forestal por el fuego. No obstante, la zona de las serranías ibéricas de la Demanda (y sobre todo el turístico término de Ezcaray) sí han sufrido en 1995 algunos incendios, que suelen por su extensión ser llamados «conatos».

Nuevamente hay que señalar las dificultades en la investigación del origen y autores de los fuegos; apuntan a que casi todos los incendios, por fortuna sin mucha incidencia, han tenido que ver con las actividades propiamente turísticas, solamente en dos se han podido determinar responsables, uno derivado de lo anteriormente comentado de los vertederos y otro con una imprudencia, catalogada como leve, de dos excursionistas.

En los apartados de homicidio y auxilio o inducción al suicidio las partes de incoación vienen casi siempre con la expresión muerte o hallazgo de cadáver sin más, teniendo forzosamente que incluirlos en ellos por no existir otro posible en el estadillo B, a pesar de que muchas muertes serán por causa natural o por accidentes de circulación y en el de lesiones se agrupan todos en ellas genéricamente, sin distinguir los distintos apartados de dicho estadillo; existiendo entre el parte de incoación y la calificación del Ministerio Fiscal una gran diferencia. Hechas estas precisiones, se han incoado 1.511 causas por lesiones, 127 menos que el año anterior; 129 por lesiones cualificadas, 59 menos que en 1994; 184 por participación en riña, 171 más que dicho año; 54 por auxilio o inducción al suicidio, 50 por lesiones con infracción de leyes o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo; 43 por homicidio, y tres por violencia sobre cónyuge o persona unida por análoga relación, sumando un total de 1.974. En Logroño capital se reseñan 23 delitos con 24 detenidos y en el resto del territorio 11 delitos, de los que nueve se han esclarecido y se ha detenido a ocho personas.

Siguen siendo los delitos del Título XIII contra la propiedad, los que suponen un mayor porcentaje de acciones policiales y judiciales pasando de 5.667 en 1994 a 6.384 en 1995, es decir, 717 causas más, lo que ya es significativo para una Comunidad Autónoma de las ca-

racterística de La Rioja. Resalta el aumento habido en los robos con violencia e intimidación, aun cuando los más numerosos sigan siendo los robos con fuerza en las cosas (822), sustracciones en interior de vehículo (754), hurtos (245) y utilización ilegítima de vehículo de motor (214), los cuales, por regla general, se cometen para la realización de otros hechos contra la propiedad.

Es preciso destacar, por su importancia, que de las 402 diligencias que se abrieron en 1994 por robos con violencia e intimidación se ha pasado al año a que se refiere esta Memoria a 1.134, 732 más, lo cual resulta altamente alarmante, pues, aun admitiendo posibles errores, nunca éstos serían tantos como para justificar tan tamaña diferencia, viniendo a significar una peligrosidad mayor por sus presuntos autores que, indudablemente, nota inmediatamente el ciudadano al ser sujeto pasivo de los mismos.

## FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

### a) EN EL ORDEN CUANTITATIVO

#### *Vizcaya*

#### 1. Número total de procedimientos iniciados

##### a) Por delito

El dato que se viene tomando como referencia para exponer la evolución de la delincuencia es el del número de procedimientos iniciados desde el 1 de enero al 31 de diciembre del año a que se refiere la exposición. Y, tal como se ha puntualizado tantas veces, es preciso tener en cuenta que no son coincidentes estas cifras con la del número exacto de infracciones penales de carácter delictivo que se han producido. Ello es así, no sólo porque en un mismo proceso penal puedan venir —como de hecho sucede con frecuencia— englobados varios hechos delictivos, sea por conexidad, sea por concurso delictual, sino también porque a la denuncia o atestado policial le sigue la apertura de un proceso de diligencias pre-

vias, también en aquellos casos en que las diligencias previas se archivan por no ser los hechos constitutivos de delito.

El número total de diligencias previas incoadas durante el año 1995 fue de 57.655; cifra superior en 11.245 a la del año 1994, y que representa un porcentaje del 24,22 por ciento.

La evolución en los últimos cinco años se refleja en las siguientes cifras:

AÑO	Procedimientos
1991 .....	39.381
1992 .....	45.768
1993 .....	53.956
1994 .....	46.410
1995 .....	57.655

#### b) Procedimientos por infracción constitutiva de falta

El número de procesos por infracciones constitutivas de falta ha sido durante el año 1995 de 28.315, que frente al de 27.785 del año anterior, supone un aumento de 530 procesos equivalente a un 1,9 por ciento.

La evolución del número de procesos por esta clase de infracciones durante los últimos años ha sido la siguiente:

AÑO	Procedimientos
1991 .....	28.986
1992 .....	22.065
1993 .....	25.578
1994 .....	27.785
1995 .....	28.315

## 2. Tratamiento posterior de las diligencias previas

Tras la incoación de las diligencias previas los resultados a que ha conducido su tratamiento procesal de acuerdo con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha sido el siguiente: sumadas a las incoadas durante el año las 5.252 pendientes de años anteriores y las 494 reabiertas durante el año:

- 8.158 se archivaron, por no ser delito el hecho.
- 35.481 se sobreseyeron por no ser conocido el autor.
- 3.076 se declararon falta.
- 4.895 terminaron por inhibición a otro órgano o por acumulación a otro procedimiento judicial distinto del que las inició.
- 4.143 continuaron la tramitación por las normas del procedimiento abreviado.
- 38 se convirtieron en sumario.

### Guipúzcoa

El número total de procedimiento ha aumentado considerablemente en Guipúzcoa, donde se ha pasado de 29.239 del año 1994 a 32.982 en el año 1995, lo que representa un incremento del 12,8 por ciento.

### Alava

En Alava, el número global de procedimientos por delito ha experimentado un ligero ascenso, y se ha pasado de 12.201 en 1994 a 12.366 en 1995, lo que supone un ascenso del 1,35 por ciento.

Las cifras de los tres últimos años, en la Comunidad, ofrecen unos resultados que indican un incremento desigual de un territorio a otro.

AÑO	1993	1994	1995
Vizcaya .....	53.956	46.410	57.655
Guipúzcoa .....	26.680	29.239	32.982
Alava .....	10.990	11.747	12.366

## b) EN EL ORDEN CUALITATIVO O DE LA NATURALEZA DE LOS DELITOS COMETIDOS

### 1. Delitos contra la propiedad

Los delitos contra la propiedad, en sus diversas formas, han alcanzado la cifra de 37.739; esta cantidad representa el 65,5 por ciento de la totalidad de los delitos cometidos. Respecto del año anterior, con 34.643 delitos, la cifra de los delitos contra la propie-

dad ha experimentado un aumento del 8,9 por ciento. Dentro de los delitos contra la propiedad ocupan el primer lugar los delitos de robo con fuerza en las cosas, con un total de 16.063 infracciones, seguidos de los delitos de hurto con 13.171 y los de daños con 6.009 infracciones delictivas, lo que supone, en relación con las cifras del año anterior, un aumento de 151 robos, 4.173 hurtos y 1.926 delitos de daños.

Se aprecia un leve ascenso en los delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, que pasan de los 798 del año 1994 a 919 durante el año 1995. Un descenso han experimentado los delitos de estafa, pues frente a los 1.240 contabilizados en el año 1994 se ha llegado a 960 durante el año 1995.

Los datos globales correspondientes a la Comunidad, en delitos contra la propiedad, son los siguientes:

	1993	1994	1995
Vizcaya .....	36.476	34.643	37.739
Guipúzcoa .....	16.629	19.460	21.195
Alava .....	7.385	8.161	8.443

A simple vista se aprecia un aumento importante en Vizcaya y Guipúzcoa, y un ascenso moderado en Alava.

En términos porcentuales, esta delincuencia representa en Vizcaya, como se ha indicado ya, el 65,5 por ciento, en Guipúzcoa el 64 por ciento y en Alava el 76,47 por ciento.

Las especificaciones más representativas dentro del apartado de los delitos contra la propiedad, nos la ofrecen los datos relativos a robos con fuerza en las cosas y a hurtos y daños:

	Robos c.f	Hurtos	Daños
Vizcaya .....	16.063	13.171	6.009
Guipúzcoa .....	8.229	8.033	3.739
Alava .....	2.329	3.910	1.434

Comenta el Fiscal de Vitoria —y la observación es válida para Vizcaya y Guipúzcoa— que las incoaciones pueden tener muy diversas causas. Así, hechos en los que no está claro el ánimo apropiatorio, y en vez de calificarse como robo en grado de tentativa se consideran daños; acciones producto de un rencor a terceras per-

sonas; actos de gamberrismo, y en los últimos años nos encontramos con un nuevo apartado, el de los manifestantes que después de acudir a una manifestación, lícita o ilícita, comunicada o no a la Autoridad Gubernativa (normalmente no comunicada), se dedican a destrozar cabinas telefónicas, marquesinas de autobuses, cristalerías de establecimientos y todo lo que se ha dado en llamar «mobiliario urbano».

## 2. *Delitos contra la vida y la integridad física*

Suben las cifras de este año respecto a años anteriores: en 1993 se contabilizaron 2.416 delitos; en 1994 se registraron 2.883, y durante el último año se produjeron 3.919 infracciones penales en los diversos apartados de este título. En sus manifestaciones más graves, durante el año 1995 se han incoado cinco causas por homicidio. Se observa en estos dos o tres últimos años un descenso apreciable en los delitos contra la vida de las personas, que en Vizcaya se han reducido a la cifra indicada de cinco delitos cuando en años pasados se contabilizaron ocho, diez o más.

Destacamos el descenso de causas por «Violencia sobre cónyuge o persona unida por análoga relación», que en 1993 fue de 10, en el año 1994 se incoaron siete y durante el año 1995 solamente uno. Bien es verdad que estas cifras dicen poco del número real de personas que padecen esta clase de violencias, ya que muchas veces no se denuncian, o se contabilizan dentro del apartado del delito de lesiones. No se han registrado causas por infanticidio ni por delito de aborto.

A las consideraciones expuestas en comentario a estas figuras delictivas en relación con Vizcaya, se pueden añadir las que hacen los Fiscales de San Sebastián y Vitoria. El primero llama la atención por el incremento que han experimentado esta clase de delitos en relación con el año anterior, que ha sido del 14 por ciento; y destaca de entre ellos, por su gravedad, dos delitos de parricidio, dos de homicidio y uno de asesinato. Numéricamente fue el apartado de las lesiones el de mayor peso específico, modalidad por la que se incoaron un total de 2.914 procedimientos. No se inició ninguna causa por aborto. El de Vitoria hace referencia al ascenso que han experimentado los delitos de lesiones que han pasado de

376 en 1993 a 511 en 1994 y a 687 en el año 1995. Los números globales, correspondientes a la Comunidad, por delitos contra la vida y la integridad física las personas son éstos:

	1993	1994	1995	%
Vizcaya .....	2.416	2.883	3.919	6,79
Guipúzcoa .....	1.975	2.714	3.159	14,4
Alava .....	376	494	687	34,0

El número de homicidios se ha mantenido en la Comunidad en cifras estables durante los últimos años. En cuanto a los delitos de lesiones, comenta el Fiscal de Vitoria, que ha sido una mínima parte la de los delitos de lesiones cualificadas, es decir, de los tipificados en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 421 del Código Penal, esto es, aquellas lesiones en que ha quedado afectado un miembro de órgano principal, o se han cometido mediante el uso de armas o instrumentos peligrosos. No se han incoado en Alava procesos por infanticidio ni aborto, y se mantienen estables las cifras de violencias sobre cónyuge o personas unidas por análoga relación de afectividad; si bien —como se ha indicado más arriba— las cifras negras en este último delito son muy superiores a las de cualquier otro delito.

### 3. *Delitos contra la libertad sexual*

Los delitos comprendidos en este apartado apenas han experimentado variación: se han incoado 172 procedimientos durante el año 1995; cifra muy similar a la del año 1994 con 164 causas incoadas.

En sus formas más graves, las de violación, en el año 1994 se incoaron 18 procedimientos y 29 durante el año 1995.

En este apartado se pueden especificar los tres hechos de estupro, entre los que se encuentra siempre algún supuesto de incesto; nueve delitos relativos a la prostitución y 93 de agresión sexual.

El total de estas modalidades delictivas, dice el Fiscal de San Sebastián, ha supuesto una disminución del 33 por ciento con 69 causas penales. El delito de violación —dice— volvió a experi-

mentar un incremento en 1995, al haber motivado la incoación de 16 causas frente a las 12 del año anterior.

En Alava, dice el Fiscal Jefe, aunque ha aumentado el número de causas incoadas, de 60 en 1994 a 77 en 1995, el apartado de mayor gravedad, las violaciones, han disminuido de diez a cuatro. Han aumentado, por contra, los delitos de agresiones sexuales, de 35 se ha pasado a 46 y los de exhibicionismo, de 13 a 25.

El número total de procedimientos en los últimos años ha sido el siguiente:

	1994	1995
Vizcaya .....	164	172
Guipúzcoa .....	102	69
Alava.....	60	77

#### 4. *Delitos contra la libertad y seguridad*

El total de los procedimientos incoados por «delitos con la libertad y seguridad» fue de 2.128, superior al del año 1994 que fue de 1.908. El número mayor de infracciones corresponde a los delitos de amenazas, con 1.287 procedimientos; le siguen los de coacciones con 516 y los de abandono de familia con 173 procedimientos y los 73 por impago de pensiones acordadas en procedimientos de separación y divorcio. Las cifras más bajas corresponden a los delitos de «utilización de menores para la mendicidad» con tres procedimientos, y el de abandono de niños con un procedimiento.

En Guipúzcoa, dice el Fiscal de San Sebastián, se incoaron durante el año pasado un total de 1.668 procedimientos por delitos de esta clase, lo que ha supuesto un incremento del 14 por ciento respecto del año anterior. La mayoría de estos procedimientos se incoaron por delitos de coacciones, 349 procedimientos; o amenazas, con 871 procedimientos; también por abandono de familia en su forma de impago de pensiones que dio lugar a 205 causas. Comenta el Fiscal de San Sebastián que adquiere de día en día mayor trascendencia y obliga al Ministerio Fiscal a prestarle una significativa atención a tenor de los intereses económicos que en esos

procedimientos se hallan en juego. Significa asimismo que la Fiscalía sigue manteniendo una sustancial discrepancia con la mayoría de los pronunciamientos condenatorios que dimanar de los distintos órganos jurisdiccionales, al resistirse éstos a recoger, por vía de responsabilidad civil, el importe de las prestaciones económicas no satisfechas por el condenado.

Por su parte el Fiscal de Vitoria remarca el incremento de acciones de esta naturaleza de 453 del año anterior se ha pasado a 527; y precisa que el incremento viene absorbido por los delitos de amenazas, que motivaron la incoación de 286 causas. Sin embargo, aclara el Fiscal de Vitoria, en muy pocas ocasiones estas amenazas pueden calificarse de condicionales, incardinables en el número 1 del artículo 493 del Código Penal, cuyo conocimiento correspondería al Tribunal del Jurado. La subsanación de los hechos en el tipo mencionado es ciertamente problemática a la hora de iniciarse el procedimiento, porque el mal con el que se amenaza suele ser siempre algo difuso, inconcreto, como lo suele ser también la condición que se solicita. De esta forma, lo que en principio aparece como un gravísimo delito contra la libertad y seguridad personal, al concluirse la instrucción de la causa y estudiar el contexto en el que se produjeron los hechos, con frecuencia todo queda en una falta.

##### 5. *Delitos contra la seguridad interior del Estado*

Este epígrafe, que corresponde a la rúbrica del Título II del Libro II del Código Penal, contiene 50 apartados, algunos de los cuales, año tras año, pasan inadvertidos porque no registra procedimiento alguno incardinado en ellos.

El total de los incoados fue de 654; número muy próximo al de 581 que fue el del año 1994. Los apartados con más infracciones corresponden a los de los delitos por desobediencia grave a los Agentes de la Autoridad, Atentado y Resistencia. Le siguen los de desórdenes públicos con 151 procedimientos y los de injurias, insultos o amenazas a los Agentes de la Autoridad.

En Alava el total de los delitos de este apartado fue de 181 en 1994 y de 204 en 1995. Comenta el Fiscal de Vitoria que el grupo

más relevante lo componen los delitos de atentado, resistencia, desacato e injurias a funcionarios públicos.

En Guipúzcoa se incoaron 348 procedimientos, correspondiendo el número más alto al de los desórdenes públicos; con 102 procedimientos; le siguen los de atentado, desobediencia, resistencia, insultos, injurias, amenazas contra funcionarios, al igual que en Vizcaya y Alava.

#### 6. *Delitos de falsedad*

Se advierte un nuevo descenso en relación con el año 1994, y se vuelve a cifras de años precedentes: en el año 1991 se incoaron 177 procedimientos; en el año 1992 se incoaron 167, en el año 1993 se incoaron 301, en el año 1994 se incoaron 171 procedimientos y durante el año 1995 se incoaron 159 causas por delitos de esta índole. Destacan los delitos de falsedad en documento público, con 71 causas, y los de placa de matrícula de vehículo de motor con 20 procedimientos. Se ha incoado uno por falsificación de moneda.

En Alava se mantiene la tónica de años anteriores, dice el Fiscal de Vitoria: 74 asuntos en el año 1994 y 67 en el año 1995, y corresponden las cifras más importantes a falsedades en documento público y oficial, con 24 procedimientos, y a falsedades en documento privado con 15 procedimientos.

En Guipúzcoa se iniciaron 215 procedimientos por delitos de falsedad en las modalidades de documentos públicos y mercantiles.

#### 7. *Delitos contra la seguridad del tráfico*

Es reseñable el descenso de los delitos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

En Alava también han disminuido sensiblemente por cuarto año consecutivo estas infracciones: de los 844 procedimientos del año 1992 se bajó a 679 en el año 1993 y a 602 en el año 1994. Durante el año 1995 se iniciaron 495 procedimientos, la mayoría de los cuales, comenta el Fiscal de Vitoria, se juzga en procedimiento abreviado bajo el sistema o en la modalidad de «juicios rápi-

dos». A la declaración del imputado en el Juzgado asiste el Ministerio Fiscal, quien inmediatamente formula escrito de acusación, señalándose inmediatamente la celebración del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal en una fecha que oscila en uno o dos meses después. En gran número de ocasiones, las calificaciones de acusación y defensa son de conformidad, por lo que se dicta sentencia, sin necesidad de vista. Por imprudencia temeraria se iniciaron 219.

En Guipúzcoa se iniciaron 1.182 casuas por delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o tóxicas. Y 59 por imprudencia temeraria relacionada con el tráfico.

Estas diferencias numéricas tan notables de una provincia a otra son más de nombre que de número de infracciones: depende una u otra calificación, en una conducción en estado de embriaguez con resultados lesivos para las personas y los casos, no sólo de aquella circunstancia, sino también de la gravedad del resultado. Por esta razón puede existir una gran diferencia de calificación en el inicio de la causa, pero en la calificación final o definitiva la diferencia sería mínima.

#### EXAMEN ESPECIAL DE LA EVOLUCION DEL TRAFICO ILEGAL DE DROGAS

##### *Vizcaya*

También durante el año 1995 el tráfico ilegal de drogas se ha manifestado como uno de los fenómenos más graves de la criminalidad. Con frecuencia, como se ha puesto tantas veces de manifiesto, el tráfico y consumo de drogas genera la perpetración de otros delitos de diversa naturaleza, tales como los que afectan al patrimonio —delitos de robo en sus diversas formas y delitos de hurto— y también contra la vida y la integridad física de las personas; ya sea como elemento integrante de robos con violencia, ya sea como «ajuste de cuentas» entre los propios traficantes. Por otra parte, la introducción ilegal de drogas en territorio nacional comporta, como es sabido, además del delito contra la salud pública, el delito de contrabando; aunque alguna Sección de la Au-

diencia Provincial de Bilbao ignore una y otra vez este delito, afe-  
rrada a un criterio cien veces desautorizado por la Sala de lo Penal  
del Tribunal Supremo.

Durante el año 1995 se han incoado 474 procedimientos, de los  
que 354 han correspondido a la capital y el resto a la provincia;  
destacando los Juzgados de Baracaldo, con 82 procedimientos y,  
por el extremo opuesto, el Juzgado de Balmaseda con tan sólo un  
procedimiento. Particularizando la ulterior tramitación, 144 se han  
transformado en Procedimiento Abreviado y 16 en Sumario. Estos  
datos, facilitados por el Fiscal Delegado de la Fiscalía Especial  
para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, se  
completan con otros tan interesantes como los siguientes: Se for-  
mularon 135 escritos de calificación o acusación y fueron deteni-  
das 274 personas.

El número total de procedimientos incoados durante los últi-  
mos cuatro años ha sido el siguiente:

1992 .....	781
1993 .....	874
1994 .....	586
1995 .....	474

Se ha producido durante el pasado año un descenso importan-  
te respecto del anterior que representa un 19,11 por ciento.

Otros datos de interés son los siguientes:

— Se han dictado por la Audiencia 221 sentencias, de las cua-  
les 116 han sido conformes con la calificación del Fiscal y 105 dis-  
conformes.

— Se han despachado 115 ejecutorias de los Juzgados de lo  
Penal y 1.529 de la Audiencia Provincial.

— Se han preparado e interpuesto seis recursos de casación.

— Otros delitos que se han juzgado en esos mismos procedi-  
mientos han sido 11 de falsedad documental, siete de contrabando,  
cuatro de robo con fuerza en las cosas, tres de receptación, tres de  
tenencia ilícita de armas, uno de asesinato, uno de corrupción de  
menores y uno de nombre supuesto.

Las sustancias decomisadas, distribuidas por grupos, fueron las  
siguientes:

Opiáceos .....	3.657,5
Cocaínicos .....	26.207,5
Cannábicos .....	26.269
Anfetamínicos.....	1.285
Extasis.....	101
Psicotrópicos .....	976
Dinero en efectivo .....	49.647.036
Joyas.....	7.575.000
Vehículos.....	18
Armas.....	16

### *Guipúzcoa*

A lo largo de 1995 —dice el Fiscal de San Sebastián— se incoaron en Guipúzcoa por estas modalidades delictivas un total de 117 procedimientos, lo que significa un descenso del 47 por ciento respecto del año anterior, continuando con ello la tónica iniciada en 1994.

«La bondad de estas cifras —dice el Fiscal de San Sebastián— no obedece tanto a que esta singular actividad delictiva haya descendido en tales proporciones en nuestro Territorio Histórico como a que resulta cada vez más necesario profundizar en las investigaciones e insistir en la formación de auténticos especialistas para la persecución de estos delitos. En realidad, y por tanto, más que motivo de satisfacción por dicha disminución, existe preocupación e interés por mejorar la eficacia policial en la persecución de estos delitos: en 1995 —dice después el Fiscal de San Sebastián—... se dictaron por la Audiencia Provincial de San Sebastián un total de 66 sentencias de las que sólo cinco fueron absolutorias. En 28 de estos procedimientos se apreció la circunstancia de drogadicción, bien como atenuante, bien como eximente incompleta. En torno a la singularidad del “mundo” que circunda a estas actividades delictivas, destacar un año más la magnífica labor realizada por el conjunto de instituciones, como la denominada “Proyecto Hombre”, para lograr la rehabilitación de los delincuentes toxicómanos.»

### *Alava*

En Alava, dice el Fiscal de Vitoria, a lo largo del año 1995 ha bajado notablemente el número de incoaciones por el delito de

tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psico-trópicas, sobre todo de aquéllas que causan grave daño a la salud; de 224 se ha bajado a 115 en el último año. Sin embargo, sí ha aumentado el tráfico de sustancias que no causan grave daño.

Dada la pena que les corresponde, todos los juicios orales celebrados en relación con drogas que causan grave daño a la salud, así como en el resto de sustancias, pero con agravante específica (cantidad de notoria importancia, tráfico en Centro Penitenciario, etc.) son conocidos por la Audiencia Provincial, habiéndose dictado un total de 18 sentencias.

Se observa que la droga de mayor consumo ya no es la heroína, sino los derivados de las anfetaminas.

El número total de procedimientos incoados durante los últimos tres años ha sido el siguiente:

AÑO	1993	1994	1995
Vizcaya .....	874	586	474
Guipúzcoa .....	379	220	117
Alava .....	199	217	115

### 9. Robos con violencia o intimidación

El delito de robo, en sus formas más graves, de robo con violencia o intimidación en las personas, originó en Vizcaya durante el año 1995 la incoación de 1.014 procedimientos. Sube un poco en relación con el año anterior esta clase de conductas delictivas. En los cuatro últimos ha dado lugar a la incoación del siguiente número de procedimientos.

1992 .....	1.197
1993 .....	1.112
1994 .....	965
1995 .....	1.014

Tiene especial interés la consideración de esta tónica, porque los delitos de robo con violencia o intimidación, particularmente los que se cometen en la vía pública, por la fuerte incidencia que

tienen en la seguridad/inseguridad ciudadana, que tanto preocupa a los moradores de nuestras ciudades.

En la Comunidad, la evolución de estas conductas delictivas en los últimos años ha sido:

AÑO	1993	1994	1995
Vizcaya .....	1.112	965	1.014
Guipúzcoa .....	170	190	57
Alava .....	194	173	166

## LA ACCIÓN SOCIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público ha desarrollado una labor social que se ha ido fortaleciendo en los últimos años, en consonancia con el espíritu de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980, que establece en su artículo 1.º la función social del Ministerio Público.

### LA SECCIÓN DE LO CIVIL

En el año 1995 se han despachado 2.588 asuntos, que unidos a los 77 asuntos que se han despachado en el Primer Intercurso en ellas suman un total de 2.665 asuntos, superior al de del año anterior aunque un poco menor al de 1994.

Principales por tanto la tendencia es experimentalmente favorable hacia la estabilidad en el voluntario de trabajo de la Sala Primera, lo que resulta de deba a que la mayor actividad en resolver los expedientes de casación y de amplitud de los recursos de nulidad de nulidad (1.710) regla 3.ª que permite un repunte constante a la desestimación de los recursos en base de admisión ya en términos que se abren en casación sea un medio de evitar el crecimiento de la función de las sentencias.

Por otro lado, sigue siendo el número de procedimientos de ejecución —Situación de en el año 1995—, tal como se ve en las estadísticas de la Sala Primera en el momento anterior de la ejecución de los recursos de nulidad de nulidad de nulidad por sentencias recaídas en primera instancia de las relaciones comerciales y de la protección y promoción de mejoras.

De las cuestiones que se han de ser desestimadas más de las formuladas en 1995, también se cambian las siguientes:

(1) Fue planteada una cuestión de comparación entre un Juzgado de Barrotxe y otro de Madrid. Aquel Juzgado había admitido

## CAPITULO IV

### LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

#### A) FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### 1. SECCION DE LO CIVIL

1. En el año 1995 se han despachado 2.998 asuntos, que unidos a las 72 vistas a que ha asistido el Fiscal, interviniendo en ellas, suman un total de 3.070, cifra aproximada a la del año anterior aunque un poco menor.

Persiste por tanto la tendencia ya expuesta en la memoria precedente, hacia la estabilidad en el volumen de trabajo de la Sala Primera, lo que acaso se deba a que la mayor agilidad en resolver los recursos de casación y la amplitud de las causas de inadmisión del artículo 1.710, regla 3.ª, que permite un repudio equivalente a la desestimación de los motivos en fase de admisión, ya no permite que el alzarse en casación sea un medio de alejar el momento de la firmeza de las sentencias.

Considerable sigue siendo el número de procedimientos de *exequatur* —500 tramitados en el año 1995—. A las causas ya señaladas en Memorias anteriores, debe añadirse el argumento del procedimiento de *exequatur* por sentencias recaídas en pleitos nacidos de las relaciones comerciales y de la protección y atención de menores.

2. De las cuestiones que merecen ser destacadas entre las informadas en 1995, habrán de contarse las siguientes:

a) Fue planteada una cuestión de competencia entre un Juzgado de Barcelona y otro de Madrid. Aquel Juzgado había decla-

rado en quiebra a una entidad mercantil y a varias otras empresas que constituían, al parecer, filiales de la primera.

El señor Abogado del Estado instó en Madrid un litigio en defensa de intereses económicos de la Administración y pretendió que la competencia territorial fuera la del Juzgado de Madrid... la tramitación de la cuestión de competencia concluyó en una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid en que dejó sin efecto un auto dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Barcelona que había acordado en virtud de la vía atractiva la acumulación de la declaración de quiebra de las empresas filiales.

La argumentación del señor Abogado del Estado y de la resolución de la Audiencia de Madrid discurriendo acerca de la teoría del levantamiento del velo y otros conceptos jurídicos estaba guiada y dirigida por la más rigurosa lógica que condujo a la solución inadmisibles de que una Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, revocase una resolución dictada por un Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Barcelona.

El Fiscal hubo de informar que ante tal falta de competencia funcional la resolución de la Audiencia de Madrid, adolecía de nulidad (art. 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y es de esperar que así se resuelva por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Al destacar este asunto no se pretende poner de manifiesto un clamoroso error de un Tribunal, sino avisar sobre los peligros que el excesivo logicismo puede encerrar cuando el campo de trabajo se circunscribe al examen de conceptos jurídicos sin observar directamente el mundo real.

b) En los últimos tiempos han pasado a informe del Fiscal varios procedimientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción planteados por autoridades administrativas —alcaldía de Málaga, Consejo General de la Diputación Foral de Alava—, que no pretenden asumir competencia de algún asunto de que entiende la jurisdicción ordinaria sino intervenir en dichos procedimientos. Así, la alcaldía de Málaga pretende que se suspenda la celebración de una subasta en un procedimiento de ejecución hipotecaria (del art. 131 de la Ley Hipotecaria) o deniega la aportación de datos a una Audiencia Provincial (así la Diputación Foral de Alava).

ASUNTOS DESPACHADOS POR LA SECCION DE LO CIVIL  
EN EL AÑO 1995

<i>Recursos de casación interpuestos por las partes:</i>	
— Vistos.....	1.473
— Inadmisión.....	609
— Instruido.....	22
— Dictamen.....	152
<i>Recursos de casación interpuestos por el Fiscal:</i>	
— Interpuestos.....	—
— Desistidos.....	—
<i>Total recursos de casación.....</i>	<i>2.256</i>
— Exequatur.....	500
— Revisión.....	168
— Competencia.....	27
— Error Judicial.....	32
— Recurso Queja.....	7
— Conflicto de Jurisdicción.....	4
— Responsabilidad Civil.....	3
— Laudo.....	1
TOTAL ASUNTOS DESPACHADOS.....	2.998
<i>Vistas celebradas durante 1995.....</i>	<i>72</i>

## 2. SECCION DE LO PENAL

Los asuntos criminales despachados a lo largo del año 1995 por los Fiscales que integran la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo, atendiendo a la naturaleza de los mismos, han sido los siguientes:

<i>Procedimientos atribuidos a la Sala especial del artículo 61 de la LOPJ.....</i>	<i>0</i>
<i>Recursos de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma preparados por los Fiscales:</i>	
— Interpuestos.....	163
— Desistidos.....	77
<i>Recursos de revisión interpuestos por el Fiscal.....</i>	<i>7</i>
<i>Recursos de revisión interpuestos por la parte.....</i>	<i>57</i>
<i>Recursos de súplica interpuestos por las partes.....</i>	<i>16</i>
<i>Recursos de súplica interpuestos por el Fiscal.....</i>	<i>3</i>

<i>Recursos de casación interpuestos por las partes, acordado en Juntas de Fiscalía, respecto de ellos:</i>	
— Apoyados totalmente .....	30
— Impugnados totalmente .....	1.291
— Formular adhesión .....	7
— Oponerse a la admisión totalmente .....	1.043
— Oponerse a la admisión, impugnar o apoyar parcialmente.	797
<i>Recursos de casación desestimados por dos Letrados:</i>	
— Interpuestos en beneficio de los reos .....	15
— No interponer .....	1.058
<i>Recursos de queja:</i>	
— Con dictamen de procedentes .....	5
— Con dictamen de improcedentes .....	36
<i>Competencias</i> .....	80
<i>Causas cuyo conocimiento está atribuido a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo</i> .....	133
<i>Dictámenes de tasación de costas</i> .....	32
<i>Dictámenes de varios</i> .....	368
<i>Indultos:</i>	
— Con dictamen favorable .....	24
— Con dictamen desfavorable .....	64
<i>Procedimientos señalados por la Sala Segunda</i> .....	1.438
<i>Procedimientos celebrados por la Sala Segunda</i> .....	1.337
TOTAL .....	5.306
<i>Asuntos registrados en el año 1995</i> .....	4.818
<i>Desglose de asuntos especiales atribuidos a la Sala Segunda del Tribunal Supremo:</i>	
— Conflictos de jurisdicción .....	8
— Querellas .....	30
— Denuncias .....	78
— Errores judiciales .....	15
— Escritos y exposiciones .....	25
— Recursos de revisión interpuestos por la parte y el Ministerio Fiscal .....	64
TOTAL .....	220

De los datos estadísticos se sigue observando respecto a los años anteriores una ligera disminución respecto a las cifras que se refieren a los asuntos generales, así:

1991.....	7.447
1992.....	6.391
1993.....	5.842
1994.....	5.768
1995 .....	5.306

No obstante, se espera en los próximos años un aumento proporcional dadas las nuevas competencias que han asumido las Audiencias en materia penal, en virtud del nuevo Código Penal que repercutirá en la Sala Segunda del Tribunal Supremo y en consecuencia en las secciones de lo penal de esta Fiscalía.

Concretando los datos reflejados en el cuadro estadístico, hay una escasa disminución en los Recursos interpuestos por el Fiscal: pasan de 176 en el año 1994 a 163 en 1995; los interpuestos por las partes siguen la misma línea descendente, ya que de 3.374 del año anterior pasan a 3.168 en este año. Sin embargo, el aumento de asuntos se refleja en las cuestiones de competencia, que de 63 se incrementan a 80, y en causas cuyo conocimiento está atribuido a la Sala de lo penal, que de 107 se pasa a 133.

Por último, destacar que los Procedimientos señalados por la Sala Segunda han sido este año 1.438, lo que supone casi la mitad de los señalados el año precedente, que ascendían a 2.410.

### 3. INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En el año 1995 se han despachado por esta Sección, en materia contencioso-administrativa, un total de 1.089 asuntos, por 920 el anterior año, esto es, con un aumento porcentual de un 18. Han sido 132 en procedimiento ordinario y el resto, 957, en el especial de la Ley 62/78. En cuanto a los primeros ha continuado, aunque mucho más atenuadamente, el descenso que ya se produjera en los dos últimos años y siempre debido a la misma causa: que del antiguo recurso de revisión regulado en la LJCA se ha sustraído por la reforma de 1992 el recurso para la unificación de doctrina, que constituía el mayor contingente de las revisiones y en el que, como es sabido, no toma parte el Ministerio Fiscal. Ello se advierte claramente en las tablas que se acompañan: las revisiones que han

entrado en Fiscalía han bajado de 72 a las actuales 45. El resto de los asuntos que llamamos ordinarios (cuestiones y conflictos de competencia y jurisdicción fundamentalmente) han experimentado un suave aumento.

Los recursos interpuestos por el cauce de la Ley 62/78 han continuado su línea ascendente, con un incremento del 26 por ciento. No parece, como ya anticipáramos en la anterior Memoria, que el cambio de apelación a casación introducido por la reforma del 92, pese al carácter extraordinario de éste, vaya a suponer una reducción de los recursos ante el Alto Tribunal.

## PROCEDIMIENTO ORDINARIO

### *Recursos de revisión:*

— Artículo 1.802	
Informes favorables a la admisión .....	24
Informes contrarios a la admisión .....	19
Otros .....	1
— Artículo 1.803	
Informes favorables a la suspensión .....	3
Informes contrarios a la suspensión .....	6
Dictámenes sobre competencia .....	45
Cuestiones de competencia .....	6
Conflictos de competencia .....	5
Conflictos de jurisdicción .....	6
Informes sobre jurisdicción .....	2
Procedimientos sobre declaración de error judicial .....	5
Recursos de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas .....	2
Recurso contencioso electoral .....	1
Informe sobre suspensión en recurso contencioso electoral .....	1
Informes artículo 39 de la LEC .....	5
Otros .....	1
<b>TOTAL .....</b>	<b>132</b>

### LEY 62/1978

Informe en piezas de suspensión .....	4
Alegaciones en recursos contencioso-administrativos .....	42
Alegaciones en recursos de apelación .....	14
Informes sobre idoneidad del procedimiento .....	3
Informes sobre competencia .....	1

*Recursos de casación:*

Comparecencia del Ministerio Fiscal .....	407
Trámite de admisión .....	79
Trámite del artículo 101 de la Ley Jurisdicción .....	358
Promovidos por el Ministerio Fiscal .....	1
Otros .....	48
<b>TOTAL</b> .....	<b>957</b>

## DEFENSOR DEL PUEBLO

Las quejas judiciales presentadas ante el Defensor del Pueblo de las que se ha dado traslado a la Fiscalía han sido, en 1995, 431, lo que supone un considerable aumento con relación al año anterior, que fueron solamente 263. La diferencia, con ser mucha, no es significativa, pues se ha vuelto a cifras parecidas de años anteriores (404 en el 93).

El total de asuntos despachados (quejas de este año y de los anteriores, alguna de ellas con varios pases) han sido 2.608, también por bajo del año precedente (3.003). No ha existido cambio cualitativo alguno. Como se ve en la tabla adjunta del orden jurisdiccional de que proceden las quejas, las del orden penal siguen siendo una clara mayoría, seguidas del civil, contencioso-administrativo, social y militar, poco más o menos como los años anteriores (ha subido lo contencioso y bajado lo social).

### ORDEN JURISDICCIONAL DE LAS QUEJAS FORMULADAS EN 1995 (Porcentajes)

Penal .....	230	53,3%
Civil .....	98	22,7%
Contencioso-Administrativo .....	53	12,2%
Social .....	49	11,3%
Militar .....	1	0,2%
<b>TOTAL</b> .....	<b>431</b>	

## DEFENSOR DEL PUEBLO

Asuntos nuevos .....	431
Asuntos tramitados .....	2.608
<b>TOTAL</b> .....	<b>3.039</b>
<hr/>	
Total derechos fundamentales .....	957
Total procedimiento ordinario .....	132
Total Defensor del Pueblo .....	3.039
<b>SUMA TOTALES</b> .....	<b>4.128</b>

### 4. SECCION DE LO SOCIAL

Desde 1 de enero de 1995 hasta el 31 de diciembre de dicho año fueron despachados los siguientes asuntos por la Sección de lo Social de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

#### RECURSOS DE CASACION

Recursos de Conflictos Colectivos .....	141
Recursos de Unificación Doctrina .....	3.115
Recursos de Revisión .....	61
Procesos de Error Judicial .....	7
Otros .....	30

#### POR DICTAMENES

Procedentes .....	431
Improcedentes .....	487
Admisión .....	57
Inadmisión .....	2.287
Otros .....	92
<b>TOTAL ASUNTOS</b> .....	<b>3.354</b>

Continúa, sin interrupción, el aumento de la litigiosidad, especialmente en los recursos para la unificación de doctrina. El incremento del número total de asuntos con respecto al del año anterior es de 630 recursos, equivalente a un 23 por ciento más, cifra

realmente notable y que viene a consolidar la clara tendencia iniciada a partir de 1990, año de instauración del excepcional recurso para la unificación de doctrina, utilizado en gran número de ocasiones, no con este singular carácter, sino como medio habitual de impugnación para diferir la ejecución de la sentencia obtenida en suplicación.

— El análisis comparativo de esta estadística con la pasada pone de relieve un dato muy significativo, exponente, al menos, de la eficacia de la tarea unificadora que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo viene realizando en esto cinco últimos años. El porcentaje de recursos «procedentes», a juicio del Ministerio Fiscal, en relación con los tramitados es del 13 por ciento, a diferencia del año anterior, en el que la proporción fue del 17 por ciento. La formación de un cuerpo consolidado de doctrina en numerosas materias impide que muchos recursos superen la fase de admisión por falta de contenido casacional.

Tanto en las Memorias de 1992 y 1995 se reiteraba por esta Fiscalía la conveniencia de que el legislador limitara el número de sentencias a invocar para el contraste.

La Sala Cuarta ha resuelto el problema que planteaba el excesivo número alegado, requiriendo al recurrente para que señale una sola por cada materia objeto del recurso; caso de no efectuarlo en el plazo conferido al efecto, el Tribunal entiende elegida la de fecha más reciente. Este criterio, ciertamente discutible en el aspecto teórico, hasta el momento ha sido pacíficamente aceptado en la práctica judicial.

## 5. SECCION DE LO MILITAR

### I. EVOLUCION DE LA CRIMINALIDAD EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION MILITAR

#### 1. *Comparación cuantitativa entre los años 1994 y 1995*

En el siguiente cuadro se expone la comparación cuantitativa del número de procedimientos incoados y de las más relevantes figuras delictivas, con indicación de los porcentajes de variación con respecto a las cifras del año anterior.

PROCEDIMIENTOS INCOADOS	1994	1995	Diferencia	%
Diligencias previas .....	1.611	1.690	+79	+4,9
Diligencias preparatorias .....	450	446	-4	-0,9
Sumarios .....	581	506	-75	-13
<b>TOTAL .....</b>	<b>2.642</b>	<b>2.642</b>	<b>0</b>	<b>0</b>

DELITOS DEL CPM	1994	1995	Diferencia	%
Atentado contra los medios y recursos de la Defensa Nacional	56	13	-43	-76
Contra centinela, Fuerza Armada o Policía Militar .....	22	30	+8	+40
Atentados y desacatos a Autoridades militares, ultrajes a la Nación española e injurias a los Ejércitos.....	3	3	0	0
Insulto a superior .....	118	100	-18	-15
Desobediencia .....	33	32	-1	-3
Desobediencia reiterada (art. 102, párr. 3.º) .....	3	2	-1	-66
Abuso de autoridad .....	61	66	+5	+9
Deslealtad .....	8	12	+4	+50
Abandono de destino .....	441	440	-1	-0,2
Deserción .....	4	5	+1	+25
Quebrantamientos especiales del deber de presencia .....	6	4	-2	-33
Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar .....	—	4	+4	—
Extralimitación en el ejercicio del mando .....	4	1	-3	-75
Abandono de servicio .....	27	24	-3	-11
Contra deberes del centinela.....	38	37	-1	-2
Embriaguez en acto de servicio .	8	10	+2	+25
Contra eficacia del servicio.....	32	16	-16	-50
Imprudencia del artículo 159.2.º	10	5	-5	-50
Contra los deberes del servicio de la navegación .....	5	6	+1	+20
Contra la Administración de Justicia Militar .....	17	8	-9	-53
Contra la Hacienda Militar .....	132	112	-20	-15

De este resumen cuantitativo debe destacarse:

a) El número total de procedimientos iniciados durante el año 1995 por los órganos de la Jurisdicción Militar ha sido el mismo que el del año anterior, compensándose la reducción del número de sumarios.

b) En el cuadro de figuras delictivas es preciso destacar en primer lugar una importante disminución en los delitos de atentados contra los medios y recursos de la Defensa Nacional: A este grupo de delitos se refería el informe de la Memoria correspondiente al año pasado (en este mismo apartado) en el que se daba cuenta del importante incremento que en 1994 se había producido de los procedimientos instruidos en el territorio del Tribunal Militar Territorial Tercero por supuestos delitos de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar (art. 61 del CPM) como consecuencia de la entrada de pastores y ganado o de cazadores furtivos en el Campo de Maniobras de San Gregorio (Zaragoza), procedimientos que concluyeron todos ellos mediante su sobreseimiento definitivo. La disminución en el número de procedimientos instruidos durante 1995 por estos delitos es de tal entidad que, unido a las ligeras variaciones que han experimentado el resto de figuras delictivas, condiciona los datos totales sobre sumarios. Si en 1994 fueron 56 el número de procedimientos iniciados por atentados contra los medios y recursos de la Defensa Nacional, en 1995 han sido únicamente 13 (lo cual supone una reducción total de 43 procedimientos y, proporcionalmente, del 76 por ciento). Igualmente, si en 1994 del total de 56 procedimientos, 49 correspondían a los iniciados como consecuencia del pastoreo abusivo en el Campo de San Gregorio, en 1995 del total de 13, únicamente 2 lo han sido por dicha causa.

c) De esta importante reducción se extrae otra consecuencia respecto de la evolución del número de sumarios iniciados en los últimos años, pues si en las cifras correspondientes a 1993, 1994 y 1995 no contamos los sumarios iniciados en 1994 por el delito del artículo 61 como consecuencia del pastoreo abusivo en San Gregorio (todos ellos sobreseídos), resulta la siguiente evolución en el número de estos procedimientos iniciados cada uno de dichos años:

AÑOS	1993	1994	1995
SUMARIOS .....	533	532 (-0,2%)	506 (-4,8%)

De lo que se deduce que la disminución del número de sumarios de 1995 respecto de 1994 (en que se mantuvieron las cifras de 1993) no es tan acusada como se refleja más arriba (la reducción del 13 por ciento que se consignaba antes se limitaría únicamente al 4,8 por ciento).

d) Se observan también reducciones de menor significación en el número de delitos de insulto a superior (que pasan de 118 a 100), contra la eficacia del servicio (de 32 a 16) y contra la Hacienda Militar (de 132 a 112).

e) Por lo que se refiere a los delitos que han visto incrementado durante 1995 y respecto de 1994, el número de procedimientos iniciados para perseguirlos, pueden destacarse los delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar (que pasan de 22 a 30), delito de abuso de autoridad (de 61 a 66), de deslealtad (de 8 a 12) y la inutilización voluntaria o simulación para eximirse del servicio militar (de 0 a 4).

De las cifras comentadas en estos dos últimos apartados se deduce con toda claridad que no se han experimentado grandes modificaciones en el número de procedimientos iniciados durante 1995 por delitos en la Jurisdicción Militar, por lo que nos hallamos ante una práctica estabilidad, con tendencia a la reducción, en la criminalidad de esta Jurisdicción.

f) Una vez más, una gran parte (el 67,3 por ciento) de la totalidad de los delitos militares cometidos durante 1995 está integrado por los más clásicos tipos penales castrenses: los delitos contra el deber de presencia (el 46,3 por ciento del total) y contra la disciplina (el 21,1 por ciento). Si a éstos añadimos el tercer grupo de delitos en importancia cuantitativa, los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar (que suponen el 11,8 por ciento del total), nos encontraremos entonces frente a casi las cuatro quintas partes de la criminalidad militar (el 79 por ciento del total). Ninguna de las restantes figuras delictivas llega a alcanzar el 4 por ciento del total, pudiendo destacarse aquí únicamente los delitos contra los deberes del centinela (el 3,9 por ciento), contra centinela, fuerza armada o policía militar (el 3,2 por ciento) y los de abandono de servicio (el 2,6 por ciento).

g) El territorio jurisdiccional con mayor volumen de asuntos iniciados durante el año 1995 —sin contra las diligencias previas— vuelve a ser el correspondiente al Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla), seguido del Primero (Madrid), entre los que han iniciado más del 62 por ciento del total de procedimientos. Esta comparación ofrece los siguientes resultados:

TERRITORIO	Asuntos (*)	Porcentaje
Tribunal Militar Central .....	9	0,95
Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid) ...	288	30,25
Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla) ...	305	32,04
Tribunal Militar Territorial Tercero (Barcelona)	74	7,77
Tribunal Militar Territorial Cuarto (La Coruña)	126	13,24
Tribunal Militar Territorial Quinto (Santa Cruz de Tenerife).....	150	15,75
TOTAL.....	952	100

(\*) Sumarios y diligencias preparatorias iniciados durante 1995.

h) Igualmente, reflejo de esta actividad es el número de sentencias dictadas por los Tribunales durante el pasado año, capítulo en el que entre los Tribunales Militares Territoriales Segundo (Sevilla) y Primero (Madrid) han dictado las tres cuartas partes de las sentencias penales de la Jurisdicción:

TERRITORIO	Sentencias (*)	Porcentaje
Tribunal Militar Central .....	5	0,61
Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid) ...	242	30
Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla) ...	355	44
Tribunal Militar Territorial Tercero (Barcelona)	58	7,18
Tribunal Militar Territorial Cuarto (La Coruña)	95	11,77
Tribunal Militar Territorial Quinto (Santa Cruz de Tenerife).....	52	6,44
TOTAL.....	807	100

(\*) Sentencias dictadas en sumarios y diligencias preparatorias durante 1995.

i) Por último, respecto de las penas de prisión impuestas en sentencia por los órganos de la Jurisdicción Militar durante el año

1995, que ascienden a un total de 786, se distribuyen de la forma siguiente:

TIEMPO DE PRISION	Condenas	Porcentaje
De tres meses y un día a seis meses .....	452	57,5
De seis meses y un día a un año .....	261	33,2
De un año y un día a tres años .....	64	8,14
De tres años y un día a seis años .....	8	1,03
Más de seis años .....	1	0,13
TOTAL.....	786	100

## 2. *Problemática criminal; condicionantes y causas de los más importantes delitos*

Continuando las estructuras precedentes utilizadas en esta Memoria, dedicamos el presente apartado a analizar las cuestiones más relevantes que plantea la criminalidad militar, con especial atención a las causas generadoras de las más frecuentes figuras delictivas.

a) Los *delitos contra los deberes de presencia y prestación del servicio militar* no han experimentado variaciones numéricas de importancia respecto al año anterior. Sin embargo, continúan siendo, con diferencia, uno de los grupos más numerosos de nuestra jurisdicción. En algún caso, como es el del Tribunal Militar Territorial Primero hay un ligero incremento respecto al año 1994. Debe hacerse referencia a la carencia durante el proceso de reclutamiento de eficaces y definitivos medios de control en la detección previa de anormalidades psicofísicas, trastornos o desviaciones de la personalidad, aunque debe significarse cierta mayor atención al problema en los hospitales militares, si bien existen dificultades por las propias características de este tipo de reconocimientos. Como ya señaló en otras ocasiones, las defensas de los procesados suelen incidir en la crítica de que las anomalías psíquicas no se aprecian por los servicios médicos militares en el reconocimiento previo a la incorporación a filas.

Cabe señalar que la problemática de la inadaptación se produce con mucha mayor frecuencia en Unidades de acción rápida, como la Legión y, en alguna medida, más en la Armada que en el Ejército de Tierra, en proporción, según manifiesta la Fiscalía del Tribunal Militar de Sevilla.

Como señaló en su día la Dirección General del Servicio Militar, la nueva normativa en materia de reconocimientos que arranca de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, desarrollada en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1107/1993, de 9 de julio, pretende precisamente la realización de reconocimientos psicofísicos completos a todos los componentes del reemplazo en el año anterior al de su incorporación, también con el propósito que los soldados y marineros ocupen los destinos que mejor se ajusten a sus perfiles personales y a sus propias preferencias.

En esta línea debe seguir insistiéndose, perfeccionando en lo posible los exámenes psicofísicos, atendiéndose por la Fiscalía al análisis de los distintos casos, por si procede alertar en algún sentido a la Dirección General del Servicio Militar, que se encuentra en línea de colaboración en este sentido.

b) En relación a los *delitos de insubordinación* no existen tampoco variaciones sustanciales ni absolutamente homogéneas. Así, por ejemplo, se incrementan en el Tribunal Militar Territorial Segundo, se estabilizan en el Primero, descienden en el Tercero (con iniciación de 8 sumarios por insulto a superior frente a los 21 del año anterior), mientras que no hay novedades significativas en el Tribunal Militar Territorial Cuarto (14 delitos de insulto a superior y 3 de desobediencia) y en el Quinto, si bien en este último hay que destacar una situación de enorme relevancia, cual es el traslado del Tercio Don Juan de Austria de la Legión desde la isla de Fuerteventura a Almería, que ha incidido, y afectará notoriamente en lo sucesivo al volumen de delitos de ese carácter, por la entidad y la propia naturaleza de la citada Unidad (en este Tribunal se han incoado 18 sumarios por insulto a superior y uno por desobediencia).

En cuanto se refiere a los tipos y, en particular al delito de desobediencia, la gran mayoría de los supuestos siguen siendo los del tipo simple de desobediencia del párrafo primero del artículo 102 del Código Penal Militar. No se produce apenas el tipo penal de la desobediencia reiterada. La reforma de la Ley Orgánica 13/1991, que tuvo como principal objetivo, en este punto, como se señalaba en la precedente Memoria, el trasvase de la competencia de la jurisdicción militar a la ordinaria de aquellas conductas de negativa a la prestación del servicio militar, hizo que este nuevo tipo penal de «desobediencia reiterada» haya sido el que ha quedado en el

ámbito de nuestra jurisdicción para enjuiciar aquellas conductas claramente residuales de los que pretenden apoyar y hacer valer sus tesis —la inexistencia de ningún tipo de prestación obligatoria a la sociedad—. La polémica ha perdido actualidad, aunque no ha desaparecido, si bien debe considerarse reconducida a un marco general de debate sobre el modelo de Fuerzas Armadas en el inmediato futuro.

c) Los delitos de abuso de autoridad mantienen en general un sentido de cierta estabilización. Sus causas determinantes más frecuentes son la convicción entre algunos mandos intermedios de unidades especiales de la necesidad o de la bondad de lo que la Fiscalía de Sevilla denomina «una cierta agresividad en el trato con los subordinados y en la instrucción de armas». Sin embargo, es evidente la tendencia a desarraigar y desterrar el castigo corporal como método eficaz para el mantenimiento de la disciplina. La labor de prevención general que conlleva el ejercicio de la jurisdicción durante los últimos años con un especial interés en la persecución de estas conductas delictivas, entendemos que ha sido evidentemente constructiva.

Cabe insistir en que en estos tipos penales siguen cobijándose, en número significativo, la práctica de «novatadas» en las que intervienen, además de soldados compañeros de las víctimas, algún Cabo —generalmente de reemplazo—, por lo que se da en ellas el abuso de la posición de superioridad de dicho empleo; por contra, quedan fuera del castigo penal militar conductas semejantes a las anteriores cuando no intervienen en ellas ningún Cabo, cuestión esta a la que aludimos en otro lugar en orden a una necesaria reforma, entre otros aspectos, del Código Penal Militar.

En términos generales, puede decirse que se ha conseguido una regresión importante en este delito cuya incidencia social y trascendencia en la opinión pública ha podido también servir para contrarrestar la tendencia consuetudinaria, que no es sólo propia del ámbito militar, al mantenimiento de tan nefandas actitudes.

d) En los *delitos contra la Hacienda en el ámbito militar*, se da un claro descenso en algunos Tribunales, como el de Madrid. De estabilización habla la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Tercero, en la que se instruyeron 12 en 1995 por 11 en 1994. En el mismo sentido, el resto de los Tribunales, debiendo destacarse en este punto al Tribunal Militar Central, que se encuentra instruyendo cuatro

sumarios, de ellos uno por el delito del artículo 189 (crédito para atención supuesta), otro de procurarse intereses en contratos (art. 191) y dos de destrucción o sustracción de materiales (art. 195). Al margen de los correspondientes a este Tribunal Militar Central, los delitos son cometidos tanto por militares de reemplazo como por profesionales, de muy diversos empleos y sobre todo tipo de bienes y efectos, desde la munición, hasta los enseres de la vida cotidiana, pasando por uniformes, prendas de equipo, etc.

e) *Delitos contra la eficacia en el servicio, abandono de servicio de armas y de puesto de centinela y otros.* Se muestra en ellos una tendencia a la disminución en todos los casos, regresión no demasiado significativa por verificarse la estadística con cifras bajas. No obstante puede apuntarse un mayor cuidado o atención en las actuaciones de personal en servicio y en el manejo de material, que son los bienes jurídicos protegidos en estos tipos que hemos agrupado a pesar de su aparente heterogeneidad. En algún caso, como en el abandono de puesto de centinela, el Tribunal de Madrid se refiere a un franco retroceso, habiendo pasado de 18 en 1993 y 13 en 1994, a 8 en 1995.

f) Quizá como resumen de este apartado debe señalarse la tendencia general de estabilidad e incluso de leve disminución y que, por Tribunales, sigue siendo el Tribunal Militar Territorial de Sevilla el de mayor número de procedimientos por delitos radicados respecto de los restantes y, muy en particular, de entre los Juzgados de Sevilla es el de San Fernando, por tanto, en actuaciones iniciadas derivadas de delitos en el ámbito de la Armada, el que tramita un mayor número. En ese mismo orden, como se precisa en otros lugares de la Memoria, hay un retroceso general en el número de procedimientos pendientes de resolución en el citado Tribunal, si bien todavía queda un número de causas relativamente importante pendientes de 1994.

## II. EL MINISTERIO FISCAL

### 1. *Comentarios generales sobre su función*

En el presente año, 1995, por las Fiscalías Jurídico Militares, en aplicación de instrucciones de la Fiscalía Togada, se ha incremen-

tado el control positivo sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales de sus respectivos ámbitos, esto es, ofreciendo soluciones prácticas e indicando medidas precisas para evitar los retardos y disfunciones detectadas.

## 2. *Problemática especial de la comparecencia y la prisión preventiva*

La entrada en vigor de la Ley del Jurado ha traído como consecuencia un problema específico en orden a establecer si es aplicable directamente en la Jurisdicción Militar la normativa referente a la comparecencia del Ministerio Fiscal y las partes a la hora de determinarse por el Juzgado instructor competente la medida de prisión preventiva para el imputado.

Por un conjunto de razones dimanantes de la aplicabilidad inmediata de afectación de derechos fundamentales y de la tutela judicial y por la nueva proyección que la nueva ley otorga a los principios acusatorios y de contradicción, esta Fiscalía Togada ha considerado obligado entender aplicable en nuestro ámbito jurídico-militar el nuevo sistema para decretar la prisión preventiva.

A tal efecto, como medida dirigida a evitar la discrepancia y la división interpretativa, aprovechando que por el Tribunal Militar Territorial Segundo (Sevilla), tras haber resuelto denegar la aplicación de la nueva fórmula en el ámbito castrense, se ofreció recurso de casación, se ha interpuesto éste ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, con los siguientes argumentos que se resumen a continuación en relación a las Diligencias preparatorias 23/46/93.

1. La Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, ha introducido junto a un nuevo modelo procesal para las causas competencia del mismo, modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una de las cuales, establecida en el régimen de la prisión preventiva, incorpora un nuevo artículo 504 bis 2 que establece que desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de las Causa, éste convocará audiencia, dentro de las 72 horas siguientes, al Ministerio Fiscal, a las demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado, comparecencia ésta en la que tras la práctica, en su caso, de los

medios de prueba oportunos, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión preventiva, pudiendo acordar la primera solamente si alguna de las partes lo interesase. Asimismo (art. 539), para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviese en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparencia a que se refiere el artículo 504 bis 2.

Otros matices y singularidades ofrece la reforma en la materia que, no obstante, se considera innecesario desarrollar a los efectos aquí contemplados.

2. Esta Fiscalía Togada remitió a las Fiscalías Jurídico Militares la Instrucción 1/95, en la que se consideraba que, sin perjuicio de la decisión que con carácter definitivo pudiera adoptar el máximo órgano judicial de dicha jurisdicción, en estos momentos el régimen procesal de la prisión preventiva introducido por la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, modificada por la Ley Orgánica 8/95, de 16 de noviembre, resulta de aplicación a los procesos penales militares, en lo que concierne a la celebración de la audiencia y a la previa petición de medida cautelar por alguna de las partes acusadoras a que se refieren los artículos 504 bis 2 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, justificando motivadamente dicha interpretación y estableciendo los criterios a los que debía sujetarse la actuación del Ministerio Fiscal en tales casos.

3. Con fecha 25 de enero de 1996 el Fiscal Jefe del Tribunal Militar Territorial Segundo eleva escrito al que acompaña Auto de dicho Tribunal de fecha 24 de enero, que resuelve desestimándolo el recurso de súplica interpuesto por dicha Fiscalía contra el auto del mismo Tribunal en el que acordaba la prisión preventiva del inculpado en el procedimiento del asunto, por haberse adoptado tal medida cautelar sin tener en cuenta, por vía de aplicación supletoria, la sustancial reforma introducida por las Leyes Orgánicas 5/95 y 8/95.

4. En dicho Auto se señala la existencia de discrepancias en la interpretación de dichas normas, dentro de los Juzgados de su propio Tribunal, y de su aplicabilidad. Asimismo, se tiene constancia de otros dos autos del Tribunal Militar Territorial Primero, dictados en el sentido de asumir la aplicabilidad y vigencia de las citadas normas en el ámbito de la Jurisdicción Militar.

La *argumentación de la Fiscalía Togada* en relación a la problemática planteada se basó en los siguientes extremos:

1.º Aunque no resultaría necesario, ampliando el contenido de introducción general de la Instrucción 1/95 de esta Fiscalía, conviene precisar, con carácter general, que la indubitada creencia en la interpretación que se sostiene de la entrada en vigor de las normas estudiadas sobre la medida cautelar de la prisión preventiva deriva de que, tal como ha puesto de manifiesto la Circular núm. 2/95 de la Fiscalía General del Estado, la expresada reforma está fundamentada en el terreno de los principios procesales, acusatorio y de contradicción, característicos del proceso penal moderno, que quieren trasladarse al campo de las medidas cautelares con mayor plenitud, dentro de su anclaje constitucional, que se ha ocupado de subrayar nuestra jurisprudencia. La pretensión del legislador ha sido la de no esperar a la reforma procesal global que anuncia la Disposición final Cuarta de la Ley y adelantar ya ese aspecto relativo a una materia como la prisión provisional que afecta al derecho fundamental a la libertad, de tanta trascendencia.

Todo ello implica que deben abandonarse los criterios interpretativos, a juicio del informante, cuando partan de la idea de que no existe una modificación expresa y concreta de la Ley Militar en su régimen correspondiente, por cuanto, aunque el legislador haya silenciado, probablemente por descuido u olvido, esa referencia, ello no parece imprescindible para determinar la vigencia en el ámbito judicial militar, en tanto en cuanto lo que se ha modificado son los alcances de los principios acusatorio y de contradicción en el marco de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y, en consecuencia, ello debe implicar la vigencia inmediata de la reforma.

En efecto, no debe distinguirse la naturaleza del delito —militar o común— ni la condición del infractor al aplicar unas reglas que establecen una determinación distinta sobre el procedimiento de privación o restricción cautelar de la libertad. No deben hacerse distinciones sobre la aplicación de las normas relativas a la libertad individual, precarizando los derechos a una extensión del sistema acusatorio y, en parte, también de defensa, respecto a los inculpados de la Jurisdicción Militar.

2.º No se trata de sostener si existe o no una laguna normativa como requisito para aplicar supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de la Ley Penal Militar. La regulación en nuestra Ley Rituaria traslada de una manera prácticamente literal la establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que se inspira, con muy ligeros matices o especialidades dimanantes de las necesidades del servicio, lo que quiere decir que en ningún momento pretendió separarse de los derechos y de los límites para la aplicación de la medida cautelar establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, desde luego, en ningún caso pretendió apartarse de la más escrupulosa consideración del principio acusatorio y de las garantías del justiciable, que debían quedar lógicamente mucho mejor salvaguardadas en una normativa dictada más de un siglo después de aquella Ley. Por ello, una modificación en el alcance de aquel principio y una extensión del de contradicción no sólo no debe esperar a la actualización de la Ley, sino que debe considerarse plenamente comprendida en el ámbito de la supletoriedad de la Disposición Adicional Primera citada.

En la misma línea pensamos que no es asumible entender que no hay contradicción u oposición de la norma que se trata de aplicar supletoriamente con la propia LPM, en tanto en cuanto considerar que la implantación de la comparecencia y de la audiencia no modifica ni altera los presupuestos por los que se acuerda o no la prisión preventiva sería tanto como negar la propia existencia de la reforma y de su razón de ser, sin que podamos compartir la conceptualización que merece al auto la potenciación del papel del Ministerio Fiscal, al que califica como «órgano dependiente», en detrimento del papel del Juez que es órgano independiente. Estas reflexiones, en parte distantes de los cimientos del sistema acusatorio, parecen olvidar que el Fiscal no tiene que actuar en ningún momento al margen del más estricto grado de objetividad y con la más escrupulosa atención a la defensa de la legalidad y, en las actuaciones que contemplamos, protegiendo los derechos de los justiciables y velando también, como dice el artículo 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/81, de 30 de diciembre, por la independencia de los tribunales.

No negamos que hubiese sido preferible una mención expresa, de extensión al ámbito procesal militar, pero sí que la *mens legis-*

*latoris* tienda a pretender un régimen de prisión preventiva distinto en el ámbito de la Jurisdicción Militar. El hecho de que se haya omitido pudiera responder al tratamiento en el marco de las disposiciones adicionales a una Ley de alcance distinto, como es la del Jurado, y, asimismo —y en este sentido cree esta Fiscalía que debe entenderse— por considerar que esta normativa sería de aplicabilidad directa al quedar afectados derechos fundamentales y el principio de igualdad constitucional.

Sostenemos esta postura, en tanto en cuanto si la Ley de Enjuiciamiento Criminal trató de llevar el sistema acusatorio al sumario mismo, como piedra angular del juicio y la sentencia, cuando la publicidad y la contradicción no sean un peligro para los intereses sociales de persecución de los delitos y castigo de los culpables, tal como se deduce de su propia exposición de motivos, cuando se enaltece el carácter individualista del derecho que se ostenta en el sistema acusatorio, en el cual se encarna el respeto a la personalidad del hombre y a la libertad de conciencia, no parece que sea el momento de oponerse a la nueva regulación de las medidas cautelares de privación o restricción de libertad, incorporando esta necesaria audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y el imputado asistido de Letrado, inspirada en el principio acusatorio y con la instauración del expresado ámbito cautelar de los beneficios del contradictorio, reflejando, de otro parte, la función del Ministerio Público, dimanante del contenido del artículo 3.3 del Estatuto del Ministerio Fiscal, extendiendo su misión a estos efectos.

4.º El estar de acuerdo o no con la nueva regulación no implica la falta de oportunidad de entender que no supone modificación alguna en el respeto al contenido esencial del derecho a la libertad, con independencia de que nadie piense, obviamente, que la regulación precedente era inconstitucional. Lo que se ha hecho, como es obvio, es trascendentalizar la decisión de la adopción de la medida cautelar de la prisión preventiva, entendiendo que, de acuerdo con los principios acusatorio y de contradicción, debe ser solicitada por parte acusadora y adoptada tras una comparecencia o audiencia con representación plena de las partes, sin que la decisión corresponda exclusivamente al Juez, en consecuencia. Por consiguiente, no se trata de que quede afectado el contenido esencial del derecho o libertad del inculpado, sino de que, al modificarse sustancialmente las formalidades requeridas para que ese

derecho a la libertad se vea afectado a través de su privación, evidentemente queda alterado el derecho al mismo.

5.º Se trata de que siendo oportuno e incluso necesario el pronunciamiento del vértice de la pirámide de la Justicia Militar constituido por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en aras de una unificación de criterios, aun partiendo de que entiende esta Fiscalía es notablemente mayoritario el criterio de los que piensan que la normativa analizada es aplicable en el ámbito militar, es difícil encajar en los motivos de casación taxativamente señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el supuesto concreto.

Sin embargo, esa oportunidad y necesidad nos hace acoger plenamente el criterio del Tribunal Militar Territorial Segundo en los que se refiere a su invocación del artículo 5.4 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1960 (ratificado el 26 de septiembre de 1979), alegado en determinadas resoluciones sobre privación de libertad, conforme el cual se ha admitido en ocasiones la posibilidad de revisión de la legalidad de la detención acordada por un Tribunal.

A ello pudieran añadirse algunas reflexiones generales sobre la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, recogida en alguna medida en el artículo 102 a) de la Ley 10/92, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en relación al recurso para la unificación de doctrina, aunque no en el ámbito penal, así como una consideración general cual es que la posibilidad de invocarse en casación, aunque lógicamente sea en el ámbito estricto de los motivos precisados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el hecho de verse afectados individualmente preceptos constitucionales, aunque sea a través de autos de prisión preventiva dictados de forma desigual, podría justificar un pronunciamiento de la Sala sobre los extremos objeto de debate, que posibilitase un único criterio a la hora de aplicar la normativa estudiada, en aras del reconocimiento uniforme de las garantías de los justiciables.

Por todo ello procede, de acuerdo con las anteriores consideraciones, a las que se unirán cuantas se consideren oportunas, la interposición por esa Fiscalía de recurso de casación contra el citado Auto en las Diligencias preparatorias 23/46/93 del Tribunal Militar Territorial Segundo.

Hasta aquí los argumentos que se han esgrimido, en lo que parece la fórmula más ponderada, acorde con la necesidad de la unidad de garantías jurisdiccionales, con la asunción de la nueva proyección del principio acusatorio y del de contradicción y demás cuestiones planteadas. No obstante, en cualquier caso, la intención de la Fiscalía Togada es ante todo y sobre todo, en cumplimiento de su misión, la de interesar que se produzca por el órgano jurisdiccional autorizado y competente una interpretación unitaria que evite el funcionamiento no uniforme de los distintos órganos judiciales militares en materia de tanta trascendencia y que afecta al supremo derecho fundamental de la libertad.

### 3. *Actividad de la Fiscalía Togada*

En total, durante 1995 han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 2.758 escritos, procedentes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y otros organismos, evacuándose en cada caso la tramitación oportuna.

Su clasificación por materias responde al siguiente esquema:

Recursos de casación penal .....	107 informes
Recursos contencioso-disciplinarios militares preferentes y sumarios .....	95 informes
Recursos contencioso-disciplinarios ordinarios .....	1 informe
Conflictos de competencia .....	13 informes
Recursos de revisión .....	1 informe
Recursos de queja .....	4 informes
Recursos de súplica .....	12 informes
Recursos contencioso-administrativos .....	3 informes
Indulto .....	1 informe
Artículo 249 de la Ley Penal Militar .....	1 informe
Informes y comunicaciones a otras Fiscalías y Organismos judiciales o administrativos .....	721 informes
<b>TOTAL</b> .....	<b>959 informes</b>
Restantes documentos, que no han precisado informe específico .....	1.799

Aunque no supone realmente una novedad, es conviene destacar que la terminación de las obras en el Palacio de Justicia y

el otorgamiento de sede autónoma a la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha facilitado la celebración de vistas ante el Alto Tribunal con una relativa frecuencia, permitiendo un análisis más a fondo de los recursos de casación penales en los que se había solicitado dicha celebración y que resultasen de un especial interés y trascendencia, lo que ha llevado a los señalamientos de varias vistas al mes, sobre todo a partir del mes de septiembre de 1995.

## B) FISCALIA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. ACTIVIDAD DE LA FISCALIA

La Memoria correspondiente a 1995, como en años anteriores, se divide en tres partes que vienen impuestas por la específica función de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. La sistemática general no resulta aplicable a nuestro caso, al menos de modo absoluto.

La primera parte se dedica al análisis de la organización y funcionamiento de la Fiscalía con especial consideración de los datos estadísticos relativos a 1995. También contiene una breve consideración sobre la actividad del Tribunal Constitucional en el mismo período de tiempo.

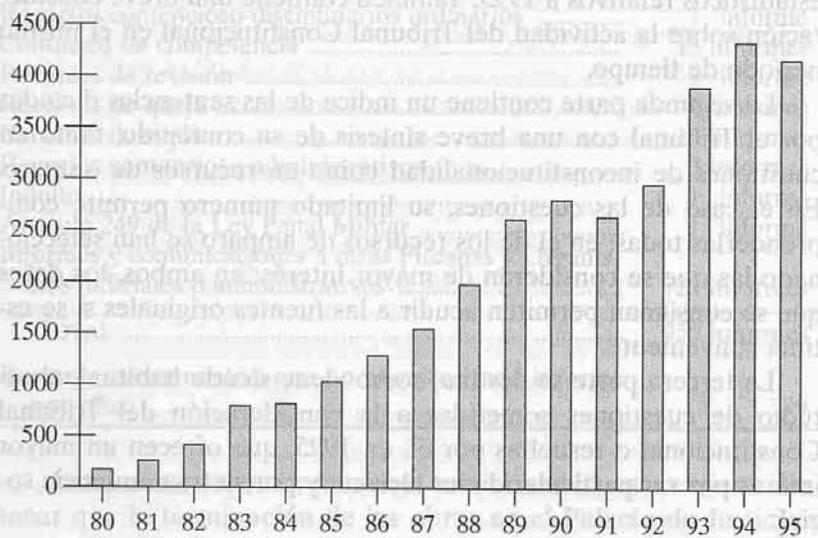
La segunda parte contiene un índice de las sentencias dictadas por el Tribunal con una breve síntesis de su contenido, tanto en cuestiones de inconstitucionalidad como en recursos de amparo. En el caso de las cuestiones, su limitado número permite comprenderlas todas; en el de los recursos de amparo se han seleccionado las que se consideran de mayor interés; en ambos, los datos que se consignan permiten acudir a las fuentes originales si se estima conveniente.

La tercera parte se destina, como viene siendo habitual, al estudio de cuestiones sometidas a la consideración del Tribunal Constitucional o resueltas por él, en 1995, que ofrecen un mayor interés por sus particularidades técnicas y por su trascendencia social.

EVOLUCION DEL NUMERO DE ASUNTOS REGISTRADOS DESDE 1980 A 1995, AMBOS INCLUSIVE

1980	170
1981	257
1982	411
1983	793
1984	817
1985	1.030
1986	1.287
1987	1.548
1988	1.982
1989	2.616
1990	2.806
1991	2.645
1992	2.958
1993	3.902
1994	4.339
1995	4.169
<b>TOTAL ASUNTOS REGISTRADOS</b>	<b>31.730</b>

EVOLUCION DEL NUMERO DE ASUNTOS REGISTRADOS DESDE 1980 A 1995 AMBOS INCLUSIVE



COMPARACION CON 1994

Asuntos registrados al 31-12-1994 .....	4.339
Asuntos registrados al 31-12-1995 .....	4.169
Diferencia en menos .....	170

DETALLE DE LOS ASUNTOS DESPACHADOS SEGUN SU NATURALEZA  
Y TRAMITE

RECURSOS DE AMPARO CONSTITUCIONAL	Total
Dictámenes en trámite de admisión (art. 50 de la LOTC) .....	238
Dictámenes en pieza de suspensión (art. 56 de la LOTC) .....	164
Dictámenes en trámite de alegaciones (art. 52 de la LOTC) ...	283
Otros trámites e incidencias .....	230
Inadmisión por unanimidad .....	3.229
Recursos de súplica interpuestos .....	13
CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD	Total
Dictámenes en trámite de admisión .....	13
Dictámenes en trámite de alegaciones .....	38
Otros trámites e incidencias .....	27
RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	Total
Dictámenes en trámite de admisión .....	1
<b>TOTAL ASUNTOS DESPACHADOS</b> .....	<b>4.236</b>

ASUNTOS VARIOS

Comunicaciones con el Tribunal Constitucional, Fiscalía y organismos oficiales .....	179
--	-----

DETALLE DE LOS ASUNTOS DESPACHADOS, POR ORDENES  
JURISDICCIONALES

RECURSOS DE AMPARO	Total	%
Civiles.....	1.144	24,14
Penales .....	1.538	36,49
Contencioso .....	877	20,81

RECURSOS DE AMPARO	Total	%
Laborales .....	605	14,35
Electorales .....	45	1,06
Parlamentarios .....	5	0,11
<b>TOTAL</b> .....	<b>4.214</b>	

CUEST. DE INCONSTITUCIONALIDAD	Total	%
Civiles .....	8	10,25
Penales .....	7	8,97
Laborales .....	5	6,41
Contencioso .....	46	58,97
Parlamentario .....	12	15,38
<b>TOTAL</b> .....	<b>78</b>	

## REFERENCIA A LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. Asuntos registrados de entrada

Cuestiones de inconstitucionalidad .....	81
Recursos de amparo .....	4.369
Conflictos positivos de competencia .....	10
Conflictos entre órganos constitucionales .....	1
Recursos de inconstitucionalidad .....	18
<b>TOTAL</b> .....	<b>4.479</b>

### 2. Resoluciones notificadas a Fiscalía

#### 2.1. Sentencias notificadas en recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad

MESES	R. A.	C. I.	Total
Enero .....	24	0	24
Febrero .....	28	1	29
Marzo .....	6	1	7
Abril .....	2	0	2
Mayo .....	15	0	15
Junio .....	21	0	21
Julio .....	23	2	25

MESES	R. A.	C. I.	Total
Agosto .....	0	0	0
Septiembre .....	12	0	12
Octubre .....	15	1	16
Noviembre .....	15	2	17
Diciembre .....	20	2	22

	Totales
En recurso de amparo .....	181
En cuestiones de inconstitucionalidad .....	9

## 2.2. Autos notificados en recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad por meses

MESES	R. A.	C. I.	Total
Enero .....	16	1	17
Febrero .....	17	2	19
Marzo .....	11	—	11
Abril .....	12	—	12
Mayo .....	6	2	8
Junio .....	11	—	11
Julio .....	12	2	14
Agosto .....	—	—	—
Septiembre .....	20	2	22
Octubre .....	9	—	9
Noviembre .....	14	2	16
Diciembre .....	21	1	22

	Totales
En recurso de amparo .....	149
En cuestiones de inconstitucionalidad .....	12

## 2.3. Providencias de inadmisión por unanimidad

MESES	Total
Enero .....	341
Febrero .....	354
Marzo .....	281
Abril .....	156

	MESES	Total
	Mayo .....	327
	Junio .....	353
	Julio .....	293
	Agosto .....	17
	Septiembre .....	394
	Octubre .....	301
	Noviembre .....	233
	Diciembre .....	249
	<b>TOTAL .....</b>	<b>3.299</b>

### VALORACION DE LOS DATOS ESTADISTICOS

1. La particularidad más llamativa de los datos estadísticos correspondientes a 1995 es, sin duda, la que corresponde al número de asuntos registrados en Fiscalía que, excepcionalmente, no sólo no ha aumentado respecto de años anteriores, sino que ha disminuido en 170 con relación a 1994. Tal fenómeno sólo se produjo, desde la creación del Tribunal Constitucional, en 1991 —y a él he hecho referencia en otras Memorias— rompiendo la línea, siempre ascendente, que refleja la actividad del Tribunal y la Fiscalía. Pero no es preciso indagar las causas que hayan determinado tal efecto ni debe otorgarse a éste demasiada importancia. Fue probablemente la renovación del Tribunal en cuatro Magistrados y el nombramiento del nuevo Presidente, en abril de ese año, con la consiguiente reestructuración de sus Salas, lo que disminuyó el ritmo de trabajo en el Tribunal con el consiguiente reflejo en la Fiscalía.

Basta, para confirmar lo que decimos, considerar el número de sentencias, autos y providencias de inadmisión dictadas por el Tribunal que, según se expone más adelante, disminuyeron sensiblemente en el mes de abril, disminución, respecto de la tónica general, que también se advierte en los meses de marzo y mayo, si bien con menos intensidad.

Pero en todo caso debe subrayarse que el número de recursos de amparo ingresados en el Tribunal durante el año —4.369— ha disminuido respecto de 1994 —4.501—. Quizá la elevada cifra de providencias de inadmisión a trámite que se viene dictando, de año en año, sea la causa de este descenso, desde luego poco significativo.

Desde el punto de vista cualitativo, siguen siendo más numerosos los recursos de amparo que las cuestiones de inconstitucionalidad y, como es sabido, más los trámites en aquéllos que éstas. Pero como en años anteriores, desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por Ley Orgánica 5/88, de 9 de junio, la «entrada» más frecuente en Fiscalía está representada por las providencias de inadmisión a trámite por unanimidad en recursos de amparo, que en 1995 alcanzaron la cifra de 3.229, muy semejante al de 1994 —3.235—.

Sigue siendo muy claro el efecto positivo de la posibilidad de rechazo *a limina* de los recursos infundados mediante las providencias de inadmisión, desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1988. Porque preciso es subrayar, como hacíamos con más detalle en la Memoria del año pasado, que siguen reiterándose en el Tribunal un elevado número de recursos de amparo cuya imposible estimación se evidencia con la simple lectura de la demanda, análisis éste que, para garantía del justiciable, llevan a cabo, de modo exhaustivo, primero la sección y, luego, el Fiscal. El muy limitado número de recursos de súplica formalizados por la Fiscalía demuestra el incontestable fundamento de estas resoluciones. Por lo demás, siguen siendo las más frecuentes causas de inadmisión, la extemporaneidad, la falta de agotamiento de la vía jurisdiccional previa y la falta de contenido constitucional, esta última como consecuencia, generalmente, de una desmesurada y poco rigurosa concepción del derecho constitucional invocado.

Es evidente, en suma, que sólo este expeditivo y eficaz medio de impedir la admisión de recursos de amparo sin fundamento bastante, evita el colapso del Tribunal en su trascendental función.

2. En la distribución del trabajo entre los miembros que integran la plantilla se ha continuado un criterio de especialidades por órdenes jurisdiccionales. Se pretende siempre y se consigue en buena medida que la distribución, si no absolutamente igual, sea equitativa. Y, de hecho, cuando la especialidad impone desigualdades numéricas, se procura su corrección en la medida de lo posible.

Basta el análisis del cuadro que se incorpora al respecto, para comprobar que, en la medida de lo posible, se cumple el objetivo de equidad en el reparto.

3. Desde la consideración del trámite cumplimentado en Fiscalía, la comparación de los datos numéricos de 1995 con los de 1994 no acusa variaciones significativas que demanden una consideración especial. Las cifras han disminuido en congruencia con la disminución general, poco importante, de asuntos registrados.

Respecto de los recursos de amparo, los dictámenes en trámite de admisión descendieron de 276 a 238; las alegaciones de fondo, en cambio, aumentaron de 275 a 282; los dictámenes en piezas separadas de suspensión disminuyeron de 187 a 164 y las notificaciones de providencias de inadmisión a trámite por unanimidad, de 3.235 a 3.229. Los recursos de súplica formalizados contra estas últimas, han sido 13.

Como en años anteriores, dos datos requieren alguna consideración: una relativa a los dictámenes de suspensión, otra, a los recursos de súplica formalizados. En cuanto a los primeros, se mantienen una cifra de cierta consideración que, como hemos hecho notar en Memorias anteriores, responde al alto número de recursos de amparo en materia penal en los que la suspensión de la pena privativa de libertad es de obligada petición y aún otorgamiento por razones obvias.

En lo que se refiere a los recursos de súplica contra providencias de inadmisión, la cifra se mantiene en términos muy discretos, aunque este año haya ascendido a 13, esto es, un 4,03 por mil. De ellos, solamente tres fueron estimados por el Tribunal y la mayor parte de los restantes se fundaron en deficiencias de los antecedentes documentales aportados que, más tarde, fueron subsanadas.

También a propósito de los recursos de súplica a que venimos haciendo referencia, hemos de reiterar que con frecuencia se reciben en Fiscalía escritos de los recurrentes en amparo, que, una vez que les ha sido notificada la providencia de inadmisión a trámite, instan el ejercicio de la legitimación exclusiva que el artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional nos atribuye. Como ya hemos indicado en ocasiones anteriores, a todos los recurrentes se les da respuesta, notificándoles la actuaciones de la Fiscalía. Durante 1995 los escritos recibidos fueron 17, si bien, en ocasiones es el Letrado del recurrente el que solicita ser recibido por el Fiscal para hacerle presente las razones en que apoya su disconformidad con la inadmisión del recurso. Es muy frecuente que escritos o visitas se produzcan con extemporaneidad.

En cuanto a las cuestiones de inconstitucionalidad, han aumentado, muy levemente, tanto las cifras que corresponden al trámite de admisión, facultativo —13 frente a 8— como las que se refieren al de alegaciones —38 frente a 36—. Como señalamos en otros lugares, conveniente será hacer notar que, durante 1995, el Pleno del Tribunal ha resuelto, por sentencia, nueve cuestiones de Inconstitucionalidad frente a las 25 de 1994, siquiera, teniendo en cuenta las acumuladas, ascienden a 22 las resueltas.

Ningún comentario requiere la cifra de comunicaciones con el Tribunal Constitucional y otros organismos oficiales, que han sido las habituales.

4. La distribución de asuntos por órdenes jurisdiccionales, como en años anteriores, ofrece diferencias sustanciales según nos refiramos a recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad.

Los recursos de amparo más frecuentes continúan siendo los penales —36,49 por ciento— y luego, por este orden, los civiles —24,14 por ciento—, los contenciosos 20,81 por ciento —y los laborales 14,35 por ciento—. Los parlamentarios y los electorales siguen siendo, naturalmente, muy escasos: 0,11 y 1,06 por ciento, respectivamente. Se mantiene, pues, en términos generales, la proporción de 1994. Siguen siendo más frecuentes los recursos en materia penal y civil.

En cuestiones de inconstitucionalidad, en cambio, los planteamientos más frecuentes se han producido en el orden contencioso administrativo —58,97 por ciento—, siguen cuantitativamente los civiles —10,25 por ciento— y los penales —8,97 por ciento— y los menos frecuentes han sido los laborales —6,41 por ciento—. Como hemos advertido en otras ocasiones, no es fácil establecer las causas a que obedecen los índices de frecuencia de estos planteamientos de duda de constitucionalidad, siempre dependientes del objeto del proceso en el que surgen y de la sensibilidad del órgano jurisdiccional cuestionante.

Debe advertirse, para la valoración de estos datos, que nos referimos a asuntos cuyos trámites han sido cumplimentados por la Fiscalía, trámites que pueden ser varios en un mismo proceso constitucional, no, necesariamente, a procesos abiertos por el Tribunal en el período de tiempo que analizamos, ni a asuntos concluidos por sentencia en el mismo año.

5. Por lo que a la actividad del Tribunal Constitucional se refiere, como ya hemos señalado al principio, en 1995 ha disminuido, sin duda por su renovación en parte. El cese de su Presidente por conclusión del mandato y su sustitución y el cambio de cuatro Magistrados con la consiguiente reestructuración de las Salas y Secciones, todo ello en el mes de abril, alteró, cierto que mínimamente, el ritmo de actividad del Tribunal. Pero también han disminuido, curiosamente, el número de asuntos que han accedido al Tribunal, aunque la disminución en 84 asientos de entrada respecto del año anterior, no deba tenerse por significativa.

En cuanto al número de asuntos que han tenido ingreso en el Registro General, el de cuestiones ha aumentado de 64, en 1994 a 81; ha descendido, en cambio, el de recursos de amparo 4.369 frente a 4.501; aumenta el de recursos de inconstitucionalidad, de 10 a 18 y han aumentado de 7 a 11 los conflictos de competencia.

Teniendo en cuenta la no intervención del Fiscal en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia, nuestra intervención ha tenido lugar en 4.451 asuntos de los 4.479 tramitados en el Tribunal, lo que constituye el 99,37 por ciento en relación con la actividad total del Tribunal.

Las sentencias dictadas por el Tribunal en cuestiones y amparos, han disminuido, en cifras de cierta significación, justificadas, como hemos dicho, por la renovación parcial de sus miembros. En recursos de amparo se dictaron 181 frente a 288 en el año anterior y en cuestiones de inconstitucionalidad nueve frente a 25 en 1994.

Del mismo modo, y seguramente por la misma causa, ha decrecido el número total de autos dictados en cuestiones y amparos —161 en 1995 frente a 305 en 1994— en amparos, pero aumentaron los dictados en cuestiones —12 frente a 7—.

Las providencias de inadmisión a trámite, por unanimidad de la Sección, experimentan un aumento poco significativo: 3.299 en 1995 y 3.335 en 1994.

El esfuerzo sostenido del Tribunal en su actividad ha continuado en 1995, a pesar del efecto negativo en ésta, que su renovación ha producido. La consulta de los datos de resoluciones dictadas en los meses de marzo, abril y mayo, en los cuadros que anteceden confirma lo que decimos.

Pero el retraso, sin duda inevitable, como hemos señalado en años anteriores, continúa existiendo, tanto en cuestiones como en amparos.

Por lo que a las cuestiones de inconstitucionalidad se refiere, las resueltas por sentencia de 1995 fueron planteadas, una en 1989, dos en 1991, dos en 1993, dos en 1994, y sólo dos en el propio año 1995.

En cuanto a los recursos de amparo, la tramitación completa excede ordinariamente de dos años como tiempo medio y por regla general, desde su ingreso en el registro general del Tribunal hasta la conclusión por sentencia. Con alguna excepción infrecuente, los resueltos en 1995 tuvieron acceso al Tribunal entre 1992 y 1993. Son muy pocos los resueltos dentro del año de su ingreso en el registro.

6. Terminamos el análisis de los datos estadísticos con la exposición de los índices de estimación por el Tribunal, de las pretensiones de amparo actuadas ante él y de las dudas de constitucionalidad planteadas por los órganos jurisdiccionales. El estudio es muy significativo en orden a la obtención de conclusiones sobre el fundamento de las demandas de amparo y el rigor con que se plantean las cuestiones de inconstitucionalidad.

Por último, haremos también referencia al grado de sintonía entre el dictamen de la Fiscalía y lo resuelto por el Tribunal, tanto en amparos como en cuestiones. Pero en este punto, como ya hicieramos en Memorias anteriores, conviene recordar que aunque la Fiscalía es, por lo general, cancerbera de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, ello no impide que, en contadas ocasiones y con toda ponderación, sugiera otras soluciones, si criterios de legalidad estricta así lo aconsejan. Otra cosa conduciría a un inmovilismo absoluto nada positivo.

Los datos que anteceden sugieren algún comentario.

En cuanto a los recursos de amparo, el índice general de estimación —41,3 por ciento— es manifiestamente bajo, lo que pone de manifiesto la frecuencia con que las demandas no están debidamente fundadas. Aunque la comparación no puede hacerse con rigor porque, como es obvio, los procesos resueltos por el Tribunal en un año no se corresponden con los que han tenido entrada en él en el mismo período de tiempo, claro es que, tomando la cifra

de 4.000 como aproximada en estos últimos años, 75 sentencias estimatorias de la pretensión constituyen un bajo índice. Atendiendo a las órdenes jurisdiccionales, el Penal, el Contencioso y el Laboral han sido, el año que comentamos, más proclives a la estimación que el Civil.

La coincidencia, en cambio, entre el dictamen de la Fiscalía y la sentencia es más frecuente —77,34%— y destaca la que se da en los ámbitos laboral y electoral, a diferencia de los restantes.

Por lo que a las cuestiones de inconstitucionalidad se refiere, los datos ponen de manifiesto que es frecuente —en los resueltos en el año que comentamos— que no estén planteadas con rigor, de suerte que, con frecuencia, no se atiende el mandato que contiene el artículo 5.3 de la LOPJ, esto es, su elusión cuando es posible una interpretación de la norma cuestionada *secundum constitutionem*... Efectivamente, el índice de estimación de la inconstitucionalidad no alcanza sino el 11,11 por ciento.

Por el contrario, es más alto el grado de coincidencia y sintonía entre el criterio del Fiscal y lo resuelto por el Tribunal, que alcanza el 66,66 por ciento.

#### ALGUNAS CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

La singular estructura que necesariamente ha de tener de esta Memoria nos obliga a agrupar en este apartado algunas consideraciones que no tienen adecuado encaje en otro lugar.

Algunas, las primeras, van referidas a extremos que preocupan a los Fiscales y nacen del contacto diario con los asuntos que se despachan; otras responden al reflejo que en este órgano han tenido los temas cuya consideración específica requiere el oficio de V. E. de 3 de enero de 1996.

De aquellas son exponente estas notas.

1. En relación con los recursos de amparo que formalizan o pretenden formalizar los internos en establecimientos penitenciarios, ya se trate de presos preventivos o de penados, se observa con frecuencia una irregularidad en los actos de comunicación de las resoluciones que pretenden impugnarse en amparo y producen la extemporaneidad de la pretensión y, en consecuencia, la inadmisión a trámite por providencia de unanimidad.

Comoquiera que, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, las notificaciones de las resoluciones hechas al Procurador del recurrente tienen plena validez aún cuando, más tarde, se reiteren de modo personal, marcando aquellas el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad, cuando el Procurador no traslada con premura la resolución a la parte, al intentar ésta el recurso o bien el otorgamiento del beneficio de justicia gratuita, suele haber transcurrido, con creces, el plazo que previene el artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La Fiscalía, ante la reiteración de estas situaciones, ha intentado hallar una solución al problema, del que no es culpable el interno, recurriendo en súplica alguna providencia de inadmisión a trámite por la causa a que aludimos. Pero el Tribunal no ha atendido nuestro criterio y la cuestión sigue en pie.

En este momento intentamos una gestión ante el señor Decano del Colegio de Procuradores a fin de que se agilice la intervención de éstos en los casos a que nos referimos.

2. Preocupa igualmente el régimen de recursos que, respecto de las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, configura la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Concretamente, no está definido con precisión, en el apartado 3.<sup>o</sup>, el ámbito de los recursos de apelación y queja, lo que provoca criterios muy dispares de los distintos Jueces y sugiere la necesidad de una modificación legislativa que aclarase la cuestión con la precisión que sin duda es conveniente.

3. Hemos de subrayar también una irregularidad que se repite con extraordinaria frecuencia en las resoluciones dictadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Es normal que se utilicen resoluciones impresas y seriadas que en modo alguno satisfacen las exigencias de la motivación en orden al derecho a la tutela judicial efectiva. Los recursos de amparo que nacen de expedientes penitenciarios sancionadores son exponente reiterado del defecto que señalamos. La Fiscalía apoya en estos casos, cuando es procedente, el recurso de amparo.

4. También debe atraerse la atención sobre el uso poco riguroso y, sin embargo, frecuente, que se hace del llamado fichero FIES —fichero de internos de especial seguimiento— que se aplica a internos peligrosos y entraña la adopción de medidas peni-

tenciarias que suponen un mayor rigor en el tratamiento. Aunque la cobertura legal y reglamentaria de este mayor rigor no es cuestionable en principio —art. 10, de la LOGP y 34 y concordantes del Reglamento Penitenciario en su redacción de 1984—, si lo es la inclusión misma en el fichero y su uso, según criterios formalistas y no rigurosos, no siempre orientados a la individualización penitenciaria de la pena. Algunos recursos de amparo se han formalizado que contienen esta queja con fundamento atendible.

Refiriéndonos ahora al requerimiento que contiene el oficio de la Fiscalía General del Estado a que aludíamos al principio, señalamos a continuación el reflejo que las cuestiones señaladas en él han tenido en esta Fiscalía.

1. En cuanto al nuevo régimen procesal de la prisión preventiva instaurado en el sistema por las Leyes Orgánicas 5 y 8/95, debe hacerse notar que su efecto se advierte ya en los recursos de amparo con tal objeto.

Siempre hubo demandas de amparo en queja por la vulneración, a consecuencia de la prisión, del derecho que consagra el artículo 17.1 de la Constitución y el Tribunal ha hecho numerosas declaraciones al respecto. Pueden ser exponente de ello las Sentencias del Tribunal Constitucional 88/88, 8/90, 206/91, 241/94 y los Autos del Tribunal Constitucional 1042/87, 433/88, 973/88, 50/92, 84/92, 169/95, 173/95 y 203/95.

Pero desde que se dictara la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/95 —caso Sotos— que establece requisitos y condiciones muy precisos al respecto, han aumentado los recursos que se orientan, no siempre con fundamento, a solicitar la aplicación de esta doctrina.

Siempre, como es obvio, se alega la vulneración del derecho a la libertad personal —art. 17.1 de la CE— pero este alegato se acompaña con frecuencia con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en lo que afecta a la motivación de las resoluciones —art. 24.1 de la CE— y aún con el desconocimiento de la presunción de inocencia —art. 24.2 de la CE—, con manifiesta impropiedad técnica.

Abundan, por otra parte, las providencias de inadmisión a trámite en esta materia, tanto antes como después de la sentencia citada, de la que, con más detalle, nos ocupamos en otro lugar.

2. Por lo que al Derecho Comunitario Europeo se refiere, el Tribunal Constitucional ha venido ocupándose en los últimos años de diversos problemas planteados en los recursos de amparo: su valor normativo desde la perspectiva constitucional, su idoneidad para fundamentar el recurso, su consideración como cuestión de legalidad ordinaria, etc. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 64/91, 180/93, 372/93, 265/94 y 143/94 pueden ser ejemplos de lo que consigamos.

Y recientemente, ya en 1966, la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal abrió un trámite atípico en el Recurso de Amparo 1155/92, pendiente de sentencia, en el que requirió dictamen del Fiscal acerca de la incidencia que en la resolución del recurso pudieran tener las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 23 de febrero de 1995 (caso Berdosa y otros) y 14 de diciembre de 1995 (caso Sanz de Lera y otros), todo ello en relación con la Directiva 88/361 de la CEE del Consejo y los artículos 67, 73 B y letra g), apartado 1.º del artículo 73 D del Tratado de la Unión Europea.

La Fiscalía cumplimentó el trámite de modo coincidente con lo que, casi simultáneamente, establece la Consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 1/96, de 19 de febrero.

3. También el llamado «delito ecológico» ha sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional, aunque en limitada medida. Prescindiendo de pronunciamientos que, en relación con los delitos contra el medio ambiente, afrontan problemas constitucionales de aplicación general, como la presunción de inocencia o la corrección constitucional de la prueba indiciaria, la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/94 examina y resuelve de modo afirmativo, el cumplimiento de las exigencias que impone el principio de legalidad sancionadora —art. 25.1 de la CE— por el artículo 347 bis del Código Penal.

Otros recursos de amparo con objeto semejante, ya dictaminados por la Fiscalía en trámite de alegaciones, se hallan pendientes de decisión.

4. En el período de tiempo a que se contrae la Memoria no nos consta que haya tenido acceso al Tribunal proceso constitucional alguno en torno al artículo 113 de la Ley General Tributaria en su redacción por Ley 25/95.

Sin embargo, ya en 1996, el Fiscal-Jefe de Valladolid nos ha informado de que ha dictaminado en sentido afirmativo, ante el Juz-

gado de Familia, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de dicho precepto en relación con los artículos 24, 117.3 y 39.3 de la Constitución Española.

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS ANTE EL TRIBUNAL QUE OFRECEN ESPECIAL INTERES

### I

#### I. EL ALCANCE DE LA PRISION PROVISIONAL Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA ELUDIRLA

##### 1. *Hechos*

El recurrente en amparo se encuentra desde el 29 de junio de 1994 en situación de prisión provisional, por existir en su contra indicios racionales de haber cometido diversos delitos en el ejercicio de su cargo como gerente de la cooperativa de viviendas IGS-PSV.

El día 15 de diciembre de 1994, la representación del recurrente solicitó del Juzgado Central de Instrucción número 3 su libertad provisional, al entender que habían cambiado de forma sustancial las circunstancias que, meses atrás, motivaron su ingreso en prisión, fundamentalmente por la emisión de un informe por parte de los interventores de la suspensión de pagos que le exculpaban de los delitos por los que había sido imputado.

El Juzgado Central de Instrucción número 3 denegó dicha solicitud por medio de Auto de fecha 21 de diciembre de 1994, en el que se hace constar, sin mayor motivación, que no han cambiado, sino agravado, las razones que en su día motivaron la emisión del auto por el que se dispuso la prisión provisional del recurrente. Dicho auto fue confirmado en reforma por el de fecha de 9 de enero de 1995, partícipe de la misma fundamentación jurídica.

Interpuesto recurso de apelación contra dichas resoluciones, la sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional lo desestimó por medio de auto de fecha 20 de febrero de 1995, en el que, en síntesis, se manifiesta que del informe de los interventores no se infiere ninguna modificación sustancial que imponga la libertad provisional, ni procede decretarla ante el peligro de fuga

que se deriva de la gravedad de los hechos imputados y de sus consecuencias punitivas.

2. *El Recurso de Amparo, número de Registro 993/95, se planteó sintéticamente*

Manifiesta el recurrente que la apreciación por la Audiencia Nacional de la existencia de peligro de fuga sobre la sola base de la gravedad de la conducta ilícita perseguida y de sus consecuencias punitivas ha lesionado su derecho a la libertad. Afirma, en segundo lugar, que los autos que deniegan su solicitud de libertad provisional no se encuentran motivados, lo que le origina indefensión porque, al desconocer las razones que fundamentan la decisión judicial, carece de la posibilidad de impugnarlos adecuadamente. En tercer término, y con expresa invocación del artículo 17.4 de la Constitución Española, aduce la lesión de su derecho a que la situación de prisión provisional no se extienda en el tiempo más allá de lo razonable, lesión que infiere de la ausencia de todo criterio justificativo del mantenimiento de la situación de prisión que no sea el del rechazo, por parte de los órganos judiciales de instancia, del informe de los interventores como elemento capaz de modificar las circunstancias que motivaron la prisión provisional. Invoca, por último, la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley como consecuencia de que el mismo órgano judicial —la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, compuesta por los mismos Magistrados— había dictado en fecha 30 de enero de 1995 dos autos distintos de libertad provisional donde el elemento «peligro de fuga» se interpreta de manera distinta a como se realiza en el Auto de 20 de febrero de 1995, frente al que se ejercita el presente recurso de amparo.

3. *La posición del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo fue lo siguiente*

3.1. Se alega en primer término violación del derecho a la libertad (art. 17.1 y 2 de la CE) en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

Todo el motivo se anuda en que tanto el Juzgado de Instrucción en sus reiteradas resoluciones denegando la libertad del señor Soto, como, sobre todo, el Auto de la Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 20 de febrero de 1995, han basado sus razones en el peligro de fuga de aquél, pero lo han hecho sin el razonamiento bastante que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideran aplicable a este supuesto, ha venido estableciendo. Se citan a este respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Letellier c/ Francia, de 26 de septiembre de 1991.

Kenmache c/ Francia, de 27 de noviembre de 1991.

Clooth c/ Bélgica, de 12 de diciembre de 1991.

Tomasi c/ Francia, de 17 de agosto de 1992.

W. c/ Suiza, de 26 de enero de 1993.

Toda esa jurisprudencia, que obviamente es plenamente de recibo, viene a puntualizar el rechazo a que cualquier decisión que, sobre prisión provisional y en definitiva sobre privación de libertad de una persona, se adopte por los órganos competentes, lo sea tras un examen motivado, aunque no necesariamente exhaustivo, que comprenda las razones que llevan a tomar esa decisión, y destruyan además los argumentos que de contrario pudiera haber presentado la persona privada de libertad, especialmente cuando propone medidas cautelares como la adopción de fianzas, etc.

3.2. En el presente supuesto de amparo de Auto de 9 de enero de 1995 acordó no variar la situación de prisión provisional del señor Sotos acordada por Auto de 21 de diciembre de 1994 ya que, «de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta que no han sido desvirtuados los hechos que dieron lugar a dictar por este Juzgado en el Auto de fecha de 29 de junio de 1994 y el de fecha de 29 de julio del mismo año; y en virtud de lo previsto en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por el resultado de las diligencias que han venido practicándose desde la fecha del auto hasta el día de hoy se aprecia un agravamiento de las circunstancias que dieron lugar a decretar su prisión sin fianza».

Por su parte, el mentado Auto de la Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 1995, al resolver el

recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Instructor, lo fundamentó:

«a) En cuanto a la variación de las circunstancias de la causa como consecuencia del dictamen pericial de IGS, dice: “Si bien para eludir que en este recurso la Sala ni puede prejuzgar la veracidad de los delitos atribuidos a Carlos Sotos, ni tiene elementos para ello, pues sólo dispone en el Rollo de Apelación de la pieza de situación personal, alega el apelante que no pide tal cosa, sino sólo que se verifique que actualmente ya no consta en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, lo cierto es que, con tal giro semántico se peticiona aquello, pues con transcripciones fragmentarias del dictamen emitido por los Intervenientes en la suspensión de pagos, se persigue invalidar toda la actividad investigadora realizada por el Instructor, cuando ni siquiera sabemos si el dictamen se ha incorporado al procedimiento penal, y cuando, aunque tampoco nos consta documentado, ha sido impugnado, según manifiesta alguno de los apelados en su escrito de oposición al presente recurso.

Ello no es factible, y en base a la sucinta información que nos proporcionan los diferentes autos del Instructor, escritos de recursos y de oposición a los mismos, que es todo el material de que dispone la Sala, sólo cabe afirmar, a los exclusivos efectos del número 1 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que existen indicios de defraudación por cantidad de notoria importancia, que afecta a algo tan de primera necesidad como es la vivienda, y a múltiples perjudicados, todos ellos con nombre y apellidos, como lo pone de relieve la relación de apelados del ordinal.

De los antecedentes de esta resolución, lo que, tomando en consideración las circunstancias previstas en los números 1.º, 7.º y 8.º del artículo 529 del Código Penal, conlleva una pena de prisión mayor.

b) En cuanto al peligro de fuga se afirma que: “Pues bien, de la unión de tales factores, la Sala entiende que, al menos en el momento actual de la investigación, no puede descartarse la fuga de Carlos Sotos Pulido, pese a lo indicado por el apelante sobre su colaboración a la justicia y arraigo, ante las graves consecuencias que, sin prejuzgar los hechos, pueden derivar de la presunta comisión de los delitos que se están investigando, hasta el punto que no

consideramos garantía suficiente de que no eludirá la acción de la justicia la prestación de una fianza.»

3.3. A juicio de este Ministerio Fiscal el razonamiento que ofrece la Sala respecto de la no variación de circunstancias personales y procesales del señor Sotos tras el informe pericial de IGS es plenamente de recibo. Su crítica e intento de revalorización o desvalorización en esta vía de amparo, aunque lo sea a la sombra venerable del artículo 17 y 24.2 de la Constitución Española, no puede acogerse sin perjudicar la exclusividad que en dicho campo el artículo 117.3 de la Constitución Española atribuye a Jueces y Tribunales.

Ya la esencial Sentencia del Tribunal Constitucional 41/82 advertía cómo la dicción legal de nuestro derecho interno respecto de la prisión provisional no puede olvidar el contexto internacional convencional firmado y ratificado por nuestro país. En este sentido debe citarse la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 3, 9 y 11.1) el Convenio de Roma de 1950 (arts. 5 y 6.2) y el Pacto de Nueva York de 1966 (arts. 6.1, 9.3 y 14.2).

«La disposición del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación al caso presente está justificada, no debe en su aplicación desvirtuar el contenido de la institución de la prisión preventiva que como precisa en su artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos «no debe ser la regla general» para las personas que hayan de ser juzgadas. Por otra parte, y en apoyo de esta tesis, la resolución 11/65 del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional, y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.»

Por su parte, la Sentencia 40/87 reafirmó estos principios: «De ello se desprenden los principios de: a) interdicción de la arbitrariedad de cualquier detención o prisión; b) presunción de inocencia; c) limitación temporal de la medida de prisión hasta un plazo razonable; d) justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto de juicio, en su caso, para la ejecución del fallo, o para impedir otra infracción, y, en fin, e) excep-

cionalidad de la medida cautelar de prisión que no de ser la regla general.

Por ende la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia.

La no invasión en amparo de áreas de exclusiva legalidad, como podría ser la de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados a efectos de pena, gravedad, etc., éste, pues, aparece constantemente en las decisiones del Tribunal Constitucional (Auto del Tribunal Constitucional 361/85, de 29 de mayo). Ello afecta tanto a los hechos [art. 44.1 b) de la LOTC] como a la propia interpretación en sí misma, por ejemplo respecto a la complejidad de la causa o la afectación a graves intereses colectivos, o la alarma social, la interpretación, pues, de estos conceptos jurídicos indeterminados, es tarea exclusiva del órgano judicial competente como de manera continua ponen de manifiesto tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el propio Tribunal Constitucional (Autos del Tribunal Constitucional 614/84, de 31 de octubre, Fundamento jurídico 1; 320/84, de 30 de mayo y 24/81, de 18 de febrero).

Ese no carácter de pena anticipada de la prisión provisional es el que impide que en estas situaciones pueda hablarse de vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.1 de la CE) (Auto del Tribunal Constitucional 973/88, de 21 de julio).

En todo caso la exigencia final de este tipo de medidas cautelares tiene que pasar de manera inapelable por basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes; toda medida desproporcionada o arbitraria no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso (Auto del Tribunal Constitucional 50/92, de 18 de febrero, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/84, Fundamento jurídico 2 b); lo mismo afirmó el Auto del Tribunal Constitucional 317/92).

La exigencia de la motivación con *ratio* de razonabilidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 56/87, de 14 de mayo, Fundamento jurídico 4), supone que si se argumenta, como en este caso, la variación de las circunstancias, ello incumbe al preso, tarea que a nuestro juicio como se ha indicado anteriormente no ha cumplido de forma bastante, razonándose correctamente por el Tribunal su desestimación en este punto.

A este respecto, y ello concierne también al caso de autos, hay que recordar que una motivación lacónica, incluso en estos términos de libertad tan protegidos frente a interpretaciones restrictivas puede bastar a los efectos del artículo 17 de la Constitución Española si contiene los elementos antes señalados (Sentencia del Tribunal Constitucional 146/88, de 14 de julio, y Autos Constitucionales 184/83, 1042/87, de 23 de septiembre y 188/88).

En este sentido y de manera constante, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que si se puede recurrir una resolución judicial, y así ha ocurrido en el caso de autos, es evidencia de que existía en la misma motivación bastante.

3.4. Hasta aquí hemos examinado la regla general que rige la adopción de la prisión provisional conforme al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante ello el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que podrá acordarse la libertad bajo fianza, cuando pese a que los hechos delictivos imputados, como en el caso de autos, superen en pena la de prisión menor, concurren, sin embargo, otras circunstancias. Estas son, la carencia de antecedentes penales del inculcado, que se puede creer fundamentalmente que no va a sustraerse a la acción de la justicia, y que el delito imputado ni sea de los que produzcan alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la jurisdicción del órgano judicial que conoce de la causa. Todo cuanto se ha predicado, razonabilidad y proporcionalidad, de la regla general, debe predicarse también de la excepcionalidad de aquella. Como hemos visto más arriba el inculcado debe ofrecer justificación bastante de tales circunstancias excepcionales y el Juez y la Sala razonan sobre ellas.

En el caso de autos, el señor Sotos carece de antecedentes penales, única circunstancia incuestionable; el resto de estos puede y debe razonarse y controlarse con los límites antes expuestos atinentes a esta vía de amparo.

A nuestro juicio concurre, la existencia de un razonamiento judicial es bastante y proporcionada respecto de la alarma causada por el delito, un hecho que además es socialmente notorio, así como que los delitos perseguidos no son ciertamente de comisión rara en el territorio jurisdiccional del Juzgado y Sala competentes.

3.5. Finalmente debemos examinar la alegación de que los autos recurridos hacen descansar la prisión provisional sobre un no razonado y justificado temor judicial a la fuga del actor.

A tal efecto conviene aclarar que en nuestro sistema legal, inevitable e ineludible primer referencia, la decisión sobre la libertad o la prisión de una persona debe decidirse en razón a un proporcional y equilibrado sistema complejo de requisitos. Un dato que también ha resaltado tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De esta manera hay que indicar que las resoluciones judiciales recurridas, muy especialmente el auto de apelación, han respetado tanto el marco legal (arts. 503 y 504 de la LECr.) como el jurisprudencial, poniendo de manifiesto que la prisión del señor Sotos, se adopta en razón a la existencia de indicios racionales de un delito de entidad grave imputable a aquél, y que supone atribuciones de pena superior a prisión menor. Los autos recurridos, a nuestro juicio, argumentan de manera razonable y proporcionada la concurrencia de tales requisitos, como hemos analizado más arriba.

Queda finalmente el requisito de si el inculpado se sustraería o no a la acción de la justicia si se accediese a su libertad bajo fianza. En este punto hay que resaltar que ni el inculpado ha ofrecido argumentos sólidos e incontestables en este punto, ni los autos recurridos han pormenorizado ni concretado los argumentos para destruir la alegación de que el señor Sotos no iba a sustraerse de la acción de la justicia. En realidad los autos, sobre todo el auto de apelación, responden a esta cuestión confundiendo o superponiendo a este requisito las circunstancias de la gravedad del delito, de las penas a imponer y de la alarma causada por los hechos perseguidos.

A la luz de todo ello reconocerse que los Autos no han respondido de manera suficiente a la configuración argumental de este requisito cuando se examinan desde el análisis que del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe hacerse desde las perspectivas del artículo 17 de la Constitución Española, los pactos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes examinada. Por tanto si se aísla esta deficiente formulación de este requisito, como hace con habilidad la demanda de amparo, ésta debería prosperar. Sin embargo, a juicio de este Ministerio Fiscal ello no es así, ya que tanto la ley como su apoyo supralegal examinan *in toto* los requisitos y no aislándolos individualmente ni resaltando alguno de ellos.

No parece que haya sido propósito del legislador nacional e internacional privilegiar alguno de tales requisitos, sino más bien ofrecer diversos puntos de referencia inexcusable que deben interpretarse de manera armoniosa en relación a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acogido esta tesis, por ejemplo en la Sentencia de 27 de junio de 1968 (caso Wemhoff):

«En lo que concierne al peligro de huida, el Tribunal estima que si la gravedad de la pena de la cual el acusado puede ser objeto en caso de condena puede ser legítimamente tenida en cuenta como causa para incitar su huida, dado que el efecto de este temor disminuye a medida que la detención provisional se prolonga y disminuye en consecuencia la cuantía de la pena que el acusado puede esperar cumplir, la eventualidad de una condena severa no basta a este respecto.

El Tribunal debe subrayar, sin embargo, que resulta de las últimas palabras del artículo 5.3 del convenio que cuando el mantenimiento de la detención no está motivado más que por el temor de que el acusado evite mediante la huida su comparecencia ulterior ante la jurisdicción, la puesta en libertad del acusado debe ser concedida si es posible obtener de él garantías que asegure esta comparecencia.»

De igual manera en el caso *Toth c/ Austria* de 12 de diciembre de 1991, se consideran bastantes argumentos empleados por los Tribunales Nacionales cuando argumentaron el peligro de fuga.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está evolucionando hacia tesis más restrictivas para con los Tribunales Nacionales en relación con el requisito del riesgo de fuga (por todas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Tomasi*, de 27 de agosto de 1992), pero incluso en estos casos (*Letellier, B* contra Austria), se examinaron el conjunto de todos los requisitos y no aisladamente el de la posible fuga del preso. La conclusión es clara; el peligro de fuga no puede basarse sólo en la gravedad de la pena sino integrarse con la contradicción de los argumentos esgrimidos por el acusado, cual es la oferta de una fianza, así como por cualquier otro que pueda razonar, el Tribunal atendidas las circunstancias del acusado y del proceso.

Ya hemos indicado que ello no se ha producido, a nuestro juicio, de manera bastante para esta sede constitucional, tanto en el razonamiento del Instructor como, aunque en menor medida, en el de la Sala de Apelación. Sin embargo, entendemos que el examen de este requisito no puede desconectarse del resto de requisitos dibujados en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando se examina la concurrencia de todos estos requisitos legales, y no sólo el del riesgo de fuga, la conclusión a la que llega es que la prisión provisional acordada por el Juzgado y Sala ha sido adoptada con argumentos de legalidad motivados de manera razonable y proporcional a las circunstancias personales del preso, la marcha del proceso, la gravedad de los delitos imputados, las penas a imponer a los mismos, y la alarma producida.

Por ello no se ha vulnerado en los autos recurridos de los artículos 17.1 y 2 en relación con el artículo 29.2 de la Constitución Española.

3.6. Se alega en segundo lugar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión (art. 24.1 de la CE).

De nuevo y en apoyo de su tesis se cita por la demanda de amparo sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así las de los casos Clooth *c/* Bélgica de 12 de diciembre de 1992, Tooth *c/* Austria y Letellier *c/* Francia, intentando señalar que los autos recurridos en amparo sólo cumplen la apariencia de la formulación, al tratarse de resoluciones estereotipadas.

3.7. Tampoco este motivo de amparo resulta de recibo.

Sin necesidad de extendernos más, cabe aquí dar por reproducidos los argumentos que en relación con la razonabilidad y proporcionalidad de la fundamentación de los autos recurridos hemos expuesto más arriba.

Como se ha indicado, el auto dictado por el Instructor resolviendo el recurso de reforma queda complementado en su argumentación por el de apelación de la Sala, sin que pueda aislarse aquél de éste.

3.8. En tercer lugar se alega con cita del artículo 17.2 de la Constitución Española.

«De la vulneración del derecho fundamental a que la detención preventiva no dure más del tiempo estrictamente necesario

para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2 de la CE) en concordancia con los artículos 5.3 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que reconocen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad durante el procedimiento. Pudiendo condicionarse a una garantía que asegure su comparecencia en juicio.»

De nuevo y con abundante cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prácticamente circunscrita a lo reseñado, y de doctrina, se viene a fundamentar el motivo en que los autos recurridos se han empeñado en proteger la situación de prisión provisional pese a las variaciones procesales favorables al inculpado, cual es el dictamen pericial de la IGS, que se han producido en la causa.

3.9. De nuevo entendemos que el motivo debe desestimarse y en buena parte los argumentos también se han desgranado en anteriores párrafos.

Es cierto, y en ello hay que convenir con la demanda, que las situaciones de prisión provisional no quedan sujetas matemáticamente al plazo, que es siempre máximo, fijado en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que el caso de autos no ha vencido aún. Dicho plazo debe interpretarse en clave nuevamente de razonabilidad como el estrictamente necesario para asegurar la *ratio* de la prisión y como excepción del valor fundamental de la libertad, teniendo en cuenta las posibles variaciones que puedan producirse a lo largo de la tramitación de la causa.

Baste citar en este sentido entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 41/82 y 8/90.

3.10. En el caso de autos el señor Sotos ha cumplido un año en prisión, un lapso de tiempo lo suficientemente dilatado en el quebranto de su libertad como para que se examine primero si tal plazo es razonable y si se ha justificado en tal sentido por el Instructor y la Sala de Apelación, y en segundo lugar si éstos han analizado y motivado razonable y proporcionalmente las posibles variaciones producidas en la causa.

Uno y otro elemento han sido examinados más arriba en este dictamen y a ellos nos remitimos. Cuando se atiende a la gravedad y complejidad de los hechos encausados y la participación que en

ellos tuvo el señor Sotos, parecen de recibo tanto los argumentos del Juez y de la Sala para mantener su situación personal de prisión provisional, como con anterioridad hemos analizado.

De igual manera hemos dado nuestra conformidad a la argumentación con que la Sala demostró la hábil dialéctica con la que la representación del actor de amparo presentaba la variación producida en el proceso, según ellos, por el dictamen pericial de IGS. Queden aquí reproducidos nuestros argumentos en apoyo de los de la Sala de Apelación. No es posible, en definitiva, prejuzgar el final de la instrucción e incluso del proceso, decidiendo en este incidente de situación personal, el sobreseimiento de la causa para con el señor Sotos.

Finalmente y en relación con la negativa del Juzgado y de la Sala a aceptar la fianza ofrecida por la representación del señor Sotos, hemos de entender respondida tal cuestión, también analizada más arriba, de manera razonable y proporcionada en los autos recurridos. Situando los defectos de éstos en el contexto global de los requisitos presumidos en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.11. Finalmente se alega en la presente demanda de amparo la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 de la CE) en relación con el derecho a la libertad (art. 17 de la CE).

La referencia a la igualdad se hace en la acepción de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 de la CE).

El término de comparación que se ofrece y aporta son dos autos dictados por la propia Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 30 de enero de 1995 (Caso Banesto-Conde).

3.12. El término de comparación cumple, pues, los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así resuelve la Sala de Apelación el tema.

«El apelante cita el auto de esta Sala, de fecha 30 de enero de 1995, un poco a modo de agravio comparativo, si se mantiene la prisión en base al concepto de alarma social.

En el citado auto, se parte de una concepción restringida de la alarma social, como distinta del “escándalo social” y de la “irritación social”. Y se estima aquélla, en su acepción más objetiva de “conmoción social”, de tal modo que la puesta en libertad pudiera perturbar o alterar realmente el orden público. (Asunto Leterllier, párrafo 51; Comisión Europea de Derechos Humanos.)

También se dijo, en auto de la misma fecha, pero para distinto recurrente, que en todo caso aún este concepto restringido y objetivo de la alarma social no podía desconectarse de la principal razón o causa justificadora de la reducción de una persona a prisión y el mantenimiento de la misma, y que es el peligro de la fuga.»

3.13. Es cierto que en los dos Autos de 30 de enero de 1995 se reformó la situación de prisión provisional acordando la libertad con fijación de muy altas fianzas, mientras que en el auto de apelación que ahora se recurre en amparo, se llega a conclusiones diferentes.

Pero pese a ello no se percibe en el auto recurrido, semilla alguna de razonamiento judicial desigual. En primer lugar por cuanto se trata de procesos en los que se persiguen hechos y delitos bien distintos. En segundo lugar por cuanto el auto de apelación recurrido en varía la doctrina sostenida en los autos comparados para otorgar la libertad bajo fianza para denegarla expresa e individualmente al señor Sotos Pulido.

Muy al contrario el auto que resuelve el recurso de apelación razona por qué no es de aplicación, *stricto sensu*, tal doctrina, sin que, una vez constatada la existencia del razonamiento y no siendo éste arbitrario, pueda entrarse en este recurso de amparo a revisar el contenido de dicha argumentación, una argumentación de alarma social, que, si está debidamente regulada en el derecho interno, puede ser contemplada argumentalmente por los Tribunales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 1991, asunto Thynne, Wilson y Gunnell y Letellier, de 26 de junio de 1991, entre otros).

#### 4. *Sentencia del Tribunal Constitucional*

La Sentencia 128/95, de 26 de julio, resolvió este recurso de amparo concediendo el amparo y en el que tras examinar el fondo de la cuestión argumentaba que:

«En el presente supuesto, como queda dicho, el recurrente solicitó de la Audiencia Nacional su puesta en libertad provisional con el argumento de que su actual situación de prisión provisional carecía de fundamento material, pues, frente a lo insuficientemen-

te argüido por el Juez instructor y a tenor del informe de los interventores judiciales, no cabe apreciar la existencia de indicios racionales que sustenten el carácter delictivo de los hechos que se le imputan, por lo que falta la condición necesaria prevista en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder decretar la prisión provisional. Junto a esta pretensión, se añade también, aunque más brevemente, que no se constata riesgo alguno de que vaya a eludir la acción de la Justicia.

a) El recurrente se alza en amparo frente a la respuesta que la Audiencia Nacional le da a la primera de sus pretensiones, alegando que en la resolución recurrida “se desatienden las alegaciones (...) en cuanto a las circunstancias nuevas sobrevenidas como son los dictámenes de los interventores de la Suspensión de Pagos de PSV, que descartan cualquier desvío de fondos ni apropiación de cantidad alguna”. Pues bien, de la lectura del auto recurrido se desprende con toda claridad que la alegada desatención, en el sentido de ausencia de motivación razonable, no se produce, pues, aunque no se atiende a la pretensión del recurrente, ello se hace de modo motivado y razonable a partir de la comparación documental y de la valoración que al órgano judicial merece la naturaleza de los escritos que abogan en pro y en contra de la existencia de indicios de la comisión de hechos delictivos. Concretamente, la Audiencia Nacional sostiene que, frente a la “actividad investigadora realizada por el Instructor”, a los autos del mismo y a la información que se deduce de los escritos de recurso y de oposición a las mismas, de las que se infiere “que existen indicios de una defraudación por cantidad de notoria importancia, que afecta a algo tan de primera necesidad como es la vivienda, y a múltiples perjudicados”, no pueden imponerse “transcripciones fragmentarias del dictamen emitido por los interventores en la suspensión de pagos (...), cuando ni siquiera sabemos si el dictamen se ha incorporado al procedimiento penal, y cuando, aunque tampoco nos consta documentado, ha sido impugnado, según manifiesta alguno de los apelados en su escrito de oposición al presente recurso”. De estas premisas deduce que no han variado las circunstancias que llevaron en un principio a apreciar que existían indicios de responsabilidad criminal.

b) Resta por abordar el último de los motivos de la demanda, primero en la misma, que se sintetiza en la falta de fundamen-

tación del riesgo de fuga como justificativo del mantenimiento de la prisión. El recurrente defendió ante la Audiencia Nacional la inexistencia de peligro de fuga alegando su carencia de antecedentes penales, su colaboración en la instrucción de la causa, el transcurso de varios meses privado de libertad y su arraigo personal y familiar en Madrid. Frente a estos alegatos, el auto recurrido se limita a decir que “al menos en el momento actual de la investigación, no puede descartarse la fuga de Carlos Sotos Pulido, pese a lo indicado por el apelante sobre su colaboración a la justicia y arraigo, ante las graves consecuencias que, sin prejuzgar los hechos, pueden derivar de la presunta comisión de los delitos que se están investigando, hasta el punto que no consideramos garantía suficiente de que no eludirá la acción de la justicia la prestación de una fianza”. El auto hace también una breve alusión a la alarma social, a la que al parecer aludió el actor en la vista del recurso, pero se limita a afirmar que este argumento “no (puede) desconectarse de la principal razón o causa justificadora de la reducción de una persona a prisión y el mantenimiento de la misma, y que es el peligro de la fuga”.

Pues bien, a la luz de los criterios de enjuiciamiento constitucional expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes, debe llegarse a la conclusión de que los autos objeto del presente recurso de amparo carecen de razones suficientes para justificar el mantenimiento de un riesgo de fuga no conjurable con medidas alternativas a la prisión provisional.

Concretamente, los escuetos autos del Juzgado Central resultan insuficientemente motivados, puesto que, aunque están fundados, carecen de razonamiento que avale la decisión. En cuanto al auto de la Audiencia Nacional puede admitirse que, aunque no con holgura, está suficientemente fundado y razonado, y ese razonamiento no resulta en absoluto arbitrario. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho fundamental de libertad (art. 17.1 de la CE), esa motivación desde el punto de vista de su contenido no resulta razonable por incompleta, ya que se limita a apreciar la concurrencia del peligro de fuga a partir del criterio exclusivo de la gravedad de la pena que amenaza al imputado, sin valorar otros extremos relativos a las circunstancias del caso, a las características procesales del recurrente y a los efectos producidos por el tiempo transcurrido, que fueron alegadas en el recurso de apela-

ción. Si bien las características del delito imputado y la gravedad de la pena quizá pudieran constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar el peligro de fuga, transcurridos más de ocho meses este argumento aislado ya no resulta suficiente. Por ello, el mantenimiento de la prisión provisional sin ulteriores matices y la soledad argumentativa de la motivación relativa a la gravedad de la pena convierte el auto recurrido en expresión larvada de un automatismo en el decreto de la prisión provisional abiertamente contrario los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad que debe presidir la institución.»

## II

### 1. UNA PROPUESTA DE «AMPARO JUDICIAL» EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL «TRAMITE DE AUDIENCIA» A QUIENES DEBIERON SER PARTE Y NO FUERON EMPLAZADOS EN TIEMPO Y FORMA

La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, regulaba en su redacción original los emplazamientos en los artículos 63, 64 y 65: ningún problema suscitaba el emplazamiento de la Administración autora del acto impugnado, que se efectuaba con la reclamación del expediente administrativo (art. 63), disponiendo incluso que «*cuando sea demandada la Administración del Estado, se entenderá persona y parte por el envío del expediente*»; tampoco debía provocarlo el supuesto de lesividad del artículo 65: «*El emplazamiento de los demandados, en los casos en que el recurso se formule por la misma Administración autora de un acto declarado lesivo, se efectuará individualmente por el Tribunal, en la forma dispuesta para el proceso civil.*»

El problema surgía en el supuesto del artículo 64, que venía a establecer como general el sistema de emplazamiento no personal, sino por edictos, incluso de «*las personas que, con arreglo al artículo 29, párrafo 1, apartado b) deban ser emplazadas*» (1), ade-

(1) Es decir, las personas a cuyo favor derivaren derechos de propio acto.

más, lógicamente, de quienes pudieran personarse como coadyuvantes.

Este sistema fue inicialmente considerado conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) por el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 9/81), pero rápidamente (Sentencias del Tribunal Constitucional 63 y 65/82) consideró que no garantizaba suficientemente la defensa de los que estuvieran legitimados para comparecer en el proceso como demandados o coadyuvantes, por lo que exigió que se efectuara su emplazamiento personal siempre que fueren conocidos o identificables con los datos obrantes en el escrito de interposición o en el expediente administrativo.

Dicha solución fue asumida por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, pero con un carácter esencialmente formal: venían a acordar que la Administración autora del acto emplazara a quienes aparecieran como interesados en el expediente, pero, incluso en el caso de que éstos se personaran antes de dictarse sentencia, no procedían a retrotraer el proceso, o, al menos, a habilitar un trámite de alegaciones de dichos interesados, quienes, si existía recurso contra la sentencia que se dictara no quedaban ciertamente indefensos, pero sí cuando se trataba de procesos de única instancia.

El criterio del Tribunal Constitucional no fue plasmado legislativamente hasta la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que reformó el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dándole la siguiente redacción:

1. *«La resolución de la Administración autora del acto o la disposición impugnados por la cual se acuerde la remisión del expediente administrativo al Tribunal, se notificará de inmediato a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, emplazándoles para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días, practicadas las notificaciones, se enviará el expediente administrativo al Tribunal, incorporando al mismo las notificaciones para emplazamiento efectuadas.»*

2. *«Recibido el expediente, el Tribunal comprobará, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas, que se han efectuado los emplazamientos anteriores y si adviertiere que son incompletos ordenará que se practiquen los necesarios.»*

3. «La publicación de los anuncios ordenada en el artículo 60 servirá de emplazamiento de aquellos interesados que no hubieran podido ser emplazados personalmente.»

La experiencia demuestra que, pese a estas cautelas legales, dichos emplazamientos no se efectúan, o se hacen mal, y que las Salas de lo Contencioso-Administrativo no cumplen con lo dispuesto en el artículo 64.2: en unas ocasiones el incumplimiento es absoluto; en otras (como por ejemplo en procesos selectivos), la Administración incoa un expediente por cada solicitante, de modo que, al remitir éste (es decir, el del recurrente en vía contencioso-administrativa), niega que haya más interesados.

Como consecuencia de esta deficiente práctica, es muy frecuente bien la personación tardía, a la que las Salas aplican el artículo 66.1 y, por tanto, admiten la personación, pero no retrotraen ni interrumpen el curso del procedimiento, bien incluso posterior a que se haya dictado la correspondiente sentencia, supuesto en que la Sala se limita a admitir la personación, a los solos efectos de notificar la sentencia dictada, todos estos supuestos dan lugar a problemas diferentes, pero con una nota común, la posible indefensión de quien no se personó en tiempo y forma por razones ajenas a su voluntad, al no haber sido emplazado adecuadamente.

En el primer supuesto (personación antes de dictarse sentencia) si quien lo hizo tuvo ocasión de defender su posición (por ejemplo, porque fue lo suficientemente diligente como para hacerlo antes del trámite de contestación a la demanda, o, en el proceso ordinario, pudo hacer uso del trámite de conclusiones o vista, y no hubiera propuesto prueba), queda plenamente satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva; si no llega a tiempo para cualquiera de estos trámites (por ejemplo, en el proceso de funcionarios, en que no hay conclusiones), la situación de indefensión es más clara, y sólo queda paliada en los casos en que contra la sentencia quepa recurso (en la ley actual el de casación), pues puede intentar un recurso de casación por los motivos 3.º (2)

---

(2) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

o 4.º (3) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta misma posibilidad existe si se persona en momento en que, habiéndose dictado sentencia, ésta aún no ha sido declarado firme, y, por tanto, cabe este recurso.

Pero en aquellos casos en que no cabe recurso contra la sentencia, bien porque ésta es irrecurrible (caso de funcionarios) o porque ha sido ya declarada firme, la única vía hoy admisible para restaurar el derecho fundamental es el recurso de amparo, lo que resulta en cierto sentido contrario al carácter «subsidiario» que se pregona de este proceso, y de efectos muy limitados, ya que el Tribunal Constitucional viene desestimando el amparo cuando los afectados son muy numerosos (con el argumento de que sería una carga excesiva para los Tribunales comprobar estos emplazamientos).

El carácter «subsidiario» del recurso de amparo debe suponer que se habilite un trámite de audiencia de los interesados, que puedan ejercer plenamente el derecho de defensa de sus intereses en el propio recurso contencioso-administrativo, lo que a su vez exige la determinación de que la posible indefensión sea real, y no meramente formal, ello puede lograrse de la siguiente forma:

Primero: Para los casos de personación antes de que se haya dictado sentencia, dentro del término del emplazamiento (por haberse efectuado éste), bastaría con especificar que el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativo otorgue un plazo para instrucción, alegaciones y posible prueba.

Segundo: Si la personación se produce después de dictada sentencia, será preciso, a su vez distinguir:

a) Si contra la misma cabe recurso de apelación o casación, debe notificarse la sentencia a quien se ha personado, para que pueda recurrirla; puede observarse que la casación permite bien la infracción de precepto constitucional, bien el quebrantamiento de forma de las garantías del proceso, con indefensión, lo que exigirá que en el escrito de interposición se hagan constar expresamente las circunstancias que han determinado una indefensión material y no meramente formal.

---

(3) «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico... que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate», que debe permitir alegar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Cuando no quepa recurso contra la sentencia, bien porque éste sea irrecurrible, bien porque se haya declarado firme, debe habilitarse un «recurso» o trámite judicial de audiencia, como proceso especial de rescisión de la sentencia firme, que es la función que en estos momentos está cumpliendo el recurso de amparo. Las notas fundamentales de este proceso, similar en cierto sentido al mal llamado «recurso de audiencia al rebelde» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serían:

1. Un plazo breve (veinte días, que coincide con el del recurso de amparo) para su interposición, desde que el interesado conoció la sentencia dictada en el proceso en que no tuvo posibilidad de intervenir.

2. La competencia debe atribuirse al órgano superior del que dictó la sentencia: mientras no se creen los Juzgados de lo contencioso-administrativo, la Sala III del Tribunal Supremo, lo que exigiría la Ley Orgánica (Juez ordinario predeterminado por la ley) en este aspecto.

3. Exigencia de que el escrito de interposición determine las siguientes circunstancias, que, en su caso, se acreditarán documentalmente: legitimación pasiva, por ser titular de un derecho subjetivo, o al menos de un interés legítimo, de quien ejercita esta acción; expresión de las circunstancias que demuestren que la indefensión ha sido real, y no meramente formal (relevancia de su intervención en el proceso, argumentos o fundamentos que hubiera empleado diferentes de los utilizados por los que efectivamente se personaron como demandados).

4. Debe concederse a la Sala la posibilidad de apertura de un trámite, con audiencia del interesado, de quienes fueron partes en el proceso cuya sentencia se quiere rescindir, y, en todo caso del Ministerio Fiscal (como defensor de los derechos fundamentales), sobre la posible concurrencia de causas de inadmisión: escrito extemporáneo, o carencia manifiesta de contenido de la pretensión. Si la Sala aprecia esta causa de inadmisión, dictará auto.

5. La sentencia puede, bien estimar la pretensión, en cuyo caso anulará la sentencia dictada y ordenará la retroacción de las actuaciones al momento procesal que permita la audiencia del interesado, o desestimarla, en cuyo caso contra la misma cabrá los recursos antes indicados.

Este sistema tiene, a nuestro juicio, muchas ventajas, y prácticamente ningún inconveniente:

En primer término, porque introduce un «amparo judicial» que constituiría la vía judicial previa al recurso de amparo constitucional que, en este aspecto, mantendría su carácter «subsidiario». A su vez, ello supondría una reducción de volumen de trabajo en el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, porque sería un proceso más rápido y ágil que el actual (recurso de amparo directo).

## 2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PROCESO PENAL MILITAR

Los recursos de amparo números 3921/94 y 673/95 se incoaron en virtud de demandas de asociaciones de defensa de los soldados contra resoluciones de la jurisdicción militar denegando su personación en el ejercicio de la acción popular, el Tribunal Constitucional abrió inicialmente el trámite de inadmisión por carencia manifiesta de contenido, pero, a instancias del Fiscal, procedió a admitir ambos recursos de amparo, en el trámite de alegaciones de fondo, se solicitó la desestimación de los amparos, por los fundamentos que sucintamente se resumen:

Primero. Aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es un «derecho expansivo», por la ampliación del concepto «legitimación», no puede olvidarse que se trata de un derecho fundamental de configuración legal, que se ejercita en su régimen legal concreto.

Segundo. En el plano de la jurisdicción militar no encontramos resoluciones del Tribunal Constitucional referidas al ejercicio de la acción popular. En definitiva era necesario determinar si el silencio de las leyes (tanto de jurisdicción militar y competencia, como procesal militar) acerca de la figura del acusador popular supone una negativa legal a la posibilidad de esta figura de dichos procesos, que encuentran alguna justificación o fundamento cons-

titucional o, por el contrario, dicho silencio da lugar a la eficacia de la Disposición adicional primera de la Ley Procesal Militar, y por tanto, a la aplicabilidad de los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en definitiva, a esta modalidad de acusación en el proceso penal militar.

Partimos de la base de que el derecho al ejercicio de la acción popular no es un derecho incondicionado, establecido con carácter absoluto por el artículo 125 de la Constitución, sino un auténtico derecho de configuración legal, como se desprende de la expresión *en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine*, que no ha de entenderse circunscrita al Jurado, sino que es aplicable también a la acción popular, como evidencia la falta de la misma en otros ámbitos procesales.

Continuamos poniendo de manifiesto el paralelismo existente entre las Leyes de Organización y de procedimiento, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la militar, para concretar las especialidades que, en esta última, se establecen en el ejercicio de todo tipo de acciones por particulares, y que, en esencia, son:

1.<sup>a</sup> Sólo se regula *la acusación particular y la acción civil*, disponiéndose expresamente, como excepciones al principio general de posibilidad de personación de los perjudicados, la prohibición de ejercer la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria, así como los procesos incoados en tiempo de guerra.

2.<sup>a</sup> Esta omisión, enfrentada a la completa regulación de la acusación popular en los procesos penales ordinarios, y teniendo en cuenta que las leyes de organización y procedimiento militares son postconstitucionales, no es un olvido, sino una clara manifestación del legislador de no permitir la acción popular en los procesos penales militares.

3.<sup>a</sup> La misma se justifica en las peculiaridades de la jurisdicción militar, y, por tanto, resulta acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, procediendo, en consecuencia, la desestimación de los amparos solicitados.

### 3. RECURSO DE AMPARO O INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES CONTRA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el Recurso de Amparo 2584/92 recayó Sentencia de esta Sala 93/1995, de 19 de julio (publicada en el «BOE» del 24 de julio), el día 29 de julio de 1995 se presentaron diversos escritos suscitando contra la misma, bien un incidente de nulidad de actuaciones, bien recurso de amparo, todos estos escritos tenían como denominador común que los interesados no habían sido emplazados personalmente en el citado recurso de amparo —pese a haber sido parte en el proceso *a quo*— y, en consecuencia, habían sufrido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del propio Tribunal Constitucional.

El Tribunal acordó por providencia de 26 de octubre de 1995 dar traslado al Fiscal de dichos escritos *para que en el plazo de diez días aleguen lo que estimen procedente*, lo que interpretamos constituía la apertura de un trámite de alegaciones sobre admisibilidad de este atípico incidente, pues contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, como expresamente establece el artículo 93.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que únicamente admite la *aclaramiento* de las mismas si se solicita en el plazo de dos días a contar desde su notificación, y se desprende asimismo (para el supuesto específico de los recursos de amparo), del catálogo de decisiones, disposiciones, actos, vías de hecho y resoluciones a que se refieren los artículos 42 a 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en absoluto incluyen las sentencias de las Salas de este Tribunal.

Ante la falta de antecedentes similares, se optó por desarrollar un dictamen, cuyas líneas argumentales eran, en resumen, las siguientes:

En primer término se abordó el problema de si cabía el incidente de nulidad de actuaciones contra sentencias del Tribunal Constitucional (pese a la falta de previsión de la LOTC), y, caso afirmativo, si son de aplicación los requisitos establecidos en los artículos 238 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Entendimos que dicho incidente no sólo no está previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino que, en sí mismo, no es factible, por las siguientes razones:

En primer término por la dicción literal del artículo 93.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya citado, unido a la previsión del artículo 94.

En segundo lugar porque, aun considerando que la supletoriedad establecida en el artículo 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, incluyera el llamado *incidente de nulidad de actuaciones* la misma conllevaría su sometimiento a la regulación completa de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que no cabría tal incidente en procesos terminados por sentencia.

Por último, porque la prohibición de modificar, y más aún, de anular las sentencias definitivas, establecida en los artículos 267 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (principio de intangibilidad de las sentencias) es una consecuencia evidente del principio de seguridad jurídica, artículo 9.3 de la Constitución Española.

Finalmente se indicaba que la prohibición de recursos (incluido este incidente) contra las sentencias de este Tribunal no dejaba en absoluto desprotegidos a los solicitantes, pues éstos podían acudir, en defensa de sus derechos, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### III

#### EL HONOR DE LAS PERSONAS JURIDICAS

La posibilidad de que las personas jurídicas fueran titulares del derecho fundamental al honor ha sido un tema ampliamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia, en las que se han mantenido posiciones dispares y aun opuestas.

El problema parecía resuelto tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/88, según la cual «el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas», criterio seguido posteriormente por otras resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. No obstante, tal línea jurisprudencial ha quedado superada por dos importantes sentencias del máximo intérprete de la Constitución, dictadas en 1995. Nos referimos a las Sentencias del Tribunal Constitucional 139/95, de 26 de septiembre, y 183/95, de 11 de diciembre.

La primera de ellas resuelve un recurso planteado por la entidad «Lopesan Asfaltos y Construcciones, S. A.», a quien se imputaba el pago de comisiones a la Guardia Civil para evitar ser sancionada en su actividad de transporte. Declarada la intromisión ilegítima en el honor, los condenados civilmente alegan ante el Tribunal Constitucional la falta de titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas. La sentencia citada desestima el recurso, mediante una triple consideración:

- a) La posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales.
- b) La aplicabilidad al caso concreto del honor.
- c) La existencia en el supuesto debatido de intromisión ilegítima.

En lo que aquí más interesa, reseñaremos los dos primeros apartados.

a) *Derechos fundamentales y personas jurídicas*

El Fundamento jurídico 4.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/95, que estamos citando, efectúa una primera aproximación al tema mediante una consideración general de la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de los derechos protegidos en el artículo 53.2 de la Constitución. Y resumiendo su propia doctrina, declara lo siguiente:

«La Constitución Española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su artículo 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, sin bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales.

La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinar tipos

de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 de la CE); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 de la CE); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 de la CE) o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia (art. 22.4 de la CE).

Junto a este reconocimiento, expreso o implícito, de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, el texto constitucional delimita una peculiar esfera de protección. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1995 por la que se reconoce a la empresa «Amaika, Sociedad Anónima», dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el artículo 20.1 a) de la Constitución Española.

Sin embargo, la protección que los derechos fundamentales otorgan a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reco-

nocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.

Cierto es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de estos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan —como decíamos— su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas.

Bajo esta perspectiva destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1989, en la que se afirma que este Tribunal “ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el artículo 14 de la Constitución Española a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1983, 20 y 26/1985 y 39/1986, sin que existan razones para modificar esta doctrina general” (Fundamento jurídico 2.º).

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional se encuentra ya en condiciones de abordar el concreto problema que se le plantea en el caso sometido a su revisión, relativo a la posibilidad de que las personas jurídicas detenten el derecho al honor, no meramente como un bien jurídicamente protegido en el artículo 1.902 del Código Civil, sino como derecho fundamental reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución. Compensa la cita de su Fundamento jurídico 5.º

«Recapitulando lo expuesto hasta aquí, puede sostenerse que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental.

Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta, en el presente caso, el derecho del que se discute esta posibilidad es el derecho al honor, con lo cual el examen se reconduce a dilucidar la naturaleza de tal derecho fundamental. No existe positivizado, lo que facilitaría el camino, un concepto de “derecho de honor”, ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley, este Tribunal se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico (Sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992). Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (Sentencias del Tribunal Constitucional 185/1989), que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados (Sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992). A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma) “la cual —como la fama y aun la honra— consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación, lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas” (Sentencia del Tri-

bunal Constitucional 223/1992 y, recientemente, Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1995).

Cierto es también, que, de forma paralela a este concepto objetivista de “honor”, este Tribunal ha acuñado un concepto personalista del mismo, por lo que a la titularidad de este derecho se refiere. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 se afirmó que “el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar de honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública” (Fundamento jurídico 2.º).

Con posterioridad a esta Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988, en la que se considera el honor de una persona jurídico-pública, la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989 trata del honor de una institución y la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1989 de una clase determinada del Estado, manteniendo unas tesis interpretativas que luego fueron matizadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, en una orientación jurisprudencial que con la presente sentencia queremos reforzar y ampliar.

Pero sigamos. Aunque el honor “es un valor referible a personas individualmente consideradas”, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. Recuérdese, en este sentido, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, en la que expresamente se ha extendido la protección del derecho al honor a colectivos más amplios, en este caso los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacional socialismo. Por tanto, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no puede traducirse, como en el Fundamento jurídico 6.º en esta sentencia se pone de manifiesto, por una imposición de que “los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para

que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”.

En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el artículo 10.1 de la Constitución Española. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del artículo 18 de la Constitución Española.

Resulta evidente, pues, que a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos, tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7, LO 1/1982).»

La segunda de las Sentencias antes enunciadas (la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/95) va todavía más allá. El caso concreto se resume en su Fundamento jurídico 1.º:

«La presente demanda de amparo, interpuesta por la empresa periodística “Diario de la Mañana, S. A.” y don José Ramón Correal Modol, se dirige contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1994, que desestimó el recurso de casación formulado en su día por los propietarios de la discoteca “Luxury, S. A.” contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de octubre de 1990.

El objeto del presente recurso de amparo se contrae a lo que los actores consideran incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto —libertad de expresión *versus* derecho al honor— por la sentencia que impugnan, puesto que, a su juicio, ni las personas jurídicas pueden ser titulares de dicho derecho fundamental, ex artículo 18.1 de la Constitución Española, ni se ha vulnerado tal derecho, por lo que, en su consecuencia, la Sala Primera del Tribunal Supremo debió desestimar la demanda interpuesta contra ellos por el cauce especial de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Este es el núcleo fundamental del recurso, aunque colateralmente se formulen otras consideraciones al respecto.»

Tras remitirse a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/95, la resolución que comentamos comienza acogiendo el criterio del Ministerio Fiscal, que se había mostrado contrario al amparo a través de la doctrina del llamado «levantamiento del velo» de las personas jurídicas, dado que los recurrentes habían accionado en su doble carácter de personas físicas, conocidas públicamente en el lugar de los hechos como propietarios de la discoteca objeto de la información, y de representantes de la sociedad anónima «Luxury, S. A.», titular de dicho establecimiento, al menos en el primero de los conceptos debía reconocerse el acierto del Tribunal Supremo al tutelar el derecho al honor.

Pero el Tribunal Constitucional va más lejos: afirma paladinamente que no es necesario acudir a tales argumentos, pues la sociedad anónima como tal es titular del derecho al honor, y por tanto confirma las tres sentencias de la jurisdicción ordinaria.

Nótese que el Tribunal Constitucional no hace ni siquiera mención de la tradicional distinción entre personas jurídicas de base personal (asociaciones, partidos políticos, sindicatos, etc.) y de sustrato patrimonial (empresas), sino que viene a reconocer la titularidad del derecho al honor por todas ellas.

Importantes sentencias, pues, que sin duda habrá que tener en cuenta en el futuro, también en la aplicación del nuevo Código Penal en su regulación de los delitos contra el honor (Título XI de su Libro II).

LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LEY  
DE PROPIEDAD INTELECTUAL 22/87 DE 11 DE NOVIEMBRE

Aún cuando la Ley citada 22/87 quedó formalmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/96 que aprobó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) los preceptos cuestionados por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Inca (Balears) que fueron el 17 y el 20.1 han sido sustancialmente reproducidos en el nuevo texto con lo que queda intacto el valor doctrinal integrado en su día por el informe del Fiscal General del Estado y el auto que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional en 9 de mayo de 1995 que la inadmitió por infundada.

La cuestión de inconstitucionalidad tuvo su precedente en el proceso de medidas cautelares promovido por la Sociedad General de Autores Españoles (SGAE) contra «Triano, S. A.». En el mismo, la parte actora solicitó en su demanda, al amparo de los artículos 126 y 127 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), la suspensión de la comunicación pública de determinadas composiciones musicales y el secuestro de los aparatos utilizados. La parte demandada se opuso a las citadas pretensiones, interesando que el Juez planteara cuestión de inconstitucionalidad del artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Intelectual como opuesto al derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución Española. El Juzgado, previa consulta a las partes, dictó auto en 14 de diciembre de 1994 planteando cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional de los artículos 17 y 20.1 de la Ley de Propiedad Intelectual como contrarios al citado derecho de propiedad.

En su informe el Fiscal señalaba lo siguiente:

1. El cuestionado artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual contiene los derechos de explotación en cualquier forma pertenecientes al autor de una obra producto del intelecto e incorpora de modo específico la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, los que no podrán ser realizados sin la autorización del autor, salvo en los casos previstos en la ley. Estos últimos vienen referidos a los supuestos de los artículos 31 y 32 en los que se tolera la reproducción sin tal autorización en casos pun-

tuales (diligencias judiciales, uso privado) y bajo determinadas garantías y fines.

De otro lado, tal previsión legislativa halla su enlace constitucional en el artículo 20.1.b de la Constitución Española que protege como derecho fundamental la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. La ubicación de tal precepto en la sección primera del capítulo II de la Constitución Española le otorga un sistema privilegiado de defensa y garantías plasmado en el artículo 53.2 de la Constitución Española.

Asimismo habría que tener en cuenta la doble vertiente que a los llamados «derechos de autor» viene reconociendo de siempre la doctrina científica, cuales son el contenido personal de naturaleza moral que se plasma en la satisfacción que produce a su autor la creación del ingenio, y de otro lado, el contenido patrimonial que supone la titularidad de las ventajas económico-patrimoniales inherentes a su explotación.

2. Con las ideas anteriores, es posible, adentrarse en el ajuste entre la norma cuestionada y la Constitución, partiendo de la base de que se puede acotar el objeto de la cuestión contrayéndolo al artículo 17 y de modo específico al derecho a la comunicación pública de la obra, toda vez que la llamada en el auto al artículo 20 es meramente referencial en cuanto contiene una interpretación auténtica del concepto de comunicación pública sin valor autónomo, por tanto, en cuanto a la medición de la constitucionalidad.

De la lectura del auto planteando la cuestión se infiere que la oposición al derecho de propiedad viene referida a la que corresponde al comprador del soporte material o del instrumento al que aparece unida la composición que vería afectado en su contenido esencial el dominio sobre la cosa al impedirsele la difusión pública de la obra.

Desde este planteamiento, una primera observación salta a la vista toda vez que se confunden los objetos de los derechos de propiedad. Debe ser distinguido a este respecto el derecho de autor que revierte en un objeto incorpóreo, abstracto e ideal, de las cosas en las cuales se exterioriza y recibe forma tangible (libro, cuadro, estatua, vídeo, disco, etc.), correspondiendo, respectivamente, a las categorías de autor de propiedad intelectual y titular de cosa material. No se puede decir, por ello, que se vea minorando o anulado el derecho del propietario del objeto que podrá ejer-

cer las facultades inherentes al dominio sobre el mismo, es decir, la disposición, el gravamen, la destrucción, etc., por el hecho de que el legislador decida, en orden a la protección del derecho fundamental de propiedad intelectual, extender el derecho del autor de la composición a la explotación monopolizada o exclusiva de su obra, impidiendo la difusión pública sin su autorización.

No se impide por ello el uso del objeto material ni la reproducción privada de su contenido. Aún más, tampoco se impide su comunicación pública, sino que se somete al permiso del autor de la composición y en todo caso a una compensación del carácter económico remunerador del esfuerzo intelectual que supuso la creación.

3. De la lectura del auto cuestionante, se desprende que el Juez parte de un concepto de propiedad que lo identifica de un lado, con la corporeidad del objeto de dominio y de otro, con los caracteres de absoluta exclusiva y perpetua propias del derecho histórico sin consideración a la especialidad de la propiedad intelectual, con el contenido dual antedicho y con la que puede compatibilizarse (art. 3 de la LPI).

En este sentido, por muy especial que se considere el uso como contenido del derecho de propiedad no se puede desconocer que la utilización de objetos que incorporan valores ideales puede estar sometido a restricciones derivadas precisamente de ese carácter híbrido de la cosa, que permita compatibilizar los derechos de propiedad de varias personas.

A este respecto, los ejemplos que el auto describe (obra del arquitecto o del programador de ordenador) además de no tener sino una importancia explicativa de lo que se quiere decir, no tienen relación alguna con el caso contemplado en cuanto a la cuestión planteada por tener sus propias connotaciones específicas [véase, por ejemplo, en cuanto a programas informáticos el art. 20.2 h) de la LPI].

Por otra parte la idea de elasticidad del derecho de propiedad, como nota opuesta al concepto de exclusividad, está presente en nuestra legislación en la que el mismo no padece por el hecho de que eventualmente el haz de facultades que abarca esté anulado o restringido. Piénsese a título de ejemplo, en los derechos reales del usufructo, servidumbre, hipotecas o los tanteos y retractos, en el arrendamiento o en las prohibiciones temporales de disponer. Por ello no se puede llegar a la conclusión a la que arriba el Juez cues-

tionante, de inconstitucionalidad de un precepto por el hecho de que prohíba o condicione un determinado uso de un soporte material cuando con ello solamente pretende proteger los derechos de autor o lo que es lo mismo, del titular del valor incorporado al soporte de modo material, pero idealmente separado del mismo.

Se pedía, en suma, del Tribunal Constitucional que rechazara la cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada.

Por su parte el Tribunal Constitucional en su Auto 134/95, de 9 de mayo, incidía en la no extralimitación del legislador en la regulación del derecho, coherente con la regulación internacional de la materia, razones que exponía en el Fundamento jurídico 3 del auto en la siguiente forma:

«La cuestión planteada consiste, pues, en dilucidar si el legislador al haber incluido como derecho o facultades del autor sobre su obra la comunicación pública de la misma, como forma especial de explotación, y al haber excluido la comunicación no pública de aquélla se ha extralimitado al definir el contenido de la propiedad intelectual menoscabando con ello el derecho a la propiedad del dueño del soporte material de la obra.

Para dar respuesta a la cuestión es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal de que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho. Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/87, 89/1994). Pues bien, para apreciar lo notoriamente infundada que resulta la duda de constitucionalidad suscitada, basta con resaltar no sólo que la atribución del autor del ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra han venido formando parte, en nuestra legislación precedente, del conjunto de derechos o facultades que conformaban el contenido de la propiedad intelectual del autor —arts. 7 y 19 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879—, sino también, más concretamente, que la comunicación pública de la obra, en cuanto forma especial de explotación, y la consiguiente prohibición de que aquélla pueda realizarse sin la preceptiva autori-

zación, forma parte hoy del contenido de la propiedad intelectual del autor sobre su obra, como así resulta de los tratados internacionales suscritos por España —arts. 9, 11.1, 11 bis, 11 ter y 14 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; IV bis y V de la Convención Universal sobre Derecho de Autor— y de la legislación de los países de nuestro entorno jurídico, así como de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, y la misma regulación se recoge en el reciente Anteproyecto de Ley de incorporación al derecho interno de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, con los que guarda una absoluta coherencia los preceptos legales impugnados. También, en lo que se refiere a la no consideración como comunicación pública, exenta, por tanto, del régimen de autorización, la que se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico.

Cierto es que de la existencia de la propiedad intelectual se deriva, por ende, una serie de limitaciones al derecho de propiedad sobre la cosa material en la que se exterioriza la obra. Más esa limitación, impuesta en salvaguardia y protección de los derechos del autor sobre la explotación de su obra, no sólo resulta compatible con el derecho de propiedad del dueño de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (art. 3), sino que no hace desaparecer ni convierte en irreconocible el derecho a la propiedad del *corpus mechanicum*, por lo que no puede considerarse vulnerado el artículo 33.1 de la Constitución Española.»

En consecuencia, acogiendo las razones expuestas por el Fiscal General del Estado, reforzándolas con la regulación del Derecho Internacional y partiendo de la base esencial de que el legislador goza de libertad para delimitar el contenido del derecho de propiedad para cada grupo de bienes siempre que no padezca su núcleo fundamental, llega a la conclusión de que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad carece de fundamento para superar la fase de admisión de la misma.

## C) FISCALIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

De acuerdo con la estructura del Tribunal de Cuentas, la intervención del Ministerio Fiscal se circunscribe a la fiscalización externa de la gestión económica del sector público y al enjuiciamiento de las responsabilidades contables causadas por quienes ostentan la condición de cuentadantes en dicho sector.

### 1. ACTUACIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ORDEN FISCALIZADOR

#### a) DECLARACION DEFINITIVA

La Declaración Definitiva, como resumen de lo más trascendente de la Cuenta General de la Administración del Estado y los Organismos Autónomos y valoración de los resultados de los análisis, es algo más que un informe de fiscalización de cuentas: trata de transmitir a las Cortes Generales la opinión del Tribunal de Cuentas sobre la calidad de la contabilidad y situación económica públicas.

La importancia del objeto de examen determina la necesidad de un extraordinario rigor en la calificación, de forma que la ley no autoriza en ningún punto a transigir, consentir u olvidar fallos o defectos en las cuentas que se presenten, y al contrario, exige expresamente que se recojan puntualmente los resultados de cada fiscalización, haciendo constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares se hayan observado, proponiéndose las soluciones más oportunas para exigir responsabilidades.

En esta línea de análisis, la Fiscalía ha estudiado el proyecto recibido, que fue elaborado conforme a la sistemática establecida desde que la Declaración Definitiva sobre la Cuenta General del Estado y la Memoria Anual, relativas a 1992, se aprobaron y elevaron separadamente a las Cortes. Y ya desde el primer momento llama la atención el comprobar que, no obstante la eficaz labor que hace la Intervención General de la Administración del Estado en la formación de la Cuenta General, son doce los Organismos Autónomos que no forman parte de los Estados Anuales Agregados, exclusión que constituye una inobservancia legal inadmisibles

que reviste mayor gravedad en aquellos Organismos que reiteran su incumplimiento como es la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, la Junta del Puerto de Melilla, la Junta del Puerto de Santander, la Junta del Puerto de Tarragona y el Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias.

Por otra parte, algunos otros Organismos Autónomos que sí figuran en la Cuenta General, presentan cuentas con defectos formales tan importantes que no deberían haber sido incluidas en los Estados Agregados Anuales, como ocurre con el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, la Junta de Construcciones, instalaciones y Equipo Escolar, la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, el Centro de Estudios Constitucionales y la Escuela Nacional de Sanidad. El primero, el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, ya fue calificado en el año 1991 como autor de defectos formales graves.

Pese a que con tales carencias, la Cuenta no puede considerarse completa, es justo observar que este aspecto de su imperfección ha mejorado en relación con el ejercicio precedente, tanto por el menor número de Organismos excluidos por no haber presentado en tiempo sus cuentas, como por el de aquéllos que debieron haberlo sido al no reunir las condiciones adecuadas para integrarse en la Cuenta General del Estado.

Tras poner de relieve que la Cuenta no es completa, la Fiscalía verifica la corrección de las cuentas rendidas, a través de una exposición ordenada de la Declaración definitiva, poniendo de relieve las múltiples infracciones, abusos y prácticas irregulares que contienen, tanto la cuenta de la Administración General del Estado, como las de los Organismos Autónomos.

En primer lugar y como ya es habitual, aparece de nuevo el problema de la falta de concordancia entre Entidades pagadoras y receptoras en lo que se refiere a sus transferencias internas, por distinta información, deficiencias normativas o diferente clasificación contable de los ingresos y gastos respectivos, pero en todo caso, cualquiera que sea la causa, debe considerarse como un importante defecto, aunque su trascendencia en el ejercicio que analizamos ha disminuido por haberse llevado a cabo la conciliación entre las cuentas del Estado y sus Organismos Autónomos, continuando no obstante la falta de la de éstos entre sí, lo que requiere adoptar las medidas precisas para terminar con un estado de cosas

que, por durar demasiados años, puede considerarse crónico en los sistemas contables de estos Organismos.

En segundo lugar, se enumeran las «discrepancias contables», entre las que la Fiscalía destaca por su mayor gravedad:

— La contracción de derechos por transferencias del Estado que no llegaron a reconocerse o la surgida por el Registro en la Cuenta de la Administración General de una importante cantidad correspondiente a una transferencia a su favor del Instituto Nacional de Empleo, pendiente de pago.

— En las modificaciones de créditos que ascienden a la respetable cantidad de 4.265.159 millones de pesetas, se observan circunstancias cuando menos dignas de consignar como es el que en 118 créditos los remanentes anulados superan el importe de las ampliaciones y en 29 sin llegar a superarlas, alcanzan entre el 25 por ciento y el 100 por cien de las mismas, destacando las del Ministerio de Defensa y las del Ministerio de Educación y Ciencia para el pago de atrasos de cuotas de la Seguridad Social.

— Al examinar las previsiones en relación con la recaudación que ha dado lugar a generación de créditos, se comprueba que el exceso recaudado es generalmente inferior al crédito generado.

— En el Balance de situación integral del Estado cerrado al 31 de diciembre de 1992 se comprueban muy variadas anomalías: no se ha procedido a la adscripción del Inmovilizado Material de determinados Organismos Autónomos en los que resultaba procedente; la cuenta de «Inmovilizado Material pendiente de clasificar hasta 1985» presenta todavía un saldo de 1.334.716 millones de pesetas a pesar de haber transcurrido ya siete años desde que fuera procedente su adecuada clasificación; en cuanto al Inmovilizado Inmaterial, no ha sido objeto de amortización y en él figuran partidas que no le corresponden; el saldo de las cuentas representativas de las acciones, obligaciones y bonos propiedad de la Administración del Estado resultan incompletos por falta de inclusión de determinadas partidas, al mismo tiempo que se han sobrevalorado algunas de las acciones que en el mismo se incluyen; se mantienen partidas en las cuentas de préstamos a medio y largo plazo, de gran importancia cuantitativa, que o no tienen realmente carácter de préstamo sino de asunción de deudas o son de difícil reembolso.

En cuanto a los Organismos Autónomos, sus fallos y errores son superiores proporcionalmente a los que nos hemos venido refiriendo, y así, vemos que doce Organismos Autónomos administrativos tienen reconocidas en sus cuentas derechos procedentes del Estado, cuyas obligaciones éste no contrajo mientras que al contrario, en ocho de ellos, existiendo obligaciones contraídas por el Estado a su favor, no presentan reconocidos los correspondientes créditos; en cuanto a la previsión y utilización del remanente de Tesorería en algunos Organismos se han detectado actos incorrectos que han producido excedentes de capital injustificable; es corriente la clasificación inadecuada como inversiones de ciertos créditos; otros Organismos no recogen debidamente su Inmovilizado material, siendo los supuestos más llamativos por el retraso que conllevan, el del Fondo de Atenciones Generales del Servicio Geográfico del Ejército y el del Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo, que aún no contabilizan en 1992 inmovilizados adquiridos con anterioridad a los años 1986 y 1987.

En las cuentas de los Organismos Autónomos no administrativos, no faltan tampoco las situaciones que merecen resaltarse: el Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios contabiliza incorrectamente las pólizas de crédito anuales que suscribe con el Banco de España; dieciocho Organismos de este tipo presentan en sus contabilidades derechos por transferencias del Estado no contraídas por éste, mientras que dos actúan en sentido contrario, es decir, no reconocen derechos por transferencias que sí han sido contraídas por el Estado; las Juntas de Puerto y la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos proceden a hacer la revalorización anual de su Inmovilizado siguiendo criterios autónomos; diecinueve Organismos no practican amortizaciones de su Inmovilizado Material y cuando se trata del Inmovilizado Inmaterial resulta que Turespaña e Icona presentan activos ficticios; las relaciones contables entre el Servicio Nacional de Productos Agrarios y el Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios presentan grandes discordancias por seguir ambos Organismos criterios contables dispares y, analizando el Fondo de Maniobra del «Boletín Oficial del Estado», vemos que es triple de las obligaciones reconocidas en el ejercicio, lo cual se sigue manteniendo.

En cuanto a la Declaración Definitiva, cabe señalar una serie de anomalías «contrarias a la transparencia contable», entre las que destacan: 85.243 millones de pesetas que el Ministerio de Defensa ha dejado pendientes de contabilizar en el apartado relativo a las modificaciones de los créditos iniciales; 755.774 millones de pesetas de obligaciones que en la cuenta de la Administración General no se han aplicado al presupuesto de gastos en el ejercicio, aunque se han traído a él obligaciones arrastradas de años anteriores por una importante, aunque menor, cantidad; al tiempo que se omiten ingresos propios del ejercicio, se aplican otros de años anteriores, por cuantía superior a la de los omitidos.

Por ello, analizando cómo resultaría la liquidación del presupuesto si se aplicasen a él las partidas oportunas, resulta una divergencia de 1.270.980 millones de pesetas.

En el apartado de «Bancos e instituciones de Crédito», además de no recogerse diversas cuentas del Tesoro en el Banco de España, se descubre la existencia de cuentas bancarias de titularidad estatal que no son traídas a la Cuenta General, como son las abiertas en el extranjero a nombre de diversas Agregadurías militares, con importantes cantidades depositadas.

En la Cuenta de Resultados, el saldo deudor de 996.044 millones de pesetas no refleja la realidad, dado que lo que se refiere a pérdidas corrientes comprende partidas importantes no incluidas, como las procedentes de la periodificación de los intereses de la deuda pública especial al 2 por ciento de las Letras y Pagarés del Tesoro y las devoluciones del IRPF, Impuesto de Sociedades e IVA.

Las partidas de gastos e ingresos pendientes de aplicar o incorrectamente aplicadas significan una desviación para la cuenta de resultados de 881.973 millones de pesetas y los intereses y devoluciones de las partidas que antes hemos mencionado ascienden a 1.189.383 millones de pesetas, por lo que el cargo neto que aparentemente es de 881.973 millones de pesetas, realmente es de 2.071.356 millones de pesetas, sin perjuicio de otras cantidades del mismo signo, legalmente aplazadas, que también recaerán en ejercicios futuros.

También los Organismos Autónomos Administrativos presentan anomalías materializadas en cifras incorrectas en los resultados agregados de gestión presupuestaria, aunque en esta ocasión, la disfunción disminuye el carácter negativo de los mismos, pero

no puede olvidarse que las consecuencias de la defectuosa imputación al presupuesto de determinadas partidas que asciende a 761.849.000 pesetas, deberá ser soportada por ejercicios posteriores.

Igualmente aparecen partidas inadecuadas, por no corresponder a la realidad, en capítulos como el de remanente de Tesorería que en conjunto se presenta como de 440.630 millones de pesetas cuando el real es negativo con un volumen de 341.834 millones.

El Balance de situación agregado con un total de 2.321.117 millones de pesetas, no resulta correcto, pues queda afectado no sólo por la falta de aplicación de partidas contables al presupuesto al que corresponden, sino por buen número de comportamientos indebidos en las diferentes cuentas que, en conjunto, llevan a estimar la existencia de un activo ficticio de 273.769 millones de pesetas.

Analizada la cuenta agregada de resultados aparece con un saldo deudor de 474.393 millones de pesetas, que, tras las oportunas comprobaciones, resulta disminuido en 734.938 millones de pesetas.

Por su parte, las cuentas de los Organismos Autónomos no administrativos, ofrecen la principal irregularidad de la discrepancia entre lo aparentado en contabilidad y la realidad.

Consecuencia de todo lo anterior, es la conclusión de que la Cuenta General del Estado no es completa, no es correcta y no refleja la realidad, pese a que trata de presentar la estructura y contenido establecidos en las disposiciones que le son de aplicación, y es coherente con la documentación complementaria que le sirve de fundamento. El hecho de que se trate del manejo de las mayores cantidades de dinero público obliga a una adecuada presentación en las cuentas, a su corrección aritmética y contable, y sobre todo, a que globalmente consideradas, cumplan sin excepción las exigencias de ser completas, correctas y transparentes, por lo que desgraciadamente sigue siendo de aplicación lo que ya se decía en el informe a la Declaración Definitiva de 1990: «los fallos, de todo tipo, nos llevan a considerar que la Cuenta General del Estado es, cuando menos, manifiestamente mejorable» y también, la más sucinta reflexión hecha con referencia al Ejercicio de 1991 donde afirmábamos que esta Fiscalía la consideraba «demasiado defectuosa».

Por ello, el Ministerio Fiscal lamenta la necesidad de adherirse a la propuesta que el Tribunal formula a las Cortes Generales de que se requiera al Gobierno para que adopte las medidas que sean necesarias para que la Cuenta General del Estado y las de las Entidades que la conforman se ajusten plenamente a la legislación aplicable y a los principios que deben informar las tareas de su rendición y elaboración.

b) INFORME DE LA FISCALIA RELATIVO  
A LA MEMORIA ANUAL DE 1992

*Sector Público estatal*

Los datos recogidos en este punto son los que aparecen en las cuentas presentadas, que la comprobación realizada por el Tribunal modifica en base a una serie de salvedades que afectan a la exactitud y, en consecuencia, a la de los mismos resultados, hasta el punto de alterar de manera importante, el déficit del Estado y de los Organismos Autónomos, al mismo tiempo que se desvela que los gastos e ingresos pendientes de aplicación presupuestaria supondrán una importante carga futura que habrá de unirse a la prevista por intereses de Letras y Pagarés del Tesoro devengados y no vencidos al cierre de la Cuenta, las devoluciones de impuestos de devolución de 1992 trasladados a 1993 y el pago de intereses de deuda especial.

La evolución de la deuda del Estado de 1992, alcanza la cantidad de 22.538.546 millones de pesetas y la de los Organismos Autónomos asciende a 67.988 millones de pesetas, reduciéndose luego en 3.253 millones.

En el análisis de la Liquidación de los Presupuestos del Estado y sus Organismos Autónomos, se observa que, según las cuentas rendidas, se ha producido un aumento presupuestario de 4,27 billones, siendo de destacar que no parecen cumplirse las previsiones de limitación al reconocimiento de obligaciones, por cuanto se han detectado casos de gastos realizados y no registrados.

Siempre hay que detenerse, al analizar concretamente las modificaciones de los créditos, en su versión más peligrosa, que son las ampliaciones. El Tribunal de Cuentas ha llamado anterior-

mente la atención sobre este tema y también lo hace en esta ocasión en defensa de las facultades presupuestarias que competen a las Cortes Generales y no al Gobierno, lo que le ha llevado a concluir este apartado con una seria consideración a la que esta Fiscalía se adhiere y que recogemos en su importante literalidad, cuando se dice: «en vista de la situación existente, este Tribunal de Cuentas estima que sería positivo para el desenvolvimiento de la actividad financiera y para el control parlamentario sobre la misma hacer un uso más restrictivo de las ampliaciones de crédito y que su empleo se atenga a las previsiones del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, Ley vertebradora del ordenamiento presupuestario, sin continuas excepciones a través de las Leyes anuales de PGE».

Al tratar de la Ejecución del Presupuesto de Gastos se dedica un apartado concreto, especialmente interesante, al acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 1992 que regula la aplicación práctica de la Ley Presupuestaria, pero que en numerosas ocasiones se alega no para cumplir una limitación de gasto sino para justificar la falta de contabilización de obligaciones contraídas.

Llegándose a la conclusión última de que las medidas limitativas del gasto han sido poco útiles o no suficientemente eficaces puesto que en bastantes ocasiones lo que han provocado ha sido el traslado presupuestario del gasto ya realizado o su diferimiento a ejercicios posteriores.

Debe resaltarse, la situación del Ministerio de Defensa cuya contabilidad presupuestaria «no recoge correctamente las operaciones efectuadas por éste en los ejercicios 1991 y 1992 y que el mero análisis formal de sus cifras puede hacer llegar a conclusiones erróneas».

La situación que presenta el Instituto Nacional de Empleo requiere urgentemente corrección porque presenta al cierre del ejercicio de 1992 numerosas y muy importantes partidas pendientes de aplicar presupuestariamente, lo que ha llevado a que se pueda afirmar que «al igual que en ejercicios anteriores, cualquier conclusión que se derive de la liquidación presupuestaria rendida por el INEM, conduce, indefectiblemente, a errores».

Al comprobar el programa 443 D, relativo a la «Protección y mejora del medio ambiente», se ha detectado que la misma finali-

dad se encuentra en otros programas presupuestarios específicos o generales, pero principalmente el más importante fallo del fiscalizado radica en algo que ya es bastante común cuando se trata de fiscalizaciones en base a programas, pues o no resultan adecuadamente expuestos o su seguimiento es insuficiente o inadecuado.

En el apartado de «Subvenciones», vemos que en las acogidas al Plan Nacional de Residuos Industriales donde la participación de las Comunidades Autónomas entre el órgano concedente de la subvención y los beneficiarios amortigua las posibilidades de comprobación al ser la Comunidad Autónoma la que recibe las documentaciones concretas. Por otra parte ha surgido una situación heterodoxa que no debe repetirse, al existir Comunidades Autónomas que se erigen en beneficiarias en primer grado de las subvenciones para después concederlas a empresas privadas.

La «Contratación militar en el extranjero y los fondos públicos situados en el exterior para tal finalidad», es algo que en los últimos años ha sido objeto de cuidada atención y, sin duda, requiere pronta normalización para que no constituya actuación discrepante al común actuar del sector público en el tratamiento de los fondos del Tesoro.

Los expedientes de adquisición de material militar en el extranjero no sólo tienen unas especificaciones distintas de las contenidas en la legislación común de contratos del Estado, sino que los diferentes gestores de los fondos públicos no siguen siempre los mismos procedimientos y su comprobación por este Tribunal resulta más dificultoso, resultando los expedientes incompletos en extremos muy importantes para el control externo.

A este respecto se exponen detalladamente en el Informe una serie de peculiaridades que analizadas con detalle carecen de toda justificación en los tiempos actuales y no pueden sino considerarse residuo de añejas costumbres, pues nada impide que la adquisición de algo de tan alto interés para el Estado como es la adquisición de armamento o similares en el extranjero, esté rodeada de todas las circunstancias y medios de agilización y al mismo tiempo de garantías para la Administración y de plena y rápida utilización por parte de los contratantes y cuentadantes.

Cuestión distinta, sumamente delicada, es la del análisis del control de los pagos de los fondos destinados a la adquisición de material militar en el extranjero y del trato dado a los intereses ge-

nerados por los fondos antes mencionados, que suelen ser cuantiosos y mantenerse en la titularidad de las Agregadurías Militares durante mucho tiempo.

No es asunto nuevo el de los intereses de las cuentas FAMS, que en las anteriores Memorias anuales se resaltaron y, afortunadamente, se ha procedido a ingresar en el Tesoro importantes cantidades de esta procedencia, a pesar de lo cual nos encontramos con que en el Ejercicio económico 1992 aún aparecen en cuentas bancarias de adquisición de material en el extranjero, importantísimas cantidades que requieren solución permanente y definitiva, pues los saldos medios de fondos depositados superan los 114.000 millones de pesetas y los intereses existentes en las cuentas pasan de 3.000 millones, siendo por otra parte los generados en el año por las cuentas de depósitos y las de intereses, otros 703 millones de pesetas.

La fiscalización de los Programas relativos a «Modernización de las Fuerzas Armadas» y «Protección Civil», plantean dificultades insolubles por la variedad de objetivos y la diversidad de indicadores, puesto que los presentados no son de utilidad de forma que no es posible en la fiscalización valorar los resultados del programa.

Con gran acierto se ha incluido entre las fiscalizaciones especiales traídas al Informe anual de 1992, el seguimiento de los «Gastos pendientes de justificar relativos a subvenciones, a partir de la situación puesta de manifiesto en Informes anteriores».

Se recogen y estudian subvenciones procedentes de los Ministerios de Sanidad y Consumo, Cultura, Asuntos Sociales y Asuntos Exteriores, encontrándose en todos ellos pendientes todavía de justificar numerosas subvenciones, algunas de las cuáles se han justificado con posterioridad al anterior recordatorio del Tribunal y otras se encuentran total o parcialmente sin justificar.

El apartado de «Gastos en base a atenciones protocolarias y representativas» y «Gastos reservados», se refiere en ambos casos a partidas que pueden no ser de excesiva importancia cuantitativa pero que siempre han estado en el límite del posible control, lo que encaja mal en un Estado de Derecho.

Al repasar la documentación analizada en relación con este punto, vemos que en numerosas ocasiones se dedican estos fondos a fines que no son los procedentes, al mismo tiempo que su justificación resulta frecuentemente insuficiente o incompleta.

Este patrimonialismo del gasto público no es admisible y desde luego recibe la reprobación popular.

Los «Gastos reservados», de larga tradición y justificados en base a presuntas acciones ocultas vinculadas a la actividad de algunos Ministerios, requieren por su carácter heterodoxo, dentro de la normal doctrina presupuestaria, un estudio especial que recientemente ha adquirido máximo interés, por lo que aún cuando al acordar el Pleno del Tribunal de Cuentas que esta fiscalización se realizase, no había adquirido esta materia la notoriedad que tiene, esta nueva situación la hace especialmente oportuna.

El apartado dedicado a Gastos Reservados trata de la legalidad aplicable, de la capacidad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas y sus limitaciones, de la ejecución presupuestaria y de las comprobaciones presentadas por los Ministerios afectados que no son otros que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Defensa, todos los cuales aportan una documentación tan insuficiente que obliga a considerar que esta escueta documentación «impide emitir en todos los casos ningún tipo de juicio sobre si la aplicación dada a los fondos reservados es la adecuada». Y no hay que olvidar que para que así sea deben ser «gastos necesarios para la defensa y seguridad del Estado», lo que no admite otros destinos sin plantearnos la posibilidad de que se trate de malversaciones.

Pero lo más importante del Capítulo es la clara valoración que en él se hace de la esencia de estos fondos que no son reservados porque estén en esa partida presupuestaria, sino por gastarse en actividades legalmente autorizadas y que encuadren dentro de lo previsto en la Ley de Secretos Oficiales, por lo que cualquier gasto que no sea así debe perder todo tratamiento específico y quedar sometido al control completo del Tribunal de Cuentas y desde luego al conocimiento, si procediere, de los Organos Jurisdiccionales.

Esperemos que la nueva legalidad contenida en la Ley 11/1995 consiga que los fondos reservados no sean en lo sucesivo una rotura de las normas de contabilidad, una exaltación del libre albedrío del cuentadante y, en suma, una anomalía dentro de la estructura de un régimen democrático de finales del siglo xx.

El análisis en las Sociedades y Entes de Derecho Público, se inicia con las «Sociedades Estatales no Financieras», de la que se nos dice que el número de ellas en las que el Estado, sus Organismos Autónomos y otros Entes Públicos participan de forma ma-

yoritaria, ascienden en el año examinado a 526, de las que sólo 432 habían rendido sus cuentas.

Quedan, pues, 94 Sociedades Estatales que no han rendido cuentas, que se reseñan con los Grupos en que se aglutinan y son éstas las que de un modo especial deben ser sometidas a fiscalizaciones singulares.

Como resultado del examen y comprobación se redacta un informe conjunto que no permite tener conocimiento, ni aproximado, de qué estado financiero y qué régimen contable sigue y ha rendido cada una de las 432 empresas que presentaron sus cuentas.

Cierto que se realiza un análisis individualizado de ciertas cuentas, por ejemplo la de Renfe, cuyo desarrollo sólo comprende cuatro renglones, lo que por la rotundidad de su brevedad sirve para valorar este tipo de examen de cuentas.

El examen de las cuentas de las «Sociedades Estatales Financieras», representa un número menor que el de las no Financieras pero de gran importancia, pues se trata del Banco de España, Instituto Oficial de Crédito, la Corporación Bancaria de España, S. A., Musini, Compañía Española de Seguro de Créditos a la Exportación, Consorcio de Compensación de Seguros, Sociedad Mixta de Segundo Aval y Fondos de Garantía de Depósitos, verdaderos grupos financieros que suman gran cantidad de instituciones de crédito y seguro.

El Banco de España presenta cifras de verdadero interés como la que puntualiza el endeudamiento neto del Estado frente al Banco de España que al cerrar el ejercicio alcanza los 920.663 millones de pesetas. O el beneficio líquido del Banco en el año 1992 que fue de 947.104 millones de pesetas con un importante incremento respecto al ejercicio anterior.

El Instituto de Crédito Oficial tuvo en este año unos beneficios, antes de impuesto, de 16.799 millones de pesetas, también con gran incremento respecto al año precedente pero mantiene gran indeterminación respecto a las deudas cruzadas entre el Estado y el ICO que requerirían puntualización, pues no sólo afectan a esta Institución sino a las cuentas de resultados de la Administración del Estado.

Las Sociedades Estatales de Seguros se estudian separadamente Musini, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija;

Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación y Consorcio de Compensación de Seguros. Respecto al Consorcio de Compensación de Seguros, según resulta del folio 307 del proyecto de informe «las dietas abonadas al Consejo de Administración en el año 1992 ascienden a 16 millones de pesetas, representando el 1,2 por ciento del total de los gastos de personal, habiendo experimentado un incremento del 11,5 ciento respecto al año anterior. Se ha comprobado que la entidad abona indebidamente, a pesar de lo manifestado en alegaciones, la dieta a todos los Consejeros, presentes o representados en las reuniones, aunque el artículo 31.1 a) del Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón de servicio, determina que la indemnización reglamentaria se abonará por la concurrencia a las reuniones del Consejo de Administración». Pudiendo entrañar lo antes indicado supuesto de responsabilidad contable procede y así se solicita que se remita el oportuno testimonio a la Sección de Enjuiciamiento para instar la designación del debido Delegado Instructor.

Por otra parte en las cuentas presentadas hay partidas como las de los «resultados de administración, fondos pesetas y fondos divisas» y pagos realizados a CESCE, tan incompletas o erróneas que no es posible por las primeras conocer el resultado del ejercicio y conducen a error las segundas.

Con el análisis de la Sociedad Mixta del Segundo Aval, el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, termina el apartado de Sociedades Estatales de Seguros.

El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional presenta un déficit de ejecución presupuestaria de 1.619 millones de pesetas.

El Consejo de Seguridad Nuclear, por el contrario, registró beneficios de 414 millones de pesetas, aunque representan una cifra inferior a la del año precedente.

El Instituto Español de Comercio Exterior cierra con un resultado de pérdidas y ganancias negativo por importe de 867 millones de pesetas.

En el análisis y exposición del siempre complejo y discutido «Grupo Radio Televisión Española» del que a 30 de septiembre de 1994 no se había rendido, aunque se había reclamado, la cuen-

ta del Ente Público Radio Televisión Española, habiéndose enviado después de alegaciones en febrero de 1995, por lo que no se incluye en esta Memoria pero sí las de Televisión Española, S. A., y Radio Nacional de España.

Televisión Española, S. A. sufre en sus cuentas las consecuencias del descenso de ingresos publicitarios a pesar de lo cual y por la incidencia de otros ingresos, han llegado a unos resultados del ejercicio que alcanza los 2.270 millones de pesetas.

Por su parte Radio Nacional de España, S. A. ha tenido importantes pérdidas de explotación que llegan a 7.801 millones de pesetas y el patrimonio neto negativo en 1.207 millones de pesetas, lo que ha necesitado complejas aportaciones para no incurrir en las consecuencias que esta situación le señala la Ley de Sociedades Anónimas. Además el resultado del ejercicio, a pesar de resultados extraordinarios de carácter positivo, presenta pérdidas totales de 3.590 millones de pesetas que, sin duda, pueden calificarse de excesivas.

Radiotelevisión incurre en su régimen de retribuciones del personal en anomalías dignas de resaltar, constatándose pagos realizados que exceden de los aprobados por la Comisión Interministerial de Retribuciones por lo que procede testimoniar los particulares relativos a estos extremos los folios 338 y 339 y remitirlos a la Sección de Enjuiciamiento para que solicite la designación del correspondiente Delegado Instructor. Testimonio y remisión que debe aplicarse también a lo dicho en el folio 340 sobre las dietas abonadas a los miembros del Consejo de Administración, que se han hecho efectivas no obstante la inasistencia de los beneficiarios a sus reuniones.

El Ente público «Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea», es objeto de un examen más amplio que permite, aunque sea en líneas generales, conocer su situación económica, su estado contable y específicamente lo que se denomina «Gestión de los recursos humanos» que nos permite llegar a la específica situación del personal de AENA.

Iguales consideraciones pueden afirmarse respecto al Ente público «Agencia Estatal de la Administración Tributaria» que presenta igual tipo de análisis y otro específico respecto al personal destacándose, al menos como curiosidad, que este Ente público registró unas pérdidas de 5.100 millones de pesetas.

Dentro del ámbito de la denominada contratación administrativa se han examinado 1.510 contratos por un importe de 456.414 millones de pesetas. El porcentaje de los contratos examinados por este Tribunal correspondientes a 1992, alcanza el 54 por ciento de los recibidos, que representan el 86 por ciento del importe económico de los mismos.

Como es habitual han existido limitaciones al examen efectuado, pues no siempre se reciben aquellos que por ley deben enviarse para examen del Tribunal, por lo que se nos advierte que esta circunstancia ha surgido también cuando se dice que «se detectaron así diversos contratos administrativos celebrados por la Administración y no remitidos mediante el procedimiento establecido en el citado artículo 6 de la Ley de Contratos del Estado».

Ciertamente esto no es nuevo y con relación a los años 1990 y 1991 se señalaron contratos no recibidos y que han sido objeto de análisis en un apartado separado, pero lo preocupante es que determinados Organismos aún retengan sus expedientes de contratación fuera del control externo de este Tribunal.

Complementariamente, en ocasiones, los expedientes de contratación no incluyen la documentación suficiente lo que impide en principio su fiscalización y obliga a una reclamación de la misma en el período de examen.

La fiscalización de las Universidades aún dependientes de la Administración del Estado, afecta cada vez a menor número de ellas según se van produciendo transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas.

Son muchos los defectos que se señalan al tratar de la presentación, autorización y aprobación de las cuentas o en las salvedades, bastante numerosas, que afloran en el examen de los estados financieros de la liquidación del presupuesto, entre los que no son los menores, ni mucho menos, los que se incluyen en el apartado de «Defectos de justificación, deficiencias y descuadres contables» que se inicia diciéndonos que «algunas Universidades no aportan, junto con las cuentas rendidas, la documentación anexa suficiente que sirva para comprobar las cifras que figuran en aquéllas», con lo que se imposibilita una verdadera labor fiscalizadora.

La suma de ingresos procedentes de tasas y subvenciones se sitúa en los años citados entre el 88 y el 94 por ciento del total, sien-

do concretamente en el año 1992 la trascendencia en la cobertura de gastos de las tasas académicas el 18,9 por ciento si bien este porcentaje varía de unas a otras Universidades, pero nos permite conocer qué parte del gasto universitario recae directamente sobre sus beneficiarios y cuál procede del erario público y en suma de todos los ciudadanos.

Con el análisis de la «Contabilidad financiera y patrimonial» comprobamos que las Universidades Complutense de Madrid, de Extremadura y de Murcia no rinden estados de este tipo, apareciendo también en el análisis de los balances de situación determinadas peculiaridades que se exponen en el comentario, pero más interés despiertan las peculiaridades o deficiencias de clasificación en unas u otras partidas que aparecen en las «Cuentas financieras» o en las propias «Cuentas de resultados» donde, por ejemplo, la Universidad de Castilla-La Mancha «arroja beneficios por 526 millones de pesetas, si bien este resultado no coincide con el reflejado en el balance que se presenta acumulado con los resultados del ejercicio anterior».

La Seguridad Social requeriría algo más que un simple examen de cuentas, pero dada la magnitud del movimiento económico y la dispersión de sus Centros pretender un trabajo exhaustivo escapa a toda posibilidad, si ha de hacerse todos los años.

En el Instituto Nacional de la Seguridad Social se destaca que algunas partidas que se habían señalado en anómala situación en el ejercicio de 1990, continúan en la actualidad sin justificación alguna, como ocurre en el saldo de la cuenta de Material móvil con una partida de 8,5 millones de pesetas, en concepto de vehículos desaparecidos de los que no se tiene justificación.

También es preocupante lo que se dice en el apartado de «Aprovisionamientos y suministros», pues parece que el Instituto Nacional de la Seguridad Social no contabiliza operaciones en estas cuentas a pesar de que al cierre del ejercicio no se han consumido la totalidad de las adquiridas y ha de haber existencias.

En el apartado de «Deudores» son varias las anomalías que se vienen arrastrando de años anteriores sin que se proceda a su aclaración ni actualización, pero mayor importancia tienen las existentes de antiguo y que se mantienen, correspondientes a «Deudores por prestaciones indebidamente pagadas», que siguen sin aclararse o concretarse adecuadamente.

Como revela que 33 Direcciones Provinciales carecen de saldo en la «Tesorería» y de ellas 14 ni siquiera han remitido el acta de arqueo así como carencias y faltas de concordancia en el «Fondo de maniobra».

Por el Instituto Nacional de Servicios Sociales afloran importantes defectos en la cuenta de «Mobiliario y material no móvil» que es necesario clarificar y, como venimos haciendo en este comentario volvemos a fijarnos en la cuenta de «Aprovisionamientos y Suministros» respecto a los cuales se dice algo tan grave, por cuanto resulta difícilmente creíble, que: «la gran mayoría de las Direcciones Provinciales y algunos Centros asistenciales figuran sin saldo en la cuenta de existencias, no obstante registran adquisiciones y consumos de bienes almacenables; otros muchos figuran con saldo solamente en la divisionaria de Víveres o en la representativa de éstos».

La Tesorería General de la Seguridad Social padece también el pecado de defectuosidad en los inventarios con lo que las partidas del activo pueden ser en este segmento del «Inmovilizado material», poco significativas.

Más importancia tienen las diferencias y anomalías que aparecen en el apartado relativo a «Préstamos concedidos a largo plazo» en el que se comprueban diferencias de 1.517 millones entre el saldo contable y el inventario de préstamos sociales.

También surgen diferencias, no suficientemente aclaradas, en el saldo de la cuenta «Otras inversiones sociales», cuya antigüedad además es cuando menos anterior a 1987.

Pero si algo caracteriza la calidad de la contabilidad que examinamos es la situación que presenta la relación entre Tesorería General y el INEM, con importantes diferencias entre ambas, que no pueden ser conciliadas.

En la Contratación administrativa en el sistema de la Seguridad Social, presenta un punto que, por su generalidad, creemos de interés resaltar que es el de los modos de contratación, es decir, determinar cuántos o qué porcentaje de contratos se han realizado por subasta, por concurso y por adjudicación directa.

Clásicamente la subasta por su más amplia concurrencia, la igualdad entre los licitadores y la obtención de mayores beneficios para la Administración era el sistema preferente, después el sistema de concurso por su cuantía o por sus cualidades técnicas, se

autorizaba para determinados tipos de contratos y sólo excepcionalmente debía acudir a la adjudicación directa que es la usual entre particulares, pero injustificada y peligrosa para el manejo de los caudales públicos.

Veamos los sistemas seguidos en el ámbito de la Seguridad Social:

Contratos de obras mediante subasta .....	14%
Contratos de obras mediante concurso.....	38%
Contratos de obras por adjudicación directa .....	48%
Contratos de asistencia mediante concurso .....	78%
Contratos de asistencia por adjudicación directa .....	22%
Contratos de trabajo específicos por contratación directa.....	100%
Contratos de suministros mediante concurso .....	94%
Contratos de suministros por adjudicación directa.....	6%
Contratos de rendimiento y adquisiciones mediante concurso .....	6%
Contratos de rendimiento y adquisiciones mediante adjudicación directa .....	94%

Los porcentajes antes indicados con la desaparición casi total del sistema de subasta resultan excepcionalmente llamativos y puede interesar a los órganos legisladores para poner, en el futuro, orden en todos los regímenes de contratación plagados de defectos, con tendencia al voluntarismo de la adjudicación directa y carente de medios de sanción, pues ni este Tribunal tiene posibilidad de impugnar los contratos realizados con infracción de Ley ni parece que no obstante la enorme cantidad de defectos que se cometen cada año, se haya hecho nada para remediar y restablecer el régimen de legalidad.

### *Comunidades Autónomas*

En lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, nos encontramos con que efectivamente se han hecho fiscalizaciones por este Tribunal y han pasado por el Pleno, relativas a 1992, las fiscalizaciones de Castilla y León, Madrid, Extremadura, La Rioja, Murcia, Baleares, Aragón, Cantabria, Asturias, Castilla-La Mancha, las cuales han pasado por esta Fiscalía que ha emitido los preceptivos informes.

No obstante, en lo que se refiere a Cataluña, Navarra, País Vasco, Andalucía, Canarias y Valencia, cuyos informes independientes los han realizado sus correspondientes Organos de Control Externo y han sido revisados por este Tribunal, según se nos dice en el Informe, no han pasado por el Pleno ni por esta Fiscalía.

### *Corporaciones Locales*

El análisis de las Corporaciones Locales en todas sus facetas, es decir, Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares, los Consejos Comarcales y Ayuntamientos, pone de relieve importantes incumplimientos del deber de presentación de cuentas pues, en su tiempo, solo 5.003 Ayuntamientos, así como todas las Diputaciones Provinciales, excepto Lugo, los Cabildos y Consejos Insulares, las habían rendido, lo que significa un 62 por ciento del total, lo que dada la cuantía de los incumplidores debe por el Pleno del Tribunal acordarse las medidas oportunas para subsanar esta situación.

Esta Fiscalía está conforme íntegramente con el trabajo realizado, pero como en ocasiones anteriores, considera que ante la realidad de que en la Cuenta General no es posible ninguna comprobación más completa, es preciso independientemente de esto, a lo largo del Ejercicio realizar un número importante de fiscalizaciones individualizadas, que completen el estudio general de esta Memoria.

### c) INFORME DE LA FISCALIA SOBRE LA DECLARACION DEFINITIVA DE LA CUENTA GENERAL DE 1993

La Declaración Definitiva es la exposición de aquello que se ha considerado más esencial e importante en las cuentas presentadas por la Administración General del Estado, los Organismos Autónomos Administrativos y los Organismos Autónomos Comerciales, Industriales, Financieros o Análogos, es decir, todo aquello que constituye la Cuenta General del Estado en sentido estricto.

Con carácter general, hay que decir que la Cuenta presentada ha cumplido con los requisitos de estructura y contenido, se ha

rendido en el plazo previsto y es coherente internamente y con la documentación complementaria que le sirve de fundamento.

Sin embargo, aunque esa corrección pueda aplicarse a gran parte del contenido de la Cuenta General, es forzoso y así lo hace la Declaración Definitiva, señalar aquellas actuaciones que resulten incorrectas o equivocadas, aquellas partidas improcedentes o las que debiendo figurar en la Cuenta no han sido traídas a ella, pues es preciso una vez recogidos todos los fallos, errores o irregularidades, valorarlos para poder concluir si a pesar de su existencia no se destruye la consideración previa de corrección legal, que debe alcanzar a la totalidad de la contabilidad pública.

Entrando en el apartado exclusivo de la Administración General del Estado, al tratar de la gestión presupuestaria del ejercicio, presenta un importante superávit. Seguidamente se expone el monto total de las partidas que no se han aplicado al presupuesto y aquellas que se han imputado arrastradas de años anteriores, tanto en el presupuesto de gastos como en el de ingresos, señalándose después las consecuencias de unas actuaciones cuyo importe se concreta en 1.135.205 millones de pesetas el total de las obligaciones no aplicadas al presupuesto y que debían haberlo sido por haberse generado en 1993 o en ejercicios anteriores, mientras que el total de derechos sin aplicar en similares circunstancias asciende solamente a 6.766 millones de pesetas, partidas ambas que habrá que arrastrar a ejercicios posteriores, por lo que en el análisis aquí provocan unos datos inveraces.

Dentro del balance de situación integral del Estado a 31 de diciembre de 1993, se han detectado errores importantes que convendría corregir tanto en el área del inmovilizado material como en el inmaterial, ya que de las cuantías totales que se van señalando en cada uno de los conceptos expuestos, resulta una importante suma. Además de Declaración Definitiva expone una amplia muestra de las carencias que, en este orden, presenta la Cuenta rendida.

En lo que se refiere a las obligaciones y derechos reconocidos en el ejercicio nos encontramos con que surgen defectos de imputación en el INEM de extraordinaria cuantía, en el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y en el Fondo de Garantía Salarial, por lo que los resultados agregados de gestión presupuestaria se verían muy afectados si se hubieran hecho las imputaciones adecuadas. Igualmente también aparecen irregularidades en el balance de situación

agregado, especialmente en lo que se refiere al saldo en inversiones militares, en el que las partidas recogidas en cuenta son poco representativas del valor de los bienes. También hay Organismos que no recogen debidamente, en todo o en parte, su inmovilizado material como ocurre en el Centro de Arte Reina Sofía e incluso en la Jefatura de Tráfico, que acoge dentro de este concepto las infraestructuras y bienes destinados al uso general, ya dedicados a dicho fin.

Igual puede decirse que los Organismos Comerciales, Industriales, Financieros o Análogos donde aparecen obligaciones y derechos incluidos o excluidos indebidamente, como ocurre con Correos y Telégrafos o el Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios.

Con lo anterior, que es una muestra del contenido de la Declaración, esta Fiscalía, que se adhiere íntegramente al contenido de la Declaración Definitiva, sólo quiere terminar recogiendo, por su mayor interés una reseña, aunque sea mínima, de la Cuenta de Resultados del ejercicio que en la visión general presenta pérdidas de 3.559.159 millones de pesetas, pero que, salvadas las discrepancias que surgen de las partidas de gastos e ingresos pendientes de aplicar o incorrectamente aplicadas en 31 de diciembre así como los intereses de la deuda especial al 2 por ciento, las Letras y Pagarés del Tesoro devengados al cierre del ejercicio, las devoluciones del IRPF, Impuesto de Sociedades e IVA y también el cargo, ya conocido, del desplazamiento temporal del déficit de RENFE, transformarían la cuenta de resultados aparente de 586.988 millones de pesetas en otro real que excedería de 1.672.577 millones de pesetas.

#### *Fiscalizaciones y exámenes de cuentas realizados en 1995*

Se destacan como más significativas durante este período las fiscalizaciones que a continuación se transcriben:

Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE).  
Ejercicio 1989

Dentro de la corrección general del Informe de Fiscalización interesa a esta Fiscalía, resaltar:

Que el resultado del ejercicio fiscalizado, es decir, el de 1989, no difiere de lo corriente y presenta unas pérdidas totales de 190.805 millones de pesetas, a pesar de la importancia de las cantidades correspondientes a la venta de terrenos y viviendas durante el año, que alcanzan un total de 6.335 millones de pesetas por venta de terrenos y 764 millones por viviendas.

En el apartado II.3.2.5 c) que figura bajo el título de «Gastos de Viaje», aparece falta de justificación de 2 millones de pesetas correspondientes al parecer a gastos de viaje de personal de alta Dirección. Como estos hechos pueden constituir responsabilidad contable, procede remitir los antecedentes correspondientes a la Sección de Enjuiciamiento para que solicite, si procede, la designación del correspondiente Delegado Instructor.

Cuando se trata de concretar las partidas que para «Resultados» corresponde al pago de intereses por encontrarnos con la importante cantidad de 58.947 millones de pesetas, lo que no precisa mayor comentario.

Muy distinto es el contenido del procedimiento fiscalizador número 21/95 de Fiscalía acordado como especial o complementario por el Pleno del Tribunal en sesión de 28 de abril de 1994, dirigido específicamente a las relaciones de RENFE con las empresas «Equipamientos de Espacios y Estaciones, S. A.» (EQUIDES A), Distribución, Almacenaje y Transporte Cargo Expres, S. A. (DATSA), Cater Tren, S. A. y Medicalia, S. A.

El resumen, que se desprende de los resultados de la fiscalización, recogidos en el Informe, son los siguientes:

— *EQUIDES A*. Pertenecen sus acciones íntegramente a RENFE. En el mes de marzo de 1990 EQUIDES A recibió un total de 1.800 millones de pesetas para adquisiciones inmobiliarias que plasmaron en la compra de once parcelas del término municipal de San Sebastián de los Reyes, con una extensión total de 200.213,6 m<sup>2</sup> con un importe de 1.008 millones de pesetas que se elevaron a 1.417 con impuestos, gastos y otros pagos, algunos no muy justificados.

Pero junto a los anteriores puntos y objetivos concretos, encontramos con que las cantidades entregadas por RENFE no especificaban el carácter en que se hacían; las adquisiciones no se hicieron a los propietarios originales sino a otros que habían comprado el

mismo día de la venta obteniendo beneficios entre 42 y 214,7 millones de pesetas, amén de una comisión de 15 millones que se paga en una de las compraventas; la mayoría de las fincas están clasificadas como rústicas y calificadas como reserva municipal de suelo lo que nos lleva a considerar que unos terrenos de este aprovechamiento prácticamente nulo ha alcanzado el precio medio de 7.077 pesetas m<sup>2</sup> y en el tipo de medición usual en los terrenos rústicos 70.770.000 pesetas la hectárea, pueda considerarse ostensiblemente caro.

Aparece también la circunstancia de haberse pagado el IVA por las anteriores operaciones, lo que se ha producido un indebido perjuicio a la Red y procede formar la pieza separada que marca la ley por constituir indicios de responsabilidad contable no constitutiva de alcance.

Pero en dichas operaciones de compra-venta la parte vendedora en el acto de otorgamiento de las escrituras manifestó que las fincas vendidas se encontraban arrendadas a «Consortio Eléctrico Madrileño, S. A.», sin que ninguna prueba se aportase, ni ningún hecho visible diera fe de dicho arrendamiento, no obstante lo cual para liberar los citados arrendamientos RENFE paga un total de 204 millones de pesetas.

Todos estos datos en conjunto y aún dentro de la facultad de gestión de la Empresa, constituyen elementos bastantes para creer en la existencia de responsabilidad contable, no constitutiva de alcance por lo que la Fiscalía solicita la formación de la oportuna pieza separada en la forma establecida por la Ley, sin olvidar las coincidencias personales entre personas intervinientes en las enajenaciones y valoraciones de los terrenos realizados, así como la remisión de lo actuado al Juzgado de Instrucción Central donde se investigan estos hechos.

— *MEDICALIA, S. A.* En relación con sendos programas de RENFE relativos a invalidez y ceses pactados de sus trabajadores, la gestión «de ambos programas se contrató en 1988 con la empresa MEDICALIA, pactándose que por los reconocimientos médicos y por las acciones administrativas y jurídicas pertinentes para solicitar del INSS el reconocimiento de la incapacidad permanente, RENFE abonaría a la citada empresa 348.000 pesetas por cada empleado incluido en el programa de invalidez, pudiendo rebajarse a 232.000 pesetas de no obtenerse el reconocimiento

de la incapacidad». En la facturación sólo se refiere a reconocimientos médicos.

Al mismo tiempo RENFE concierta con MEDICALIA, S. A., pagar a ésta 160.000 pesetas por cada expediente tramitado para la obtención de la prestación de desempleo.

Por el trámite de incapacidad RENFE paga a MEDICALIA 191 millones de pesetas y por el de cese concertado 65 millones de pesetas, según los primeros cálculos que posteriormente se amplían a 787,4 millones de pesetas.

En principio y sin perjuicio de toda clase de libertades de gestión que estas Empresas estatales puedan tener, las cantidades concertadas y pagadas parecen excesivas si se tiene en cuenta que RENFE posee un equipo médico y un equipo jurídico importante y de reconocido prestigio.

Por todo ello, la Fiscalía interesa la formación de la oportuna pieza separada para depurar las correspondientes responsabilidades si las hubiera.

#### «Boletín Oficial del Estado»

La fiscalización se ha limitado a la investigación de áreas de actividad mucho más concretas que las de una fiscalización ordinaria.

Respecto a ellas, sin que signifique prejuzgar, hemos de recoger algunas afirmaciones de interés que se exponen en el Informe cuando dice: «A pesar de las previsiones legales, lo cierto es que el Consejo Rector ni se reunió ni ejerció sus funciones durante la mayor parte del período fiscalizado. De hecho, sólo constan Actas de dicho Consejo a partir del cambio producido en la Dirección del Organismo, en concreto en los meses de julio, septiembre y diciembre de 1991, tras un largo período de inactividad que, al parecer, se remonta a finales de 1980. La consecuencia obvia de este proceder fue que la Dirección del Organismo, concebida legalmente como un medio para la ejecución de las decisiones del Consejo, asumió, de hecho, la mayor parte de las funciones del órgano rector del “Boletín Oficial del Estado”, sin perjuicio de la dependencia de las autoridades del Ministerio de tutela».

Llama la atención el que de los expedientes de contratación celebrados por la Directiva del «Boletín Oficial del Estado», el

93,5 por ciento se han realizado por el procedimiento de adjudicación directa, alegando para ello una justificación inadecuada.

Con estos antecedentes llegamos a las adquisiciones que por su perennidad e importancia económica son el eje de la contratación en el «Boletín Oficial del Estado»: el papel prensa.

Durante los años 1989, 1990 y primer semestre de 1991, se llevan a cabo 16 operaciones de compra de papel prensa con un total de 17.812.148 Kilogramos, por los que se paga un total de 2.523.301.164 pesetas, a pesar de que según las comprobaciones realizadas para determinar el precio normal de dicho papel en el citado período, el total a pagar alcanzaría solamente la cantidad de 1.962.637.752 pesetas. Es decir, parece que se pagaron 561 millones más de los que hubieran sido procedentes.

Es posible pensar en un deseo de beneficiar a la empresa o empresas suministradoras, aunque para darlo como admisible sería necesaria la existencia de alguna causa concreta que explicase tal deseo de libertad, aunque lo fuese con dinero ajeno. Nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad contable que no constituiría alcance, por lo que sería procedente formar la pieza separada oportuna para poder iniciar en su día el correspondiente juicio de cuentas.

Pero no se puede olvidar, dentro del campo de especulación de los posibles indicios causantes del perjuicio producido, el que estadísticamente es el más común: se aparenta pagar precios excesivos para participar en la diferencia y después se llevan a la contabilidad los precios elevados como si se hubiesen pagado. Nos encontraríamos aquí ante un caso típico de alcance por un lado y de malversación por otro, por lo que procede y así solicitamos que se sometan los testimonios adecuados a la Sección de Enjuiciamiento por si considera procedente solicitar de la Comisión de Gobierno, el nombramiento oportuno de Delegado Instructor.

Lógicamente la Fiscalía interesó la remisión de los antecedentes de esta fiscalización al Juzgado Decano de los de Madrid por si los hechos fueran constitutivos de delito.

## 2. ACTUACIONES JURISDICCIONALES

Las actuaciones jurisdiccionales durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1995 se clasifican de la forma siguiente:

REINTEGROS OBTENIDOS EN EJECUCION DE SENTENCIAS

Procedimiento de reintegro núm. 184/84. Loterías. Cantabria .....	18.599.345
Procedimiento de reintegro núm. 15/85. Loterías. La Coruña .....	3.074.024
Procedimiento de reintegro núm. 35/85. Haciendas Locales. Valencia .....	1.000.000
Procedimiento de reintegro núm. 111/89. Correos. Granada .....	567.566
Procedimiento de reintegro núm. 153/89. Correos. Barcelona .....	243.921
Procedimiento de reintegro núm. 16/90. Correos. Barcelona .....	346.831
Procedimiento de reintegro núm. 28/90. Caja Postal. Madrid .....	763.664
Procedimiento de reintegro núm. 79/90. Haciendas Locales. Salamanca .....	654.374
Procedimiento de reintegro núm. 8/91. Correos. Alicante .....	89.257
Procedimiento de reintegro núm. 109/91. Haciendas Locales. Barcelona .....	154.588
Procedimiento de reintegro núm. 127/91. Caja Postal. Navarra .....	121.208
Procedimiento de reintegro núm. 133/91. Caja Postal. Barcelona .....	85.132
Procedimiento de reintegro núm. 21/92. Caja Postal. Gerona .....	273.761
Procedimiento de reintegro núm. 62/92. Haciendas Locales. Barcelona .....	228.616
Procedimiento de reintegro núm. 71/92. Correos. Cádiz .....	303.300
Procedimiento de reintegro núm. 83/92. Caja Postal. Madrid .....	72.681
Procedimiento de reintegro núm. 144/92. Correos. Tarragona .....	453.888
Procedimiento de reintegro núm. 169/92. Caja Postal. Córdoba .....	144.520
Procedimiento de reintegro núm. 45/93. Correos. Navarra .....	64.320
Procedimiento de reintegro núm. 61/93. Correos. Madrid .....	89.000
Procedimiento de reintegro núm. 23/94. Caja Postal. Zaragoza .....	27.383.676
Procedimiento de reintegro núm. 91/90. Correos. Sevilla .....	155.000
Procedimiento de reintegro núm. 42/93. Correos. Alicante .....	331.407
Procedimiento de reintegro núm. 69/94. Loterías. Almería .....	1.862.702
Procedimiento de reintegro núm. 95/94. Correos. Sevilla .....	28.348
Procedimiento de reintegro núm. 77/94. Loterías. Granada .....	1.477.476
Procedimiento de reintegro núm. 120/94. Agricultura. Navarra .....	1.255.988
Procedimiento de reintegro núm. 55/95. Correos. Zaragoza .....	75.000
Procedimiento de reintegro núm. 73/95. Economía y Hacienda. Málaga .....	5.640.000
Procedimiento de reintegro núm. 95/95. Correos. Madrid .....	298.169
Procedimiento núm. 100/95. Loterías. Madrid .....	10.626.200
Procedimiento de reintegro núm. 103/95. Correos. Valencia .....	202.464
Procedimiento de reintegro núm. 116/95. Correos. Baleares .....	10.000
Procedimiento de reintegro núm. 118/95. Correos. Ceuta .....	332.191
Procedimiento de reintegro núm. 125/95. Correos. Madrid .....	37.804
Procedimiento de reintegro núm. 133/95. Correos. Baleares .....	181.234
Procedimiento de reintegro núm. 146/95. Trabajo y Seguridad Social .....	1.461.369

Procedimiento de reintegro núm. 147/95. Correos. Guipúzcoa ....	133.674
Procedimiento de reintegro núm. 178/95. Correos. Vizcaya .....	55.711
Procedimiento de reintegro núm. 193/95. Haciendas Locales. Jaén .....	183.800
Procedimiento de reintegro núm. 204/95. Correos. Cuenca .....	10.673
Procedimiento de reintegro núm. 216/95. Correos. León .....	26.030
Procedimiento de reintegro núm. 224/95. Sociedades Estatales. Balears .....	7.959
Procedimiento núm. 147/84 .....	2.125.136
Procedimiento núm. 419/84 .....	20.844.106
Procedimiento núm. 278/87 .....	3.921.148
Procedimiento núm. 121/92 .....	6.063.108
Procedimiento núm. 19/93 .....	120.183
Procedimiento núm. 14/89 .....	15.952.656
Procedimiento núm. 209/89 .....	1.415.309
Procedimiento núm. 01/91 .....	975.860
Procedimiento núm. 153/91 .....	4.605.072
Procedimiento núm. 84/92 .....	175.000
Procedimiento núm. 103/92 .....	1.236.223
Procedimiento núm. 148/92 .....	36.408
Procedimiento núm. 25/93 .....	475.961
Procedimiento núm. 35/94 .....	28.049
Procedimiento núm. 56/94 .....	23.891
Procedimiento núm. 61/94 .....	44.563
Procedimiento núm. 719/81 .....	237.020
Procedimiento núm. 1.574/82 .....	965.750
Procedimiento núm. 27/84 .....	783.178
Procedimiento núm. 156/84 .....	732.070
Procedimiento núm. 3/85 .....	2.883.540
Procedimiento núm. 56/90 .....	69.627
Procedimiento núm. 116/90 .....	221.012
Procedimiento núm. 142/92 .....	343.244
Procedimiento núm. 73/94 .....	28.000
Procedimiento núm. 85/94 .....	42.434
Otros reintegros obtenidos en ejecución de sentencias .....	64.348.548
Otros reintegros obtenidos en procedimientos jurisdiccionales....	31.954.373
<b>TOTAL .....</b>	<b>210.468.799</b>
Total procedimientos pendientes al inicio de 1995 .....	387
Total procedimientos ingresados durante el ejercicio 1995 .....	1.003
Total procedimientos resueltos durante el ejercicio 1995 .....	938
Total procedimientos pendientes al 15 de diciembre de 1995 .....	314

## INTRODUCCION

La compleja actividad de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, incrementada por los procedimientos seguidos contra el GAL, ha venido desarrollándose a lo largo del pasado año. El terrorismo siguió con su criminal actividad tiñendo de luto a hogares españoles. La delincuencia económica siguió su camino preocupante, aunque la creación de la Fiscalía Anticorrupción, sirvió de ayuda para descargar de trabajo a la Fiscalía de la Audiencia Nacional. La Jurisdicción Internacional, calificativo con el que se pretende acoger actuaciones tan variadas como las Extradiciones, las Cesiones de Competencia y la persecución de delitos cometidos en el extranjero, continuó abarcando unos amplios cometidos y unas dedicaciones de atenciones laborales destacadas, sin olvidar la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Social que ha sido atendida con la dedicación debida.

### 1. ASUNTOS PENALES QUE MERECEN DESTACARSE

#### a) JUZGADOS CENTRALES DE INSTRUCCION

##### *Juzgado Central de Instrucción número 1*

#### 1. *Detención ilegal de D. José M.<sup>a</sup> Aldaya (Sumario 14/1995).*

El día 8 de mayo de 1995, a unos cuatrocientos metros antes de llegar a su morada, salieron de un automóvil, que se encontraba cruzado en la calzada, tres individuos, quienes empuñando pistolas le conminaron a que les acompañara en el coche de ellos. Ha permanecido privado de libertad hasta la madrugada del pasado día 14 de abril de 1996.

El secuestro fue reivindicado por ETA, que exigió como rescate una cuantiosa cantidad de dinero no inferior a ciento cincuenta millones de pesetas.

Ha sido procesada una persona, que se encuentra en prisión.

#### 2. *Desaparición, muerte y hallazgo de los cadáveres de José Antonio Lasa y de José Ignacio Zabala (Sumario 15/1995).*

Estas actuaciones son suficientemente conocidas, pudiendo recordarse las noticias periodísticas sobre la identificación de los

cadáveres hallados en Bussott, como los de Lasa y Zabala, secuestrados en Francia tiempo atrás; hay que resaltar las abundantes diligencias practicadas, y las sospechas existentes de la intervención de dos personas miembros, entonces, de la Guardia Civil. Los procesamientos dictados con posterioridad corresponden ya al año 1996.

### *Juzgado Central de Instrucción número 2*

#### *1. Asunto «Querrela de la Abogacía del Estado contra José Amedo Fouce».*

Brevemente, los datos significativos se indican seguidamente.

En 10 de enero de 1995, el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico ante la Audiencia Nacional, formula querrela contra José Amedo Fouce por un delito de calumnias al Gobierno de la Nación previsto y penado en el artículo 161.1.º del Código Penal y un delito de desacato previsto en el artículo 244 del mismo texto legal.

El señor Abogado del Estado actuaba por Orden del Excmo. señor Ministro de Justicia, quien en nombre del Gobierno, había decidido no hacer uso del artículo 8 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

Repartida la querrela, correspondió al Juzgado Central de Instrucción núm. 2, que por Auto de fecha 19 de enero de 1995, dispuso su admisión a trámite, interesando del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 testimonio de particulares del Sumario 17/89 (Secuestro de Segundo Marey), para comprobar si en las declaraciones que allí constaban de José Amedo Fouce, aparecían «los particulares a que se refiere el hecho de la querrela».

Después de unos primeros cinco Recursos de Reforma y otros tantos de Queja, y otros más posteriores, se acordó el Archivo definitivo de la querrela y de las Diligencias, pese a los Recursos de Reforma y de Apelación que formuló el señor Abogado del Estado, contra el mencionado Auto de Archivo.

#### *2. Atentado en Madrid en la calle Peña Prieta (Diligencias previas núm. 367/1995).*

En 11 de diciembre de 1995, en la calle Peña Prieta un coche bomba ocasiona la muerte a siete personas, hiere a varias más y produce daños importantes en viviendas, locales comerciales y vehículos.

Es atribuido el atentado a ETA. Las actuaciones de investigación, aún no han dado resultado positivo para la identificación y localización de los autores.

### *Juzgado Central de Instrucción número 3*

Este Juzgado Central desde el día 1 de enero de 1995, de conformidad con el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de septiembre de 1994, ha perdido la exclusividad del conocimiento de las causas denominadas de delincuencia económica.

Los asuntos que reclaman la atención, son los que siguiendo el orden expositivo de la Memoria del año anterior, se indican seguidamente.

#### *1. Asunto IVA (Diligencias previas núm. 253/91).*

La reforma del Código Penal, en sus artículos 349 y siguientes, por Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, ha dado lugar a la petición de Sobreseimiento respecto de numerosos imputados.

#### *2. Otro Asunto IVA (Procedimiento abreviado núm. 48/93).*

En la Memoria del pasado año, se recogía la extensa Calificación Provisional del Fiscal, en la que se acusaba a setenta y cinco personas, y se indicaba que había que estar expectantes para cuando se celebrara el juicio oral contra las mencionadas personas.

Nuevamente la reforma del Código Penal, en cuanto a los delitos contra la Hacienda Pública al regularizar sus deudas tributarias numerosos implicados, o al establecerse nuevas cuantías definidoras del delito, ha dado lugar a nuevo dictamen del Fiscal, instando el sobreseimiento.

#### *3. Asunto «Banco de Santander» (Diligencias previas núm. 53/92).*

Resuelta, en Auto de 6 de octubre de 1994, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la competencia para seguir conociendo de los hechos, a favor del Juzgado Central de Instrucción número 3, ante la Exposición que, un día, se hizo al aparecer presuntamente implicado un «aforado», las actuaciones judiciales en el Juzgado siguieron su curso, confeccionándose volúmenes y más volúmenes con declaraciones, informes periciales y recursos.

Como era de suponer la Ley Orgánica modificadora de los artículos 349 y siguientes del Código Penal, en los delitos contra la Hacienda Pública ha dado lugar a peticiones de sobreseimiento para numerosos implicados.

En la actualidad, puede decirse, que los adquirentes de cesiones de nuda propiedad de créditos, presuntamente implicados, han quedado reducidos a noventa y ocho, sin que la defraudación a la Hacienda Pública alcance ya una cifra importante, en cuantía global.

4. *Asunto «Enatcar» (Sumario núm. 1/92).*

Resuelta una de las cuestiones de competencia entre el Juzgado Central de Instrucción número 3 y otro de Málaga a favor del primero, en una parte del asunto «Enatcar», queda pendiente la que debe resolver la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya que fue planteada la cuestión de competencia en el asunto principal, es decir, el Sumario 1/92.

5. *Asunto «PSV» (Diligencias previas núm. 26/94).*

Conviene resaltar que después del Auto de 25 de enero de 1995 del Juzgado Central de Instrucción número 3, por el que se resolvieron numerosos Recursos contra el que había fijado (Auto de 27 de octubre de 1994) la Responsabilidad Civil Subsidiaria de IGS, PSV y UGT, el curso de las actuaciones ha venido fluyendo con relativa tranquilidad, en la esperanza de que se vayan resolviendo por vías extraprocesales penales la construcción inatendida de las viviendas.

En la actualidad, todo el Asunto PSV, ante la aparición de la Fiscalía Anticorrupción, ha pasado a ser conocido por ésta, que se ha hecho cargo de todas las carpetillas (desde el mes de abril de 1996), por lo que se pone punto final a cualquier tipo de información que pueda proceder de esta Fiscalía de la Audiencia Nacional.

6. *Asunto «KIO» (Diligencias previas núm. 67/93).*

Como consecuencia de la adecuada interpretación de la Ley 10/1995, de 24 de abril, la Fiscalía Anticorrupción, el mismo día en que se hizo cargo del procedimiento anteriormente reseñado (Asunto «PSV») tomó para sí este procedimiento.

7. *Asunto «Banesto» (Diligencias previas núm. 234/94).*

Los pasos procesales más decisivos pueden ser la ampliación de la querrela, la Comisión Rogatoria que se llevó a cabo en Suiza en la que declararon los letrados señores Galletti y Gallone. Este

último aportó datos de gran importancia que serán unidos a las actuaciones que se siguen en España cuando definitivamente se resuelvan los recursos planteados por las defensas.

Ha sido una labor importantísima la realizada por el Fiscal que ha visto la conclusión de la investigación, cuando en 8 de abril de 1996, el Juzgado Instructor ha acordado la transformación en Procedimiento Abreviado y dado traslado para que el Fiscal y las Acusaciones formulen sus escritos de petición de apertura del juicio oral y califiquen provisionalmente los hechos.

#### 8. *Otros asuntos destacables.*

Pueden citarse las *Diligencias previas* núm. 33/1992, «Asunto Macosa», que consta de 17 tomos, y que ha visto incrementada su actualidad ante la denuncia efectuada por uno de los imputados de comisión de cohecho por el Instructor en su día del asunto, en Barcelona, el Juez D. Pascual Estevill.

Igualmente, las *Diligencias previas* núm. 69/1993, conocido por «Grupo Cor», aún en tramitación con 18 tomos, así como las *Diligencias Previas* núm. 33/93 (*Inverbroker*), que continúa su tramitación. De las mencionadas, el asunto MACOSA e INVERBROKER han pasado a la competencia de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

#### 9. *Asunto «Argentia Trust» (Diligencias previas núm. 165/93).*

Se inicia por una denuncia anónima que habla de dos facturas falsas emitidas por Banesto y pagadas a Publitax por un estudio realizado sobre las repercusiones de la Guerra del Golfo en el sector de la construcción.

Posteriormente un periódico habla de seiscientos millones pagados por Banesto a Argentia Trust, por una serie de trabajos supuestamente realizados para colocación de acciones de la Corporación Banesto. Las dos investigaciones se acumulan.

Las primeras actividades van encaminadas por el Juzgado Central de Instrucción número 3, a atraer toda la competencia sobre el «Asunto Banesto», incoado por querrela del Fiscal, resolviéndose en sentido negativo. En enero de 1995 las actuaciones se transforman en Procedimiento Abreviado, estando en la actualidad pendiente de señalamiento.

10. *Secuestro de Publio Cordón (Sumario 6/95).*

En 3 de noviembre de 1995, fueron detenidos por la Policía tres miembros del GRAPO, a los que se atribuye su participación en el secuestro de don Publio Cordón Minulla. Pende de dictar Auto de procesamiento.

11. *Asunto «Atentado a Aznar» (Sumario 3/95).*

A primeras horas de la mañana, sobre las 8 horas 30 minutos, del día 19 de abril de 1995, en la confluencia de las calles Arturo Soria y José Silva de esta capital, fue explotado un coche-bomba, al paso del vehículo marca Audi-200, matrícula M-9972-PK, que iba ocupado por el Presidente del Partido Popular, Excmo. señor don José M.<sup>a</sup> Aznar López.

Salió ileso y se ocasionaron lesiones a diferentes personas, así como daños a vehículos e inmuebles próximos. Ante el derrumbamiento de su vivienda, por la explosión, falleció la señora titular de la vivienda.

Se incoaron Diligencias Previas núm. 161/95, que pronto fueron transformadas en Sumario 3/1995.

Como datos destacables, pueden destacarse, la petición del Fiscal del procesamiento de Mikel Azurmendi Peñagaricano, etarra que había sido identificado como partícipe de un robo con armas a policías municipales, el día 2 de agosto de 1994, en la calle Arturo Soria, que no prosperó, y las declaraciones del Director de la Policía, señor Olivares, con diversas manifestaciones de los medios de comunicación, en relación a sospechas sobre actuaciones policiales de carácter preventivo, tildadas de carentes de cuidado y efectividad, a la vista de la forma en que se produjo el atentado.

#### *Juzgado Central de Instrucción número 4*

1. *Comando Barcelona (Sumario núm. 10/95).*

La detención de Felipe San Epifanio San Pedro, el 25 de abril de 1994, en Barcelona, además de dar lugar a nuevas reaperturas de diligencias previas archivadas, motivó la incoación de las Diligencias Previas número 196/94, la conversión de estas diligencias previas en Sumario (el núm. 10/95) con el procesamiento de varias personas.

El Fiscal formuló escrito de Conclusiones Provisionales en 17 de noviembre de 1995, encontrándose declaradas rebeldes seis personas, y pendiente la celebración de juicio de la entrega de un

procesado que deja de ser rebelde, Benjamín Ramos Vega, por Alemania, de cuyas autoridades se solicitó la extradición.

### *Juzgado Central de Instrucción número 5*

1. *Asunto Amedo y Domínguez y Secuestro de Segundo Marey (Sumario 1/88 y Sumario 17/89).*

El 20 de febrero de 1995, se reaperturó el Sumario Matriz 1/88, en el que habían sido condenados los procesados José Amedo Fouce y Michel Domínguez Martínez, y el 27 de marzo del mismo año, se acordó la acumulación del Sumario 17/89 (Secuestro de Segundo Marey) al Sumario de origen 1/88, del que previamente había sido desglosado aquél.

En enero de 1995, el Fiscal, velando por la pureza del procedimiento planteó al Juzgado Central de Instrucción número 5, en el Sumario 17/89, la necesidad de elevar Exposición al Tribunal Supremo, sobre la posible competencia de la Sala Segunda para conocer del enjuiciamiento de un Secretario de Estado, por hechos presuntamente cometidos en el ejercicio de su cargo, aunque había ya cesado en el mismo. El escrito del Fiscal tiene fecha de 11 de enero. La exposición se elevó por el Juzgado el 17 de enero de 1995.

Por Auto de 25 de enero de 1995, la Sala Segunda acordó: «Declarar la competencia del Juzgado Central de Instrucción número 5 para conocer de las actuaciones penales que puedan llevarse a cabo respecto del ex Secretario de Estado.»

El titular del Juzgado fue recusado. La Recusación fue salvada por decisión del Juzgado Central de Instrucción número 3 bis, al abstenerse en la resolución del incidente el titular del Juzgado Central de Instrucción número 1, que es al que le correspondía la competencia sobre el incidente recusatorio.

Los acuerdos de Prisión fueron llevados ante el Tribunal Constitucional, por dos demandas de Amparo. En el mes de junio el Tribunal Constitucional mediante Auto de fecha 5 y 7, inadmitió las correspondientes demandas de Amparo. El 18 de abril se acordó el procesamiento de varias personas.

El día 21 de julio de 1995, el Fiscal dirigió escrito al Juzgado del que reproducimos la petición: «...En consecuencia en este momento procesal, de conformidad con el artículo 21 de la Ley Pro-

cesal y sus concordantes 22 párrafo 3.º, 303 párrafo 5.º y 309, es procedente que con la mayor urgencia posible, el Juzgado Instructor eleve a la Excma. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, atenta, respetuosa y razonada Exposición a fin de que pueda resolver sobre la competencia para conocer de las actuaciones, habida cuenta de la cualidad de aforado de persona contra la que existen imputaciones directas, sin perjuicio de lo que pueda resultar en el curso de la instrucción respecto de otras personas aforadas.»

Por Auto de fecha 28 de julio, el Juzgado acordó elevar Atenta Exposición Razonada a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Auto de 18 de agosto de 1995, resolviendo la cuestión competencial planteada, acordó declarar su competencia para el conocimiento de las presentes actuaciones, reclamando la remisión del Sumario 1/88, dando lugar a la Causa Especial 2530/95 de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

## 2. Asunto «Papeles de Laos» (Diligencias previas núm. 75/95).

El día 6 de marzo de 1995 se presentó denuncia por los hechos, correspondiendo por reparto al Juzgado Central de Instrucción número 5 la tramitación de la misma.

La denuncia se transforma en Querrela el día 7 de marzo, que se admite a trámite, y se incoan por el Juzgado las Diligencias previas número 75/95.

Con fecha 15 de marzo de 1995, el Fiscal presenta denuncia, al amparo del artículo 65.1.º, en relación con el artículo 23.1,2 y 3, apartados e) y f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta actitud era necesaria porque si los delitos falsarios se habían cometido en el extranjero, la competencia correspondía a la Audiencia Nacional, y en este caso era necesario que el perjudicado o el Fiscal denunciaran los hechos, para cumplir el requisito procesal establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid que conocía también de los hechos, se inhibió a favor del Juzgado Central de Instrucción número 5, aunque en el Recurso de Apelación la Sala decidió que la competencia era del Juzgado de Madrid.

El 17 de marzo se recibió escrito del Fiscal General dirigido al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; en el que para mantener el principio de unidad de actuación se fijaba como criterio a mantener por el Fiscal la competencia del Juzgado de Instrucción de Madrid.

Cuando el Juzgado de Instrucción número 11 requirió al Juzgado Central de Instrucción número 5, se dictaminó conforme a lo ordenado.

Sin embargo, el Juzgado Central por Auto de 4 de mayo de 1995, rechazó la inhibición que se indicaba, quedando planteada la cuestión competencial ante el Tribunal Supremo que por Auto de 17 de julio de 1995, decidió por mayoría dirimir, por ahora y sin perjuicio de lo que resulte de la investigación, la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid.

### 3. *Asunto «Mon Bar» (Sumario 15/89).*

Este Sumario se incoó como desglose del Sumario matriz número 1/88 (Asunto «Amedo y Domínguez»), que fue finalmente concluso y archivado, al no haberse podido determinar personas responsables.

Sin embargo, en 3 de enero de 1995 se procedió a su reapertura, en virtud de las declaraciones que procedían de José Amedo y Michel Domínguez y otros, en el Sumario del Secuestro de Segundo Marey (Sumario núm. 17/89).

Los hechos hacen referencia a los asesinatos de los súbditos españoles José M.<sup>a</sup> Echaniz Baitegui, Agustín José Irazutabarrena Urruzola, Ignacio Astiasuinzana Pagola y José Sabino Echaide Iburguren.

Estos cuatro asesinatos, junto a un delito de lesiones causadas al súbdito francés Jean Hiriart, tuvieron lugar el día 25 de septiembre de 1985, en el establecimiento «Mon Bar», sito en la calle Panneau de Bayona.

### 4. *«Asunto Oñaederra» (Sumario 17/95).*

Este Sumario, al igual que los dos siguientes, se inician por denuncia del Fiscal, ante los datos que se habían aportado por implicados en el Sumario 1/88, que como ha quedado dicho fue reaperturado.

Por el asesinato de Ramón Oñaederra se incoó este Sumario núm. 17/95 en el que, posteriormente, por los datos recabados, se investigan los asesinatos de otros dos ciudadanos españoles: Gulmindo Lizarraga y Vicente Perurena Tellechea, para lo que el Fiscal amplió su denuncia inicial en 2 de febrero de 1996.

5. «Asunto Miguel Goicoetxea» (Sumario 18/95).

Este Sumario se incoa como consecuencia de la denuncia redactada según los términos anteriormente recogidos, aunque referido al asesinato de Miguel Goicoetxea Elorriaga, en 28 de diciembre de 1983, en la localidad francesa de San Juan de Luz.

Igualmente atribuido al GAL.

6. «Asunto Zugarramundi» (Sumario 19/95).

Al igual que el anterior Sumario, y atribuido al GAL, se investiga, en el que figura en el enunciado, y por Denuncia del Fiscal antes referenciada, dos asesinatos, de Jesús Zurrumundi Huici y de Rafael Goicoetxea Herrazquin, ocurridos el día 24 de mayo de 1984, entre las localidades francesas de Saint Etienne de Gaigorry y Cambó.

## b) SALA DE LO PENAL

### *Sección Segunda*

1. «Asunto Gorostiza».

La referencia más extensa a este asunto pertenecerá a la Memoria del año que viene, ya que la Segunda Sentencia, después de la correspondiente de Casación del Tribunal Supremo, es de 4 de marzo de 1996.

Sólo se indicará que esta Sentencia fue nuevamente absolutoria y que, preparado Recurso de Casación, ha sido interpuesto ante la Sala Segunda del Alto Tribunal Recurso de Casación por la Fiscalía del Tribunal Supremo.

2. «Asunto «suspensión injustificada».

En el último trimestre del año 1995, se reiteraron las peticiones de suspensión de Juicio Oral por parte de los letrados de miembros de ETA.

La postura del Fiscal, y de la Sala queda reflejada en los Razonamientos Jurídicos del Auto de fecha 7 de noviembre:

«Primero.» La primera circunstancia que debe poner de relieve la Sala es la absoluta falta de justificación de la solicitud de suspensión cursada y, por supuesto, de la incomparecencia de la defensa letrada de la procesada al llamamiento efectuado por la Sala.

No constituye causa admisible de suspensión la existencia de otros señalamientos en la misma mañana por parte de esta Sala, tal como habitualmente realizan todos los Tribunales que, de ordinario y dependiendo de su duración, ven varios asuntos en la misma sesión. Tampoco, que otras Salas tengan otros señalamientos no coincidentes con el que nos venimos refiriendo y además en los que no le consta siquiera a la Sala que intervenga la misma defensa letrada. En cuanto a la existencia de posibles causas impeditivas del ejercicio efectivo del derecho de defensa, tampoco, en absoluto, consta a la Sala que se haya impedido a la defensa letrada el entrevistarse con su defendida desde el momento de su procesamiento acaecido el 25 de octubre de 1993. Por otra parte, habiéndose calificado provisionalmente la causa por la defensa en fecha reciente (25 de septiembre de 1995) se supone que con los suficientes elementos para ejercitar la defensa, existen elementos para pensar que esa situación se mantiene. Por otra parte, la procesada ha permanecido durante los últimos meses en el mismo lugar geográfico, produciéndose una estabilidad que a juicio de la Sala facilita el ejercicio del derecho de defensa al facilitar las entrevistas con los letrados, existiendo, en cualquier caso, la posibilidad efectiva de la entrevista de la letrada con su defendida desde el momento del traslado hasta incluso el momento anterior a la celebración de la vista en los calabozos del edificio de esta Audiencia Nacional.

Por último, es preciso tener en cuenta que si se ha realizado el traslado de la procesada a un Centro Penitenciario de Madrid en fecha muy reciente, ha sido para evitar perjuicios a la procesada, dada su especial situación física, circunstancia ésta que también ha sido determinante para que el Tribunal tratara de celebrar el juicio contra la procesada con la mayor celeridad.

*Segundo.* Dejada constancia de la improcedencia de la suspensión solicitada y de la injustificada incomparecencia de la defensa letrada, la Sala debe entrar a valorar las peticiones efectuadas por el Ministerio Fiscal y las decisiones a adoptar para posibilitar el otorgamiento de la tutela judicial efectiva y el cumplimiento del derecho-deber constitucional de ejercer la jurisdicción como medio de realización del valor superior, constitucionalmente así consagrado, de la Justicia.

La Sala, al respecto, debe acceder a lo solicitado por el Ministerio Público y acordar la incoación del correspondiente expedien-

te disciplinario para que en este ámbito se depuren las responsabilidades en que haya podido incurrir la referida defensa, igualmente por así haberse solicitado expresamente se deduzcan los correspondientes testimonios que se remitirán al Juzgado de Instrucción de Guardia por si la conducta de la defensa letrada hubiera podido incurrir en el tipo penal (art. 360 del CP), alegado por el Ministerio Público. En cuanto al no cómputo de la dilación causada en el tiempo total de la prisión preventiva, la Sala llegado el caso acordará lo procedente, sin perjuicio de que sea una circunstancia que deba valorar actualmente en la toma de decisión del mantenimiento de la situación personal en los términos que se dirá después.

*Tercero.* En relación a los medios que debe poner el Tribunal para la realización del juicio en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, se estima que, ante la actitud obstruccionista que se mantiene por la defensa letrada en este juicio, en sintonía con la mantenida por las defensas de otros procesados también juzgados por hechos relacionados con la organización terrorista ETA que provocaron la suspensión del juicio señalado por esta Sala para el día de ayer y que debería continuar en el día de hoy y que también fue suspendido por la incomparecencia injustificada de las defensas de los procesados (Sumario 10/93 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2) y, no obstante mantenerse la designación de la defensa realizada por la procesada, designación que se respeta plenamente por el Tribunal, al estimar que constituye el claro ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, el nombramiento de un letrado de oficio para que actúe para en el caso de que llegado el próximo señalamiento la defensa designada por la procesada reiterará su forma de proceder, incompareciendo injustificadamente al señalamiento o negándose a ejercer la defensa, y ello para posibilitar en todo caso que la procesada puede efectivamente disponer de una defensa técnica para el acto en el que debe ser enjuiciada por este Tribunal, no pudiéndose llegar de nuevo a la situación de suspensión del juicio, es decir, de no poderse llevar a cabo el enjuiciamiento como consecuencia de la voluntad obstaculativa del letrado, situación, por otra parte, asumida y aceptada por la acusada. Admitir una situación semejante será tal como admitir que el ejercicio de la jurisdicción y en general de la realización de la Justicia depende en última instancia de la voluntad del propio encausado y de su defensa letrada.

*Cuarto.* Ante todo, el Tribunal quiere dejar plena constancia, aún a riesgo de ser reiterativo, de que parte, como pilar o principio básico en esta resolución, del absoluto respeto al derecho a la libre designación de letrado reconocida, por lo demás, en el artículo 14.3.º D del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6.3.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 24 de la Constitución, artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, de que los planteamientos que se efectúan en esta resolución provienen de la, de hecho, ineffectividad de la designación letrada por la negativa injustificada de ésta a llevar a cabo la defensa de la inculpada, sea o no con la anuencia de ésta, y de que para cumplir el imperativo Constitucional de dar tutela jurisdiccional efectiva sin menoscabo del derecho a una defensa técnica, la Sala considere imprescindible la designación a la inculpada de un Abogado de oficio, según lo previsto en el artículo 440.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que la Sala estima que contempla situaciones semejantes a la presente, en una interpretación del mismo desde la idéntica óptica constitucional utilizada para la resolución del conflicto; si bien estos Abogados de oficio cautelarmente designados, lógicamente deberían actuar solamente desde el momento en que la defensa técnica específicamente nombrada por la procesada tratará de obstaculizar nuevamente la celebración del juicio mediante la negativa injustificada a ejercer su función.

En este orden de cosas se debe afirmar que la doble vertiente del derecho de defensa letrada o técnica en nuestro derecho —por una parte el derecho del inculpado a hacerse asistir por un defensor y por otra la obligatoriedad de ésta en determinados momentos procesales—, no pueden llevar a situaciones que hagan imposible la propia razón de su existencia: la realización de la justicia.

El problema no vendría determinado por el derecho a la defensa y que éste, en sí mismo, se agotaría con la mera posibilidad de su ejercicio sin obstáculos, sino por la obligatoriedad del mismo en determinados casos. Señala al respecto la doctrina procesalista (Moreno Catena) que la asistencia obligatoria por letrado ha de considerarse irreprochable desde el punto de vista constitucional, aunque, por otra parte, tampoco viene exigida por él, siendo su regulación una opción legislativa tendente a salvaguardar mejor el derecho de defensa del inculpado. Consecuencia de esta afirma-

ción es que esta obligatoriedad no puede instrumentalizarse hasta convertirse en un impedimento real para la consecución de los fines superiores de la Justicia. Por ello, cuando el inculpado se niegue a designar letrado (lo cual puede constituir incluso un medio defensivo) o cuando el designado como letrado para ejercitar la defensa técnica incumpla sus más elementales funciones, en concreto, por ejemplo, se niegue a asistir a juicio (incluso cuando hiciera estas actuaciones, que estarían fuera de lo que sería esperable de una defensa técnica, a modo de medio defensivo coadyuvando con la posición del inculpado) y la norma exigiera su presencia de forma obligatoria, debe actuar un legítimo mecanismo de autoprotección del sistema para que se vean cumplidas las "reglas del juego" de la dialéctica procesal y de la igualdad de partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el inculpado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, etc.

En base a lo anterior no resultaría justificable la negativa de la Administración corporativa encargada de la designación de los letrados de oficio a cumplir los requerimientos del Tribunal en tal sentido. En tales circunstancias la denegación de designación de letrado de oficio por parte del Ilustre Colegio de Abogados llevaría como única solución a la tesitura de tener que optar por hacer decaer la asistencia letrada obligatoria —que no el derecho a la defensa letrada—, incluso en actos de extraordinaria relevancia procesal como es el juicio público, con lo que ello implicaría de coste para el sistema, como único medio de dar tutela judicial efectiva y, en definitiva, hacer prevalecer la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.»

El mencionado Auto sirvió de decisiva llamada de atención para futuras peticiones de suspensión, que no llegaron a producirse.

### *Sección Tercera*

#### 1. *Asunto «Terra Lliure».*

El abandono de gran parte de sus miembros de la «lucha armada», y la integración de varios de ellos en el partido «Ezquierda Republicana» daba relevancia a este Juicio que se inició el día 3 de

abril y concluyó el día 26 de abril de 1995, interviniendo el Ministerio Fiscal que había estado presente en toda la actividad instructora, con la apreciación de la circunstancia atenuante específica del artículo 57 bis b) del Código Penal, que fue apreciada por la Sala en la sentencia parcialmente condenatoria que puso fin al proceso.

## 2. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

### a) ASUNTO «COLZA II»

Resuelta la cuestión competencial, que se había planteado, a favor de la Audiencia Nacional, se llegó al último trámite, y así la Sala señaló el inicio de las sesiones del Juicio Oral de las Diligencias previas núm. 162/89, del Juzgado Central de Instrucción número 1 (Asunto «Colza II») para el día 9 de octubre de 1995.

*El Fiscal había solicitado el sobreseimiento de la causa con reserva de las acciones civiles*, petición que no fue atendida por el Juzgado Central de Instrucción número 1, en su Auto de 27 de agosto de 1994, que dispuso la Apertura del Juicio Oral para determinados inculpados. Pese a que el Fiscal había instado del Juzgado, de conformidad con el artículo 790.6 de la Ley Procesal Penal, nuevo trámite para evacuar la Calificación Provisional, si no se aceptaba su petición de sobreseimiento, el Juzgado omitió lo interesado, y elevó las actuaciones a la Sala.

El Fiscal, atento a las diversas incidencias, a la necesidad de evitar cualquier nulidad, con vuelta hacia atrás, en el procedimiento, y al trámite que se había concluido para las acusaciones y las defensas, a las que se rechazó determinados medios de prueba por la Sala, el *dos de octubre* remitió su escrito de Calificación Provisional, que fue admitido por la Sala dando traslado a las demás partes, incluyendo en el mismo petición de pruebas. Al ser atacado por las acusaciones, tuvieron que aceptarlo, por cuanto el Fiscal en su petición de prueba, se había circunscrito, única y exclusivamente, a las que ya había acordado el Tribunal como admitidas y pertinentes.

La prueba testifical comprendía más de cincuenta testigos, entre los que abundaban altos cargos de los Gobiernos de la Nación, ya

cesados, y otros en activo. Como quedó dicho tanto la testifical propuesta por el Fiscal, como la Pericial, fueron las que admitió la Sala. Finalmente las sesiones comenzaron el día 9 de octubre de 1995.

La postura del Fiscal era delicada, ya que había pedido el sobreseimiento y formulado Conclusiones Provisionales Absolutorias. Gran parte de la opinión publicada era contraria, debiendo mantener en todo momento, una postura acorde con los principios de legalidad y de imparcialidad.

Cuando concluyeron todos los interrogatorios a acusados, testigos y parientes, se iniciaron las sesiones de la prueba documental.

La intención de las acusaciones particulares era dar lectura a «casi» todos los folios de las actuaciones, tanto los de las propias Diligencias previas núm. 162/89, como de numerosísimos del procedimiento principal conocido como «Colza I», ya sentenciado.

Ante la petición de la Sala a todos los intervinientes, que precisaran los folios de los que estimaban necesaria su lectura para sus intereses, el Fiscal dictaminó que la doctrina constitucional lo que se exigía es que se reprodujeran en el Juicio Oral como necesario para el mantenimiento del principio contradictorio, era la lectura de los documentos sustentadores de las tesis acusatorias. Esta postura, aceptada por la Sala, limitó extraordinariamente la lectura, y, consecuentemente, propició que el 30 de enero el Fiscal elevara a definitivas sus Conclusiones.

Concluidos los informes orales, la causa quedó vista para Sentencia el día 12 de marzo de 1996.

#### b) LA POSIBLE RESOLUCION DEFINITIVA DE LAS CUESTIONES QUE SE PLANTEABAN EN CUANTO A LA APLICACION DE LA LEY DE CONTROL DE CAMBIOS

Como es bien sabido, la *Sentencia de 23 de febrero de 1995 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en los Asuntos Acumulados C-358/93 y C-416/93, en relación con la aplicación de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de Europa de fecha 24 de junio de 1988, pareció resolver las cuestiones que se planteaban ante la libre circulación de capitales, dentro del marco de la Comunidad Europea, en relación con la sanción punitiva para los que no cumplieran con la

obligación de la previa autorización cuando el movimiento dinerario extrafronterizo, fuera superior a los cinco millones de pesetas.

Sin embargo, posteriormente, se dictó *Sentencia en 12 de julio del mismo año por la Sala Segunda del Tribunal Supremo* en la que, en definitiva, con el argumento de «es obvio que la resolución del núcleo de la prohibición (supresión de la autorización administrativa previa) en manera alguna constituye ni la creación de un tipo distinto de injusto penal ni una interpretación *in malam partem* para el reo: pues el dato de la declaración era presupuesto *sine qua non* para la obtención de la autorización previa y por ello ampliar su esfera a costa de la supresión de una restricción en nada afecta al principio de legalidad». Se llegaba a la conclusión que debía seguir sancionándose la salida de capitales, por viajero, en cuantía superior a cinco millones, cuando no se contaba con la previa autorización administrativa.

Ante esta situación, se formuló por esta Jefatura, de conformidad con lo acordado en la Junta de la Fiscalía, Consulta en 26 de octubre de 1995, ante la duda de la postura que debía adoptarse.

La posterior *Sentencia de fecha 14 de diciembre de 1995, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, que fue remitida a la Fiscalía General del Estado por el que suscribe, al resolver los asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-150/94, ante las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado Central de lo Penal de esta Audiencia Nacional, y en relación con los movimientos de capitales hacia terceros países, definitivamente, declaró:

«El apartado 1 del artículo 73 B y la letra b) del apartado 1 del artículo 73 D del Tratado se oponen a una normativa nacional que supedita, de modo general, la salida del territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador, a una autorización previa, pero no se oponen, en cambio, a que dicha operación esté supeditada a una declaración previa. La referida normativa no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 73 C del Tratado.

Las disposiciones del apartado 1 del artículo 73 B, en relación con el artículo 73 C y con la letra b) del apartado 1 del artículo 73 D del Tratado, pueden invocarse ante el órgano jurisdiccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones.»

La Resolución, antes dicha, resolvía ya no sobre la aplicación de la Directiva citada al inicio, sino sobre la aplicación del artículo 73 del Tratado de la Unión Europea.

La Consulta número 1/1996, de 19 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de Control de Cambios y Derecho Comunitario, fue resuelta con la siguiente conclusión:

«... a la vista de todo lo expuesto, y siendo así que no aparece previsión legal en el Nuevo Código Penal que de alguna manera introduzca novedades al respecto y que pudiera modificar lo dicho, consideramos que es más ajustado al estricto principio de legalidad, continuar con el planteamiento adoptado poco después de dictarse la Sentencia de 23 de febrero y antes de aparecer la Sentencia de 19 de julio. Es decir, no perseguir por la vía penal los actos de exportación de capital sin declaración, tanto sean inferiores como superiores a cinco millones de pesetas. Debe de pasarse el tanto de culpa no obstante a las autoridades administrativas a los efectos legales procedentes y por si desde ese ámbito legal fuera aplicable alguna sanción.»

Puede considerarse que este asunto, hasta ahora, queda resuelto, aunque el conocimiento que se tiene de la tramitación de Recursos de Amparo ante el Tribunal Constitucional, aún no resueltos por Sentencia, conducen a la conclusión de una espera hasta conocer la última decisión del mencionado Tribunal de Garantías Constitucionales.

## C) ALGUNOS EXPEDIENTES DE EXTRADICION

### 1. Expediente de extradición número 7/94 (Juzgado Central de Instrucción número 1).

Se siguió Expediente de Extradición número 7/1994, del Juzgado Central de Instrucción número 1.

Por Nota Verbal de 21 de enero de 1994, la embajada de Uruguay en España interesa la extradición de *Mario Ismael Méndez Lapalma*. Se le imputaba un delito de homicidio según los datos fácticos que se recogen a continuación:

«La muerte que se le atribuye, por inducción, es la de Santiago Rama Lago, perpetrada el 26 de noviembre de 1992 por los proyectiles de un revólver de calibre 22, disparados contra Santiago desde los pies de la cama en que dormía, en compañía de su mujer Carmen Rodríguez Taboada, en la casa donde ambos residían en Delta del Tigre (Uruguay).»

«Los disparos fueron efectuados por Osvaldo Rodríguez Elisa, pero éste, que era inimputable, por padecer delirio crónico, fue determinado a hacerlo por Mario Ismael Méndez Lapalma, que ejercía una influencia intensa sobre aquél, por ser Mario Ismael sacerdote de una iglesia evangélica en la que Osvaldo era acólito.»

«Mario Ismael proyectó matar a Santiago Rama Lago, a petición de la esposa de éste, Carmen Rodríguez Taboada, que deseaba la muerte de su marido para vengarse de los malos tratos a que él la sometía, y de las continuas infidelidades de Santiago, que tenía varias amantes.»

«Mario Ismael convino con Carmen en que ella le abonaría 1.000 pesos, que iría pagando fraccionadamente, en sumas parciales, adaptadas a la capacidad económica de ella, para recompensar la intervención de aquél para matar a Santiago, y acordaron que Carmen dejaría trabajar a Ismael en la carnicería de su marido, una vez que éste hubiera sido eliminado.»

«Carmen le dió 50 pesos a Mario Ismael Méndez Lapalma para que éste comprara el arma, y éste se quedó con el dinero —que repartió con Osvaldo Rodríguez Elisa—, ya que Mario Ismael decidió utilizar un revólver que él tenía, y que entregó a Osvaldo, y que fue el que éste utilizó para matar a Santiago Rama Lago y que luego arrojó al río Santa Lucía.»

«El día de autos, Carmen Ceferina Gil Faccio, que trabajaba como empleada de hogar en el domicilio de Santiago Rama Lago y Carmen Rodríguez Taboada, a instancia de Mario Ismael Méndez Lapalma, dejó abierta la puerta exterior de la casa, para que pudiera penetrar en ella Osvaldo Rodríguez Elisa.»

En el escrito del Ministerio Fiscal de 3 de abril de 1990 se contienen los siguientes datos sobre el desarrollo del proceso:

«Hasta el año 1975 no se centró la investigación procesal respecto a Carmen Rodríguez Taboada, Osvaldo Rodríguez Elisa y

Carmen Ceferina Gil Faccio. Celebrado el juicio respecto a dichos encartados, se dictaron sentencias de primera y segunda instancia, por las que Carmen Rodríguez Taboada resultó condenada a una pena de diez años de penitenciaria como coautora de un delito de homicidio especialmente agravado por el parentesco y la premeditación; Carmen Ceferina Gil Faccio fue amnistiada luego de una larga preventiva; y Osvaldo Rodríguez Elisa fue declarado autor inimputable y sometido a medidas de seguridad curativas.»

«Cuando ya estaba totalmente cumplida la pena impuesta a Carmen Rodríguez Taboada, en el año 1989, se dirigió la investigación contra Mario Ismael Méndez Lapalma, con motivo de una estancia de éste en Uruguay.»

Acta de acusación del Ministerio Fiscal contra Mario Ismael Méndez Lapalma, fechada el 22 de octubre de 1991, pidiendo para él la pena de 21 años de penitenciaria como autor mediato de un delito de homicidio muy especialmente agravado, por concurrencia de las agravantes de precio, de alevosía y de premeditación, y por la calidad de cónyuge de la víctima en la coautora.

Los hechos de la acusación son literalmente los siguientes:

«El 22 de diciembre de 1961 contrajeron matrimonio civil Santiago Rama y Carmen Rodríguez, de cuya unión nacieron dos hijos.

La pareja vivía en Delta del Tigre, 10.<sup>a</sup> sección judicial del Departamento de San José, donde Rama explotaba una carnicería y una chacra, siendo ayudado por su esposa, en su casa trabajaba como empleada doméstica Carmen Gil, que les había sido recomendada por Méndez.

En la misma zona vivían también Ismael Méndez y su compañera Narcisa Suárez Vilas que era del mismo pueblo español que Rama, a quien conocía de la infancia, lo que facilitó la relación de ambas parejas.

Méndez pertenecía a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, en la cual fue ordenado en el sacerdocio Aarónico en 1977, pero en la fecha de los hechos, año 1972, ya actuaba como sacerdote en el Delta del Tigre. A su templo concurrían Osvaldo Rodríguez y Carmen Rodríguez.

El matrimonio de Rama vivía una situación gravemente conflictiva a causa de las infidelidades del hombre y su carácter agre-

sivo que le llevaba a castigar frecuentemente a su esposa quien presenta su cuerpo lleno de cicatrices.

La mujer, cansada de esta situación dijo a Ismael Méndez que pagaría cualquier cantidad si alguien mataba al sinvergüenza de su marido, unos días más tarde Ismael le dijo que vería de arreglar el asunto, conveniendo el pago de 1.000 pesos, que se haría efectivo en cuotas y con un empleo de la carnicería. Carmen Rodríguez entregó 50 pesos para comprar el arma que utilizaría, dinero que finalmente repartió Méndez con Rodríguez, por cuanto contaban con un revólver que fue el utilizado.

Méndez determinó a Osvaldo Rodríguez que realizara el crimen, combinando todos los detalles.

En las primeras horas del 26 de noviembre de 1972, Osvaldo Rodríguez penetró en la casa por la puerta que había dejado abierta Carmen Gil y llegó hasta el dormitorio donde dormía el matrimonio, desde los pies de la cama disparó por dos veces contra Rama, dormido boca abajo, matándolo en el acto.

La primera instrucción no aclaró el hecho y Méndez estuvo trabajando unos tres meses en la carnicería de la viuda de Rama, quien luego lo echó, dice que porque el hombre quería tener relaciones íntimas con ella, en ese momento también se retiró la empleada Carmen Gil.

Cuando se reinicia la investigación y se dictan los procesamientos referidos en septiembre de 1975, Méndez ya no está en el país. Pasa varios años en España y regresa al Uruguay donde es detenido un tiempo después, siendo enjuiciado y preso bajo la imputación de autos el 5 de abril de 1990.»

Resolución núm. 294 de la Juez Instructora, de 17 de febrero de 1992, denegando la libertad de Méndez.

Sentencia de 29 de julio de 1992 del Tribunal de Apelación de Montevideo, confirmando la resolución anterior.

Diligencias de la Secretaria del Juzgado de 7 de agosto de 1992, haciendo constar que Mario Ismael Méndez Lapalma se fugó del Hospital de Clínicas el 24 de julio de 1992.

En la Fundamentación Jurídica del Auto 1/1995 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal, resolutorio de la Extradición, merece destacarse:

«3. Se cumple en el presente supuesto de extradición la condición sustantiva establecida en los artículos 1.º y 2.º del Convenio Hispano Uruguayo, de que el reclamado haya sido condenado o acusado por los Tribunales competentes del Estado requirente como autor o cómplice de un delito de los comprendidos en la lista de crímenes del mencionado artículo 2.º»

En efecto, el delito por el que ha sido procesado Mario Ismael Méndez Lapalma es el de homicidio, especialmente agravado del artículo 311 del Código Penal Uruguayo, y el delito de que ha sido acusado por el Fiscal es el de homicidio muy especialmente agravado, del artículo 312 del mencionado Cuerpo Legal. Tales delitos están comprendidos en la lista del artículo 2.º del Convenio Hispano Uruguayo, bien en el número 1.º, bajo el título de asesinato, bien en el 2.º, bajo el nombre de homicidio. La participación atribuida a Mario Ismael Méndez Lapalma, tanto en el auto de procesamiento, como en el acta de acusación, es la de autor mediato.

En el Derecho Español, los hechos imputados al reclamado integrarían un delito de asesinato del artículo 406 del Código Penal, por concurrencia de las circunstancias modificativas 1.ª —de alevosía—, 2.ª —de precio— y 4.ª —de premeditación—.

La participación de Mario Ismael Méndez Lapalma se calificaría en el Derecho español de autoría por inducción, del artículo 14, 2.º, del Código Penal, y por cooperación necesaria, del artículo 14, 3.º, del mismo Cuerpo Legal.

No procede denegar la extradición de Mario Ismael Méndez Lapalma al amparo de lo establecido en el artículo 9.º del Convenio Hispano Uruguayo, por haber prescrito su responsabilidad penal según la Legislación española, ya que tal prescripción no se ha producido, puesto que el delito de asesinato imputado a Mario Ismael prescribiría a los 20 años, según el párrafo 1.º del artículo 113 del Código Penal, en atención a la penal correspondiente al mismo, y tal plazo no ha transcurrido, porque si empezó a correr el 26 de noviembre de 1972, fecha de comisión del delito, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 114 del Código Penal, se interrumpió en 1990, al ser apresado en Uruguay Mario Ismael, antes de que hubieran transcurrido los 20 años.

Sí procede en cambio denegar la extradición al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.º del Convenio Hispano Uruguayo,

por tener la persona reclamada la nacionalidad del país requerido.

Efectivamente, Mario Ismael Méndez Lapalma adquirió la nacionalidad española, en virtud de opción formulada ante el Registro Civil de la ciudad donde reside, Bilbao, el 7 de abril de 1991 y de la resolución del Ministerio de Justicia español de 28 de octubre de 1991.

Tras establecer el artículo 1.º del Convenio de 23 de noviembre de 1885 la obligación de los Estados contratantes, Uruguay y España, de entregarse a las personas acusadas o condenadas por ciertos delitos, en el artículo 3.º del Convenio se dispone que la obligación de la extradición no se extiende en caso alguno a los nacionales de los países. Esta última norma excluye la extradición de los nacionales, sin hacer excepción respecto a los que adquieren la nacionalidad con posterioridad a la comisión del delito, como se hace en los Convenios entre Chile y España y Costa Rica y España.

Aunque se admitiera, según la tesis del Fiscal en su escrito de instrucción, que la norma del artículo 3.º del Convenio del 23 de noviembre de 1885 tiene carácter facultativo; dejando libertad a los Estados contratantes para decidir si entregan o no a sus nacionales, habría que entender que en todo caso la extradición de los propios nacionales estaría imperativamente vedada para el Estado Español en virtud de lo establecido en el artículo 4.º de la Ley española de Extradición Pasiva de 26 de diciembre de 1958.

Finalmente, entiende la Sala que aunque se admitiera según la tesis expuesta por el Ministerio Fiscal en su escrito de instrucción, que las normas internas españolas prohibitivas imperativamente de la entrega de nacionales en virtud de extradición, no son aplicables al presente supuesto, por deber prevalecer la norma del artículo 3.º del Convenio Hispano Uruguayo que permite, a juicio del Fiscal, la entrega de los nacionales, aún aceptándose tal tesis, debería denegarse la extradición de Mario Ismael Méndez Lapalma teniendo en cuenta: a) el arraigo del reclamado en España donde aparece afiliado a la Seguridad Social española, desde el 13 de mayo de 1975 y tuvo una hija el 1 de febrero de 1977; b) la tardanza de las autoridades uruguayas en perseguir formal y procesalmente a Mario Ismael Méndez Lapalma; c) que la adquisición de la nacionalidad española no fue motivada por el propósito de

impedir la extradición a Uruguay, puesto que consta que después de su naturalización Mario Ismael viajó a su país de origen en 1987, en 1988 y en 1989, cuando precisamente apresado en virtud de la causa 526 de 1989, motivadora de la demanda de extradición; y valorando también la ya avanzada edad de Mario Ismael Méndez Lapalma y los problemas de salud que le aquejan y que se reflejan en el antecedente de hecho sexto.

En consecuencia los Magistrados del Tribunal *acuerdan*:

«Denegar la extradición a Uruguay de Mario Ismael Méndez Lapalma pedida por Nota Verbal 31/5.3/94 de la Embajada de Uruguay en España.»

En atención a las circunstancias concurrentes el auto no fue recurrido.

2. *Expediente de extradición número 10/94 (Juzgado Central de Instrucción número 4).*

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, por Auto de fecha 5 de mayo de 1995, accedió a la extradición del ciudadano de los Estados Unidos de América, George Louis Esa, ante la Nota Verbal de la Embajada de dicho país de 17 de agosto de 1984.

El expediente fue tramitado por el Juzgado Central de Instrucción número 4, bajo el número 10/1994. Los cargos contra el referido ciudadano eran:

«— Cargo 1. Louis ESA y los coimputados Frank Desimone, Pablo Fernández, Thomas Gagliardi, Félix Núñez, Carl Rogasta, Robert Santora y Richar Sinde conspiraron y se pusieron de acuerdo para formar una asociación delincencial o «empresa», que operaba en Nueva York (N.) desde agosto de 1989 hasta la fecha. Los objetivos de la «empresa» eran fabricar, manipular, alterar y transportar (entre varios Estados) cheques de viajes de «American Express» inauténticos, aprovecharse de ellos, negociar los y también traficar con cocaína. Los cheques eran falsificados por Desimone mediante una copiadora de rayos láser, una impresoara láser marca «Cannon» y una cortadora, y luego los lotes eran distribuidos por Louis ESA, que con otros asociados se repartía la función de hacer compras con los cheques, cada uno de

ellos de valor de 100 US\$. ESA daba instrucciones a los demás “colaboradores” respecto de qué géneros, por qué cuantía convenía comprar, y se encargaba después de recaudar los saldos. Específicamente, de los veinte actos criminales insertos en la actividad delictuosa del grupo, Louis ESA participó en los numerados como 2, 3 y 4 recibiendo con conocimiento de su falta de autenticidad y negociando fraudulentamente, respectivamente, en Lodi (Calif.) 10 cheques inauténticos de “American Express” por importe cada uno de 100 US\$, en Los Angeles (Calif.) otros 27 cheques, y en Las Vegas (Nev.) otros 16 cheques de la misma condición falsaria entre diciembre de 1989 y febrero de 1990. También negociando (acto criminal núm. 9) el 17 de enero de 1990 en el Café Iguana en Nueva York el cheque inauténtico de “American Express” número RG202906592 por importe de 100 US\$. También usando fraudulentamente (acto criminal núm. 14) el 8 de agosto de 1989 en Nueva York la tarjeta de crédito de “American Express” número 3713-892824-32002 que había sido emitida a nombre de otra persona. Doctor Fortunato, a quien le había sido sustraída y mediante la que obtuvieron bienes por importe superior a 1.000 US\$. También (acto criminal núm. 20) poniéndose de acuerdo con los restantes inculpados, entre agosto de 1989 y enero de 1991 para distribuir cocaína en Nueva York.

— Cargo 2. Louis ESA era además una de los dirigentes de la citada asociación o “empresa”.

— Cargo 3. Louis ESA negoció fraudulentamente en Nueva York un título inauténtico, el cheque de “American Express” número RG202906590, el 17 de enero de 1990, que había sido alterado y era falso.

— Cargo 4. Louis ESA usó fraudulentamente en Nueva York una tarjeta de crédito robada, el 8 de agosto de 1989, la “American Express” número 3713-892824-32002 obteniendo bienes por importe de 3.347 US\$.

— Cargo 5. Louis ESA usó fraudulentamente en Nueva York una tarjeta de crédito robada, el 8 de agosto de 1989, la “American Express” número 892824-32002 obteniendo bienes por importe de 2.140,10 US\$.

— Cargo 6. Louis ESA conspiró y se puso de acuerdo con los otros inculpados para usar fraudulentamente en Nueva York una tarjeta de crédito robada, el 8 de agosto de 1989, la “American

Express" número 3713-892824-32002, obteniendo bienes por importe de 3.347,15 US\$.

— Cargo 7. Louis ESA conspiró y se puso de acuerdo con los otros inculpados para usar fraudulentamente en Nueva York una tarjeta de crédito robada, el 8 de agosto de 1989, la "American Express" número 3713-892824-32002, obteniendo bienes por importe de 2.140 US\$.

— Cargo 8. Desde octubre de 1989 hasta enero de 1991, en Nueva York, Louis ESA y los restantes inculpados conspiraron y se pusieron de acuerdo entre sí para poseer con intención de distribuir cocaína. Para adquirir un kilogramo de cocaína, que les proporcionó Félix Núñez, entregaron a éste una caja llena de cheques falsos. Y decidieron vender la cocaína así adquirida y poseída, en Grecia, donde pensaban vender la droga por 60.000 US\$.

— Cargo 9. Desde noviembre de 1989 hasta enero de 1991, desde Nueva York, Louis ESA y los restantes inculpados exportaron a Grecia una cierta cantidad de cocaína, que ESA llevó personalmente a Grecia, introdujo allí con la connivencia de un agente de aduanas y vendió al dueño de una sala de fiestas, a "Lucky". Este le pagó mediante un cheque, que ESA había querido cobrar en Londres, sin lograrlo.

— Cargo 10. Desde enero de 1992 hasta la fecha en Nueva York, Louis ESA y los restantes inculpados conspiraron y se pusieron de acuerdo entre sí para distribuir cocaína. Louis ESA entró en contacto con Pablo Fernández, Félix Núñez y Ronald Besho para adquirir de ellos cinco kilogramos de cocaína, pero, por discrepancias en la forma de hacer la entrega, el acuerdo no frugó y la droga no llegó a poder del Louis ESA.»

La Sala rechazó unas manifestaciones del reclamado consistentes en que había accedido a la extradición que solicitaba, en otro expediente, las autoridades griegas. El Fiscal expuso, en el acto de la vista su preferencia a que fuera extraditado a EE.UU.

Aunque el Tribunal resolvió la extradición a los Estados Unidos, hizo constar que no tenía suficientes elementos para manifestar su opinión, si bien, hizo señalar que según el reclamado, sus vinculaciones familiares se encuentran en Grecia.

La resolución definitiva de esta cuestión, de decidir a qué país se entregaba, es decir a Grecia o a Estados Unidos, se resuelve por el Pleno de la Sala de lo Penal, al decidir el Recurso de Apelación

interpuesto por el reclamado, por Auto de 26 de julio de 1995, cuyos Fundamentos jurídicos y Disposición son como sigue:

«*Primero.* La defensa del reclamado pretende en primer lugar que se deniegue la extradición, porque también existe otra petición de Grecia, habiendo prestado su conformidad a su entrega a este país, alegando no sólo circunstancias objetivas, como que también tiene nacionalidad griega o que tiene arraigo familiar en aquel país, sino también que esa es su voluntad, lo que enlaza con la libertad de circular libremente y de elegir país de residencia. La pretensión del reclamado es insostenible pues, para el caso de que varios Estados presenten peticiones de extradición respecto a una misma persona, el artículo 16 de la Ley de Extradición Pasiva establece que la decisión corresponde al Gobierno, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado. Así pues, como alega el Ministerio Fiscal, el Tribunal, reuniendo las peticiones de varios países, los requisitos legales, deberá declarar la procedencia de todas ellas, para que así pueda el Gobierno decidir la preferencia de entrega. En el mismo sentido se pronuncia el Tratado de extradición entre España en los EE.UU., al establecer en el artículo 14 que la parte requerida decidirá a cual de los Estados requirentes debe realizarse la entrega. A ello hay que añadir que la referencia que hace el recurrente a la libertad de circulación y de elección de país de residencia no puede por analogía aplicarse en este caso, pues la preferencia en la entrega se encuentra expresamente regulada, como ha quedado establecido, y no existe semejanza ni identidad de razón entre esta materia y los derechos alegados.

*Segundo.* El auto recurrido no quebranta el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, pues la documentación que aporta el reclamado para acreditar que ya había sido juzgado en EE.UU. lejos de servir a esos efectos, lo que hace es poner de manifiesto que se produjo, en enero de 1991, una retirada de denuncia bajo reserva, lo que permitió continuar la investigación, hasta que finalmente en 1993 el Gran Jurado se pronunció sobre la acusación formal, que da lugar a esta reclamación. Esa

retirada de denuncia bajo reserva, realizada por el Gobierno o la Fiscalía, ningún efecto de cosa juzgada puede producir, y así expresamente se hace constar en el informe del Departamento de Justicia. No se llevó a cabo juicio alguno, ni se dictó sentencia, por lo que en modo alguno puede equipararse a un enjuiciamiento con sentencia absolutoria, como pretende el recurrente, sino al sobreseimiento provisional de nuestra Ley de Enjuiciamiento, que también carece de estos efectos, no impidiendo la reapertura de la causa y la imputación formal contra los encausados. La repetición de hechos en los cargos tampoco debe entenderse como una quiebra del principio *non bis in idem*, tan respetado por el sistema norteamericano como puede serlo en el español, sino fruto del sistema utilizado para individualizar hechos, que primero se contemplan globalmente.

*Tercero.* No puede aceptarse la imposibilidad de que George Louis ESA hubiese realizado los hechos que se le imputan en el cargo 10, por encontrarse fuera de Estados Unidos, desde enero de 1992, pues esa conspiración para cometer el delito de tráfico de drogas pudo haberla realizado incluso fuera del país, máxime si el destino de la droga era el país donde se encontraba. Los contactos con los otros implicados que se describen en la documentación aportada lo fueron por teléfono, con lo que la distancia no impedía, ni siquiera dificultaba su realización.

En atención a lo expuesto disponemos:

Que se desestima el recurso de súplica interpuesto por la Procuradora señora de la Rubia Ruiz, en nombre y representación de George Louis ESA, contra el Auto de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de esta Audiencia, dictado en el expediente número 10/94, Rollo 22/94, instruido por el Juzgado Central de Instrucción número 4, que se mantiene en su integridad.»

#### E) FISCALIA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE DROGAS

##### 1. DATOS ESTADÍSTICOS DE LOS PROCESOS SEGUIDOS EN LA AUDIENCIA NACIONAL

Los procedimientos que se han seguido en la Audiencia Nacional se recogen en los siguientes cuadros estadísticos:

RELACION DE PROCEDIMIENTOS INCOADOS  
EN EL AÑO 1995

*Juzgados Centrales de Instrucción*

AÑO 1995	D. Prev.	P. Abre	S.º Ord.	D. Ind.
Juzgado núm. 1 .....	51	22	10	0
Juzgado núm. 2 .....	19	4	5	0
Juzgado núm. 3 .....	23	0	2	0
Juzgado núm. 4 .....	30	2	1	0
Juzgado núm. 5 .....	27	0	11	0
TOTALES .....	150	28	29	0

RELACION DE PROCEDIMIENTOS EN TRAMITE  
EN EL AÑO 1995

*Juzgados Centrales de Instrucción*

AÑO 1995	D. Prev.	P. Abre	S.º Ord.	D. Ind.
Juzgado núm. 1 .....	26	17	8	0
Juzgado núm. 2 .....	8	3	2	0
Juzgado núm. 3 .....	12	—	2	0
Juzgado núm. 4 .....	4	1	1	0
Juzgado núm. 5 .....	24	0	16	0
TOTALES .....	74	21	30	0

En comparación con el año 1994 (en el que se incoaron 273 diligencias previas, 2 procedimientos abreviados y 41 sumarios), el número total de asuntos penales ha experimentado un notable descenso, particularmente en el apartado de diligencias previas (123 menos que el año precedente).

Todo lo contrario que los procedimientos penales sentenciados durante el año 1995, que fueron 53 (30 más que el año anterior), de los que 37 eran sumarios y 16 procedimientos abreviados.

Correlativamente al incremento de los procesos penales sentenciados se ha producido el de las personas sometidas a enjuiciamiento y sobre las que ha recaído sentencia. En estos procedimientos fueron juzgadas 271 personas, de las que 213 resultaron condenadas y 58 absueltas.

## 2. PROCESOS MAS IMPORTANTES

### a) PROCESOS EN TRAMITE

#### *Sumario 21/95 del Juzgado Central de Instrucción número 1*

Esta causa, con treinta y un procesados, tiene su origen en las investigaciones que se venían realizando desde principios del año 1993 sobre las actividades de un grupo de personas, presuntamente integradas en un grupo organizado, compuesto por ciudadanos de diversas nacionalidades, dedicados a la introducción en España de sustancias estupefacientes por vía marítima; resultado de las cuales se pudo determinar que utilizando el barco «Islander» pretendían efectuar la importación de una importante cantidad de cocaína, detectándose a principios del mes de febrero de 1994 el citado barco «Islander» en aguas del Océano Atlántico, procedente de la costas de Sudamérica con rumbo hacia el continente africano. En la noche del día 8 de febrero de 1994, cumplimentándose todos los requisitos de legalidad nacional e internacional, los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera, cumpliendo Instrucciones impartidas por la autoridad judicial española procedieron al abordaje del citado buque. Sin embargo, no se pudo incautar la droga que transportaba, toda vez que uno de los tripulantes consiguió poner en funcionamiento el sistema de lastrado al que el ilícito cargamento venía atado, arrojándolo al agua del Océano. Al no ser posible la recuperación de la droga y con el objeto de no entorpecer la investigación que seguía vigente sobre el conjunto de la organización (con el resultado que después se expresa), siguiendo instrucciones de la autoridad judicial, los funcionarios actuantes permitieron que el buque continuara su navegación, el cual llegó al puerto de Dakar (Senegal) el día 14 del citado mes de febrero.

Como consecuencia de la información acumulada a tenor de la investigación realizada, se volvió a detectar que la citada organización preparaba otra importación de cocaína utilizando el barco petrolero denominado «Archangelos», por lo que se dispuso que un patrullero del Servicio de Vigilancia Aduanera emprendiera viaje para salir al encuentro del citado barco, produciéndose su localización, cuando éste efectuaba viaje de regreso de las costas Sudamericanas, en la noche del día 22 a 23 de enero de 1995.

El citado patrullero procedió al abordaje del petrolero «Archangelos» en aguas internacionales del Océano Atlántico, interviniéndose 68 paquetes que contenían una cantidad superior a los dos mil kilogramos de cocaína y siendo detenida la tripulación de este buque inmediatamente, salvo dos ciudadanos marroquíes y un español que se escondieron en diversos lugares del barco, los dos primeros se entregaron después voluntariamente, pero este último, que iba armado con una pistola y disparó en varias ocasiones, tuvo que ser reducido por la fuerza en la mañana del 25 de enero de 1995.

### *Sumario 23/94 del Juzgado Central de Instrucción número 1*

Desde el mes de septiembre de 1992, el Servicio de Vigilancia Aduanera, en coordinación con Servicios policiales y de control de fronteras de otros Estados, venía investigando las actividades a las que se dedicaba el buque denominado «Brazzaville», toda vez que existían evidencias concretas de que se dedicaba a realizar transportes de carácter ilícito con mercancías de comercio prohibido o sujeto a controles administrativos.

En el mes de noviembre de 1993 y en virtud de la información acumulada en dicha investigación se tuvo conocimiento de que el citado barco, ostentando la bandera de San Vicente-Granadinas, había partido del puerto de Ostende (Bélgica) dirigiéndose al de Dakar (Senegal), abandonado seguidamente este puerto con fecha 6 de noviembre de 1993 tomando rumbo a un lugar indeterminado del continente europeo.

El día 18 de noviembre de 1993, el buque «Brazzaville» fue avistado en la zona del Estrecho de Gibraltar por el helicóptero del SVA, el cual comunicó el posicionamiento del barco a patrulleros de este Servicio, uno de éstos procedió a su abordaje en aguas internacionales.

Una vez efectuada la operación anterior se comprobó que el citado buque «Brazzaville» transportaba 21 contenedores, en interior de varios de ellos se ocultaba, tapados con sacos de maíz, numerosos paquetes que contenían pastillas de la sustancia estupefaciente denominada hachís, que arrojó un peso bruto de *veintitres mil kilogramos* (peso neto de dicha sustancia: 22.699.871 gramos).

El citado barco «Brazzaville» había sido adquirido por una organización internacional dedicada a estas ilícitas actividades de transporte de sustancias estupefacientes, para lo cual los individuos no identificados que la formaban constituyeron la sociedad panameña denominada «Poulton Overseas Inc.», representada por un ciudadano holandés, el cual junto con otros individuos de la organización se encargaron de contratar la tripulación y de efectuar todos los preparativos necesarios para la realización del indicado transporte.

#### *Procedimiento abreviado 9/95 del Juzgado Central de Instrucción número 2*

En este procedimiento aparecen inculpadas once personas, las cuales formaban parte de una organización que tenía por finalidad la introducción y distribución de hachís en la península para su ulterior distribución por la zona de Levante y la provincia de Murcia. La droga era transportada en camiones que hacían el recorrido desde Ceuta a la Península transportando a las provincias del norte de África ladrillos y de vuelta, con los camiones vacíos, en unos dobles fondos realizados para tal fin transportaban la sustancia estupefaciente, siendo desarticulada la organización por la policía, interviniéndoseles alrededor de 500 kilos de hachís.

#### *Sumario 9/95 del Juzgado Central de Instrucción número 2*

En este sumario aparecen procesadas doce personas, quienes formaban una organización que tenía por finalidad la introducción de cocaína desde Colombia a España. Para conseguir su propósito fletaron un barco —con conocimiento del armador— para traer en el mismo la droga. El principal responsable de la organización es el procesado Pedro Lucas Cortés, quien se encuentra incurso en otros sumarios instruidos en la Audiencia Nacional. La operación del transporte de la cocaína fue investigada por el Servicio Central de Estupefacientes, quien detuvo a los integrantes de la organización en el puerto Sherry de la provincia de Cádiz, ocupándoseles alrededor de 300 kilogramos de cocaína.

## *Sumario 2/95 del Juzgado Central de Instrucción número 2*

Las personas procesadas en el presente sumario son un total de diez, de las cuales cinco son de nacionalidad colombiana, una italiana, otra de Guatemala y tres de nacionalidad española. Estos individuos formaban parte de una organización cuyos responsables viven en Colombia, que tenía por finalidad la introducción y distribución de cocaína en España, para lo cual las personas que vivían en Bogotá contactaron con ciudadanos españoles y éstos, por encargo de aquellas, alquilaron una nave comercial en la localidad del Pozo (Guadalajara) y allí eran depositadas toneladas de oxiclорuro de cobre destinado a una empresa de productos funguicidas con domicilio social en Sevilla, y junto con esos sacos, que contenían el producto químico ya citado, había otros que, mezclada con el oxiclорuro de cobre, contenían pasta de cocaína, la cual transformaban el clorhidrato de cocaína en un laboratorio clandestino que se encontraba en el término municipal de Colmenar de la Oreja, en el término conocido por «Valdeguerra».

También, y en una carpintería propiedad del hermano de uno de los procesados, sita en la localidad de Alcalá de Henares, fueron encontrados 22 sacos de la misma sustancia, que estaban preparados para ser trasladados al laboratorio.

Por los inspectores del servicio central de estupefacientes se recogieron 200 kilogramos de cocaína y gran cantidad de precursores e instrumentos para sintetizar clorhidrato de cocaína.

## *Diligencias previas 325/94 del Juzgado Central de Instrucción número 5*

Este procedimiento se inició en virtud de investigaciones policiales centradas sobre una organización que, al parecer, venía dedicándose a la introducción de cocaína en España para su posterior distribución en el mercado clandestino.

En el curso de la investigación se detectaron relaciones entre algunos de los investigados con un importante número de sociedades constituidas en el extranjero. Estas sociedades habían aperturado cuentas en una entidad bancaria española, realizando cuantiosas transferencias dinerarias desde el extranjero. Una vez el di-

nero se encontraba en España, era utilizado: en unos casos, para la adquisición de bienes inmuebles por las referidas sociedades extranjeras; en otras ocasiones, para la constitución de sociedades españolas, que a su vez adquirirían bienes; finalmente, se invertía el dinero participando en sociedades ya constituidas, y, en este caso a diferencia de los anteriores, con actividad económica real.

La instrucción de la causa presenta especiales dificultades derivadas del complejo entramado societario y económico en que consisten los hechos objeto de investigación, las diligencias a realizar más allá de nuestras fronteras, el número de participantes en las operaciones, el volumen alcanzado por las actuaciones (23 tomos de diligencias y 20 de piezas documentales) y, finalmente, las medidas de carácter real que se han tenido que adoptar.

#### b) PROCESOS SENTENCIADOS

##### *Sumario 46/93 del Juzgado Central de Instrucción número 2*

En este sumario aparecen procesadas seis personas, de las cuales dos son de nacionalidad nigeriana, una de nacionalidad mejicana, y otra de nacionalidad liberiana. Estos individuos se dedicaban a traer a España grandes cantidades de heroína procedente de Bangkok, para lo cual enviaban correos españoles hasta Manila, y de allí se trasladaban a Tailandia, o bien los productores les llevaban la sustancia estupefaciente a la capital del archipiélago filipino.

En uno de los viajes la mujer de nacionalidad mejicana, Lourdes Ghut, se trasladó a Bangkok, siendo seguida por el también condenado Christian Lotan Nasi Etiaba, supervisor de la organización, con la finalidad de que aquella pudiera hacer desaparecer la droga. Este último, para evitar ser identificado, hacía uso de un pasaporte que le había sido entregado por otro de los procesados de nacionalidad guineana, llamado José Mba Nchama. Posteriormente estos individuos fueron detenidos por la policía, ocupándoseles en el momento de su detención un kilogramo de heroína con un 85 por ciento de pureza. En el momento de la detención de la persona que transportaba la sustancia estupefaciente, ésta dio muestras de arrepentimiento, dando unos datos pormenorizados a

la policía de cómo actuaba la organización y dónde se encontraban los restantes miembros.

Fueron condenados: dos de ellos a las penas de 10 años y 9 años de prisión mayor, y multas de 101 millones de pesetas respectivamente. Lourdes Guth fue condenada a la pena de 6 años de prisión menor y multa de 50 millones de pesetas, al apreciársele la atenuante de arrepentimiento muy cualificada. Los otros dos fueron condenados a la pena de 5 años de prisión menor y multa de 50 millones, al estimar la Sala sentenciadora que su participación en los hechos había sido como cómplices, ya que su papel dentro del organigrama organizativo no era esencial.

### *Sumario 15/92 del Juzgado Central de Instrucción número 5*

Es, sin duda, uno de los procedimientos penales más emblemáticos de la lucha contra el narcotráfico.

La investigación policial se inició en el año 1991 sobre unas concretas organizaciones de traficantes de cocaína y hachís ubicadas en Galicia que, desde varios meses antes, venían dedicándose al transporte de elevadísimas cantidades de estas sustancias desde Sudamérica y Norte de Africa para su distribución en España y otros países de Europa.

En la citada investigación tuvieron un papel destacado el Servicio Central de Estupefacientes y el Servicio de Vigilancia Aduanera, culminando a mediados del mes de octubre de 1991 con la aprehensión en aguas internacionales, próximas a la península Ibérica, de la embarcación «Rand» y la incautación en su interior de 1.000 kilogramos de cocaína. En el operativo policial fueron detenidas 20 personas (7 de ellas tripulantes del barco), habiéndose dictado orden de busca y captura contra otras 5 personas, actualmente en situación de rebeldía.

Durante la fase de instrucción sumarial, dos de los inculpados fueron víctimas de varios disparos de arma de fuego realizados por tres individuos colombianos, contratados con esta finalidad, el 12 de septiembre de 1994 en el domicilio de aquéllos, sito en la localidad de Cambados, resultando muerto uno de ellos y con graves heridas el otro. Existen fundados motivos para afirmar que este doble asesinato, consumado el uno y frustrado el otro, es la res-

puesta a su colaboración con la justicia en el esclarecimiento de las actividades ilícitas de una de las más importantes organizaciones de traficantes asentadas en nuestro país.

El juicio oral comenzó a finales de mayo de 1995 contra 13 procesados, y finalizó a primeros del mes de julio del mismo año, dictándose sentencia en fecha 15 de septiembre de 1995 que absolvió a dos de los acusados y condenó a los 11 restantes a importantísimas penas de prisión acordes con la extrema gravedad de los hechos en los que habían participado.

Cabe destacar la aplicación de una atenuante analógica a la prevista en el artículo 9.9.º, como muy cualificada, lo que motivó la imposición de la pena en el grado inferior, a uno de los condenados que, transcurrido más de un año desde la iniciación de la causa, confesó su participación en los hechos y relató su intervención en otras importantes operaciones de tráfico de estupefacientes, sobre alguna de las cuales ya existía la *notitia criminis*, identificando en uno y otro caso al resto de los partícipes y proporcionando vías de investigación para la constatación objetiva de la ejecución de tales hechos y de la participación de otros individuos en los mismos.

#### *Procedimiento abreviado 101/95 del Juzgado Central de Instrucción número 5, Sección 3.ª Sala de lo Penal*

Esta investigación se inició tras la comunicación de una entidad bancaria, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 19/93 sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales, al Servicio Ejecutivo del Banco de España. Tras las gestiones realizadas por la Brigada de investigación de Delitos Fiscales y Monetarios del Cuerpo de Policía Nacional adscrita al Banco de España, se remitió informe a la Fiscalía Especial Antidroga que decretó la incoación de diligencias informativas, en el marco de las cuales se practicaron aquellas diligencias encaminadas a la comprobación de los hechos y de la participación de los investigados en los mismos.

Los resultados obtenidos determinaron que en dos entidades bancarias habían sido aperturadas cuentas para ingresar elevadas cantidades de pesetas en efectivo para inmediatamente ordenar su

conversión en dólares americanos y realizar transferencias a cuentas en Colombia, Venezuela, Ecuador o Estados Unidos, o bien ordenar el libramiento de talones nominativos en favor de terceras personas o entidades, que iban a ser cobrados fuera de nuestro país.

La investigación arrojó datos especialmente relevantes:

1. Que los investigados no desarrollaban actividad comercial que justificase las cantidades dinerarias ingresadas.
2. Que las referidas cuentas bancarias se aperturaban durante breves períodos de tiempo.
3. Que tales cuentas carecían de movimientos concretos referentes a una actividad comercial legítima.
4. Que se realizaban ingresos fraccionados el mismo día al objeto de disimular la cuantía real del mismo.
5. Que en la misma fecha del ingreso se obtenían talones en muchas ocasiones por la misma cuantía e idéntico destino.
6. Que se justificaban tales operaciones bancarias alegando pago de importaciones que en realidad nunca llegaron a efectuarse.
7. Que los talones fueron cobrados en muchas ocasiones en paraísos fiscales.

La investigación se centró en toda la documentación bancaria: cartulinas de firmas (por las que se determinó la titularidad, firmas autorizadas, fechas de apertura de las cuentas, etc.), extractos bancarios (con todos los movimientos y saldos), soportes documentales de las operaciones realizadas, cheques bancarios (lo que facilitó determinar el circuito seguido por los talones hasta que fueron cobrados).

Posteriormente se obtuvo información de la Agencia Estatal Tributaria sobre las personas y empresas a investigar, así como del Registro Mercantil y de la Dirección General de Aduanas, que venían a corroborar todos los datos que se han apuntado.

Así mismo, se había establecido una conexión con el tráfico de drogas en tres puntos concretos:

1. Uno de los blanqueadores había sido observado en vigi-  
lancias y seguimientos en el marco de una investigación por tráfi-

co de drogas estableciéndose su relación con una red de narcotraficantes colombianos;

2. Que familiares de los investigados habían sido detenidos dos años antes por las autoridades de Venezuela con 25 kilogramos de cocaína;

3. Que dos de los talones librados con cargo a tales cuentas tenían como beneficiarios a una empresa venezolana que resultó la exportadora de más de 22 kilogramos de cocaína y una persona de nacionalidad colombiana que resultó condenada por la expresada importación de cocaína a España.

Siguiendo el método apuntado y en el plazo de año y medio se blanquearon más de 600 millones de pesetas, los autores fueron condenados por la Audiencia Nacional a un total de 13 años de prisión y la sentencia se halla recurrida en casación por las defensas.

#### *Sumario 14/92 del Juzgado Central de Instrucción número 5*

Sumario 14/92 del Juzgado Central de Instrucción número 5, rollo de Sala 24/92 de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional seguido contra Hassan Mohamed Solh y otros 12 acusados.

Como cuestiones procesales planteadas que repercutieron en la efectiva celebración de la vista del juicio oral y que incidían en los plazos máximos de prisión preventiva de Hassan Mohamed Solh, debemos señalar: incomparecencias reiteradas del Letrado defensor del citado acusado, recusación de la propia Sala planteada por otra de las acusadas, anteriormente unida sentimentalmente al ya aludido, huelga de hambre de Hassan Mohamed Solh.

Todos estos incidentes provocaron que desde el 11 de septiembre de 1995, primer señalamiento para la vista del Juicio Oral hasta el mes de enero de 1996, no pudiera celebrarse el Juicio Oral y se sucedieran una serie de suspensiones de dicho acto procesal.

Para la celebración del Juicio Oral fueron necesarios seis señalamientos: el ya aludido de 11 de septiembre, el 17 de octubre, el 15 de noviembre, 11 y 26 de diciembre, todos ellos durante el año 1995, celebrándose por fin dicho Juicio entre el 10 de enero de 1996 y días sucesivos.

Hassan Mohamed Solh, fue condenado como autor de un delito contra la salud pública a la pena de diecisiete años de reclusión menor y multa de 160 millones de pesetas, con su accesoria inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y por dos delitos de falsedad de documento de identidad a la pena de 2 meses de arresto mayor y multa de 40.000 pesetas por cada uno de ellos.

F) FISCALÍA ESPECIAL PARA LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS ECONÓMICOS RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN

La Memoria correspondiente a 1995 de la Fiscalía Especial debe ser necesariamente de un alcance muy limitado. Pues si bien la ley creadora de la misma es de 24 de abril (Ley 10/95), la Fiscalía no se constituye definitivamente hasta el 18 de diciembre, fecha en la que tomaron posesión los miembros integrantes de la plantilla fijada para la misma. Es más, dado que la competencia de la Fiscalía Especial, según el artículo 18.ter del Estatuto Orgánico, para intervenir en los procesos penales, corresponde apreciarla al Fiscal General del Estado, la Fiscalía Especial sólo inició efectivamente su andadura tras haberse dictado la Instrucción 1/1996, ya el 15 de enero del presente año, reguladora de la organización y funcionamiento de la Fiscalía Especial.

Pero sí interesa destacar dos rasgos fundamentales de la Fiscalía que se concretaron desde su comienzo. El párrafo segundo del artículo 18.3 decía que «para su adecuado funcionamiento se le adscribirá una Unidad Especial de Policía Judicial y cuantos profesionales y expertos sean necesarios para auxiliarla de manera permanente u ocasional».

En cumplimiento de esta previsión legal, el 16 de noviembre de 1995 se publicó la Orden Ministerial Comunicada por la que se crea la Unidad de Policía Judicial adscrita a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, en desarrollo del citado artículo 18.3, además del artículo 30 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y del Real Decreto 769/1987, de 19 de julio. En dicha Orden se determina que la Unidad «se adscribe funcionalmente a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción para el desem-

peño de los cometidos que le son propios en las materias que constituyen el ámbito de competencias de dicha Fiscalía Especial» siempre bajo las órdenes del Fiscal General del Estado y del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial. La Orden establece que la Unidad se constituirá con personal del Cuerpo Nacional de Policía, sin perjuicio de que puedan integrarse en dicha Unidad uno o más Grupos del Cuerpo de la Guardia Civil.

Finalmente, la Unidad ha quedado constituida por un Jefe, un Segundo Jefe y dos Grupos Operativos, cada uno de cinco funcionarios, con sus respectivos Jefes, quedando así configurada una Unidad cuyo apoyo es, sin duda, relevante para el cumplimiento de sus objetivos por la Fiscalía Especial.

Pero la novedad más esencial de la Fiscalía, en el ámbito de las Unidades de Apoyo, la constituye el auxilio con carácter permanente, de los expertos, desechándose, por tanto, y claramente el auxilio ocasional. Así se estableció mediante el Convenio de Colaboración suscrito entre el Fiscal General del Estado, el Ministerio de Justicia e Interior, el Ministerio de Economía y Hacienda y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en materia de apoyo al Ministerio Fiscal en la lucha contra los delitos económicos relacionados con la corrupción, en el que se fijan las Unidades de Apoyo y los términos en que los expertos deben colaborar con la Fiscalía Especial, Convenio en el que el papel del Fiscal General del Estado fue determinante para su consecución y para el aseguramiento de una auténtica integración de los expertos en la Fiscalía Especial.

Debe destacarse, por su indudable novedad y relevante interés, que se constituyen dos Unidades de Apoyo, una de ellas con funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y otra con funcionarios de la Intervención General del Estado que, en ambos casos, prestarán su servicio en la Fiscalía «con carácter permanente y exclusivo», calificándose su actividad como «incompatible» con otras funciones en el seno de la Administración a la que pertenezcan y con el deber de «guardar sigilo riguroso y observar estricto secreto respecto de los asuntos de que conozcan por razón de su destino».

El Convenio, de 27 de diciembre de 1995, atribuye a dichas Unidades «funciones de asesoramiento permanente e información técnica» a la Fiscalía Especial, sin perjuicio de comprometer,

como así se ha hecho, la contribución de los Organismos referidos para planes de formación, publicaciones, aportación de documentación, etc.

Ambas Unidades quedaron constituidas a principios de 1996 prestando una colaboración incuestionable para el desempeño de sus funciones por los miembros de la Fiscalía Especial.

Dado que el Convenio de vigencia indefinida puede ser denunciado por alguna de las partes, confiamos que esto no ocurra dado que tanto la Unidad de Policía Judicial como las descritas Unidades de Apoyo son piezas esenciales para que la Fiscalía Especial pueda ejercer su misión en la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción. Es más, la especialización orgánica y funcional de la Fiscalía Especial pasa necesariamente por disponer, dentro de su propia estructura, de los apoyos estables ya referidos.

En cuanto a las novedades de la configuración de la Fiscalía Especial, en relación a otras Fiscalías, la Instrucción 1/96 ya contiene un análisis detallado de ellas que ahorra ahora cualquier comentario.

#### G) ALGUNAS CUESTIONES CON TRATAMIENTO ESPECIFICO

##### 1. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

De nuevo la Fiscalía General del Estado, a través de la comunicación de 3 de enero de 1996 ha interesado de los Excmos. e Ilmos. Fiscales Jefes de las diferentes Fiscalías del país la incorporación en sus Memorias de un apartado relativo a los delitos contra el medio ambiente. La creciente importancia de la materia, en cualquier ámbito social o político, es algo tan evidente, tan palpable, en el presente momento que excluye cualquier justificación al respecto. Quizá el elemento más claramente sintomático e indicativo de esa importancia, y de su lógica repercusión legal, es el tratamiento que a la materia proporciona el nuevo Código Penal. Es sabido que de un solo artículo existente en el anterior Código (art. 347 bis) se pasa a todo un Título en el nuevo. En efecto, el nuevo Título XVI inicia una regulación más detallada de los temas ambientales, incorporando a los mismos los delitos relativos a la

ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, así como los delitos contra la vida silvestre. En conjunto 22 nuevos artículos, sin olvidar que los Capítulos I y II del Título XVII, relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, incorporan además los referidos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, así como los delitos de incendios forestales.

Era lógico que esta importante novedad acabara siendo reflejada en un amplio número de Memorias de las diferentes Fiscalías. A fin de cuentas, el Código Penal es uno de los instrumentos esenciales a los que debe recurrir el operador del derecho especialista en temas de medio ambiente. Ese será pues el primer punto a tratar en el apartado relativo a los delitos contra el medio ambiente de la Memoria de la Fiscalía General del Estado. Seguirán al mismo otros temas de interés y de clara incidencia en la intervención del Ministerio Fiscal, entre los muchos reflejados en las Memorias recibidas en la Fiscalía General.

#### a) EL NUEVO CODIGO PENAL

Las consideraciones que sobre este tema realizan los diferentes Fiscales Jefes son, sin lugar a dudas, de una especial trascendencia, por cuanto que van a ser las Fiscalías las que asuman la más directa labor de aplicación de la nueva normativa penal protectora del medio ambiente. El conjunto de Fiscalías afrontará también una parte, sin duda sustancial, de la total actividad de investigación y aportación de pruebas en la materia.

En principio, la impresión que reflejan las diferentes Memorias sobre la nueva regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal es positiva. Para el Fiscal de San Sebastián (pág. 163) *«va a suponer un aldabonazo en esta materia, al prever el Código Penal futuro una regulación más precisa y amplia que la actual»*. En ese mismo sentido y refiriéndose al problema de los incendios, la Fiscalía de Cuenca concluye con una alusión (pág. 115) a la *«nueva redacción dada a los delitos de incendios forestales, por el Código Penal publicado en el “BOE” de 24 de noviembre, dándoles un adecuado encaje dentro de los delitos contra la seguridad colectiva y la esperanza en todos los que tenemos que colaborar por esa seguridad colectiva...»*.

Otras Memorias, aun aceptando esa visión positiva que expresan las Fiscalías de San Sebastián y de Cuenca, realizan, no obstante, importantes matizaciones al respecto. En ocasiones, las Memorias integradas en ese segundo grupo ponen de manifiesto un cierto atisbo de duda ante la futura efectividad de esta nueva normativa. Con frecuencia tales Memorias denuncian además un excesivo dogmatismo por parte del legislador en la redacción de la misma. Ello es hasta cierto punto comprensible por cuanto que, según se argumenta en algunos supuestos, lo que verdaderamente se necesita es un cambio de actitud de la Administración, incluso de la propia Administración de Justicia, muchas veces poco clara y menos dispuesta a tratar adecuadamente la materia. En otros casos, lo que se reclama son eficaces fórmulas de actuación para conseguir resultados tangibles, más que expresiones dogmáticas de difícil plasmación práctica. Se ha hecho un importante esfuerzo por el legislador cara a la galería, pero los problemas tradicionales permanecen. La Fiscalía de Alicante es taxativa al respecto, cuando se refiere al carácter problemático y lento de las investigaciones ambientales (pág. 34) *«por la escasa concreción del tipo penal y como siempre se observa la falta de medios en la prevención o evitación de estos riesgos medioambientales»*. En consecuencia, pocos Fiscales consideran que la situación vaya a mejorar sensible y radicalmente.

El Fiscal de Zamora, en la página 146 de su Memoria establece: *«En el ámbito de la persecución penal, el nuevo Código aprobado por la Ley Orgánica 10/95, se hace eco de las aportaciones doctrinales que han estudiado el artículo 347 bis del actual Código Penal, y sin abandonar la técnica legislativa anteriormente señalada (se refiere a las normas penales en blanco), —puesto que las especiales características de la materia medioambiental no admiten otra distinta—, renuncia a la excesiva ambigüedad del texto anterior en beneficio de una descripción más acabada de las conductas típicas.»* Añade el Fiscal de Zamora que *«El acierto de las nuevas leyes protectoras del medio ambiente, tanto las estatales como las aprobadas en los diferentes Parlamentos Autonómicos, no tendrán virtualidad ante una Administración de Justicia que no muestre una especial sensibilidad para ejercer una efectiva protección penal del medio ambiente. En este sentido, es absolutamente necesaria una acción protectora frente a aquellas conductas que ataquen este bien jurídi-*

co de forma inmediata y contundente, sin olvidar incluso la atención a las posibles responsabilidades de la propia Administración Pública».

El Fiscal de Orense expresa inicialmente una percepción optimista del nuevo sistema (pág. 35 et seq.): *«Hemos constatado que a raíz de la aprobación por las Cortes Generales de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del nuevo Código Penal, ha supuesto un importante paso positivo en la protección del medio ambiente, de sus elementos, como son agua, aire, fauna, flora y de los recursos naturales por medio del Derecho penal, dando un mejor cumplimiento al mandato contenido en el precitado artículo 45.3 de la Constitución Española. Si lo comparamos con las disposiciones legales vigentes, este nuevo Código Penal de 1995 cumple positivamente las resoluciones... del Consejo de Europa, relativas a la protección del medio ambiente por el Derecho Penal.»* Añade, sin embargo, que, *«De todas formas, entendemos que para lograr una perfecta aplicación del articulado del nuevo Código Penal, es indispensable facilitar medios técnicos a los jueces y fiscales y una policía judicial especializada.»*

Asimismo, el Fiscal de León, en su Memoria (pág. 209), señala: *«Tampoco el Código Penal con su único artículo específico, el 347 bis, aparece con la suficiencia necesaria para dar respuesta adecuada a los ataques más graves contra el medio ambiente. El nuevo Código Penal que entrará en vigor dentro de un par de meses, representará sin duda un instrumento más eficaz en la sanción de estas conductas delictivas, aunque las dificultades de aplicación no por ello van a desaparecer.»*

En la misma línea, el Fiscal de Oviedo (págs. 116-117), partiendo de una perspectiva mucho más amplia, asegura que los problemas esenciales permanecen, aun después de haberlos puesto de relieve en multitud de ocasiones: *«Los problemas que el Ministerio Fiscal se encuentra en el despacho de los asuntos de naturaleza medioambiental han sido ya puestos de manifiesto en múltiples ocasiones en las Memorias de diversas Fiscalías españolas, y la situación no ha variado sustancialmente. Así, seguimos encontrándonos, en la aplicación del artículo 347 bis del Código Penal, con las tantas veces denunciada dispersión normativa a la hora de completar dicho precepto con las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente. Son varios cientos de normas administrativas que regulan*

la materia y se sigue echando en falta una Ley General sobre el medio ambiente que sistematice la materia. El problema seguirá existiendo con la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Por otro lado, las Fiscalías siguen careciendo de cualquier dotación de orden técnico y pericial que apoye la labor del Fiscal en la investigación y tramitación de los asuntos de medio ambiente. No debemos olvidar que nos encontramos ante una materia de especial complejidad y de carácter multidisciplinar, en la que es fundamental tener datos técnicos y científicos que el Fiscal necesita obtener de peritos en la materia. Para la consecución de estos datos, el Fiscal, en la práctica, sólo puede recurrir a la propia Administración para que ésta se los proporcione, y en ocasiones se produce la paradoja de que la propia actividad contaminante pertenece a la Administración, o ha sido permitida por ésta o no es políticamente rentable su persecución, con lo que la actividad investigadora del Fiscal se ve entorpecida o al menos poco apoyada. En ese sentido, a la petición de algún informe por parte de la Fiscalía, se ha contestado en forma negativa alegando falta de medios materiales y humanos de los que no se dispone.»

El Fiscal de Pontevedra (pág. 336 et seq.), sin embargo, ni tan siquiera parte de esa visión positiva con las matizaciones anteriormente expresadas. El citado Fiscal Jefe inicia una importante crítica a la nueva técnica de regulación del delito contra el medio ambiente, algunos de cuyos aspectos más significativos conviene destacar. En relación con la conducta delictiva, el Fiscal de Pontevedra pone de relieve (pág. 336) que «si se compara la recogida en el tipo básico del actual artículo 347 bis, y del 325 del nuevo Código Penal, se advierte lo siguiente:

La técnica utilizada por el legislador es en todo, semejante a la empleada en el ya fracasado artículo 347 bis con las siguientes diferencias:

a) En el nuevo Código Penal se concreta la conducta dentro de un ámbito más amplio, ya que la contaminación está también penalizada cuando se lleva a cabo a través de radiaciones, extracciones o excavaciones, vibraciones, inyecciones, etc. Asimismo, el lugar impactado por el acto contaminante, aparece más preocupantemente detallado específicamente incluso hasta los espacios transfronterizos. Así pues, lo que hace el legislador de 1995, temeroso de olvidar

técnicas contaminantes, difíciles de incluir en los sustantivos utilizados en el artículo 347 bis, es ampliar hasta casi el agotamiento, los posibles mecanismos de contaminación. Del mismo modo, dicha técnica legislativa aparece a la hora de determinar el lugar afectado por el impacto contaminante.

b) *Peligro.* Continúa haciéndose referencia y vinculando la conducta a un riesgo de grave perjuicio para los elementos configuradores del medio ambiente, y la salud de las personas, estableciéndose una agravación de la pena, en este último caso. Así pues, la técnica legislativa, en lo que concierne al tipo básico, que utiliza el Código Penal, es exactamente la misma que en el... 347 bis. Ello quiere decir, que pronto le van a caer encima todas las críticas que se hicieron y se siguen haciendo al texto vigente, desde diferentes puntos. Y es que, en efecto, tenemos una conducta que se describe con una mayor exhaustividad, un contorno que soporta la contaminación, y un riesgo que se proyecta en los elementos que integran el medio ambiente y la salud de las personas, riesgo que necesariamente ha de ser grave.

En lo que se refiere al riesgo, que el legislador, parece situarlo en niveles de grave probabilidad de que suceda, creo hubiera sido más afortunado, prescindir de ello y construir una figura auténtica de peligro abstracto, esto es, incluir en el tipo penal una serie de actos contaminantes, susceptibles de producir, en sí mismos, estos riesgos; es decir, dotados de potencialidad objetiva de producirlos, prescindiendo de concretar peligros, nexos de causalidad, ni mucho menos de exigir gravedad en el peligro».

Una de las disposiciones más contestadas por la doctrina, de entre las diferentes normas protectoras del medio ambiente en el nuevo Código Penal, es el artículo 328 relativo a los vertederos. Se viene argumentando, de manera casi general, que su existencia es superflua, por cuanto que bastaría con el artículo 325 con cuyo contenido podría quedar perfectamente absorbido el *dictum* legislativo del 328. Lo cierto es que nos encontramos en un país en el que los vertederos incontrolados y peligrosos son casi consustanciales con el actuar del español medio. Los vertederos aparecen por descuido, desidia, abandono y hasta por razones políticas. Ello nos lleva a pensar que quizá el legislador creyó conveniente mantener el artículo 328, al considerar esa tendencia tan arraigada que existe en el país y a pesar del contenido del 325. A ese res-

pecto, quizá convendría traer a colación las palabras (pag. 216 et seq.) del Fiscal de León a ese respecto: «*Ya pusimos de relieve el pasado año que el problema del vertido de basuras era un problema generalizado prácticamente en toda la provincia, de norte a sur y de este a oeste. Ha transcurrido un año y la situación no puede decirse que haya mejorado... Las mancomunidades "Orbigo" y "Cuatro Riberas" se habían quedado sin vertedero a primeros de año, al ser clausurado por el Ayuntamiento de Castrillo, abriéndose de nuevo en el mes de marzo. El vertedero de Calzada del Coto, que recoge las basuras de Sahagún, Ribera del Esla y Oteros-Sur, pasó por iguales vicisitudes de cierres y aperturas provocadas por los vecinos de Calzada. Durante mucho tiempo no se ha llegado a un acuerdo, teniendo que recurrirse a soluciones de urgencia como la utilización de vertederos ya cerrados o en los alrededores de algunos municipios, mientras aparece algún Ayuntamiento dispuesto a ceder terrenos con esa finalidad. Durante cinco meses, 122 pueblos echaron sus basuras en zanjas incontroladas.*» En algunos casos, la apertura de vertederos ilegales se hace para presionar a la Administración: *El municipio de Villablino, optó por tirar las basuras en la carretera, como medida de presión para abrir el vertedero de Vallán pero la apertura sólo duró 7 meses y hubo de abrirse otro vertedero provisional.* En el mismo sentido, el Fiscal de Valencia (pág. 459) señala: *Referente a los vertederos tengo la esperanza de que con la entrada en vigor del nuevo Código Penal abundarán las condenas ante la ausencia en el Código actual de una figura penal adecuada, toda vez que es quizá el establecimiento de vertederos incontrolados, donde radica uno de los mayores focos de contaminación de la provincia (podríamos hablar de centenares de ellos) pese a las facultades y obligaciones que tanto el Reglamento de Actividades Molestas e Insalubres y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961, como la Ley 42/1975, de 9 de noviembre sobre recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos otorga a los Ayuntamientos de las ciudades.*

En todo caso, es de esperar que en el curso de un año, cuando ya lleve algún tiempo funcionando el Código Penal, se multipliquen los comentarios y aseveraciones sobre el nuevo sistema por las diferentes Fiscalías. En ese momento estaremos en mejores condiciones para efectuar un análisis detallado de las nuevas disposiciones penales.

b) LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE,  
LA CIUDADANIA Y LA ADMINISTRACION

A estas alturas, el aumento de la sensibilidad ambiental por parte de la sociedad en general es algo indiscutible. Sin embargo queda todavía mucho camino por recorrer. La intervención del ciudadano medio, del particular, en la protección del medio ambiente es un tema que ha sido tratado desde el punto de vista doctrinal y científico, existiendo incluso datos estadísticos al respecto que, dicho sea de paso, no son particularmente optimistas. En general, se refieren estas estadísticas a la actitud un tanto farisaica del español medio, ciertamente preocupado por el medio ambiente pero incapaz de cualquier iniciativa en su favor desde el momento en que pueda implicar algún esfuerzo o gasto. Por ejemplo, un reciente estudio de la Consejería de Medio Ambiente de Madrid revela que el 90 por ciento de los visitantes de las 101 zonas recreativas naturales que existen en Madrid acude a estos lugares a *cocinar*, antes que a pasear por los alrededores para conocer la naturaleza, provocando en la mayoría de los casos daños ambientales en las zonas a las que acuden. Lo cual no es óbice para que, según un estudio de Tábula V, la contaminación sea la primera preocupación de la opinión pública española, seguida de la delincuencia y la inflación.

Desde la perspectiva penal, la responsabilidad del ciudadano si bien quedaba claramente comprendida en el artículo 347 bis, este artículo parecía más específicamente diseñado para ser aplicado al empresario contaminador. El sistema introducido por el nuevo Código Penal también comprende lógicamente al ciudadano, sin embargo parece poner especial énfasis esta vez en la Administración. En ese sentido, se observa en las Memorias un importante número de referencias a la responsabilidad del ciudadano de a pie en la protección del medio ambiente, pero las diferentes Memorias insisten sobre todo en la responsabilidad de la Administración en la comisión de infracciones ambientales, según tendremos ocasión de observar. Estos son, pues, en consecuencia, los siguientes puntos que vamos a tratar.

### c) EL CIUDADANO

El Fiscal de Pontevedra lamenta la falta de sensibilidad ambiental que se observa en la sociedad española, en comparación con otros países. No parece existir en la ciudadanía, afirma (pág. 332), *«una preocupación por el medio ambiente a niveles parecidos a los de países de nuestro entorno. En efecto, la expresada preocupación, aparece esporádicamente, en ocasiones muy concretas, como lo reflejan las pancartas con la conocida inscripción, “energía nuclear, no, gracias”, oposición y movimientos contra la construcción de autopistas o presas, y, muy poco más. Permanecen, en cambio, sin ser contestados ataques que, de formas muy variadas, se hacen a los diferentes sectores que configuran el medio ambiente, desde posiciones de prepotencia, a través de grandes factorías industriales, amparándose en las favorables situaciones a que, desde un punto de vista económico, pueden dar lugar (empleo directo o auxiliar), consiguiendo así evitar o suavizar situaciones contrarias a su permanencia en un determinado lugar».*

Especialmente los motivos económicos dan lugar, en ocasiones, y por parte de determinados sectores sociales, a situaciones de extrema peligrosidad. En ese sentido, el Fiscal de Albacete hace alusión a una de las diligencias informativas abiertas por problemas ambientales en base a una denuncia presentada por Izquierda Unida de Castilla-La Mancha el 28 de septiembre de 1995 (pág. 130). La denuncia se refería al peligro que corría el lugar conocido por las «Hoces del Cabriel», ante la actitud de algunos ciudadanos que, al parecer, estaban dispuestos a quemar dicho paraje, en venganza por haber acordado la Junta de Comunidades la declaración de zona especialmente protegida de dicha comarca.

En otros casos, lo que ocurre es quizás que no existe la adecuada información sobre el tema por los sectores sociales preocupados por el medio ambiente. En ese sentido el Fiscal de Ciudad Real indica lo siguiente: *«Por otra parte hay que señalar, en relación con el entorno social en el que se realizan investigaciones, que la creciente concienciación ciudadana en las cuestiones relacionadas con la ecología, que se manifiesta en la proliferación de asociaciones privadas que tienen por objeto la defensa del medio ambiente, no siempre va acompañada de un adecuado conocimiento de lo que seriamente pone en peligro las condiciones del medio, lo que se*

*traduce en la frecuente presentación de denuncias en cualquier órgano de cualquier administración, que, en la mayoría de los casos y por lo que a la administración de justicia se refiere, terminan con auto acordando su archivo.»*

En todo caso hay que admitir que la situación descrita no constituye un problema generalizado. La actitud más común, sin embargo, es la de una cierta desidia por parte del ciudadano de a pie. El Fiscal de Zamora, después de hacer referencia a la importancia de la investigación pre-procesal del Ministerio Fiscal en temas de medio ambiente (pág. 147), añade que *«La realización de esta labor estará abocada al fracaso si no existe una activa participación ciudadana, que ante el conocimiento de una actividad perjudicial para la riqueza natural, no lo ponga inmediatamente en conocimiento del Fiscal para que éste cumpla el cometido que tiene asignado.»*

Aun más, en algunas áreas temáticas ambientales, como es el caso de los incendios forestales, la colaboración ciudadana es absolutamente esencial. En las Jornadas sobre Incendios Forestales celebradas en la sede de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Cuenca, en septiembre de 1995, a las que asistió el Fiscal Jefe de Cuenca en representación de la Fiscalía General del Estado, y a las que alude en su Memoria (pág. 111), se puso de relieve *«...la necesidad de la colaboración ciudadana, a través de campañas y que los propietarios de masas forestales realicen trabajos y atención a las mismas, pues al menos un 68 por ciento de la masa forestal en España está en manos de particulares, solicitando ayudas de la Administración y resaltando la presión fiscal, frente a la escasa rentabilidad de los montes.»*

El Fiscal de Valencia, refiriéndose igualmente a los incendios forestales, afirma que *«como el peligro subsiste, es preciso concienciar a la ciudadanía, empezando por los niños en las escuelas, es el paso más importante que debe darse a efectos de prevención general. Pero es preciso que los padres y educadores comprendan la urgencia de esa medida y prediquen sobre todo con el ejemplo. Y es que de las 84.659 hectáreas quemadas, 32.180, es decir, casi la mitad, lo han sido por imprudencias. Y también a los Ayuntamientos, con permanente vigilancia les incumbe esa labor, pues 18.416 hectáreas han ardido como consecuencia de quema de basuras en vertederos incontrolados.»*

Como señalan diferentes Fiscalías, la deseable colaboración no sólo no se produce, sino que aparece, contrariamente, en muchas localidades españolas un sentimiento de solidaridad con el incendiario. El Fiscal de Sevilla lo refleja de manera clara en su Memoria (pág. 33): *«Por el señor Fiscal encargado se ha seguido con especial interés e incluso desplazándose a los lugares afectados, los incendios forestales investigados en los Juzgados de la provincia, lamentablemente en todos los casos se ha sobreesido por falta de autor conocido. En esta materia destaca la evidencia de que el incendio es provocado y la absoluta falta de colaboración de la población del lugar que en algunas ocasiones se siente erróneamente perjudicada por actuaciones de ordenación forestal del territorio, lo que crea una inexplicable solidaridad con el incendiario.»* Lamentablemente, en ocasiones la sensibilización ciudadana solamente se produce cuando ha tenido lugar una desgracia grave. Así lo manifiesta el Fiscal Jefe de León refiriéndose a la pérdida de tres vidas de personas que colaboraban en la extinción del incendio que se produjo en la localidad de Pojos el 13 de abril de 1995 (pág. 213): *«Quizás la mejor conclusión que pueda producirse de este luctuoso suceso, es la sensibilización del pueblo leonés ante hechos de esta índole y que se ha traducido en una disminución del número de incendios con relación a los del año pasado.»*

Dentro de lo que debería ser una buena política preventiva, la Fiscalía de Murcia recomienda, entre otras medidas (pág. 145), la intervención de los grupos ecologistas en las labores de vigilancia: *«Se debe de activar las funciones de estos grupos y sobre todo la coordinación, colaboración y contactos de los mismos con los organismos oficiales locales, autonómicos y estatales, pues son personas que están siempre en contacto con la naturaleza, debiendo dotárseles legal y reglamentariamente de funciones de vigilancia, con facultades parecidas a los agentes forestales, con agilización y curso inmediato de las denuncias que los mismos planteen.»* Idéntica estrategia debiera seguirse con los ciudadanos voluntarios deseosos de participar en labores de protección ambiental. Según dice la Fiscalía de Murcia (págs. 145-146): *«Este es uno de los apartados que más debería fomentarse, pues entiendo que es aquí donde más efectivos humanos podrían encontrarse potencialmente, sobre todo entre los habitantes de los núcleos de población cercanos o inmersos en una zona forestal... También creo que sería positivo que se*

*admitiese la colaboración de los ciudadanos en la vigilancia de las masas forestales y zonas boscosas, dándole para ello una base legal con sus derechos y deberes, remuneraciones económicas, el concierto de seguros personales y materiales para cubrir los riesgos que se presenten, e incluso su consideración como agentes de la autoridad cuando ejerzan tal función; pues estaríamos ante unas personas que realizarían una labor de vigilancia en el lugar público-comunal por excelencia, como es nuestro medio ambiente.»*

#### d) LA ADMINISTRACION

Como adelantábamos, la responsabilidad de la Administración en los atentados contra el medio ambiente constituye, en algunos casos, un serio problema. El Fiscal de Huelva, por ejemplo, al referirse a los hechos descritos en la Sentencia de 14 de julio de 1995 del Juzgado de lo Penal número 1 de esa capital, relativa a la contaminación causada por la empresa FESA (Fertilizantes Españoles Sociedad Anónima) en las rías del Tinto y del Odiel, indica: *«Los hechos probados no tienen desperdicio y ponen de manifiesto una situación de descaro y franca rebeldía de la dirección de la entidad a poner fin a la actividad contaminante que venía realizando tanto a las rías del Tinto y del Odiel. Pero también pone en evidencia la situación de la Administración al declarar "...que venía realizando vertidos tanto a una como a otra ría, careciendo de expresa autorización, aunque estaban tácitamente tolerados por las diversas Administraciones con competencias en la materia..."»*

El Fiscal de León, por su parte, abre el siguiente interrogante (págs. 209-210): *«¿Pero la Administración, o mejor dicho, las Administraciones Públicas prestan la debida protección al medio ambiente?»*, agregando, acto seguido: *«La respuesta hoy, tiene que ser forzosamente negativa. Piénsese en las autorizaciones de actividades contaminadoras y que funcionan dentro de la legalidad, actividades contaminantes de industrias que se mantienen por motivos políticos o sociales, la pasividad que muestra la Administración ante vertidos o emisiones que normalmente no producen grandes efectos, pero que al unirse a alguna circunstancia concreta, ocasionan efectos devastadores, y la falta de control de aquellas actividades establecidas reglamentariamente que, a lo largo del tiempo, ven*

*variadas las condiciones por las que fueron autorizadas. A las distintas Administraciones les corresponde, sin duda, el mayor peso en la actividad protectora medio-ambiental, protección que se realiza con bastantes deficiencias como ya hemos apuntado. También han de destacarse las dificultades que dichas Administraciones tienen en la mencionada protección, derivada de su propia pluralidad: Administración Central, Autonómica y Local, con sus normas respectivas, a las que debe añadirse las normas y directrices de la Comunidad Europea.»*

La Fiscalía de Palencia (pág. 92), ante la actitud de ausencia de apoyo por parte de la Administración en temas ambientales, especialmente Alcaldes de núcleos rurales, apunta la posibilidad de proceder penalmente en tales supuestos contra los mismos por el posible delito de denegación de auxilio. Así se puso de relieve por el Teniente Fiscal en una reunión interdisciplinar sobre esta temática y a la que asistieron representantes de la Administración.

En ocasiones, la responsabilidad es incluso más directa y lacerante que la resultante de los supuestos anteriormente descritos. Tal es el caso referido por el Fiscal Jefe de Las Palmas en su Memoria (pág. 231): *«...reviste importancia las diligencias seguidas contra un miembro del Cabildo Insular de Lanzarote por cazar de noche un ave denominada "Pardela" siendo esta especie protegida por la normativa vigente. Análogamente se siguen unas diligencias previas contra este político por amenazar a un vigilante del Cabildo, quien obtuvo una fotografía de éste en el momento de desplumar las referidas aves.»*

La Fiscalía de Barcelona hace hincapié en la ausencia de colaboración, que ya es tradicional, con la Administración en materia de contaminación industrial (pág. 203), *«siendo de total aplicación las consideraciones reflejadas en Memorias anteriores en relación con la falta de colaboración de las Administraciones Públicas con competencias medioambientales en Catalunya (singularmente la Junta de Sanejament y la Junta de Residus, dependientes de la Conselleria de Medi Ambient de la Generalitat). El segundo de los organismos citados (Junta de Residus) no sólo sigue sin poner en conocimiento de la Fiscalía (art. 111.1.º de la Ley 6/1993, de 15 de julio sobre Residuos) los supuestos delictivos de los que tiene conocimiento (existencia de vertederos de residuos ilegales, vertido de residuos industriales tóxicos, etc.), sino que en la instrucción de*

*diligencias de investigación penal o judicial y en otros trámites, sus responsables han demostrado una escasa colaboración, cuando no una clara obstaculización encubierta a las investigaciones (falta de asistencia a los juicios como peritos o testigos, retrasos injustificados en la emisión de informes o en la remisión de documentos relacionados con la investigación judicial en curso, etc.)». También la Fiscalía de Madrid constata una clara inactividad administrativa en la mayoría de los delitos medioambientales investigados. Se advierte, afirma la citada Fiscalía (pág. 186), «una situación previa de deficiente gestión administrativa, laxitud en la labor inspectora, ausencia de voluntad práctica en la aplicación de las leyes correctoras... que puede traducirse en responsabilidad penal por cooperación omisiva en el delito, por parte de los funcionarios negligentes».*

Todo ello lleva a las Fiscales especialistas de Bilbao a plantearse, exactamente en la misma línea, una serie de importantes preguntas (pág. 291): «¿Hasta qué punto puede ser neutral la Administración Pública encargada de velar por el medio ambiente, si es ella quien tiene la potestad de autorizar o no cualquier actuación relacionada con la materia? Y también ¿por qué la Administración, que tiene conocimiento de cuantas infracciones se producen en ese ámbito, nunca ha remitido expedientes sancionadores a la Fiscalía o a los Juzgados?»

#### e) FISCALIAS. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO

Ya se puso de relieve en Memorias anteriores el constante aumento de secciones especializadas en medio ambiente que se viene produciendo en las distintas Fiscalías españolas. Generalmente la creación de tales secciones especializadas se refleja pronto con resultados concretos. En ese sentido, el Fiscal de San Sebastián manifiesta en su Memoria (págs. 162-163) que «A lo largo de 1995 la creación del Area Especializada de Medio Ambiente en la Fiscalía de San Sebastián, se ha revelado extraordinariamente útil a la hora de establecer una serie de relaciones con las Autoridades Administrativas competentes en la materia... La existencia de una Fiscalía medioambiental va a facilitar la aplicación del artículo 339 del futuro Código Penal, por cuanto faculta a Jueces y a Tribunales a "adoptar cualquier medida cautelar necesaria

para la protección de los bienes tutelados en este Título». Esta previsión legal obligará a la Fiscalía a instar de los Juzgados cualquier medida tendente a paralizar la acción atentatoria al Medio Ambiente que se está investigando, incluyendo, si fueran necesarias, las medidas reparadoras o de demolición». La creación de tales secciones especializadas parece ser ya una reclamación generalizada, salvo contadas excepciones. La Fiscalías de Murcia (págs. 152-153), por ejemplo, asevera que en «los territorios de los Tribunales Superiores de Justicia, en que por el número y la complejidad de los asuntos así lo merezca, convendría crear Fiscalías Especializadas... haría falta también un mayor despliegue del Fiscal en los órganos judiciales del territorio, para conseguir del mismo una mayor inmediatividad en su actuación». El problema, sin embargo, es siempre el mismo: «Todo ello conlleva obligatoriamente una mayor dotación presupuestaria para disponer de medios personales (ampliación de la plantilla de Fiscales y del personal auxiliar) y materiales adecuados.»

El Fiscal Jefe de Bilbao, refiriéndose a las reclamaciones de los Fiscales especialistas en medio ambiente de la citada capital (pág. 291), precisa: «Desde la perspectiva del tratamiento de esta materia por el Ministerio Fiscal, abogan por la creación de una Fiscalía Especial o, cuando menos, por la existencia en los programas de Cursos de Formación que organiza la Secretaría Técnica, de un Capítulo dedicado a esta especialidad... y que se pusiera al alcance de los Fiscales medios materiales y, sobre todo, medios personales, en forma de peritos cualificados versados en los diversos conocimientos, no jurídicos, que son apoyo imprescindible para que el Fiscal pueda obtener un conocimiento cabal de la realidad de las conductas, a los efectos de su subsunción en los tipos penales adecuados. Abogan por la celebración de reuniones periódicas de estos Fiscales especializados con los técnicos en estas otras materias para intercambiar conocimientos y experiencias. Si existiera esa Fiscalía Especial —o como se quiera llamar— podría coordinar a los especialistas de las distintas Fiscalías, y encargarse de tenerles informados de la bibliografía y la jurisprudencia sobre la materia.» Concluye diciendo el Fiscal Jefe (pág. 296): «En tanto no lleguen (los medios materiales y personales a los que se hacía referencia) los procedimientos terminan en archivo o se prolongan tanto tiempo en la tramitación que, a la postre, devienen en la práctica ineficaces.»

Hay que admitir, no obstante, que no siempre es ese el criterio por parte de todos los representantes del Ministerio Fiscal. El Fiscal Jefe de Tenerife, por ejemplo, mantiene lo siguiente: «*Quien suscribe esta Memoria entiende que los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, que así se denominan en el nuevo Código Penal, no son las infracciones más adecuadas para una investigación pre-procesal a cargo del Fiscal. En la investigación y persecución de estos delitos nos parece más eficaz una actuación más inmediata del Juez de Instrucción, al que el Fiscal ha debido denunciar los hechos con las primeras noticias de prensa, e interesando ya la práctica de las diligencias de prueba.*» En todo caso, la opinión expresada es absolutamente minoritaria, sin que ninguna otra Fiscalía se haya expresado en idéntico sentido. Normalmente aquellas Fiscalías que carecen de esta especialidad es porque en el ámbito territorial de la misma existen pocos asuntos sobre esa materia. Tal es el caso de la Fiscalía de Orense, como reconoce su Fiscal Jefe: «*No cabe duda de que el Fiscal Jefe debe de ser muy sensible a estos problemas que afectan gravemente a la sociedad, y que ha de estar alerta frente a los mismos no sólo en virtud de denuncias recibidas, sino también de aquellas noticias y percepciones que obtengan a través del entorno social que le rodea. En esta Fiscalía de Orense, en el año 1995, se han incoado cinco procedimientos por este delito, lo que motivó que por ahora no se designase un Fiscal Especial para preocuparse de los mismos, pero tendría que llegarse a tal objetivo para el supuesto de un incremento de tales infracciones.*» Igualmente, el Fiscal Jefe de Almería señala que no existe Fiscal especialista en temas de medio ambiente en la citada Audiencia (pág. 153), «*a la vista del número de asuntos que se tramitan.*» En condiciones normales, sin embargo, la propia organización de trabajo y los más elementales criterios de eficacia acaban aconsejando la creación de secciones especializadas. Así, el Fiscal Jefe de Sevilla afirma (pág. 31) que «*En el mes de abril de 1995 se ha constituido como servicio especializado dentro de la Fiscalía de la Audiencia de Sevilla la prestación de atención a los delitos contra el medio ambiente con el propósito, por una parte, de conseguir una mayor coordinación con los servicios que en la Administración se encargan de dichas cuestiones y, por otra parte, la de conseguir un criterio unitario en el tratamiento de este tipo de delitos aun más acentuado del que lógicamente inspira la actuación del Ministerio Fiscal para unificación de criterios.*»

Una vez establecida la especialidad, de *facto* que no de *lege*, y ante la tradicional y persistente ausencia de medios, determinadas Fiscalías han optado por establecer líneas de colaboración con diferentes organismos con el fin de facilitar la labor de investigación en materia de medio ambiente. En la Fiscalía de Girona (págs. 314-315), por ejemplo, *«los análisis y tomas de muestras se realizaban por técnicos de la Junta de Aguas dependiente de la Conselleria d'Industria de la Generalitat de Catalunya... sin embargo, la poca operatividad de los funcionarios de la Junta de Aguas, por otro lado insuficientes, la tardanza de los análisis por éstos practicados, movieron a esta Jefatura a iniciar unas conversaciones con el Rector de la Universidad de Girona y el responsable del Departamento de Aguas de dicha Universidad a fin de que colaboraran con esta Fiscalía en la elaboración de análisis y sobre todo, en la confección de "Estudios de Impacto Ambiental", donde pueda fundamentarse la acusación Fiscal»*. La Fiscalía de Valencia firmó igualmente un convenio de colaboración con la Fundación Centro de Estudios Ambientales del Mediterráneo, para poder hacer uso de su fondo documental especializado en temas de medio ambiente. Es de resaltar que los interesantes resultados obtenidos por la Fiscalía de Barcelona se deben, en gran medida, al establecimiento de una intensa red de relaciones con diferentes organismos que colaboran con el Ministerio Fiscal, de manera desinteresada en la mayoría de las ocasiones. Lamentablemente no siempre es posible obtener esa ayuda desinteresada, ni firmar convenios o buscar soluciones de idéntica naturaleza, tal como claramente pone de relieve el Fiscal Jefe de Ciudad Real en su Memoria (pág. 509). El Fiscal Jefe de la citada Audiencia provincial señala que: *«las dificultades guardan relación tanto con la falta de información sobre las técnicas de investigación que permitan el conocimiento de los hechos como con las dificultades para llevarlas a cabo cuando las mismas tienen que ser realizadas por entidades que reclaman contraprestación económica por la realización de su actividad, ya que, conforme a las disposiciones reglamentarias que regulan el pago de las costas, éstas solamente pueden ser satisfechas por el Estado cuando exista resolución judicial declarando las costas de oficio o cuando el condenado a su pago resulte insolvente. Tal situación aconseja prescindir de realizar investigaciones sobre la materia en la Fiscalía, ya que la experiencia ha enseñado que, cuando la recla-*

*mación de los honorarios se produce, ello tiene lugar en el momento de hacer entrega de los resultados, por lo que la remisión del resultado de la investigación al Juzgado tampoco representa en ocasiones solución alguna».*

Por ello un importante número de Fiscalías reclaman, razonadamente, nuevas iniciativas al respecto con objeto de mejorar y hacer evolucionar el sistema actual, basado en importantes dosis de voluntarismo y buenos deseos, con el fin de lograr mayores cotas de eficacia. La Fiscalía de Asturias, por ejemplo, insiste (pág. 120) en la *«conveniencia de la implantación de un órgano de coordinación entre todos los Fiscales especialistas en esta materia que asuma funciones de información, organización de cursos de formación, etc.»*. La existencia de expertos en áreas ambientales a disposición de las Fiscalías, *«tal y como, afortunadamente, ya está sucediendo en materia de delitos contra la Hacienda Pública»* (Fiscalía de Pontevedra, págs. 334-335), es un tema reclamado por un importante número de Fiscales, según hemos tenido ocasión de observar a lo largo de estas líneas. La sección ambiental de la Fiscalía de Barcelona reclama algo tan básico como un local donde poder desempeñar su cometido (pág. 201), *«habida cuenta el volumen que alcanza ya el archivo general de las actuaciones y documentación depositada»*. A mayor abundamiento, señala la citada Fiscalía, el incremento de tipos sobre medio ambiente en el nuevo Código Penal *«supondrá en breve plazo un notorio incremento de las actividades de este servicio, por lo que la dedicación exclusiva de los Fiscales coordinadores se hace cada vez más imperiosa»*. Además, casi todos los Fiscales Jefes insisten en el notable aumento de las intervenciones del Ministerio Fiscal en la materia. Según la Fiscalía de Valencia, es en la cadena de investigación donde fallan mayoritariamente los procedimientos penales ambientales. Según la citada Fiscalía (pág. 458), *«la ausencia de un laboratorio a disposición... del Ministerio Fiscal con los técnicos que precisen la gravedad de la conducta realizada y denunciada (nudo gordiano de esta infracción), dado fundamentalmente la carga política que conlleva esta infracción en la mayor parte de los casos, bien porque afecta a empresas con un número de trabajadores considerable, bien porque la propia Administración no proporciona la solución final del proceso... implica que, moralmente, se vea un tanto constreñido el Fiscal que va a llevar una acusación, cuando es sabedor de que los casos en que se sienta en el*

*banquillo a ciertos empresarios o alcaldes se hubiera podido evitar con un, llamemos, esfuerzo de la Administración». También la Fiscalía de Ciudad Real (pág. 510) reclama una solución al problema por la misma expuesto y anteriormente reseñado: «En tal sentido sería necesario promover la correspondiente modificación de la norma, aunque parece que no es tal la orientación legislativa...»*

De todas estas aseveraciones, procedentes de diferentes representantes del Ministerio Fiscal, parece desprenderse una cierta inquietud, algunas veces de manera clara y en otras más solapadamente, sobre la eficacia práctica real del nuevo sistema, que por las razones expresadas parece haber quedado incompleto. Pues bien, llegados a este punto, quizás convendría efectuar un breve reflexión sobre las anteriores manifestaciones de los diferentes Fiscales Jefes. Es fácilmente constatable que en el presente momento, y en los distintos foros jurídicos, existe un constante flujo de opiniones doctrinales sobre las acertadas novedades y felices aportaciones del nuevo sistema penal en medio ambiente. Lamentablemente, en un importante número de casos estas opiniones proceden de ámbitos ajenos a esa constante y diaria visión sobre el terreno que este tipo de temas requieren. De lo expresado por los miembros de la Carrera Fiscal, parece deducirse un cierto temor de que tan relevante reforma pueda quedar en «agua de borrajas», de no emprenderse otras reformas complementarias que den sentido final a esta importante iniciativa dentro del nuevo Código Penal. Es absolutamente cierto, como pone de relieve el Fiscal de San Sebastián (pág. 162), y la experiencia así lo demuestra, que, *«en las ocasiones en las que la sentencia resulta absolutoria o el procedimiento no llega a feliz término, no debe cundir el desánimo entre las instituciones llamadas a prevenir y perseguir estos delitos, al haberse comprobado que una fase de investigación policial y judicial tienen ocasionalmente una extraordinaria eficacia como función de control y preventiva que puede frenar y corregir actuaciones gravemente peligrosas para el Medio Ambiente»*. Ahora bien, otra cosa bien distinta es pretender que el sistema penal llegue a funcionar con lo que en términos de acusación se conoce como «sentencias de banquillo»; es decir, con el único resultado del perjuicio que se produce al acusado por el hecho de sentarlo en el banquillo, aunque finalmente resulte absuelto. Esto último, lamentablemente, es lo que ocurre con frecuencia en los casos penales ambientales. De hecho, casi todos los Fiscales en sus

Memorias denuncian el elevadísimo número de sentencias absolutorias dictadas. En ocasiones esas absoluciones se deben a las especiales características de las técnicas legales utilizadas por el sistema anterior y el actual. Sin embargo, esta problemática acabará resolviéndola previsiblemente la jurisprudencia y las sucesivas reformas penales que se vayan prodigando. Ahora bien, el problema más serio, según parece desprenderse de los supuestos denunciados por los propios Fiscales, se debe, entre otras razones, a la falta de medios, la falta de formación, la falta de una especialidad legal y oficialmente reconocida.

Es evidente que si la norma penal es la *última ratio* y que si el legislador ha creído conveniente aumentar el número de conductas ambientales delictivas, se intente dar, a su vez, a ese nuevo planteamiento penal una proyección práctica eficaz. De lo contrario, el sistema en su conjunto corre el riesgo de fracasar y quedar reducido a una simple perspectiva ornamental. Un sector de la doctrina lo ha puesto de relieve muy acertadamente: «*La política criminal no consiste simplemente en la creación de la norma, ya que esto es sólo la primera etapa —criminalización primaria— sino que es preciso crear los mecanismos de persecución que hagan la norma aplicable —criminalización secundaria—, puesto que si la norma no se aplica, no tendría una vigencia real, cumpliendo únicamente una función simbólica.*» La realidad práctica, sin embargo está muy lejos de este *desideratum*. Las diferentes secciones especializadas en medio ambiente del Ministerio Fiscal funcionan, tal como señalábamos, en base a una perspectiva exclusivamente voluntarista y carentes de los medios más elementales para un digno y adecuado desempeño de su función.

Las Fiscalías suscitan, además, importantes cuestiones de naturaleza técnica. El Fiscal de Tarragona hace especial hincapié en las Diligencias de Investigación Penal llevadas a cabo por el Fiscal y, sobre todo, las inspecciones oculares efectuadas por el mismo o bajo su dirección, a tenor del artículo 5.3.º del Estatuto del Ministerio Fiscal (págs. 154-155), ambas «*tienen la posibilidad de dar un importante juego, que en la práctica se manifiesta, a nuestro juicio, de gran valor, singularmente en las inspecciones oculares que pueda practicar el Ministerio Fiscal con motivo de los delitos contra el medio ambiente, por el valor documental auténtico que contengan, que puede constituir material probatorio importantísimo en el que*

*basar la acusación, que por la especial garantía o legitimidad de su fuente de producción le eximen de la necesidad de ratificación en fase sumarial y que, finalmente, una vez sometidas a los principios de contradicción, inmediación y defensa que informan las sesiones del juicio oral pueden llegar a motivar un recurso de casación al amparo del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». El Fiscal Jefe de Badajoz insiste en la necesidad de controlar al máximo la prueba pericial en temas de medio ambiente y durante el período de instrucción, poniendo como ejemplo de ello las Diligencias Previas número 695/93 del Juzgado de Instrucción número 1 de Don Benito por vertidos de la empresa Alsat que provocó la muerte de decenas de millares de peces. El procedimiento terminó con una sentencia absolutoria y una larga y costosa instrucción invalidada, a consecuencia de los informes periciales incorrectamente emitidos durante dicha fase instructora.

A su vez, para una mayor efectividad y clarificación de la materia, el Fiscal de Pontevedra reclama un sistema de recursos que permita el acceso de todos estos temas a la casación, o bien, *«modificar la competencia del Tribunal del Jurado, ampliándola al conocimiento de estos hechos»*. La Fiscalía de Huesca (pág. 98 et seq.), por su parte, insiste en la necesidad de ajustarse al máximo a la legislación europea en temas ambientales, por el carácter estricto de la misma, tal como demuestra el caso de vertidos al río Gallego de residuos de lindano por la empresa Inquinosa.

En sus Memorias, un número considerable de Fiscalías (León, Barcelona, Pontevedra, San Sebastián, Oviedo, Huelva, Lleida, Valencia, Barcelona, etc.) hacen referencia a las sentencias dictadas sobre la materia en sus respectivos territorios. A su vez, la importancia específica de determinados asuntos en las Fiscalías de Huesca (asunto Inquinosa), Huelva (asunto Fesa), Pamplona (asunto Itoiz), Teruel (asunto Endesa), Oviedo (asunto de las batidas ilegales de lobos) etc., lleva a las mismas a tratar tales temas de manera más pormenorizada y con mayor detalle.

#### f) INCENDIOS FORESTALES

Tal como se informaba en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año anterior (Anexo II, pág. 693 et seq.), el 23 de

junio de 1995 tuvo lugar en Madrid una «Jornada sobre Incendios Forestales», convocada por la Fiscalía General y por la ya desaparecida ICONA. A la citada reunión acudieron miembros de las Fiscalías de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia del país, representantes de la Administración nacional y autonómica y miembros de las fuerzas policiales. En esa Memoria se incluyeron las conclusiones redactadas en la mencionada Jornada sobre Incendios Forestales. Pues bien, las diferentes Fiscalías procedieron a llevar a cabo las directrices trazadas en las conclusiones, especialmente la publicidad de acusaciones y condenas en materia de incendios. Tal como señalan las Fiscalías de Almería (pág. 157), y de Oviedo (pág. 115) *«Por parte de la Fiscalía y, siguiendo las directrices acordadas en la Jornada sobre Incendios Forestales, se dio la máxima publicidad posible en la prensa regional a las acusaciones que se pudieran formular y a las condenas logradas, buscando un efecto disuasor de estas actividades».*

A su vez, y a consecuencia de dicha Jornada, diferentes Comunidades Autónomas (Castilla y León, Andalucía, etc.) convocaron a los representantes de los organismos y entidades intervinientes a nivel autonómico con objeto de profundizar en lo ya discutido en Madrid. Algunas Fiscalías, como la de Ciudad Real, convocaron reuniones con representantes de la Guardia Civil, Protección Civil y otros organismos competentes en la materia.

A mayor abundamiento, diversas Fiscalías continúan presentando recomendaciones en materia de incendios buscando el seguir aportando soluciones a tan seria problemática, según hemos tenido ocasión de observar con anterioridad. En este sentido, Murcia propone (pág. 151) *«la creación de una base legal y reglamentaria que limite el libre acceso y circulación de particulares a las zonas especialmente protegidas y en épocas adecuadas, debiéndose exigir autorización para transitar por tales lugares».*

Por lo demás, el año 1995, a pesar de la situación de sequía grave que venía arrastrando el país, fue un año relativamente bueno, dado que el número de incendios forestales ocurridos fue finalmente muy inferior al que hubiera cabido esperar en condiciones normales. Así lo reconocen en sus Memorias los Fiscales Jefes de Cuenca (pág. 108), Zaragoza (pág. 112), Almería (pág. 156), Jaén (pág. 82), Granada (pág. 82), etc. Solamente la Comunidad

Autónoma gallega parece separarse de esa tendencia, como afirma el Fiscal Jefe de La Coruña en su Memoria (pág. 416). Las estadísticas oficiales elaboradas por los organismos administrativos competentes en materia de incendios avalan lo dicho. Cuestión distinta es la posible incidencia que hayan podido tener todas estas iniciativas en la sustancial disminución del número de incendios forestales a lo largo del año 1995. Como pone de relieve el Fiscal Jefe de Almería (pág. 157), si efectivamente pudieron tener *«alguna influencia en la disminución de los incendios forestales en 1995 nunca podremos saberlo, si bien la realidad de esa disminución permite albergar alguna pizca de participación en esa relativa mejora»*.

Con todo, observamos que se ha venido produciendo un aumento de sentencias de condena en materia de incendios forestales a lo largo del año que comprende la presente Memoria; cuando lo cierto es que hace apenas algún tiempo transcurrían años sin que llegara a dictarse ni una sola sentencia condenatoria. En ese sentido, la Fiscalía de León informa de las tres sentencias de condena sobre incendios forestales dictadas por los Tribunales de esta Audiencia y la Fiscalía de Oviedo pone de relieve también la existencia de otra sentencia de condena en su territorio, igual que la Fiscalía de La Coruña. A su vez, la Fiscalía de Valencia se refiere a la sentencia número 96/96, de 28 de marzo de 1996, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, por la que se impone al autor del hecho una condena de 10 años y un día de prisión mayor y multa de 25.000.000 de pesetas. Se trata de sentencias en ocasiones paradigmáticas por el ingente esfuerzo que tienen que efectuar los Tribunales desde la perspectiva probatoria, al tener que basarse con frecuencia en valoraciones indiciarias, dada la naturaleza y características de este tipo de delitos. Muy raramente es descubierto e identificado el autor de los hechos en el momento de cometer el delito. No sorprende la adopción de iniciativas, como la que recoge estos días la prensa, procedente del Ayuntamiento de Pínofrankeado (Cáceres) —en la comarca de Las Hurdes— para acabar con los pirómanos utilizando la vía de la recompensa. Así, el pleno de la corporación municipal ha ofrecido la cantidad de 250.000 pesetas para quien identifique a los pirómanos que asolan el término municipal. El consistorio exige, no obstante, que exista finalmente sentencia condenatoria.

## 2. EL FRAUDE COMUNITARIO

El fraude de los fondos comunitarios constituye en la actualidad un tema de especial relevancia tanto para la Unión Europea en su conjunto, como para los Estados miembros individualmente considerados. En consecuencia, se trata de una materia de especial relevancia también para la Fiscalía General del Estado, por evidentes razones en las que no es necesario abundar. Esa importancia, lógicamente, ha ido en aumento a medida que ha ido creciendo la magnitud del fraude y la problemática que el mismo comporta. En la actualidad el fraude comunitario constituye uno de los más serios obstáculos que tiene que afrontar la Unión Europea en su normal desenvolvimiento y quehacer.

### a) EVOLUCION DE LA MATERIA

La existencia del fraude contra los fondos de la Comunidad no es en absoluto un tema nuevo. A tal efecto hay que señalar que vienen adoptándose medidas para la protección de los intereses financieros de la Comunidad desde 1970. A mayor abundamiento, el Consejo de Justicia, en su resolución de 13 de noviembre de 1991 declaró que *«la cooperación entre los Estados miembros para prevenir y combatir las acciones fraudulentas que perjudican a los intereses financieros de la Comunidad se ve reforzada mediante la compatibilidad de las normas contenidas en las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que sancionen dichas acciones»*.

El Consejo invitó, además, a la Comisión a llevar a cabo un estudio jurídico comparativo de las mencionadas disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, con el fin de determinar si conviene adoptar medidas para lograr una mayor compatibilidad de estas disposiciones. En virtud de esa propuesta, la Comisión realizó el estudio en cuestión, transmitiendo los resultados del mismo al Parlamento y al Consejo en julio de 1993.

Los esfuerzos de protección jurídica de los intereses financieros contra el fraude ha encontrado su expresión directa en el Tratado de la Unión Europea con las disposiciones del artículo 209 A

sobre protección de los intereses financieros comunitarios, por una parte, y las disposiciones del Título VI sobre cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior por otra. Veamos algunas consideraciones sobre esta evolución y sobre las diferentes bases legales aplicables al respecto, tal y como vienen detalladas en la Memoria de la Fiscalía de Bilbao, según el Informe elaborado por el miembro de la citada Fiscalía señor González.

El Presupuesto Comunitario, que conforme a la Decisión del Consejo de 24 de junio de 1988, relativa al sistema de recursos propios de la Comunidad (88/376/CEE, Euratom) «será financiado, sin perjuicio de otros ingresos, íntegramente por los recursos propios» —artículo 1.2.º— se ve perjudicado de manera creciente por conductas fraudulentas que, bien por la vía de la omisión de declaración y pago de cantidades que le han de ser ingresadas en su tesorería —arancel aduanero, exacciones de recargo, etc.— bien por la vía de la desviación en la aplicación de fondos del mismo —fondos estructurales, del FEOGA, restituciones a la exportación, etc.— perjudican gravemente los intereses comunes creando una alarma y un malestar crecientes. La lucha contra las prácticas fraudulentas está de momento en manos de los Estados miembros y es éste el campo en el que con mayor claridad se pone a prueba la lealtad comunitaria de los mismos. Ello no obstante, la Comisión emprendió en su día un esfuerzo, a través de un Proyecto de Acuerdo de modificación de los Tratados constitutivos de las Comunidades, publicado en 1976, para lograr la adopción de una reglamentación común sobre tutela penal de los intereses financieros de la Comunidad, y para la represión de las infracciones a las disposiciones de los Tratados, propósito que no llegó a cuajar, pero que pone de manifiesto la convicción íntima sentida desde las altas instancias comunitarias de que se hace precisa la creación de una competencia supranacional para la sanción de este tipo de conductas perniciosas.

Al día de hoy la base jurídica sobre la que se sustenta toda la lucha contra el fraude, radica esencialmente en tres preceptos:

a) El artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea, que dice:

«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las

obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

Este precepto establece un principio general de actuación para los Estados miembros que les obliga no sólo a dar cumplimiento eficaz a la totalidad del Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, sino a crear las condiciones adecuadas para que dichas normas y los fines de la Comunidad se logren con éxito. Indudablemente una eficaz represión del fraude de los intereses financieros de la Comunidad se integra en el contenido del precepto, y en unas condiciones que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha encargado de precisar en su Sentencia de fecha 21 de septiembre de 1989, asunto 68/88, Comisión contra República Helénica, al exigir una protección que ha de tener un carácter disuasivo, proporcionado y eficaz.

b) El artículo 209.A del Tratado de la Comunidad Europea que dice:

«Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones.»

Este precepto, que ya se refiere específicamente a la defensa financiera de la Comunidad, instaura en este campo un principio de asimilación según el cual las medidas, administrativas y penales, de las que se sirvan los Estados miembros para la protección de los intereses financieros de la comunidad no pueden ser de menos entidad o más leves que las que utiliza para proteger sus propios intereses estatales. Otro comportamiento atentaría contra la debida lealtad comunitaria e infringiría el anteriormente reseñado ar-

título 5 del Tribunal Constitucional Europeo. Obsérvese por lo demás que la Comisión ocupa un papel clave en la lucha contra el fraude, dado que es el centro coordinador de las administraciones internas en su tarea de controlar los ingresos y gastos comunitarios. En esta misma línea, en el mes de julio de 1988 se creó un nuevo órgano, la Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude (UCLAF) cuyo cometido es aunar los esfuerzos de control que realiza la Comisión.

c) El artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea: que opera fuera del ámbito del Derecho Comunitario, en el espacio de la acción intergubernamental, y dice: «Para la realización de los fines de la Unión..., y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes:

5) La lucha contra la defraudación a escala internacional en la medida en que dicha materia no esté cubierta por los apartados 7 y 9 siguientes.

7) La cooperación judicial en materia penal.

8) La cooperación aduanera.»

Este precepto viene referido a una lucha internacional contra el fraude que rebasa el ámbito de la Comunidad Europea, pues los acuerdos que se deriven del mismo no estarán sujetos a la superior interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, pero la línea de actuación conjunta que plantea viene en refuerzo de la previsión contenida en el artículo 209.A del Tratado de la Comunidad Europea, que sí va a ser desarrollado por medio de disposiciones de Derecho Comunitario —Directivas y Reglamentos— y va a estar sujeto a la jurisdicción de dicho Tribunal.

En lo que se refiere a la interpretación del artículo 5 del Tribunal Constitucional Europeo elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Sentencia más arriba reseñada, de fecha 21 de agosto de 1989, conocida con la del «maíz griego», asunto 68/88, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica, ha marcado un hito interpretativo de gran trascendencia. En dicho asunto se produjo un fraude al arancel agrícola comunitario en el que habían tomado parte funcionarios griegos. Dos cargamentos de maíz, exportados desde Grecia hasta

Bélgica en mayo de 1986, y declarados oficialmente como de origen griego, procedían en realidad de Yugoslavia. De este modo, se eludió el pago de las exacciones reguladoras agrarias que dichos cargamentos debían haber abonado al entrar en territorio comunitario, exacciones que constituyen uno de los recursos propios de la Comunidad y que la República Helénica tenía la obligación de liquidar y poner a disposición de la Comisión. Esta defraudación se cometió con la complicidad de algunos funcionarios griegos y, *a posteriori*, varios altos funcionarios elaboraron falsos documentos y emitieron declaraciones falsas para intentar encubrirla. Las autoridades de la República Helénica no adoptaron tampoco una postura activa en la represión del fraude ni por la vía penal ni por la administrativa. El Tribunal declara que cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho Comunitario. Para ello, aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho Comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción. Además, en relación con las infracciones del Derecho Comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales. De esta doctrina se puede interpretar por extensión que los Estados no cumplen simplemente protegiendo los intereses comunitarios de forma similar a los nacionales, pues si esa protección es deficiente para los intereses nacionales, igualmente desprotegida queda la Comunidad. Por contra, se ha de exigir que la protección dispensada sea eficaz y disuasiva, además de proporcionada. Supera así el Tribunal su propia visión reflejada en una sentencia anterior, de fecha 2 de febrero de 1977, asunto 50/76, Amsterdam Bulb, que demandaba una mera asimilación de medidas protectoras a las aplicadas a los intereses nacionales. La consecuencia última que se extrae es que

la Comisión podría plantear un recurso por incumplimiento a aquellos Estados miembros que no dispongan de un Derecho administrativo sancionador suficientemente eficaz para reprimir las infracciones al Derecho Comunitario.

#### b) CLASES DE FONDOS COMUNITARIOS Y LAS DIMENSIONES DEL FRAUDE

El Fiscal de Pontevedra, en el apartado de su Memoria titulado «El Fraude a las Subvenciones Comunitarias», realiza un interesante análisis de este punto concreto, que por su interés reproducimos:

#### c) CLASES DE FONDOS COMUNITARIOS

Uno de los principales objetivos del Tratado de Roma es el de conseguir una mayor unidad económica de la Comunidad Europea junto con un desarrollo armónico de esa unidad, fomentando una prosperidad equilibrada de todos los países miembros y, sobre todo, de que exista entre ellos la solidaridad que requiere este objetivo.

Los instrumentos de que se dotó la Comunidad para conseguirlo iban destinados a hacer posible la reducción de las diferencias nacionales y regionales mediante: política de estructuras agrarias, política social y política regional, cada una de ellas apoyada en un instrumento financiero específico, a saber, la sección de Orientación del Fondo Europeo de Garantía Agrícola (FEOGA), el Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca y el Banco Europeo de Inversiones (BEI)

A partir del 26 de mayo de 1994 entró en vigor el Reglamento por el que se crea el Fondo de Cohesión Económica y Social con la finalidad de hacer posible la convergencia al de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros que padecen aún cierto retraso de desarrollo o algunas dificultades.

El Fondo de Cohesión es un nuevo instrumento de intervención y solidaridad, peculiar y distinto, por su finalidad y su modo

de utilización, de los demás fondos estructurales comunitarios, ya que éstos se centran principalmente en el problema de las diferencias regionales. El Fondo de Cohesión sólo contribuye a fomentar el desarrollo regional de forma indirecta, ya que se creó con la finalidad de que todos los Estados miembros puedan estar cuanto antes en condiciones de participar en la fase final de la unión económica y monetaria, ayudando a los que van a tener mayor número de dificultades para conseguirlo.

Según el protocolo sobre la cohesión económica y social anejo al Tratado de Maastricht, los Estados miembros de la Unión «que tengan un producto nacional bruto *per capita* inferior al 90 por ciento de la media comunitaria y que cuenten con un programa que conduzca al cumplimiento de las condiciones de convergencia económica según lo dispuesto en el artículo 104 C del Tratado» podrán contar con «contribuciones financieras comunitarias».

En aplicación de estos dos criterios, cuatro Estados miembros son en la actualidad beneficiarios del Fondo de Cohesión: España, Portugal, Grecia e Irlanda. La contribución financiera se refiere exclusivamente a proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes europeas en materia de infraestructura de transportes, es decir, se limita a proyectos pertenecientes a esos sectores en los que resultaría muy perjudicial una reducción de las inversiones públicas a causa de una rigurosa disciplina presupuestaria. Recíprocamente, los países beneficiarios han tenido que comprometerse a no reducir sus propias inversiones en infraestructuras de transporte y medio ambiente.

Resumiendo lo dicho hasta aquí, tendríamos el siguiente cuadro:

#### DIFERENCIAS ENTRE EL FONDO DE COHESION Y LOS FONDOS ESTRUCTURALES

	Fondo de cohesión	Fondos estructurales
Objetivos	Reducir las disparidades entre las economías nacionales.	Reducir las disparidades entre las regiones.

	Fondo de cohesión	Fondos estructurales
Interlocutores	Cada proyecto es objeto de un acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro en cuestión.	Las autoridades regionales y los promotores desempeñan un papel destacado en la gestión de los programas.
Requisitos	Requisito estricto: la aplicación de los programas de convergencia constituye una condición necesaria para la asignación de créditos.	No hay requisitos.
Cobertura geográfica	Cuatro Estados miembros: España, Portugal, Grecia, Irlanda.	Regiones de los objetivos núms. 1, 2 y b).
Sectores	Sólo medio ambiente e infraestructura de transportes.	No se excluye <i>a priori</i> ningún sector.
Procedimientos. Dotación	Los créditos se conceden a cada proyecto concreto 16.223 millones de ecus de 1993 a 1999.	Los créditos se conceden en su mayor parte a los programas. 172.506 millones de ecus de 1993 a 1999.

#### d) LA MAGNITUD DEL FRAUDE

De acuerdo con los casos esclarecidos hasta la fecha, resulta posible afirmar que el fraude y las irregularidades afectan hasta un 2 por ciento del presupuesto de la *Unión Europea*. La situación es, como mínimo, preocupante ya que dicho porcentaje representa aproximadamente 1.500 millones de ecus en efectivo. En 1994, los casos de fraude averiguados representaron el 1,3 por ciento de la financiación de la Política Agraria Común y, desde el punto de vista de los ingresos, el 3,4 por ciento de los recursos propios tradicionales (derechos de importación).

Siendo realistas, debemos pensar que las irregularidades y fraudes cometidos alcanzan cifras superiores a los porcentajes de que dispone la Comisión.

No obstante y como no existe ningún método exacto para conocer la amplitud del fraude cometido en detrimento del presupuesto comunitario, de la misma manera que ningún Ministerio de Hacienda nacional puede cuantificar de modo fiable la amplitud de la actividad económica que no está controlada por la Administración de Hacienda (es decir, la llamada «economía sumergida»), ni el alcance exacto del fraude en el ámbito de la Seguridad Social.

El sector en que se registran más casos de fraude es el de «recursos propios», es decir, los derechos de entrada que se perciben sobre las importaciones procedentes de países no comunitarios, derechos que aplican y recaudan los Estados miembros (un 3,4 por ciento del Presupuesto contra un 1,3 por ciento en el caso de los gastos agrícolas). Esto demuestra, al contrario de la impresión que dan con frecuencia los medios de comunicación, que es éste sector, y no el agrícola, el que genera un mayor nivel de fraude.

En el ámbito de los Fondos Estructurales, aunque de momento es prematuro afirmar una tendencia precisa, parece que los niveles de fraude se hayan también en continuo aumento. La dificultad en la fijación de dichos niveles viene determinada por el hecho de que la obligación, para los Estados miembros, de comunicar sistemáticamente las irregularidades relacionadas con dichos fondos no entró en vigor hasta el mes de julio de 1994 (en el caso de la Política Agrícola Común, una obligación similar existe desde 1972).

El Parlamento británico en 1989, estimaba el fraude en detrimento de los presupuestos comunitarios entre 2 a 6 billones de libras esterlinas anuales, lo que le situaría en un nivel del 10 al 15 por ciento del presupuesto, mucho mayor que el 2 por ciento previsto por la Comisión para el año 1994.

Resulta sumamente expresiva la conclusión del informe del Parlamento británico al decir que «cuantiosas sumas que se han perdido a consecuencia del fraude y de las irregularidades cometidas contra la Comunidad que recaen sobre todos los empresarios y contribuyentes de Europa y ello choca con las raíces de las sociedades democráticas, basadas en los principios de Derecho y su cumplimiento. Esto es vergonzoso».

La Comisión Europea, a través de la Unidad de Lucha contra el Fraude (UCLAF), detectó en 1992 un total de 1.850 casos

de fraude por valor de 269 millones de ecus (más de 37.000 millones de pesetas) y en 1993, más de 400 millones de ecus (54.800 millones de pesetas). Como ya se ha indicado, en su Informe de 1994 estima el fraude en el 2 por ciento del presupuesto comunitario, lo que eleva las cifras anteriores a la cantidad aproximada de 1.400 millones de ecus (224.000 millones de pesetas).

El 4 de febrero de 1994, el Tribunal de Cuentas comunitario hizo público un informe en el que señalaba que en el período comprendido entre los años 1972 a 1991 se habían detectado la existencia de 5.775 casos de fraude por valor de 725 millones de ecus (116.000 millones de pesetas).

En España, sólo a nivel de fraude agrario, el Tribunal de Cuentas comunitario detectó en 1993, la cifra de 137 casos por valor de 4.651 millones de pesetas. Asimismo la Comisión, en su informe de 1994, indica que España comunicó en el período 1991/1994 sobre irregularidades del FEOGA —Garantía (fraudes agrícolas)— la cifra de 519 casos por un montante de 82.746.803 ecus (más de trece mil millones de pesetas).

Lo cierto es, para concluir, que, como señala la doctrina, ni siquiera se sabe a ciencia cierta las cantidades exactas que resultan defraudadas.

#### e) ORGANISMOS COMPETENTES PARA LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE COMUNITARIO

Dentro del contexto de interés para el sistema legal español en lo relativo a la lucha contra el fraude comunitario, debemos destacar, básicamente, dos instituciones: la UCLAF, iniciales que responden a la Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude, y la Fiscalía Anticorrupción.

#### — *La UCLAF*

Anteriormente, en el apartado 2 de la presente parte de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, hemos hecho re-

ferencia a la Unidad de Coordinación de Lucha contra el Fraude (UCLAF). De nuevo, el Fiscal Jefe de Pontevedra, en su interesante trabajo, se refiere al citado organismo, indicando que la unidad de Coordinación de la lucha contra el fraude se creó en 1988 como consecuencia de las recomendaciones que se incluían en el informe de la Comisión relativo a los medios para intensificar la lucha contra los fraudes cometidos en detrimento del presupuesto comunitario.

La UCLAF se encarga, en el seno de la Comisión, de todos los aspectos de esta lucha y su misión operativa consiste fundamentalmente en ayudar a los Estados miembros cuando éstos necesitan coordinarse con otros Estados miembros y con los servicios competentes de la Comisión.

La UCLAF cumple esta misión realizando investigaciones sobre asuntos supuestamente fraudulentos y su objetivo consiste, a la vez, en definir las cantidades que habría que recuperar y en preparar los expedientes de los asuntos que pudieran llevarse ante los Tribunales de los Estados cuando determinados aspectos de una operación de fraude de cierta envergadura aparece simultáneamente en varios Estados miembros o cuando es necesario buscar elementos de prueba fuera del ámbito Comunitario.

Además, la UCLAF puede facilitar que los Estados miembros concentren sus actividades de control y verificación en los sectores y ámbitos de actividad que comportan un mayor nivel de riesgo, gracias a la experiencia adquirida en materia de fraude en dichos sectores. Tiene también un papel relevante en materia de recogida de información.

Con objeto de reunir y analizar estas informaciones, la UCLAF gestiona una base de datos (pre-IRENE) que contiene información relativa a casos presumiblemente fraudulentos y que son objeto de una investigación por parte de la Comisión. Dispone, igualmente, de otra base de datos (IRENE) sobre las investigaciones que los Estados miembros comunican a la comisión. Los servicios aduaneros y algunos servicios de agricultura han establecido una comunicación directa entre sí mediante la red informática SCENT, que facilita en gran medida la colaboración.

No obstante la UCLAF no posee competencias para una investigación judicial autónoma, lo que significa que no puede pro-

ceder al interrogatorio de sospechosos, ni a registrar locales, incautar documentos u ordenar la comparecencia de testigos obligándoles a prestar declaración o a proporcionar documentación. Estas tareas quedan reservadas a las autoridades fiscales y judiciales de los Estados miembros.

La UCLAF posee amplias atribuciones que le permiten coordinar la acción contra el fraude en el conjunto de los Estados miembros, entre los Estados miembros y la Comisión e, incluso, entre los distintos servicios de la comisión cuando estos últimos tienen que realizar alguna tarea específica en dicho marco de actuación.

Con el objeto de acabar con la desviación de Fondos Comunitarios, la Comisión ha emprendido las siguientes acciones:

1. He dictado un Reglamento (CE) núm. 1831/94, de 26 de julio, por el que se dispone la obligación, para los Estados miembros, de proceder a establecer controles *a posteriori* de las empresas que reciben subvenciones comunitarias (procedentes de la sección de garantía del FEOGA), así como la obligación de establecer un programa de control de los sectores de «alto riesgo».

2. Una «lista negra» de operadores, empresas y establecimientos que hubieran sido declarados con anterioridad «culpables» de desviaciones de las subvenciones comunitarias en el sector agrícola.

3. Vigilancia vía satélite («teledetección») de las tierras y cultivos que se hubieran beneficiado de subvenciones para dejar tierras en barbecho o por otros motivos.

4. La obligación, para los Estados miembros, de llevar a cabo controles físicos mínimos en el caso de exportaciones agrícolas que den lugar a restituciones.

5. Una serie de intercambios electrónicos de información entre los Estados miembros, así como de recogida y análisis de información.

6. Servicio de llamadas telefónicas gratuitas. Como consecuencia de una sugerencia del Parlamento Europeo y habida cuenta de la experiencia positiva de los Estados Unidos en el ámbito de la toxicomanía y de la delincuencia en los sectores empresaria-

les y financieros, la Comisión instaló una línea telefónica en cada Estado miembro con objeto de que las personas que dispongan de una información relacionada con posibles fraudes en detrimento del presupuesto comunitario puedan llevar al conocimiento de la UCLAF dicha información, con absoluta confidencialidad, en su lengua materna y gratuitamente. Los agentes de la UCLAF escuchan posteriormente dichos mensajes y adoptan las medidas de investigación pertinentes.

7. Remuneración de los informadores. La Comisión ha aceptado que, en determinadas circunstancias, la UCLAF pueda retribuir a los informadores por los datos que éstos hubieran comunicado y gracias a los cuales se hubiera alcanzado un éxito tangible en la lucha contra el fraude.

Para finalizar, la UCLAF ha intentado atajar el problema del fraude comunitario proponiéndole a la Comisión la creación de instrumentos jurídicos destinados a resolver las lagunas de punibilidad, mediante una definición común de fraude aplicable en todos los Estados miembros y que ello se traduzca en la introducción, en los distintos ordenamientos penales comunitarios, de tipificaciones específicas. Este proyecto de Convenio se halla actualmente en curso de negociación en el Consejo. El hecho de que la Justicia y los Asuntos de Interior no dependan de la Comunidad complica la introducción de medidas legales para la aproximación de los tipos delictivos, ya que intentar introducir tales medidas mediante una directiva comunitaria podría plantear problemas institucionales. De ahí que se haya elegido la vía del Convenio.

No obstante las limitaciones consistentes a la ausencia de competencias de la UCLAF para efectuar investigaciones autónomas, hay que destacar la existencia de una magnífica coordinación entre el citado organismo comunitario y la Fiscalía General del Estado, lo que ha permitido que se puedan efectuar pesquisas en diferentes puntos del país, con la colaboración de las Fiscalías que en su caso haya procedido. Tal es el caso del supuesto descrito por el Fiscal Jefe de Ciudad Real en su Memoria (pág. 507), refiriéndose a las Diligencias previas 1569/95 del Juzgado de Instrucción número 1 de Ciudad Real. Se trataba del almacenamiento de productos lácteos destinados al consumo

humano, en una nave de un polígono industrial, y cuya fecha de caducidad había transcurrido con creces. Se observó que podía tratarse de un supuesto de fraude a los intereses comunitarios, ya que la materia prima procedía en buena parte de Irlanda y, tras su elaboración en España, era remitida a una entidad francesa, la cual exportaba, a su vez, a Oriente Medio, estableciéndose los flujos económicos en forma que no se correspondía con los de la mercancía, ya que el receptor de la misma no la abonaba al elaborador. La Comisión de las Comunidades tuvo noticia de la iniciación del procedimiento en virtud de una comisión rogatoria remitida a Francia, lo que provocó que se constituyese en la Fiscalía de Ciudad Real un funcionario de la UCLAF, con cuya colaboración se organizó la investigación. En el momento de redactar estas líneas la UCLAF informa de la puesta en práctica de una colaboración similar en la Comunidad Autónoma de Navarra.

### *La Fiscalía Anticorrupción*

Como es sabido la Ley 10/95, de 24 de abril, estableció la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción. Pues bien, a tenor de la Instrucción 1/1996 sobre competencias y organización de la citada Fiscalía Especial se viene a atribuir a la misma competencia para conocer los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad Económica dada, según se indica en la instrucción, *«su evidente relevancia no sólo por el compromiso del Estado español como Estado miembro, de conformidad con el artículo 209 A del Tratado de la Unión Europea y los Acuerdos del Consejo, de 11 de julio de 1994, de lucha contra el fraude, y de 26 de julio de 1994, para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, sino también por la especial cualidad del perjudicado»*.

Todavía es pronto para poder hablar de las actividades desarrolladas por la Fiscalía Anticorrupción en la materia, dado que la misma lleva funcionando un período de tiempo relativamente breve, pero, sin lugar a dudas, se estará en condiciones de hacer una evaluación al respecto el año próximo.

#### f) CONSIDERACIONES FINALES

La Memoria de la Fiscalía General del Estado tiene como objetivo exponer y reflejar la situación fáctica en la que está inmerso el país en todos aquellos temas en los que, por razón de su competencia y función, interviene el Ministerio Fiscal. Pero además, la Memoria tiene otros objetivos, tales como la presentación de sugerencias, alternativas o propuestas de diferente naturaleza, que de alguna forma sirvan para mejorar la situación existente o, incluso, la regulación legal aplicable.

Hasta el presente momento han venido tomándose importantísimas decisiones en el área ambiental. Además, existe una más que interesante normativa legal en vigor, fruto, entre otras, de iniciativas parlamentarias, de nuestra pertenencia a la Unión Europea y de la firma de tratados internacionales en la materia. Una de las últimas novedades, como se ha señalado, es el amplio articulado introducido al respecto por el Código Penal. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de observar, desde muchas Fiscalías se expresa quizá no exactamente temor, pero sí cierta prevención, al suscitarse la aplicación de la nueva normativa. No es necesario insistir en el tema relativo a la carencia de medios y la ausencia formal de especialistas en la materia. Sólo subrayar que el propio Consejo Asesor de Medio Ambiente valoró muy positivamente la ampliación de los tipos penales relativos al medio ambiente introducida en el nuevo Código Penal. El Consejo entendía, no obstante, que estas novedades, para ser efectivas, debían ser reforzadas con otro tipo de actuaciones tales como la dotación a la Administración de Justicia de medios técnicos, la creación de secciones especiales en las Fiscalías y la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas para la persecución de la delincuencia ambiental. Es sintomático que exista tan amplia coincidencia entre tantas instituciones y respecto a tantos temas.

Está cada vez más claro, y así se observa desde cualquier instancia, que el medio ambiente constituye una irrenunciable prioridad nacional. En ese sentido son perfectamente lógicas las demandas y aseveraciones efectuadas desde las diferentes Fiscalías. De poco servirán las reformas legales y las declaraciones de buenos deseos, si no se atiende a las mismas. No hacerlo significaría, simplemente, quedarse a la mitad de un ineludible camino.

### 3. LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO: INCIDENCIAS Y EXPERIENCIAS EN LOS PRIMEROS MESES DE APLICACION

#### a) INTRODUCCION

Es éste uno de los capítulos que, sin duda, merecen en esta Memoria una especial atención, puesto que la novedad de la Institución y el inicial interés que su implantación ha despertado en la sociedad constituyen motivos bastantes para realizar un detenido comentario acerca de las incidencias que la Ley Orgánica ha revelado, y de la experiencia recogida desde la fecha de su entrada en vigor.

Sin embargo, el escaso tiempo transcurrido desde entonces hace prever que tales comentarios deban ser completados con los que se viertan en las Memorias de los años venideros, cuando un lapso mayor de tiempo permita la incoación de procedimientos seguidos por las disposiciones contenidas en la mencionada ley, así como la formación de Tribunales de Jurados, de cuya conjunción puedan extraerse conclusiones útiles para el mejor conocimiento de la situación de la Administración de Justicia.

Se sugieren por el Fiscal de Salamanca, señor Bello Landrove, las siguientes cuestiones que pudieran tenerse presentes para una futura reforma y mejora de la ley:

a) La exclusión de los delitos-bagatela del ámbito de competencia del Jurado: amenazas condicionales, allanamiento de morada, omisión del deber de socorro... Seguramente, por su complejidad, debieran excluirse los delitos de los funcionarios públicos, en especial la malversación y los fraudes y exacciones ilegales, aunque con ello pudiera tropezarse con la consabida tacha de corporativismo que, injustamente, se ha vertido hacia los Tribunales de Derecho. Sinceramente, y de cara a un futuro a medio plazo, no se encuentra otra forma objetiva de potenciar y delimitar la competencia del Jurado, que la de fijarla por razón de la gravedad de las penas (con la excepción si acaso de los delitos de terrorismo o que afecten a la seguridad nacional).

b) La drástica derogación de la normativa de la fase de instrucción de la Ley del Jurado, verdadero galimatías formalista e

ineficaz de comparecencias, fijaciones de hechos y diligencias a destiempo. Si no quiere hacerse una aplicación general del procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o implantar finalmente la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal creo que, cuando menos, se impone el centrar la proposición de las diligencias en la comparecencia inicial y sus días posteriores; la práctica de las diligencias de investigación (y, en su caso, de las pruebas anticipadas) entre la comparecencia inicial y el momento de formular calificación o solicitar el sobreseimiento; limitar la audiencia preliminar a los temas jurídicos (conformidad, conversión del procedimiento, discusión sobre apertura del juicio oral, eventual modificación parcial de conclusiones); conectar el «relato de hechos» del auto de apertura de juicio oral con los acotados estrictamente en los escritos de calificación de las partes; remitir al Tribunal, por originales, la totalidad de lo actuado sin que ello quiera decir que haya de conocerlo o valorarlo el Jurado.

c) La fase intermedia, competencia del Magistrado-Presidente, debe simplificarse al máximo, cerrando (salvo excepciones justificadísimas) la posibilidad de anticipación de la prueba, y no haciendo acotación de los hechos justiciables más que cuando resulte obligada por la aceptación de la correspondiente cuestión previa.

d) En el juicio oral, poco hay que cambiar, porque casi nada se dice. No obstante parece oportuno: regular expresa y positivamente el trámite de conformidad al comienzo del juicio; configurar la proposición de nuevas pruebas como «incidente» independiente, previo al discurso de alegaciones y condicionando, en general, su admisión a la imposibilidad de proponerlas en un momento anterior (respeto de los principios de no indefensión y buena fe procesal); regulación detallada de los casos y forma de acceso válido de los materiales de investigación instructoria al juicio oral para formar la convicción del Jurado; elevación hasta unos quince días del tiempo de suspensión del juicio, que no suponga disolución del Jurado; exclusión expresa de la tesis (art. 733 de la LECr.) y de su versión atenuada del artículo 793.6 párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; desaparición de las cortapisas a la conformidad previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 50 de la Ley del Jurado, como contrarias a la razonable neutralidad del Magistrado-Presidente; regulación expresa de la solución al tema

de la valoración de los hechos como falta en las conclusiones definitivas de las Acusaciones.

e) En materia de veredicto, compartimos la opinión generalizada entre la Doctrina de que el Jurado lego es incompatible con la extensión, precisión y fundamentación que la ley española atribuye a la decisión de los Jurados. O se cambia el modelo de Jurado, o se cambia el modelo de veredicto. Y, entre los temas concretos que parece aconsejable revisar, pueden citarse los siguientes: la intromisión del Magistrado-Presidente en materia de veredicto (art. 52.1 g); la regulación más precisa de las denominadas instrucciones-dinamita (art. 57.2); la reducción a seis de la mayoría cualificada para veredicto de culpabilidad y respuestas perjudiciales para los acusados (número equilibrado, entre la mayoría suficiente de dos tercios y la necesidad de evitar numerosos *impasses* del Jurado); la conveniencia de algún tipo de audiencia de las partes que pueda alertar al Magistrado-Presidente sobre la necesidad de abrir incidente de devolución del veredicto la necesidad de que el veredicto sea congruente no sólo para llegar a la culpabilidad sino también a la inculpabilidad (art. 63.1.d).

f) En materia de recursos contra las sentencias del Tribunal del Jurado parece urgente atenuar los efectos de la estimación del motivo de quebrantamiento procesal en la sentencia limitándolos a la nulidad de la misma y vuelta al Magistrado-Presidente para que dicte otra, subsanando el defecto. En cuanto al motivo de vulneración de la presunción de inocencia [art. 846 bis c), apartado e), de la LECr.], parece un tanto excesivo tras haber pasado los tamicos del Magistrado-Presidente y del Jurado, y poco respetuoso para con éste, al serle «enmendada la plana» por un Tribunal profesional.

El Fiscal de Pamplona señala que la edad para ser jurado —18 años—, como norma general, es escasa; la Ley del 31 requería ser mayor de 30 años. El Juez técnico, hoy en día, cuando empieza su ejercicio profesional tiene como mínimo entre 24 y 25 años; además, se le presumen, unos mínimos conocimientos técnicos-jurídicos necesarios para declarar o no la culpabilidad de un imputado. Al Juez lego, se le exige tan sólo 18 y que sepa leer y escribir (nada dice la ley si lo hace correcta o incorrectamente). En esta línea se pronuncia también el Fiscal de Albacete.

## b) AMBITO COMPETENCIAL DEL JURADO

Muchas han sido las Memorias de los señores Fiscales que se han ocupado, por lo general en un tono crítico, de este tema.

Señala la Fiscal de Guadalajara, señora García, que resulta difícil de comprender cual ha sido el criterio seguido por el legislador para seleccionar el elenco de delitos atribuidos al Tribunal del Jurado por el artículo 1 de la Ley. A su juicio es caprichoso y excesivo el número de delitos con los que el Jurado ha de iniciar su andadura.

Por un lado, se incluyen al lado de ilícitos penales de escasa relevancia punitiva como la infidelidad en la custodia de presos, omisión del deber de socorro, otros sancionados con las máximas penas —homicidio, asesinato—. Se incluyen infracciones penales de la máxima complejidad que presentan especiales dificultades para que los jueces legos emitan su veredicto —fraudes, exacciones ilegales, cohecho— y se excluye la prevaricación.

Se sustrae al conocimiento de los jueces legos el homicidio frustrado y las lesiones, cuyo enjuiciamiento no presenta más dificultad que los fraudes y exacciones ilegales.

El criterio de la insaculación se evidencia, aún más si cabe, en los delitos de malversación al incluir unas modalidades y excluir otras.

Por último, el ámbito competencial vigente desde el 24 de noviembre de 1995 se ha alterado con la entrada en vigor del nuevo Código Penal el 25 de mayo de 1996. La Disposición final segunda de este texto legal retoca el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en este punto sin otra intención, al parecer, que acomodar el nuevo articulado al viejo listado. Obsérvese que el delito de auxilio e inducción al suicidio ubicado en el artículo 143 del nuevo Código queda excluido del ámbito competencial del jurado al desaparecer el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sin que se sepa si es una exclusión deliberada por algún ignoto motivo o simplemente un *lapsus* del legislador.

En el amplio análisis de esta materia llevado a cabo por el Fiscal de Zaragoza, señor Arroyo de las Heras, indica que se ha incurrido por el legislador, en un país como el nuestro sin tradición juradista, en un notable exceso, sin que, por otra parte, pueda adivinarse un criterio claro de atribuibilidad, ya que, mientras se so-

meten determinados delitos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, quedan fuera de su competencia otros de análoga naturaleza e incluso, atendida la sensibilidad social, mas acordes con dicho sistema de enjuiciamiento.

Dentro del amplio catálogo de delitos objeto de enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado, que se relacionan en el número 2 del artículo 1.º de la ley, se incluyen algunos, como el de omisión del deber de socorro (art. 489 ter. del vigente CP y arts. 195 y 196 del CP de 1995) que ni por su intrínseca gravedad, ni por la pena con que se sancionan, merecerían, al menos en esta primera etapa, haber sido tenidos en cuenta a la hora de fijar el ámbito concreto de competencia del Tribunal del Jurado.

Por otra parte, la posibilidad de aplicar, en no pocos de los supuestos contemplados en el número 2 del artículo 1.º de la Ley, los beneficios de la condena condicional o de acordar la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 92 y ss. del vigente CP y 80 y ss. del CP de 1995) hacen que infracciones penales que, hasta ahora, mediante la aplicación de las normas del Procedimiento Abreviado, eran sancionadas en un corto espacio de tiempo, con los beneficiosos efectos de todo orden que ello comporta, se vean abocadas a superar un largo, costoso y complejo trámite, no obstante las buenas intenciones del legislador, para, al final, concluir de idéntico modo.

El Fiscal de Zaragoza apunta así la conveniencia de modificar el apartado 2.º del artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, reduciendo la relación concreta que en el mismo se establece a los siguientes delitos comprendidos en el Código Penal de 1995:

- a) Del homicidio (arts. 138 a 140).
- b) De los incendios forestales (arts. 352 a 354).
- c) Del cohecho (arts. 419 a 426).
- d) Del tráfico de influencias (arts. 428 a 430).

Dentro del ámbito competencial se erige en cuestión plagada de problemas la de la conexidad.

Da cuenta el Fiscal de La Rioja en su Memoria de una incidencia surgida en uno de los dos procedimientos incoados hasta entonces por el procedimiento del Jurado. Se trata del problema suscitado a la hora de fijar el ámbito objetivo del procedimiento y, en concreto, de la determinación como delitos conexos o no de la

omisión del deber de socorro y de la previa conducción bajo la ingesta del alcohol.

Celebrada la comparecencia del artículo 25 de la Ley del Jurado, el Juez Instructor dictó Auto ordenando la continuación del procedimiento del Jurado sólo por los hechos relativos al presunto delito de omisión del deber de socorro, ordenando el sobreseimiento parcial y la deducción de testimonio y la consiguiente incoación de diligencias previas separadas respecto de los hechos relativos a la conducción del vehículo de motor y a los daños personales causados con el mismo. Contra dicho Auto se interpuso recurso de reforma por el Ministerio Fiscal por entender que existía conexidad, de conformidad con lo prevenido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 5/1995 que establece que habrá conexidad a los efectos de la Ley del Jurado siempre que se dé el supuesto de «que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad». En el caso presente se trataba, indiciariamente, de la posible comisión de un delito de omisión del deber de socorro a víctima de accidente propio, añadiéndose un plus de antijuridicidad y culpabilidad al tipo básico del artículo 489.3 que tiene su fundamento en la intención del autor de dejar impune su previa actuación imprudente.

Y además, debía tenerse presente el contenido del párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo 5 de la Ley, que establece que: «No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1 de la presente ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa por ello la continencia de la causa.» Y en el supuesto de hechos, parece evidente que el enjuiciamiento por separado escindía el objeto de la causa: téngase en cuenta que la prueba de la previa negligencia es un presupuesto para la determinación de los elementos del tipo penal establecido en el segundo párrafo del artículo 489.3; y que, además, la situación de hallarse el presunto autor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, puede ser determinante de la apreciación o no de la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual establecida en el artículo 9.2 del Código Penal; y que, por último, no era obstáculo a ello, contrariamente a lo que se manifestaba en el Auto que se recurría, lo indicado en el párrafo tercero del apartado segundo de la Exposición de Motivos, dado que la «apa-

rente complejidad» del presente caso no venía determinada por la «acción típica» que será, en su caso, sometida al enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado, sino que venía dada por la existencia de una múltiple calificación jurídica de un hecho-básico de aparente sencillez y fácil comprensión a nivel vulgar: un sujeto conduce bajo la influencia del alcohol, atropella a dos personas y se da a la fuga.

El Instructor desestimó el recurso de reforma del Fiscal, por lo que éste volvió a recurrir, esta vez en queja, por entender que la mención que la ley hace en su artículo 24 al carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debía serlo a las normas propias del procedimiento penal —sumario ordinario o abreviado— que fuera de aplicación de no haberse incoado procedimiento de Jurado (contrario es el parecer que con posterioridad a tal recurso vendría a establecer en la Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado). En el recurso de queja se reprodujo la argumentación jurídica mantenida en el de reforma, haciendo lo mismo el Instructor en el Informe que elevó a la Sala de la Audiencia Provincial —que no puso ningún reparo a la admisión a trámite del citado recurso de queja— y resolviendo dicha Sala de conformidad con las peticiones del Ministerio Fiscal.

Debe añadirse, por último, que pese a haberse interpuesto recurso de queja y no de apelación, por los motivos antes expuestos, se había planteado ya la conveniencia de suspender el curso del procedimiento llegado el trámite de calificación para el caso de que no se resolviese por la Sala el citado recurso con anterioridad a tal momento procesal.

Otra cuestión más sobre la conexión de los delitos se expone por el Fiscal de Alicante, señor Cabedo, en su Memoria. Es claro que en el caso que nos ocupa uno de los delitos es de la competencia del Jurado (omisión del deber de socorro, art. 489.3 del CP y art. 1 de la Ley del Jurado) y no el otro (art. 340 bis a) 1.º del CP); el problema es la conexión que regula el apartado 2 del artículo 5 de la Ley del Jurado y el problema es saber si hay tal conexión y si la hay, saber si cabe el enjuiciamiento separado de los delitos sin romper la continencia de la causa.

En el caso que nos ocupa, se estimó que si se daba la conexión prevista en el número 2 del artículo 5 en su párrafo primero de la Ley del Jurado en su apartado c): *que alguno de los delitos se haya cometido para... procurar su impunidad.*

Aun siendo discutible el alcance de tal precepto puede plantearse si es preciso un plan para tal comisión de un delito para procurar la impunidad o si es suficiente con aprovechar la ocasión para lograr o procurar tal impunidad sin plan previo y que ello sea suficiente para la conexión.

Es cierto que, *de facto*, con la conducta de escapar tras el accidente (cometiendo así la omisión del deber de socorro) se pretende, al no estar presente el causante del accidente a la llegada de la Policía, evitar que se descubra que se estaba conduciendo bebido (hallándose ya pues cometido el delito contra la seguridad del tráfico) aunque no resulte claro si ello es deliberado y si simplemente quiere el fugado evitar complicaciones por el solo accidente, aunque es también claro que el solo accidente puede ser delito de imprudencia y con la huida se pretende procurar la impunidad de este delito.

Otra cuestión: ¿podía el Juzgado, como hizo, en el curso de las diligencias de investigación, artículo 27 de la Ley del Jurado, y tras admitir la imputación de los delitos como conexos deducir testimonio por el delito del artículo 340 bis a) y seguir el Procedimiento del Jurado sólo por el delito de omisión del deber de socorro?; la Fiscalía no planteó objeción ya que en todo caso el resultado iba a ser el mismo; en efecto, el Fiscal (arts. 29 y 32 de la Ley del Jurado) iba a calificar por un delito del artículo 340 bis a) y pedir el sobreseimiento por la omisión del deber de socorro y por tanto el Juzgado transformaría el Procedimiento del Jurado en un Procedimiento Abreviado de la competencia del Juzgado de lo Penal, que es lo que sucedió por la vía ya indicada.

Pero dicho lo anterior, la cuestión es si es correcta la resolución judicial dicha; a la vista de los artículos 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 24.2 de la Ley del Jurado, creemos que es correcta y posible tal solución y más en un tema competencial discutible de conexión.

### c) PETICIÓN DE DILIGENCIAS

Sobre este tema comenta el Fiscal de Bilbao la siguiente cuestión que se produjo en un asunto tras la comparecencia regulada en el artículo 25 del Texto Legal. En ella, tanto la acusación pública como la defensa, llegado el momento de proponer diligencias

de investigación, se reservaron expresamente el derecho a proponerlas en los cinco días siguientes a la vista, según expresa el artículo 27.2 de la Ley. Sin embargo el Instructor, al día siguiente de la comparecencia inicial, dictó un auto por el que mandaba seguir el trámite previsto en el párrafo 4.º del artículo 27. Es decir, insta a las partes para que en el plazo de cinco días formulen escrito de conclusiones provisionales.

Interpuesto recurso de reforma por entender que se había precluido el trámite de cinco días para proponer nuevas diligencias (art. 27.2), el Instructor lo inadmite por considerar que para poder pedir diligencias en esos cinco días es necesario haber propuesto ya alguna en la comparecencia. Para ello se basa en un argumento gramatical: si el texto del artículo 27.2 habla de «nuevas diligencias» y no de «diligencias» es porque ha tenido que haber previamente proposición de otras anteriores en la primera comparecencia. Por ello, al no haberse propuesto ninguna entonces, se pierde el derecho de utilizar el plazo de cinco días del artículo 27.2.

El asunto está pendiente de decisión por la Audiencia Provincial, toda vez que la Fiscalía interpuso recurso de apelación, aún no resuelto, basándose en dos razonamientos. El primero trata de mostrar que el argumento gramatical carece de consistencia, ya que las diligencias que se propongan en esos cinco días posteriores serán siempre «nuevas», se hayan propuesto o no otras en la comparecencia.

El segundo razonamiento es de tipo constitucional, al amparo del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que eleva la interpretación conforme a la Constitución al rango de norma escrita. En este sentido se recuerda que el Tribunal Constitucional tiene una copiosa jurisprudencia sobre el sentido finalista de los requisitos procesales.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, en él existe una *res dubia* acerca de si se pueden proponer diligencias, en caso de no haberlas propuesto en la primera comparecencia; duda que ha de resolverse atendiendo al fin de la norma y a la diligencia y buena fe de las partes. Pues bien, el fin de la norma no es otro que el que las partes asuman un papel más activo en la proposición de diligencias de investigación potenciando así el principio contradictorio. Respecto de la actitud de las partes, actuaron en todo momento con diligencia y buena fe ya que en la comparecencia anunciaron que se reservaban el plazo de cinco días, previsto en el artícu-

lo 27.2, para proponer las diligencias, sin que el Instructor hiciese observación alguna. Todo ello indica que la interpretación realizada por el Instructor no fue la más razonable.

d) COMISION DE SEGUIMIENTO DE LA LEY DEL JURADO  
DE LA FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA DE MADRID

Conscientes en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la trascendencia que en todos los órdenes representaba la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del día 23 de mayo de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, y preocupados por la necesidad de dar cumplida y certera respuesta a la multitud de problemas interpretativos que la novedosa legislación introducía en nuestro Ordenamiento Jurídico, en Junta de Decanos de 22 de septiembre por la Jefatura se decidió la creación de una *Comisión de Estudio y Seguimiento del Tribunal del Jurado de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, para lo cual se decidió realizar una convocatoria general a todos los Fiscales de Madrid que voluntariamente quisieran formar parte de ella.

Los integrantes de la Comisión representan a todas las Secciones y Destacamentos en que se encuentra estructurada la Fiscalía de Madrid y la componían inicialmente: Manuel Marchena, Javier Pérez Ongoz, Patricia Fernández Olalla, Pedro Martínez, Eduardo Esteban Rincón, Ana Isabel Vargas, Paloma Iglesias, Carmen Baena, José Hidalgo, José Martí, Alfredo Ramos, Carlos Saiz, Javier Sánchez Junco, Rafael Escobar, Luis Rueda, Félix Pantoja, María Luzón, que actúa como Secretaria, y Joaquín Sánchez Covisa Villa en funciones de coordinador. A la Comisión se sumaron dos miembros de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General, al resultarles de interés el poder participar en las sucesivas reuniones de cara a la confección de las Circulares sobre esta materia. Fueron invitados Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo, incorporándose de este modo a la labor conjunta.

El trabajo de la Comisión se desarrolló en dos líneas:

a) Estudio de la Ley del Jurado desde una perspectiva fundamentalmente práctica: a este fin en la primera reunión de la Comisión, celebrada el día 5 de octubre de 1995, se acordó distribuir

en distintas ponencias el análisis de los capítulos III y siguientes de la Ley Orgánica 5/1995.

Los trabajos fueron presentados oportunamente y constituyen no sólo una prueba de haberse realizado un esfuerzo intelectual imponente con resultados de altísimo valor científico, sino también un ejemplo de responsabilidad en el cumplimiento de la función pública. Por su extensión no pueden ser incluidos con este apartado, pero conviene señalar que figuran como Anexo número 4 en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1995.

No obstante, en el mes de noviembre, el método de trabajo acordado tuvo que ser inmediatamente modificado toda vez que el sistema de ponencias organizado, tras la primera sesión celebrada, acreditó ser excesivamente lento y propenso a discusiones demasiado teóricas contrarias a la finalidad perseguida. Por ello se encargó a don Joaquín Sánchez-Covisa la redacción de un catálogo de cuestiones concretas que sirviera de cauce riguroso de la problemática práctica que nace de la publicación de la Ley Orgánica 5/1995.

El trabajo, que comprende una síntesis de cuantos problemas se suscitaban no sólo en los trabajos presentados por los miembros de la Comisión sino también en distintas publicaciones derivadas de los Cursos sobre la Ley del Jurado organizados por el Consejo General del Poder Judicial, se concluyó mediante la elaboración de un documento que bajo el título «Proposición de 246 afirmaciones y preguntas relativas al Procedimiento ante el Tribunal del Jurado y el Derecho Sancionador y Penal de los Jurados para su discusión y, en su caso, aprobación por la Comisión» está recogido como Anexo número 5 en la Memoria de la Fiscalía de Madrid de este año. Se pretendía de esta manera que tras una breve discusión se manifestara un consenso acerca de cada uno de los temas planteados. Cuestiones que en algún caso, al ser especialmente controvertidas, deberían ser resueltas de manera definitiva por la Fiscalía General del Estado en la correspondiente Circular.

El desarrollo del plan convenido y tras la convocatoria de siete sesiones celebradas todas las tardes de los miércoles de los meses de diciembre de 1995 y enero de 1996 se concluyó el estudio completo del documento mediante la solución de las cuestiones planteadas que serviría de instrumento adecuado para dar respuesta cierta a la aplicación de el nuevo sistema de enjuiciamiento.

b) Seguimiento concreto de cuantas causas se abran por este proceso en la Comunidad de Madrid, interviniendo en todas sus fases procesales en unión del Fiscal adscrito al correspondiente Juzgado de Instrucción que conozca del hecho por esta vía enjuiciable.

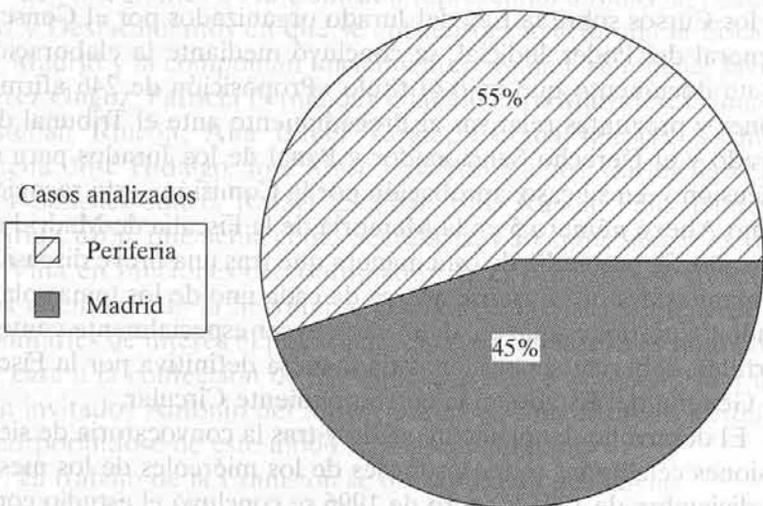
Hasta mayo de 1996 se ha efectuado, un total de 10 sesiones ordinarias de la Comisión en las que se han analizado los 47 procesos comunicados hasta ahora por los Fiscales de Madrid que presuntivamente pudieran desembocar en un Juicio con Jurado.

De éstos, 26 han sido seguidos por los Juzgados de Instrucción de la periferia y 21 por los Juzgados de Instrucción de Madrid capital.

En cuanto al número de comparecencias, ha habido un total de 338, con esta distribución:

Plaza Castilla.....	247
Móstoles.....	22
Alcalá.....	26
Norte.....	30
Leganés.....	13

DISTRIBUCION GEOGRAFICA

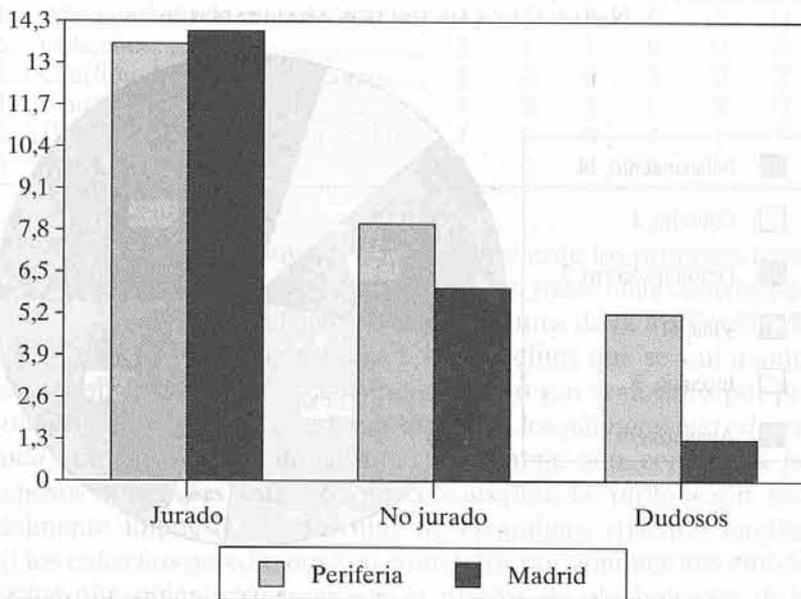


Estas primeras cifras acreditan que las previsiones verificadas por la Presidencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre el

volumen total de este tipo de procesos en la Comunidad de Madrid eran exageradas, siendo más acertados nuestros cálculos que admitían una incoación aproximada para el año 1996 de 60 procesos de esta naturaleza.

En efecto, que se hayan analizado —en los seis meses en que está en vigor la Ley Orgánica 5/1995— 47 causas, no significa en absoluto que todas ellas desemboquen irremisiblemente en un enjuiciamiento popular.

PROBABILIDAD DE CONVERSION EN PR. DE JURADO

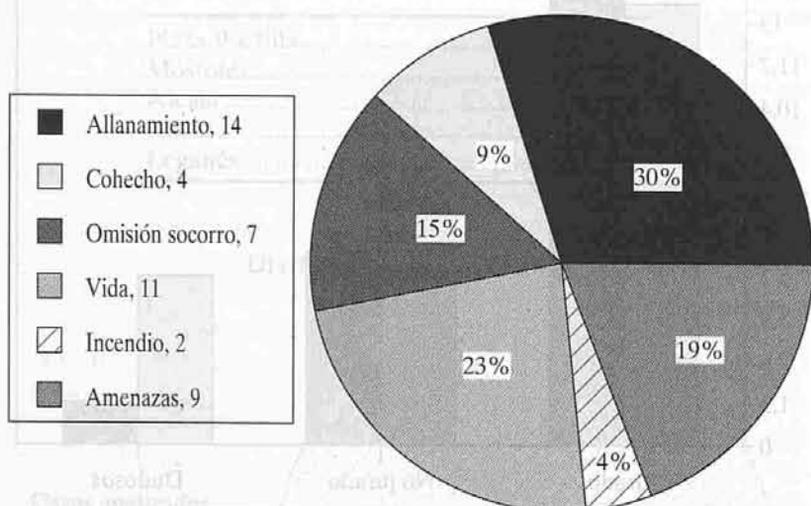


Ello lo demuestra el dato de que de las 47 causas analizadas hasta el mes de mayo de 1996, sólo en 27 casos estamos convencidos de que los hechos investigados caen en el ámbito del Juicio por Jurados, en 14 ocasiones consideramos indubitadamente que lo instruido cae fuera de su competencia, y en las seis restantes, estamos pendientes de la práctica de diligencias para lograr llegar a formar un criterio definitivo.

El catálogo de conductas previsto en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/1995, entre las que destacan unos tipos penales cuyos

elementos objetivos diferenciadores de conductas afines, son de difícil delimitación en la práctica, y sobre todo la indeterminación de las normas de competencia fijadas en el artículo 5 de la Ley, significadamente en lo relativo a la delimitación novedosa de las reglas de conexidad, provocan los mayores problemas de aplicación hasta tal punto que no sólo consumen el mayor período de los debates de la Comisión, sino también han provocado los primeros conflictos serios de interpretación entre los Juzgados de Instrucción y la Fiscalía que en dos ocasiones ha recurrido con éxito la decisión judicial de incoar este tipo de proceso.

NATURALEZA DE HECHOS ANALIZADOS



A este respecto conviene añadir que la Comisión ha tenido que resolver una cuestión de indudable interés práctico cual es la de fijar el alcance de la regla c) del artículo 5.2 Ley Orgánica 5/1995, llegando a la conclusión —hasta ahora aceptada sin fisuras por los órganos jurisdiccionales de nuestra Región— que corresponde a la jurisdicción del Jurado el conocimiento de los delitos conexos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y cohecho y los delitos de imprudencia temeraria y simulación de delito cuando concurren con el de omisión del deber de socorro.

En la tabla adjunta relacionamos el número de delitos perseguidos en atención a su naturaleza que han sido analizados por la

Comisión. Las dos primeras casillas refieren los casos en que ya nos hemos pronunciado acerca de la necesidad o no de incoar procedimiento de Jurado, la tercera —identificada con un signo de interrogación— significa que todavía no nos hemos pronunciado dado que es preciso la realización previa de diligencias para delimitar convenientemente la naturaleza del hecho a la concreción de la imputación en persona determinada.

DELITOS	PERIFERIA			MADRID		
	Sí	No	?	Sí	No	?
1. Allanamiento de morada .....	4	5	3	0	2	0
2. Cohecho .....	2	1	1	0	0	0
3. Omisión del deber de socorro .....	1	2	0	2	0	2
4. Amenazas .....	0	2	3	1	3	0
5. Homicidio/Asesinato/Parricidio ...	1	0	0	4	1	5
6. Incendios .....	1	0	0	0	1	0

Analizadas las estadísticas criminológicas de los primeros meses de vigencia de la Ley del Jurado, podemos sacar unas conclusiones que no son del todo halagüeñas para el futuro de la institución. En efecto, prácticamente la totalidad de los delitos que se van a enjuiciar o son de mínima trascendencia social o son realizados por personajes de escaso interés criminológico: a) los *allanamientos de morada* investigados en un altísimo porcentaje son cometidos por esposos separados que no quieren aceptar la prohibición judicialmente impuesta de disfrutar de la antigua vivienda familiar; b) los *cohechos* acreditados son cometidos por conductores embriagados que quieren sustraerse a la prueba de alcoholemia; c) las *amenazas condicionales* estudiadas en la mayoría de las ocasiones no han logrado el propósito pretendido por el agente; d) los *atentados consumados contra la vida*, salvo en uno de los casos analizados que se corresponde con las pretensiones de la finalidad de la instauración del Tribunal del Jurado (sencillez del hecho y ausencia de dificultad en el análisis de las circunstancias concurrentes), o son de extraordinaria complejidad en lo concerniente a la delimitación de la imputabilidad del autor (en muchos de los casos analizados se trata de verdaderos dementes) o no es imposible verificar una concreción de la imputación; e) por fin, el juego de la conexidad delic-

tiva desnaturaliza la finalidad perseguida al instaurarse el jurado —en los supuestos de delitos de omisión del deber de socorro— toda vez que se le va a exigir a ciudadanos legos en derecho entrar a valorar no sólo conductas imprudentes sino también delitos meramente formales, como los supuestos de simulación de delitos.

#### e) EL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO POR JURADO.

##### UNA REFLEXION

Se transcriben las reflexiones efectuadas por el Fiscal de Asturias, señor Valero Oltra, a propósito del papel del Ministerio Fiscal en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

La actitud del legislador hacia la posición del Ministerio Fiscal en el procedimiento penal, a la luz de las últimas reformas procedimentales y, en especial, por lo que se refiere a la Ley Orgánica 5/95, parece delatar una cierta esquizofrenia. Por una parte, se muestra proclive a potenciar su papel en la instrucción e incluso a trasladarla a aquél, limitando el rol del Juez de Instrucción en este campo. Así se advertía ya en la exposición de motivos de la Ley 7/88 de reforma procesal, introductora del procedimiento abreviado y en ésta, al otorgar al Juez una función meramente controladora de las pretensiones acusatorias. Por otra, sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica 5/95 en el sentido de suprimir la mención diferenciada del Fiscal respecto a las demás partes o la prescripción inicialmente contenida en aquélla sobre caducidad de la acción penal por él ejercida por dejar transcurrir el plazo para formular la acusación, muestra un especial empeño en parificar al Ministerio Fiscal con las demás partes intervinientes, lo que, si bien es correcto desde el punto de vista de la contradicción procesal e igualdad de armas, parece contradictorio con aquella otra concepción del Fiscal, siendo, por supuesto, incompatible con la actual configuración del Ministerio Público. Mientras el Fiscal se rija por los principios de legalidad e imparcialidad; mientras venga obligado al ejercicio de la acción penal en la persecución de las infracciones penales; en tanto el proceso penal tenga su asiento en la búsqueda de la verdad material, lejos de los criterios utilitaristas inspiradores del anglosajón y mientras, por carecer del monopolio de la acción penal, deba actuar como defensor de quienes resulten injustificadamente acusados por

terceros, la posición del Ministerio Fiscal en el proceso, será esencialmente distinta a la de las demás partes, tal como además, se desprende del conjunto de las normas procesales.

Así y en cuanto a la intervención inicial del Fiscal en el procedimiento, la Ley Orgánica 5/95, parece situarla, al propio tiempo que la de las demás partes personadas, en la comparecencia prevista en el artículo 25. Sin embargo, la posición diferencial del Fiscal aparece en la propia ley, cuando de los artículos 306 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también modificados por aquélla resulta que, aquél, a diferencia de éstas, ha podido y debido ya tener intervención en el procedimiento. Tales artículos al establecer que *«tan pronto se incoe la causa, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal que comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante el Tribunal del Jurado»*, vienen a reconocer, precisamente, la especificidad del cometido del Fiscal frente a las demás partes procesales, y que a lo largo de las normas procesales se manifiesta en materias tales como el auxilio al Juez, la inspección de la marcha de la instrucción, el respeto a las garantías del acusado y la salvaguarda de los derechos de las víctimas. Funciones éstas que, en todo caso, aproximan más su posición a la del Juez, que a la de las restantes partes intervinientes.

Ello implica además, en el procedimiento por Jurado, que, con independencia de la comparecencia prevista en el artículo 25 y con anterioridad a ésta, el Fiscal habrá debido comparecer en el procedimiento y podrá interesar del Juez, si no las acordara de oficio, aquellas actuaciones inaplazables a las que se refiere el artículo 24.1.º en su último inciso, tendentes al aseguramiento de las piezas de convicción, medidas de protección a los perjudicados u ofrecimiento de acciones, práctica de pericias o determinación del secreto de las actuaciones, así como el traslado al detenido de la denuncia o querrela, cuya anticipación a la comparecencia, o el ofrecimiento de acciones a los perjudicados, prevee el propio artículo 25.

Tampoco es afortunada la ley, en cuanto a la concepción del Fiscal, al identificarle exclusivamente con el ejercicio de la acusación. Así resulta del artículo 25, donde la función del Fiscal aparece como necesariamente acusadora, limitándose la facultad de solicitar el sobreseimiento a la defensa y, del artículo 26.2 en el que, corroborando lo anterior, la eventual solicitud de sobreseimiento por el Fiscal se contempla en función de los medios atribuidos al

Juez para salvar el posible error de tal dictamen. Y así también, del 42.2 cuando prevee la ubicación del acusado en estrados en forma que posibilite su inmediata comunicación con el defensor. Parece pues, desconocerse, no sólo el verdadero papel del Fiscal en el proceso penal —correctamente entendido tanto en el artículo 626 como en el 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— sino la infausta experiencia padecida con el procedimiento abreviado, en el que, merced a la supresión del auto de procesamiento o resolución judicial equivalente, el Fiscal se vio obligado a ejercitar la defensa de los acusados en el Juicio Oral, con una frecuencia inusitada, frente a la excepcionalidad con que debería haberlo hecho.

Cierto es, que en el procedimiento ideado por la Ley Orgánica 5/95, el contenido del auto de apertura del Juicio Oral previsto en el artículo 33, obliga al Juez Instructor a una serie de concreciones que le aproximan al auto de procesamiento, lo que puede suponer la reintroducción del filtro que aquél representaba frente a acusaciones infundadas, reduciendo así el problema creado con la Ley 7/88 del Procedimiento Abreviado. Lo que no obsta, sin embargo, a la validez de las observaciones hechas en torno al tratamiento procesal del Fiscal como parte únicamente acusadora.

#### f) SUSPENSIÓN DEL JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO DEL JURADO

Acerca del problema de las suspensiones de los juicios orales y de la incidencia que ello tiene especialmente en el procedimiento de la Ley del Jurado por el costoso y complejo mecanismo de disolución del jurado y constitución de otro nuevo, se han manifestado algunas Fiscalías.

A continuación se recoge el interesante trabajo que sobre esta materia ha elaborado el Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Cuenca, señor López Coig.

El artículo 47 de la Ley del Jurado establece: «cuando conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya de suspenderse la celebración de Juicio Oral, el Magistrado-Presidente, podrá decidir la disolución del Jurado *que acordará en todo caso siempre que dicha suspensión se haya de prolongar cinco días o más*». La lectura del precepto hace que debamos reflexionar seriamente sobre el

mismo, e inmediatamente nos preguntamos, ¿cuántos juicios se suspenden al año por incomparecencia de testigos de cargo o descargo?, ¿nos debe llevar tal supuesto y caso que no pueda traerse al testigo en los cinco días en todo caso a la disolución del jurado, y volver de nuevo al procedimiento de constitución del nuevo Jurado?, si la solución interpretativa a la que llegamos es afirmativa, podemos afirmar que resultará difícil poder celebrar un solo juicio. Por ello, antes de proponer una concreta reforma, entendemos que debemos hacer unas puntualizaciones acerca de las interpretaciones posibles del artículo 47, en relación con los preceptos a los que remite la Ley Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 744 establece el principio general de la necesidad de que iniciadas las sesiones del juicio oral (pese a su defectuosa redacción «Abierto el juicio oral...») las mismas continúen de manera ininterrumpida hasta su conclusión; este principio general, se ve excepcionado en los supuestos del artículo 745 y 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en principio se refieren a supuestos distintos, el primero de ellos prevé la suspensión antes del inicio de las sesiones «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior el Presidente del Tribunal podrá suspender la apertura de las sesiones cuando las partes por motivos independientes a su voluntad no tuvieren preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos» y el 746 se refiere a supuestos de ya iniciadas las sesiones por alguna de las causas legales procede su suspensión.

Cierto es que algunos de los supuestos del artículo 746 deben necesariamente reconducirse a la vía del 745 (suspensión antes del inicio) por imposibilidad de iniciar las sesiones y así serían supuestos de suspensión *ab initio*.

- a) Incomparecencia del acusado.
- b) Falta de asistencia de los letrados defensores (ya sea voluntario, involuntario).
- c) Enfermedad al inicio de las sesiones que impida la asistencia del Ministerio Fiscal (que no pueda ser reemplazado) del Magistrado Ponente y de jurados que por su número no pueden ser sustituidos por los suplentes.

Estos supuestos entiendo que no plantean duda alguna que deben reconducirse al artículo 745 y al no haberse iniciado las sesiones, *procede en todo caso la suspensión previa y entendemos que en tal caso no procede en modo alguno la disolución del jurado.*

Tampoco entendemos que puedan ser causa de suspensión y correlativa disolución, los supuestos previstos en el número 1 del 746 «cuando el Tribunal tuviere que resolver durante los debates alguna cuestión incidental que por cualquier causa fundada no pueda decidirse en el acto». Pues el planteamiento de cuestiones incidentales, a la vista de la nueva redacción del artículo 678 número 2, dada en la disposición final 2.<sup>a</sup> apartado 9 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, impide la reproducción de tales cuestiones en el juicio del Tribunal del Jurado, sin perjuicio de lo que puede alegarse al recurrir la sentencia.

En el mismo sentido el número 2 del artículo 746, supuesto de que exista necesidad de practicar alguna prueba fuera de la sede del Tribunal, resulta obvio que no es de aplicación en absoluto como causa de suspensión del procedimiento, pues se prevee en el artículo 46 número 3 de la Ley del Jurado, que se procederá a trasladar todo el Tribunal al lugar que fuera necesario practicar la prueba, quedando a nuestro juicio excluidas las posibilidades establecidas en el artículo 718 y 719 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, en primer lugar, por el principio de la ineludible inmediación de la prueba y porque acudir por ejemplo al exhorto podría producir la suspensión por más de cinco días y llevará consigo la disolución del jurado.

Quedan dos supuestos que a nuestro juicio sí pueden plantear cierta problemática, el primer supuesto de instrucción complementaria, artículo 745 número 6, que si se refiere a un nuevo hecho punible no determinado en el auto de hecho justiciable, dará lugar, como afirma Gimeno Sendra a otro procedimiento que debe ser conocido por otro Tribunal ya Jurado, Audiencia Provincial o Juzgado de lo Penal, pero si la instrucción suplementaria por retractaciones o revelaciones inesperadas, se refiere a hechos determinados en el auto de hechos justiciables, parece ineludible la suspensión del juicio.

Y el segundo problema, en la incomparecencia de un testigo de cargo o descargo esencial, iniciadas las sesiones, que dará lugar a igual suspensión.

¿Se debe en ambos supuestos proceder a la suspensión del juicio y si tal suspensión dura más de cinco días procede la disolución del jurado?, la solución en principio debe ser afirmativa. No obstante, existen en la ley a nuestro juicio mecanismos correctores, que

pueden evitar la disolución del jurado cuando menos, en los supuestos que en la práctica producen mayores suspensiones, y es la incomparecencia de los testigos de cargo y descargo, por una parte y como mecanismo corrector de tales situaciones puede ser que con carácter previo al inicio de las sesiones, se proceda a verificar si se han realizado las correspondientes citaciones y si los testigos y peritos propuestos se encuentran a disposición efectiva del Tribunal y caso de ausencia de alguno o algunos de ellos, en el trámite previo previsto tanto en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado como en el 745 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se exponga lo que se estime pertinente. Si no se hace uso de lo establecido en el 745 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se pide la suspensión con posterioridad por incomparecencia de los testigos propuestos, no podrá luego acudir a la causa del 746 número 3.

El segundo supuesto, de instrucción complementaria, parece que ineludiblemente debe llevar a la suspensión, por ello será deseable, que el plazo de cinco días establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se modificara en el mismo sentido que se establece para el procedimiento abreviado, con lo cual el riesgo de disolución del jurado prácticamente desaparecerá, incluso en los supuestos de los números 4 y 5 del 746, enfermedad repentina del Magistrado-Presidente, tres miembros del Jurado (dos admiten sustitución), defensores de las partes, Ministerio Fiscal o procesado. Cierto es que se puede alegar que el plazo señalado en el número 4 del artículo 793 de 30 días por el procedimiento abreviado es inaplicable al Tribunal del Jurado, pues llevaría consigo la incomunicación por un tiempo demasiado dilatado al jurado, pero dicho criterio entendemos que es discutible pues el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado *sólo establece la incomunicación para las deliberaciones*, y por lo tanto no creemos que exista obstáculo legal para que en los supuestos de suspensión del juicio por falta de alguna o algunas diligencias, el jurado no tenga porqué estar reunido ni incomunicado. Aunque evidentemente esta última afirmación puede ser dudosa, pues la no incomunicación podrá, al facilitársele a los miembros del Jurado la comunicación con terceros, verse perturbada la independencia o imparcialidad en los mismos.

Decía al principio que más que una propuesta de reforma legal se trata de una reflexión, reflexión que en la Fiscalía de Cuenca ha

dado lugar a que para los procedimientos ante el Tribunal del Jurado se hayan dado las siguientes instrucciones:

1. Los señores Fiscales deberán verificar con carácter previo al inicio de las sesiones si se han efectuado todas las citaciones en forma.

2. Igualmente, se deberá proceder a verificar al inicio de las sesiones si los testigos y peritos se encuentran en disposición real del Tribunal, en consecuencia, si hubiera incomparecencia de algún testigo o perito esencial, deberá proceder a solicitar la suspensión *a limine*, en base a lo establecido en el artículo 745 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, evitando de esta forma que la suspensión pueda producir la disolución del Jurado. Por ello es conveniente, que se cite a todos los testigos y peritos para el inicio de las sesiones, sin perjuicio que si fuera procedente, verificada en el momento inicial su asistencia, se proceda a citarlos para los días que tenga que prestar su declaración.

3. En el trámite del artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se exigirá a las partes, que al explicar la finalidad de la prueba propuesta se haga constar si respecto a la propuesta por cada uno se está en condiciones de realizarlas según el 745.

4. Si por cualquier causa fuera necesaria la práctica de instrucción suplementaria, se procurará que su práctica tenga una preferencia absoluta, instando del Magistrado-Presidente que adopte con la máxima urgencia la resoluciones adecuadas con el fin de que pueda practicarse en todo caso durante los cinco días.

Entendemos que el cumplimiento de tales instrucciones, podrá disminuir de manera notoria los supuestos de suspensión del juicio que den lugar a la disolución del jurado, pues caso contrario, ya lo adelantamos, el procedimiento puede llegar a ser un absoluto fracaso.

#### g) CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS EXIMENTES EN EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

La Ley Orgánica 5/95 contempla dos fases procedimentales básicas para que la defensa se pliegue a las pretensiones exculpatorias de la acusación y las sustituya por medidas de seguridad,

como lo es el internamiento en centro adecuado para la curación en los casos de exención de responsabilidad criminal por la causa de inimputabilidad de enajenación mental, anomalía o alteración psíquica (art. 8.1 del CP y 20.1 del nuevo CP). Estas dos fases procesales son las de la audiencia preliminar y la de disolución del jurado por conformidad de las partes apreciada por el Magistrado-Presidente, siempre que la pena pedida y conformada no exceda de seis años de privación de libertad.

Pues bien, como pone de relieve el Fiscal de Granada, en los casos en que, una vez abierto el proceso ante el Tribunal del Jurado, se detecta en el único autor del delito una eximente por enajenación mental, surge la duda de si será preciso constituir o no el jurado y pasar a plenario. Así ha sucedido, precisamente, en el primer procedimiento de esta índole incoado en Granada, a través del Juzgado de Instrucción número 2 de Loja, en diciembre de 1995, por homicidio de una mujer de edad avanzada, con profusa paranoia, a otra en el poblado de Escoznar y por cuestiones banales.

Siendo de gran evidencia la concurrencia de la eximente de enajenación mental por los dictámenes médico psiquiátricos, se plantea la duda de si debe constituirse el jurado, con toda su complicación y gasto que origina, para que se pronuncie sobre unos hechos también evidentes y confesados y una inexistencia prácticamente demostrada de culpabilidad por ausencia de imputabilidad.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/95 se inclina por entender que, según la clásica doctrina del Tribunal Supremo a tenor de la cual, si estamos ante alguna de las eximentes 1.<sup>a</sup> o 3.<sup>a</sup> del artículo 8 del Código Penal, la imposición de medidas de seguridad, como lo es el internamiento en centro de curación, exige un previo debate en el juicio oral para dar oportunidad a la defensa, por lo que el Fiscal debe, en estos casos calificar y formular en su caso, una petición alternativa, sin que pueda imponerse la medida de seguridad sino tras la celebración del juicio y por sentencia.

Así pues, presentado el escrito de calificación, el Juez de Instrucción convocará a la audiencia preliminar. Puede que aquél aprecie directamente la eximente y solicite el internamiento o, eventualmente, de no ser plenamente segura la eximente completa, que la calificación sea (en su caso) alternativa, bien apreciando

delito, culpabilidad y pena junto con delito, inculpabilidad (inimputabilidad) y medida de seguridad, bien formulando alternativa-mente la eximente completa con la incompleta. En la audiencia preliminar puede ocurrir que la defensa se acomode o conforme, como dice la Circular, se eleven las actuaciones a la Audiencia Provincial y, previa ratificación del acusado (con todo su anómalo contenido, al tratarse de persona inimputable) se dicte por el Magistrado-Presidente sentencia de conformidad sin necesidad de convocar el Jurado. Aún así, habría que pensar en la posibilidad de conectar los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con los preceptos de la Ley del Tribunal del Jurado que permiten al Magistrado-Presidente, ya iniciado el plenario, no disolver el jurado y ordenar, pese a la conformidad, la continuación de juicio. Por elemental criterio lógico parece que si la conformidad se alcanzó antes, en audiencia preliminar, la solución debe ser la misma.

Por lo tanto, en estos supuestos de exención de responsabilidad criminal queda en manos del Juez de Instrucción y luego, del Magistrado-Presidente, que se celebre o no juicio con jurados. Cuando fuera el reo menor de edad penal, parece sin embargo, que habrá que optar necesariamente por el sobreseimiento libre del número 3.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y remitir las actuaciones a la jurisdicción de Menores. Pero en los casos en que la inimputabilidad se conecta con anomalías psíquicas o sensoriales en la percepción, será preciso calificar, en su caso alternativamente, si se solicita medida de seguridad del rango del internamiento, por ser de índole privativa de libertad. ¿Sucede lo mismo si se solicita otra medida, como el tratamiento ambulatorio o privaciones temporales de derechos? Por la misma razón de dar opción a la defensa de rebatir su necesidad, la solución habría de ser afirmativa, pero hay que resistirse a esta posición, en cuanto que las medidas aseguratorias del artículo 8.1 y 9.1 del anterior Código Penal y las de los artículos 20.1 y 21.1 del nuevo Código Penal, en relación con el artículo 101, 104 y 105 del último, son potestativas del Juzgador, sin olvidar su carácter protector y no represivo, y parece de todo punto excesivo convocar al jurado para que decida sobre su pertinencia, cuando el propio sentenciador está facultado para variar, sustituir o cesar la medida aplicada, sin someterse a rígidas imposiciones que pudieran provenir de un jurado.

El Juez de Instrucción, en la audiencia preliminar, puede, incluso, pese a la presentación de los escritos de calificación, sobreseer la causa, y habrá de hacerlo, desde luego, si aprecia minoría de edad o trastorno mental transitorio, por la vía del artículo 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero tal posibilidad cabe, incluso, si no aprecia delito o los hechos no aparezcan como perpetrados en sí o por los imputados, optando por el sobreseimiento libre o provisional y haciendo inútil la continuación del proceso de jurados, salvo anulación de tal resolución en vía de apelación.

Si la defensa no se conforma con la calificación que, bien en forma directa, bien en su alternativa, invoca exención de responsabilidad criminal e internamiento como medida de seguridad, podría no obstante el Juez de Instrucción acordar el sobreseimiento libre del número 3.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ordenar tal internamiento, pero esto obligará al Ministerio Fiscal a recurrir y pedir celebración de juicio para cumplir con el principio de contradicción en los términos entendidos por el Tribunal Supremo.

Si el asunto desemboca en plenario, con petición de eximente e internamiento, el jurado puede encontrarse con una conformidad de la defensa y el reo, y mandato del Magistrado-Presidente de disolución del jurado, o bien ordenar la continuación del juicio. En este último supuesto no deja de ser extraño que las pruebas a practicar, cuando se ha confesado el hecho y todos los vestigios lo avalan, se limiten a oír a los peritos informantes de la inimputabilidad ya constatada y el veredicto habrá de concretarse a una ratificación de todo lo que ya es evidente, con la sorpresa que supondría que no se estuviera de acuerdo en ello, no se alcanzaran mayorías, que son para absolver, fuera devuelto por no ajustarse a los términos de las preguntas y hasta que hubiera que disolver el jurado por todo ello.

#### h) CONFORMIDAD

El Fiscal de Gerona, señor Ganzenmüller Roig, se pronuncia sobre la conformidad en el procedimiento del Jurado. Transcribimos a continuación sus opiniones.

No regula expresamente la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado esta trascendental figura, que tiene en la actualidad una importante aplicación y es consustancial a los procedimientos del Jurado en la legislación comparada.

La Ley del Jurado sólo contempla la conformidad en el acto del Juicio Oral y tras las conclusiones definitivas, refiriéndose a delitos en que la pena sea inferior a seis años (art. 50.1 de la LOTJ). Sin embargo, la posibilidad del «consenso» entre acusaciones y defensa en el ámbito de las fases de instrucción e intermedia, está fuera de toda duda.

En primer lugar, porque, pese a la reticencia y crítica de algunos autores, las fórmulas de consenso ya se contemplaban en las fases intermedias (art. 655 de la LECr.), y en el plenario ampliadas en el procedimiento abreviado: en fase de instrucción en el artículo 789.5.<sup>a</sup> de la Ley Enjuiciamiento Criminal, en fase intermedia en el artículo 791.3.<sup>o</sup> del mismo texto, y en fase de Juicio Oral en el artículo 793.3.

En segundo lugar, sería absolutamente irracional e incongruente abrir el Juicio Oral ante el Jurado, existiendo una situación de conformidad del acusado o acusados con los hechos imputados por la acusación y las consecuencias penales que se derivan.

La diversidad de delitos objeto del procedimiento por Jurado, donde tanto se incluyen los más graves (asesinatos, malversaciones) como otros de nula trascendencia social (allanamiento de morada, amenazas proferidas en estado de embriaguez, o cualesquiera de los delitos cometidos por los funcionarios públicos donde intervengan circunstancias modificativas de la responsabilidad de las que resulten penas de arresto, etc.), aconsejan la búsqueda de fórmulas que hagan rentable la Institución, tanto social como económicamente.

La conformidad en sentido estricto, que supone la aceptación del escrito de acusación con aceptación de los hechos, de la calificación jurídica, la pena solicitada y la responsabilidad civil exigida, podrá aplicarse en los siguientes momentos.

1. En el escrito de calificación de la defensa, en la que conjuntamente el acusado y su letrado, firmen la conformidad con la calificación acusatoria que contenga la pena de mayor gravedad.

La constitución e intervención del Fiscal y la defensa en todas las diligencias practicadas, harán más fácil el consenso en aquellos delitos de escasa trascendencia (piensese en los allanamientos de morada, amenazas, incluso malversaciones donde se repongan los fondos —carteros que se quedan con los giros postales, etc.—).

Ese contacto será aún mayor en los casos en que el Fiscal inicie una investigación pre-procesal, diligencias de investigación Fiscal, de las que resulten responsabilidades penales.

Finalmente, a aquella posibilidad, también parece referirse el artículo 30.2.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cuando señala que «La Audiencia preliminar podrá ser renunciada por la defensa de los acusados, aquietándose con la apertura del Juicio Oral» (art. 30.1).

2. El segundo momento, deberá también entenderse referido una vez terminada la práctica de las diligencias de aquella «audiencia», a lo dispuesto en el artículo 31.3, que «se oirá a las partes sobre la procedencia de la apertura del Juicio Oral». Las acusaciones pueden modificar los términos de su petición de apertura del Juicio Oral, sin que sea admisible la introducción de nuevos elementos que alteren el hecho justiciable a la persona acusada.

3. En la fase de «planteamiento de cuestiones previas», por analogía con el mismo trámite regulado para el procedimiento abreviado (art. 793.2.3), y por los fundamentos anteriormente referidos.

4. Entendemos que por expresa determinación del artículo 42.1.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, no cabrán más conformidades en el acto del Juicio Oral, que las previstas en el artículo 694 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la que se especifica en el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Por lo tanto, no procederá en esta fase de Juicio Oral, la presentación de nuevas calificaciones de las acusaciones antes de que se inicie la actividad probatoria.

La conformidad se efectuará ante el Magistrado-Presidente, quedándole al Instructor absolutamente vedada esta posibilidad. Dado que el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado prevé la sentencia del Magistrado-Presidente, con el Jurado previamente disuelto, no parece que exista ningún impedimento legal que le imposibilite dictar sentencia, sin necesidad de constituir el Jurado.

Serán requisitos los siguientes:

— La pena conformada, en ningún caso excederá de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos (art. 50.1 de la LOTJ).

— La conformidad deberá ser, además, con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad (art. 50.1 de la LOTJ).

— Finalmente, serán requisitos de carácter personal, la de que siendo varios los acusados, todos ellos, sin excepción, deberán conformarse. Esta será voluntaria y absoluta, sin condiciones, plazos o limitaciones (STS de 1 de marzo de 1988).

En cuanto a sus límites son los establecidos en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en sus apartados 2.º y 3.º

a) «... si —el Magistrado-Presidente— entendiéndose que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, ...mandará seguir el juicio» (art. 50.2 de la LOTJ).

b) «... si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación...» mandará continuar el procedimiento (art. 50.3 de la LOTJ).

Estas limitaciones ya venían aplicándose por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que anteponía las razones de justicia y equidad a cualquier efecto que pudieran tener actos procesales de carácter formal. Por ello, el Magistrado-Presidente nunca vendrá vinculado a la imposición de la pena conformada, pudiendo absolver o imponer una pena inferior convenientemente individualizada (STS de 27 de junio de 1981).

Naturalmente que el uso de esa facultad puede ser impugnado por el Fiscal (o la acusación particular, en su caso) en vía de recurso, si discrepase de la apreciación del Tribunal que ha llevado a éste a romper los términos de la conformidad.

Quedará no obstante vedado para los condenados la vía del recurso, salvo en el improbable supuesto en que se les imponga pena superior o accesoria no solicitada.

Por último, entendemos que no serán vinculantes las medidas de seguridad conformadas (art. 793.2, último párrafo). Lo cual tendrá una extraordinaria importancia con la entrada en vi-

gor del nuevo Código Penal, donde será muy frecuente su aplicación.

La naturaleza jurídica de estas medidas cuya finalidad es preventiva y su carácter correccional, deben imponerse sólo cuando se consideren necesarias. La conformidad del condenado no es título suficiente para su imposición si el Magistrado-Presidente no las considera adecuadas u oportunas.

#### 4. NUEVO REGIMEN PROCESAL DE LA PRISION PREVENTIVA

El año 1995 ha sido pródigo en novedades legales. En el orden procesal ocupa un lugar preferente la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que entraría en vigor el día 23 de noviembre. Junto a la implantación de un nuevo modelo procesal para las causas competencia del Tribunal del Jurado, la nueva ley introducía a través de sus disposiciones finales otras relevantes modificaciones extensibles a todos los procesos penales. Entre ellas ocupa un lugar preferente la reforma del régimen de la prisión provisional, reforma que no afecta directamente a sus requisitos o presupuestos materiales que permanecen inalterados (arts. 503 y 504), sino a sus requisitos más formales. A partir de la fecha indicada los Jueces o Tribunales precisan, salvo algún supuesto excepcional, de una solicitud de parte para adoptar medidas cautelares personales. Y además se introduce un necesario debate previo antes de acordar ese tipo de medidas acentuándose así el principio de contradicción.

La Circular 2/1995 de la Fiscalía General adelantó unos criterios interpretativos que sirviesen de pauta a los Fiscales para solventar los problemas derivados de la nueva norma, al tiempo que se invitaba a los Fiscales Jefes a ir informando sobre las incidencias que surgiesen al hilo de su aplicación. En las memorias remitidas por las diferentes Fiscalías se vierten abundantes observaciones sobre esta reforma.

##### a) JUICIOS GLOBALES SOBRE LA REFORMA

Es un denominador común en todos los comentarios al nuevo régimen procesal de la prisión preventiva alabar lo que representa

de profundización en el sistema acusatorio, en la medida en que vincula la adopción de la medida de prisión con o sin fianza a una petición de parte. A nivel de principios la reforma merece en general a las distintas Fiscalías un juicio favorable.

«A nuestro juicio —escribe el Fiscal de Zamora— era una necesidad inaplazable, la de dar un tratamiento diferente al régimen de la prisión provisional, en cuanto el anterior sistema posibilitaba la desvinculación del Juez frente a cualquier pretensión de libertad provisional instada por las partes llamadas a sostener la acción penal, originando con ello una paradójica situación en la que el encartado podía verse reducido a prisión, aún cuando las diferentes acusaciones en su inicial valoración de los hechos, tuvieran dudas acerca de la procedencia del ejercicio de la referida acción, o incluso descartaran abiertamente el mismo.»

En términos semejantes se pronuncian las Fiscalías de Pontevedra o Jaén, entre muchas otras.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fiscal señor Campos), por su parte, resalta que el condicionamiento de la adopción de la prisión provisional a una previa instancia de parte ha representado una afortunada limitación del hasta ahora desmesurado arbitrio judicial reforzándose además la posición de imparcialidad del Instructor. En idéntica línea la Memoria elevada por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Asturias destaca que «la idea original que inspira la reforma, estriba en la preservación del principio de imparcialidad objetiva del juzgador, que podría verse comprometido por el hecho de decidir, de oficio, la medida de privación de libertad, aun con carácter provisional y en base a la concurrencia de los requisitos que, conforme a la ley, podrían justificarla».

La consolidación del principio acusatorio en materia de prisión preventiva ha arrastrado otras secuelas que, *prima facie* pueden ser consideradas indudablemente como beneficiosas y que igualmente subrayan algunas Fiscalías.

La primera viene representada por un mayor rigor a la hora de decretar la prisión preventiva con la consiguiente disminución de las resoluciones de prisión sin fianza en términos globales y en armonía con el carácter excepcional que debe tener esa medida tal y como viene recordando la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 128/1995, de 26 de julio). Observaciones de

este tenor se encuentran, entre otras, en las Memorias de las Fiscalías de Alicante, Salamanca, Huelva o La Rioja.

La segunda es destacada por la Fiscalía de Jaén al referirse a la mayor uniformidad y consiguiente incremento de la seguridad jurídica que va a alcanzarse en materia de prisión preventiva a través del nuevo régimen: «Además, como nuevo sistema se va a conseguir un criterio más uniforme en el uso de esta grave medida cautelar, pues la experiencia nos enseña que, los Juzgados seguían parámetros diferentes; para determinados hechos se decreta la prisión por unos Jueces, mientras que otros no lo hacían y el sistema de recursos por parte del Ministerio Fiscal, no era operativo; a partir de ahora será el Ministerio Fiscal quien debe adoptar unos criterios uniformes que permitan que todos los españoles sean iguales ante la ley.»

#### b) ASPECTOS CRITICOS DE LA REFORMA

Sin embargo los Fiscales tampoco regatean sus críticas a muchos aspectos generales de la reforma:

1. La técnica legislativa empleada se califica de «desconcertante» (Fiscalía de Guadalajara) pues la reforma no tiene nada que ver con el procedimiento ante el Jurado (Cuenca). «La modificación se introduce de manera casi clandestina, en una ley que no está destinada a la regulación de la institución y sin conocerse que existan situaciones que justifican la modificación que no sean las derivadas de poner cortapisas a la actuación judicial, por lo que es inevitable, aunque no sea real, relacionar la modificación con los avatares por los que en un pasado reciente han tenido que vivir determinados “personajes” de la vida española» (Ciudad Real).

2. Enlazando con el comentario que se acaba de transcribir, la Fiscalía de Sevilla incide en la inoportunidad del momento elegido para la reforma: «No se puede olvidar el hecho de que esta reforma procesal vino precedida de resoluciones judiciales en cuanto a situación, de prisión o libertad, de personas imputadas en procedimientos de gran trascendencia, bien atendida la materia que se investigaba, bien ponderando la condición en unos casos de personalidades políticas y en otras del mundo financiero, a las que la resolución afectaba.

Las distintas opiniones vertidas, tanto en los medios de comunicación, como en los debates parlamentarios, pusieron de manifiesto, la necesaria modificación en el proceso penal, a fin de evitar que las medidas de privación de libertad pudieran condicionar la imparcialidad objetiva de los Jueces de Instrucción que adoptaban tales medidas.

Se ponía así de manifiesto, que resulta evidente, que la práctica de diligencias, la colaboración y suministro de datos de investigación, bien por otros imputados, bien por personas con la condición inicial de testigos, no debía levantar ninguna suspicacia al no estar atribuida al Instructor la facultad de decretar la prisión provisional.

Bien, por tanto, que con máximo respeto para todas las personas, no pensamos que el momento adecuado para la modificación, fuera el más oportuno.

Buena prueba de ello es que la reforma mereció severas críticas de Asociaciones Judiciales en cuanto se pensaba que había una utilización sesgada del Ministerio Fiscal para sustraer competencias propias y exclusivas de los Jueces.»

3. La Fiscalía de Zamora dirige sus críticas al método de elaboración de la nueva norma, cuyos resultados revelan un cierto distanciamiento de la realidad de nuestros Juzgados y Tribunales: «el acierto de la iniciativa ha sido a nuestro juicio incorrectamente encauzado al revelarse la existencia de una defectuosa técnica que tiene su origen no sólo en la improvisación, sino también en un singular modo de actuar el impulso legislativo, que se ha venido prodigando en exceso en los últimos años y que básicamente consiste en la comisión de su redacción en exclusiva a algún profesional destacado por su particular concepción acerca de determinadas materias hurtando con ello el debate y la necesaria confrontación de pareceres, que en beneficio del proyecto legislativo habrían de aportar otras instancias. El resultado de tan particular modo de proceder acarrea el hecho insólito de que una ley como la Ley Orgánica 5/95, que como toda norma ha de tener una vocación de permanencia en el tiempo, se modifique antes incluso de la fecha de su entrada en vigor, en el período de tiempo que transcurre entre ésta y su publicación.

No parece, por tanto, que la norma sea producto de una acabada y profunda reflexión, sino el resultado de una entusiasta im-

provisación, que debe posteriormente corregirse a instancias de las entidades inicialmente marginadas en el proyecto, al sugerir las insalvables dificultades en la aplicación de determinados preceptos que la ley contempla.»

4. En casi todas las Memorias es un lugar común en este apartado la queja por la imprevisión del legislador al elaborar la reforma sin tomar en consideración el real despliegue geográfico del Ministerio Fiscal, y la capacidad de sus medios personales para atender a estas funciones con eficacia. Se ha legislado de espaldas a la realidad orgánica del Ministerio Fiscal generando disfunciones operativas y se han olvidado de nuevo las palabras de «nuestro más clásico procesalista, Beceña, quien de forma dogmática dijo que siempre una modificación procesal importante debía ir precedida de modificaciones orgánicas... El legislador parece olvidarse de las consecuencias que una ley puede tener en el ámbito de una institución... y no percibe que un aumento tan expansivo de funciones puede dar al traste con ella» (Pontevedra).

«Una vez más hemos de insistir en que no se trata de que el Ministerio Fiscal esté próximo al órgano jurisdiccional, de forma teórica, sino que es absolutamente imprescindible que su instalación material y sus elementos auxiliares le permitan desarrollar con eficacia la misión que se le atribuye» (Sevilla).

Las distintas Fiscalías dan cuenta de que el servicio está siendo adecuadamente cubierto, lo que en gran medida se ha hecho posible tanto por la modificación de la redacción original del precepto que se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 8/1995, como por la posibilidad de abortar la comparecencia cuando, siendo el Fiscal la única parte acusadora, estima procedente la libertad. Como recuerda el Fiscal de Pontevedra a la modificación del artículo 504 bis, antes de su entrada en vigor, no fue ajena la intervención del Consejo Fiscal alarmado por las perniciosas consecuencias que podrían derivarse de su entrada en vigor en los términos en que estaba inicialmente redactado, que obligaban a celebrar una comparecencia con presencia de las partes en todo caso antes de decidir sobre la situación del detenido. Se trataba de un *desideratum* que necesariamente había de estrellarse frontalmente con la ausencia de medios suficientes por parte del Ministerio Fiscal y que además acarreaba serias dudas sobre su constitucionalidad al imponer condicionantes al Juez para acordar una libertad pese a estimarla

conveniente. «Resultaba evidente la imposibilidad de que una Fiscalía pudiera desplazar a su plantilla por los múltiples y diferentes Juzgados de la Provincia.»

La celebración de comparecencias en los partidos judiciales donde no se cuenta con presencia permanente del Fiscal ocasiona un dispendio de medios y tiempo que van en detrimento de la calidad y eficacia de la intervención del Fiscal en otros aspectos de su actuación. «Una vez más —constata la Fiscalía de Jaén— nos encontramos con una reforma legal que afecta al Ministerio Fiscal y cuya aplicación choca frontalmente con los medios personales y materiales que tenemos, y, sobre todo, con la falta de una mejor distribución territorial de nuestros efectivos personales. No se puede organizar el servicio de las comparecencias desde la capital y que un Fiscal o varios estén pendientes de una llamada del “busca” para salir “corriendo”, utilizando un taxi o su propio vehículo, a un Juzgado que puede distar muchos kilómetros, para luego, tener una intervención de dos o tres minutos para pedir la prisión o la libertad; este servicio resulta carísimo, decepcionante para el Fiscal que invierte una serie de horas de su jornada laboral en una actividad muy limitada.»

El Fiscal tiene que estar en cada Partido Judicial y hasta ese momento no deben hacerse más modificaciones que exijan la presencia del Fiscal en el Juzgado. Muchas veces no es el volumen de trabajo lo que nos preocupa, sino la forma en que hay que hacerlo; después de un viaje de varias horas que hace el Fiscal para asistir a una comparecencia o para celebrar unos cuantos juicios de faltas resulta que ha invertido muchas horas haciendo pocas cosas.

El aumento de plantilla que se ha conseguido no es suficiente por la forma en que el Fiscal trabaja.»

Elocuente en este punto es igualmente la apreciación del Fiscal de Ciudad Real al contabilizar que la celebración de 17 comparecencias fuera de la capital han requerido 50 horas de tiempo y 1.600 kilómetros de desplazamientos, lo que no resultaría alarmante si no se tratase de horas y medios sustraídos a otros servicios o ámbitos de dedicación del Fiscal y motivados por un inadecuado despliegue territorial del Ministerio Fiscal.

5. Por fin, en un plano más profundo, algunas Fiscalías no dejan de señalar que el nuevo régimen de la prisión preventiva no deja de ser un cuerpo extraño en un sistema procesal que no res-

ponde a los principios que han inspirado la reforma. De esa forma las finalidades de la reforma no se llegan a alcanzar cumplidamente y se producen incongruencias. El Fiscal de Segovia en un amplio y muy bien fundamentado trabajo que se incluye íntegramente en otro lugar de esta Memoria escribe al respecto «el Juez de Instrucción que habiendo tomado conocimiento del contenido del atestado policial, o de cualquiera otras diligencias en las que aparezca implicado el detenido, decide convocar a la celebración de la audiencia, lo hará precisamente porque ha entendido que no procede la libertad; bien porque siendo él el responsable de la instrucción entiende que es necesario asegurarla; o porque siendo responsable en esa fase de garantizar el buen fin del proceso entiende que es preciso privar de libertad al detenido. (Por citar sólo algunas de las finalidades más comúnmente aceptadas de la prisión provisional.) Anticipa así, en gran medida, cuál va a ser su decisión en el caso de que el Fiscal o una acusación particular soliciten la prisión u otra medida cautelar sobre la situación. Y no parece acertado decir que en estas condiciones el Juez Instructor refuerza su imparcialidad al momento de decidir, pues cuando se está preparando en teoría para hacerlo, ya ha formado criterio, y lo que es peor aún, lo ha hecho público. Por lo tanto, ni es más imparcial, ni siquiera lo parece. Simplemente convocará la audiencia cuando crea que procede la prisión (u otra medida) y lo hará porque la ley le obliga a acreditar la petición de parte en ese sentido para poder acordarla. Pero en ningún caso lo hará porque, siendo solicitado por una parte, sea necesario oír a la contraria antes de decidir, que parecería más lógico en un sistema de corte acusatorio.

Realmente, una limitación como ésta a las facultades del Juez, tiene su justificación en un sistema en el que la investigación criminal no está encomendada a ese Juez, o al menos no lo está principalmente, y en el que los detenidos sólo son puestos a su disposición cuando quien soporta aquella responsabilidad investigatoria entiende que es necesaria la privación de libertad, que, fuera de la detención, solamente un Juez puede acordar. Y que acompaña la puesta a disposición judicial del detenido con una solicitud fundada de adopción de medidas contra él, que sólo se acordarán después de oír al propio detenido, y, en su caso, a cualesquiera otros que figuren como partes en la causa.

Pero no tiene ningún sentido en un tipo de proceso en el que la investigación criminal y la instrucción del proceso se encomiendan a un órgano judicial, el Juez Instructor, al que se otorga la potestad de acordar por propia iniciativa cualquier tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales (entrada y registro, interceptación de comunicaciones, etc.), y en el que es el propio Juez quien realmente conoce en la práctica los detalles del estado de la instrucción.

Desprovista de su finalidad, al ser incapaz de cumplirla, la reforma se convierte en una mera limitación a las facultades del Juez de Instrucción, la cual no resulta aceptable si se une al resto de condiciones que en la actualidad rodean a nuestro proceso penal. Desde este punto de vista, el artículo 504 bis 2, en su actual redacción, carece de justificación, y deberá ser sustituido, restituyendo al Juez sus facultades hasta que se decida adecuadamente sobre las características del modelo de proceso penal que se ha de implantar.»

En el mismo terreno se mueven las observaciones recogidas por las Fiscalías de Sevilla y Asturias:

«En repetidas ocasiones, hemos elevado a la Fiscalía General del Estado la opinión de que es preciso que el legislador adopte claramente y sin complejos la modificación del proceso penal inspirado inequívocamente en el principio acusatorio.

Es el modelo de proceso adoptado por los países de nuestro entorno más inmediato, entorno no sólo geográfico sino jurídico, exceptuando el modelo anglosajón, el derecho continental ha fortalecido la figura del Ministerio Fiscal, sin complejos de ningún tipo.

No puede negarse que el contenido del artículo 504 bis 2, obedece a un modelo de proceso típicamente acusatorio y es evidentemente loable que sean las partes acusadoras las que insten al órgano jurisdiccional, medidas restrictivas de libertad, en atención a las acciones penales que pretenden ejercitar y los medios de pruebas que suponen pueden aportar al proceso.

Tal contenido es una exigencia del proceso penal, que lentamente, pero sin vacilaciones, ha asumido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuantas ocasiones se pronuncia sobre la prisión provisional.

Pues bien, dejando constancia, aunque sea de forma tan sintética de la finalidad pretendida por el legislador, no podemos silenciar que una vez más se trata de introducir en el viejo modelo de proceso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en el mejor de los casos, para no calificarlo de inquisitivo, es un proceso mixto, se trata, repetimos, de fases de proceso, de posiciones de las partes acusadoras que teóricamente pretende modificar la línea vertebral del proceso.

Ocurrió con la reforma de 1988 de 28 de diciembre, y la de 30 de abril de 1992.

El Procedimiento Abreviado intentó ser un islote acusatorio en un proceso penal mixto y así surgieron artículos de tan extraña concepción como el 785 bis, como el increíble 790.6 o como la armonización entre el 789.3, que intentan reducir al mínimo la fase de instrucción y la posibilidad de la práctica de diligencias ordenadas de oficio por el Juez Instructor.

En resumen, bajo un criterio sistemático el artículo 504 bis 2, debiera en buena medida venir precedido de una fase de investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, que presentara ante el Juez Instructor, indicios tales que aconsejaran las situaciones de prisión provisional.» (Sevilla.)

«Una vez modificada la comentada reforma por la Ley Orgánica 8/95, de 16 de noviembre, si bien se superó con ella el problema de constitucionalidad enunciado, aliviándose, al propio tiempo, la dificultad derivada de la norma primitiva para la atención por el Fiscal de las comparecencias al reducirse drásticamente su número, la modificación del régimen de la prisión provisional quedó huérfana del fundamento que la había originado. En efecto, reconociéndose —como no podía ser menos— la facultad del Instructor para acordar *ex officio*, la libertad de los detenidos puestos a su disposición, el mero hecho de no hacerlo y convocar la comparecencia, vendrá ya a indicar una toma de posición del Juez sobre la situación del detenido, que, en contra de lo que en principio se quería y constituía el motivo de la reforma, no salvaba ya aquella apariencia de imparcialidad que con ella pretendía preservarse.

El resultado final, es, en definitiva, un híbrido que apenas añade nada al sistema anterior, en cuanto a garantías del detenido, que no cumple el objetivo inicialmente previsto y que ha venido a

introducir distorsiones innecesarias en el régimen anterior, alejando, al propio tiempo, aún más, las normas jurídicas de la comprensión ciudadana. Porque, es lo cierto que, las actuales normas sobre prisión provisional, restrictivas en cuanto a sus motivos y plazos e interpretadas por los órganos judiciales de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, unidas al sistema de recursos y relacionadas con la insoslayable separación entre instrucción y enjuiciamiento, no sólo habían conseguido reducir el número de prisiones provisionales acordadas, en contra, incluso de las fuertes presiones populares alentadas en ocasiones desde los servicios de Seguridad del Estado, si no que difícilmente podían arrojar sombra alguna sobre la imparcialidad de la decisión. En el actual sistema procesal y en tanto la instrucción esté encomendada al Juez, es inevitable —y lo contrario sería espantoso— la formación de criterio por aquel sobre la procedencia de la prisión. Criterio que se forma espontánea y naturalmente, a diferencia de lo que sucedería con un ordenador, al ir aquilatado la gravedad y circunstancias del hecho, implicación en él de la persona detenida, alarma social causada o necesidad de preservar los posibles medios de prueba. Y que se genera, en forma directa, a través de elementos de juicio de primera mano. Es por ello, pues, que si realmente se quisiera preservar la imparcialidad —como valor contrario a la contaminación derivada de la instrucción— en la decisión de prisión, ésta debería sustraerse al Instructor, como se le aparta del enjuiciamiento. Otra solución resultaría puro artificio. Y esto es en realidad, lo que sucede con la actual reforma, pues, formado aquel criterio y convocadas las partes a comparecencia, difícilmente la decisión tomada será otra que aquella ya formada en la conciencia del Juez.

No advertimos, en suma, las ventajas del nuevo sistema, pero, sí, por contra algunas consecuencias indeseables. Algunos jueces, disconformes, según el hilo argumental anterior, con la posibilidad de acordar de plano la libertad, en cuanto que ya supone una toma de decisión “contaminada” por la instrucción, pueden, aun siendo internamente favorables a ella, convocar la comparecencia, prolongando así, en forma indebida, por innecesaria, la situación de privación de libertad del detenido. Algo parecido a lo que sucedió en relación con la posibilidad de acordar el sobreseimiento en el procedimiento abreviado no obstante la formulación de acusación por alguna parte, y que, no ejercitada, en base a idéntico razona-

miento, dio lugar a la injustificada celebración de centenares de juicios y a la sanción con pena de banquillo de los en ellos indebidamente acusados. Y, por el contrario, cuando ante un hecho grave y reuniéndose las circunstancias previstas para la prisión, está no fuere solicitada por el Fiscal, aun por incuria o grave error, el Juez no podría acordarla —salvo que apreciase riesgo de fuga— con las consecuencias negativas que de ello podrían derivarse, tanto de carácter social —estupor: sentimiento de indefensión frente a la Justicia— como procesal —fuga, desaparición de pruebas— con evidentes repercusiones en el derecho a la tutela judicial efectiva que, aunque, en ocasiones, parece olvidarse también da cobertura a las víctimas.» (Asturias.)

Más adelante el Fiscal de Asturias concluye sus comentarios de la siguiente forma:

«En definitiva, los problemas que denunciamos como consecuencia del nuevo régimen de la prisión provisional, no son, sino una consecuencia más del empeño imposible del legislador en conciliar el sistema procesal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con aquellos, imperantes en otros países de nuestro entorno que encomiendan la instrucción al Fiscal. Aquellos, donde el Fiscal dirige a la Policía, recibe los atestados y tras la valoración correspondiente, los presenta ante el Juez, solicitando las medidas pertinentes, tanto respecto a la situación de los eventuales detenidos, como en relación a otros aspectos de la instrucción y cuya clara implantación en el nuestro no resulta actualmente posible por razones tanto de infraestructura como de concepción política del Ministerio Fiscal. Empeño que, si en la reforma procesal introductora del procedimiento abreviado, acabó deshaciéndose como la espuma sin dejar casi otro vestigio que el artículo 785 bis), en la Ley del Tribunal del Jurado, al regular la instrucción, ha producido un resultado tan atípico como confuso y en la modificación de la prisión provisional, genera las innecesarias dificultades que hasta aquí hemos comentado.»

#### c) LA DETENCIÓN DE LOS REQUISITORIADOS

Uno de los puntos de la reforma más oscuros es el relativo a la celebración de la audiencia cuando es puesto a disposición judicial

un imputado cuya busca y captura se había ordenado con anterioridad al no haber sido localizado. La Circular 2/1995 establece unas pautas interpretativas que parten de la necesidad de celebrar la comparecencia prescrita por el artículo 504 bis 2 intentando sortear las dificultades que surgen cuando el detenido es puesto a disposición de un órgano judicial que no está conociendo de la causa. No obstante algunas Fiscalías dan cuenta de otras posibilidades interpretativas que podrían ser posibles dada la oscuridad en este punto de la ley que no parece haber previsto este supuesto.

La Fiscalía de Zamora indica que, «en contra del criterio de la Circular, se argumenta que habiéndose dictado previamente un auto de prisión por el Juez competente para el conocimiento de la causa, en el momento en que el detenido es puesto a su disposición no debiera celebrarse ya la audiencia, pues no tendría sentido la ratificación de una medida que tiene por sí sola plena virtualidad, en cuanto es precisamente ésta la que ha sustentando la actuación policial.

Otras interpretaciones, sostienen que la audiencia podría celebrarse antes de dictarse la correspondiente requisitoria —y una vez que el inculcado ha eludido la acción de la justicia— por considerar que esta forma de proceder constituiría una actuación lógica desde el momento en que previamente a adoptarse una medida de tanta trascendencia como la prisión se hace precisa la solicitud en tal sentido por alguna de las partes acusadoras, orillándose la falta de asistencia del propio imputado con el argumento de la obvia imposibilidad material de su presencia, que es ciertamente lo que se trata de conseguir mediante dicha actuación procesal.

Otro de los aspectos que ha suscitado discusiones es el referido a la necesidad o no de dictar auto de prisión por el Juez que no es el competente para el conocimiento de la causa cuando el detenido es puesto a su disposición y el órgano judicial en cuestión se halla en un territorio distinto al de aquel en donde radica el competente. Así como hasta la fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/95 algunos juzgados dictaban dicho auto de prisión poniendo en esa resolución al detenido a disposición del competente, y otros se limitaban a despachar el oportuno mandamiento de prisión, parece que con el nuevo precepto la resolución mencionada no podría dictarse, en cuanto que para ello sería precisa la celebración de una audiencia ante el órgano competente debiendo

limitar su intervención el juzgado a librar el correspondiente mandamiento.

Pero, sin embargo, este problema es en realidad idéntico a aquel en el que los dos juzgados ejercen su jurisdicción en el mismo partido, y en tal supuesto, que el juzgado en servicio de guardia pueda mantener privado de libertad hasta un máximo de 72 horas a cualquier imputado y hasta tanto se pueda celebrar la audiencia por el juzgado que acordó la busca, captura e ingreso en prisión, puede acarrear graves consecuencias personales a los imputados, máxime cuando en muchas ocasiones la requisitoria no está siquiera vigente —aunque en los archivos de las Fuerzas de Seguridad figure como tal— y en otras la medida acordada sólo persigue la práctica de alguna diligencia que a su término supondrá la inmediata libertad del detenido.

A fin de evitar tan indeseable consecuencia, en Zamora se ha barajado la posibilidad de la celebración de la audiencia siempre ante el Juez de guardia actuado éste en sustitución del Juez titular del órgano que tiene interesada la busca y captura, para lo cual el sistema requeriría de la aprobación de dicha norma por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.»

Más extensa es la argumentación desplegada en las observaciones que hace la Fiscalía de San Sebastián.

«La deficiente técnica legislativa utilizada para tan importante regulación, ha hecho surgir una serie de problemas, especialmente en el caso de agravación de la situación personal del encausado que no acude a Juicio Oral. Ello es debido a que el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que hace referencia a este tipo de supuestos, se remite al artículo 504 bis 2 y dicha remisión es incorrecta.

El artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a una situación distinta de aquella que planteamos. El artículo comienza haciendo referencia a la puesta a disposición judicial del detenido. Es decir, nos hallamos al inicio del procedimiento judicial y con el encausado a presencia judicial, es decir, a su disposición.

Por el contrario, cuando el encausado no se presenta al Juicio Oral, dando lugar a su suspensión, se suele hallar en paradero desconocido. En estos casos, la ley lo único que permite es acordar su prisión, pero debiéndose convocar la correspondiente compare-

cencia en el plazo de 72 horas. Cuando la detención se lleve a cabo en un lugar próximo a la sede del Juzgado o Tribunal que ha de conocer de la comparecencia, no existirá problema alguno. Por el contrario, surgirá y con toda su crudeza, cuando la detención se lleve a cabo en un lugar remoto respecto de la sede del Organismo Jurisdiccional y ello por las conocidas dilaciones que sufren los traslados a lo largo y ancho del Territorio Nacional. Todo ello porque, conforme al artículo 504 bis 2 de la ley, la presencia del encausado es obligatoria.

Lo importante y espinoso del asunto ha llevado a la Fiscalía General del Estado a tener que pronunciarse por medio de la Circular 2/95.

En este sentido, el principal caballo de batalla viene constituido por la interpretación de cuándo comienza a contar el plazo de las 72 horas para la celebración de la correspondiente comparecencia.

No es admisible la interpretación literal, derivada de entender que el plazo cumple a las 72 horas de dictarse la resolución, pues ello nos llevaría al absurdo de tener que celebrar la comparecencia aun sin que el encausado sea habido. Entendemos que tampoco puede ser válida la interpretación sostenida por la mencionada Circular en el sentido de entender que el plazo comienza a contar desde que el encausado es efectivamente puesto a disposición del Organismo Jurisdiccional competente para decidir sobre su situación personal pues, por las demoras a que hemos hecho referencia, se daña el supuesto inadmisibles de que, durante el dilatado período en que el encausado tarde en ser puesto a disposición judicial del órgano competente para decidir sobre su situación personal, la situación del mismo sería de una detención prolongada.

No es admisible, en este sentido, que un problema puramente administrativo (la organización de los traslados de personas detenidas), perjudique los derechos fundamentales de las personas sometidas a procedimiento penal.

A nuestro juicio, las únicas soluciones admisibles ante el problema interpretativo planteado, son dos:

La primera, ya planteada en la Circular 2/95, es la de suplir la presencia física del encausado, haciendo uso de los medios de telecomunicación que ya en este momento se integran en la actividad ordinaria de los Organismos Jurisdictionales.

La segunda, que no está apuntada por la Circular, pero que entendemos que puede ser perfectamente aplicable y no vulnera-

ría derecho fundamental alguno, consistiría en entender que en estos casos, la presencia del encausado no resulta preceptiva.

Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la ley conceptúa como necesaria la audiencia del imputado asistido por su Letrado, es también cierto que el artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el imputado «... tendrá obligación de comparecer». La utilización del vocablo «obligación», nos lleva a entender que la presencia del encausado no es absolutamente necesaria, pues si no su dolosa incomparecencia podría dar al traste con la finalidad de la medida cautelar.

La naturaleza jurídica de la comparecencia del encausado no es analizada en profundidad por la Circular, ya que en su página 11, entiende, al analizar el supuesto ordinario del artículo 504 bis 2, que no es imaginable la ausencia del encausado que se halla detenido, sin entrar en mayores matizaciones.

Entendemos que dicha obligación de cooperar con la Administración de Justicia, que en buena técnica procesal constituiría una carga procesal, no es distinta de la que tiene a lo largo de todo el procedimiento, con los efectos, por ejemplo, que se derivan en el caso del artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en torno al procedimiento abreviado.

Dicha carga se plasma, por lo que ahora nos interesa, en la necesaria asistencia al juicio, que habrá sido incumplida. Ante su ausencia, sin olvidar que toda persona encausada tiene la obligación de estar a disposición de los Organos Jurisdiccionales y de comunicarles cualquier cambio de domicilio o salida al extranjero, nada obsta a que se pueda acordar la prisión (o libertad con fianza) en ausencia del encausado.

En la comparecencia habrá una efectiva contraposición de argumentos entre las partes acusadoras y el acusado, donde un representante técnico del mismo defenderá su posición (respetándose, por tanto, los principios de contradicción y bilateralidad) y tras adoptarse la resolución oportuna nada obsta a que puede recurrirse contra la misma o pueda modificarse de oficio la misma si se acredita una modificación de las circunstancias apreciadas para tomarla.

Esta segunda solución, entendemos, no violenta el texto de la Ley ni los derechos que asisten a todo encausado, ni los principios que informan nuestro procedimiento penal.»

En cuanto a los acuerdos de prisión ante la ilocalización o incomparecencia del imputado, la Fiscalía de Salamanca plantea la posibilidad de celebración de la comparecencia previa a la medida en ausencia del afectado, sin perjuicio de reiterar posteriormente el trámite una vez sea detenido.

d) ORGANISMO COMPETENTE PARA LA CELEBRACION DE LA COMPARECENCIA

Sobre este punto la Fiscalía de Alicante realiza los siguientes comentarios:

«Sólo debe celebrar tal audiencia para acordar la medida cautelar el Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa (según dicción del art. 504 bis 2 párrafo 1) con lo que, cuando no se dé tal circunstancia, no es precisa la audiencia para decretar la medida cautelar; con esta regla se solventarían la mayoría de cuestiones, pero en la realidad no siempre está predeterminado, cuando el detenido es puesto a disposición judicial, el Juez que debe conocer de la causa y en ese caso habrá que hallar quién es el que hace tales funciones y está obligado a la audiencia que comentamos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal ya resuelve de antiguo tal cuestión y así dice el artículo 502, en lo que interesa: *Mientras que la causa se halle en el estado de sumario, sólo podrá decretar la prisión provisional el Juez de Instrucción o el que forme las primeras diligencias*; por tanto, la "legitimación" y la equiparación en esta materia es plena entre el Juez de la causa y el Juez de las primeras diligencias.

Por tanto, en ese supuesto de no predeterminación del Juez de la causa, siempre existe el Juez de las primeras diligencias y lo mismo cabe decir del hecho de la existencia del Juez de la causa predeterminado, pero careciendo la causa de autor que luego es habido en ámbito territorial extrarradio del Juez de la causa.

Supuestos prácticos: del primer caso, un homicida confesó pero sin que hubiera causa por la muerte por no hallazgo del cadáver; del segundo, homicidio con causa abierta pero sin autor conocido y hallado luego en territorio sito fuera del ámbito territorial donde se incoó la causa.

En ambos supuestos aparece la "legitimación" del Juez de las primeras diligencias que actúa *ab-initio* como si fuera Juez de la

causa sin perjuicio de su posterior inhibición (art. 499 con su remisión a particulares de los arts. 490 y 492).

Fuera de estos supuestos, el Juez a quien se entregue el detenido carece de "legitimación propia" no es el propio de la causa ni el de las primeras diligencias y debe acordar la medida cautelar sin audiencia (arts. 498 y 500 con sus referencias) y a prevención.

Por tanto, esa *audiencia previa* sólo procede y es obligada para el *Juez de la causa o el de las primeras diligencias*.

Hace falta un paso más; ¿esa audiencia del Juez de las primeras diligencias, base para la prisión o libertad provisional o no acordadas, es bastante o debe subsanarla y convalidarla el Juez de la causa?

Suprimida la ratificación de la prisión al quedar derogado el artículo 516 y vista la equiparación de ambos Jueces (art. 502) y la plenitud de jurisdicción con que actúa el Juez de las primeras diligencias (art. 499), creemos que no es preciso que tal acto se convalide por el Juez de la causa, sin perjuicio del uso posterior que haga de la facultad de reformar prevista en el artículo 539.»

Se refiere también a esta cuestión el Fiscal de Asturias:

«La atribución expresa de la comparecencia al Juez que deba conocer de la causa, parece innecesaria y origina, por falta de visión práctica del legislador, dudas interpretativas en orden a un variado elenco de posibles situaciones de problemática solución. Lo primero porque, la atribución de competencia respecto a la determinación de la prisión de un detenido puesto a disposición judicial está suficientemente regulada en los artículos 489 y siguientes, en atención tanto a las personas que practican la detención como a los supuestos que dan lugar a ella. Bastaba, pues, que el artículo 504 se hubiera limitado a regular la comparecencia, como requisito previo al acuerdo de prisión.

Lo segundo, en íntima conexión con lo anterior, porque la exigencia expresa de la comparecencia en relación con los Jueces que deban conocer (art. 504) o estén conociendo (art. 539) de la causa, plantea el interrogante de si el legislador, habida cuenta de la filosofía que inspira la reforma, sólo estimó necesaria aquella garantía en los supuestos de coincidencia en un mismo Juez de la función instructora con las cautelares, considerándola irrelevante en los restantes, al actuar el Juez que decreta la prisión, le-

jos del proceso de que dimana y, por tanto, no contaminado. Mas aunque tal pensamiento dominara la redacción del precepto, es lo cierto que, de *lege data*, no es posible ya, establecer distinciones que hicieran de peor condición a unos u otros detenidos, lo que, a la postre, origina una complicada casuística, abocada a soluciones dispares siempre perjudiciales en el ámbito de la seguridad jurídica.»

Por su parte la Fiscalía de León suscita la duda de si la comparecencia, en los casos en que la causa se esté tramitando ante la Audiencia Provincial, ha de celebrarse ante los tres Magistrados que componen el Tribunal o exclusivamente ante el Magistrado Ponente, decantándose decididamente por la primera de las alternativas: «Parece que la solución debe ser la primera, ya que, por una parte, según el primer párrafo del artículo 504 bis 2 “el Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa” convocará a audiencia (salvo que decrete la libertad provisional sin fianza), y, por otra, será en el curso de la comparecencia cuando el órgano (si bien en los restantes párrafos del artículo sólo se cita al Juez), en vista de las peticiones de las partes, resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales, y tratándose de un Tribunal la decisión deberá ser adoptada por todos los Magistrados que lo componen.

#### e) LA CELEBRACION DE LA COMPARECENCIA

Es plenamente asumido por las Fiscalías el criterio de la Circular 2/1995 que prevé la posibilidad del Fiscal de abortar la celebración de la comparecencia mediante una solicitud de libertad cuando es la única parte acusadora, criterio que se ha impuesto en la práctica y que como apostilla la Fiscalía de Pontevedra debe extenderse a los casos en que tras la suspensión de la comparecencia por cualquier causa y convocatoria de una nueva, el Fiscal ante circunstancias sobrevenidas y siendo la única parte acusadora, modifica su inicial criterio estimando procedente la libertad. Mantener a ultranza la necesidad de celebrar la comparecencia pese al manifestado criterio del Fiscal favorable a la libertad supondría una «flagrante infracción del principio de rogación establecido en

la ley y un verdadero capricho contrario a la economía procesal» (Fiscalía de Salamanca).

Los comentarios contenidos en las Memorias de las Fiscalías de Cuenca y Orense se refieren al plazo para celebrar la comparecencia en términos idénticos y subrayando la necesidad de que se convoque para las 48 horas siguientes a la puesta a disposición judicial del detenido:

«La Audiencia deberá celebrarse en el plazo de setenta y dos horas a contar desde la puesta a disposición judicial del detenido. Entendemos que los Jueces de Instrucción deberán convocarla siempre en un plazo no superior al de cuarenta y ocho horas porque, en el caso de suscribirse al pie de la letra lo dispuesto en el primer apartado del artículo 504 bis 2, ya no resultará posible que en dicha audiencia las partes puedan proponer medios de prueba que no puedan practicarse en el acto sino dentro de las veinticuatro horas siguientes» (Orense).

«Respecto a la celebración conjunta o separada de la comparecencia para varios detenidos en la misma causa, la práctica ha sido la celebración separada, por la razón de tener lugar después de recibir declaración al detenido, si bien esta cuestión viene resuelta en la Circular 2/95 en el sentido de la conveniencia de celebración conjunta, opción que parece preferible en aras a disponer de mayor número de datos sobre la participación y circunstancias de cada uno de los imputados en el procedimiento, que resultan de las declaraciones de todos ellos y que no ofrece tampoco inconvenientes, pues puede recibirse declaración a todos los imputados o detenidos de la misma causa y después celebrar la comparecencia para todos ellos» (León).

En lo atinente a la práctica de prueba en la comparecencia varias Fiscalías destacan el peligro de pretender convertir ese trámite en una completa instrucción abreviada, pervirtiendo su finalidad. Aunque como se recuerda en la Memoria de la Fiscalía de Guadalajara «es una obviedad decir que resulta difícil y, en ocasiones imposible distinguir entre la práctica de diligencias que sirvan para fundamentar un auto de prisión y los que sirvan de base para, en su momento, hacer la calificación. Efectivamente, son presupuestos o requisitos permanentes de la prisión preventiva la constancia de un hecho con carácter de delito y la existencia de

motivos bastantes de responsabilidad penal sobre una persona en relación con tales hechos, por tanto, todo el proceso penal va encaminado a determinar estos dos elementos, que no solamente son básicos para pedir y acordar la prisión provisional, sino para hacer una calificación fundada. Existen, sin embargo, otros requisitos variables que, supuestos los anteriores, pueden hacer inconveniente que se acuerde la prisión y puede ser necesaria la petición de diligencias para comprobar su existencia, así por ejemplo, el conocimiento de si efectivamente tiene domicilio conocido el detenido en la localidad, establecimiento abierto al público, o cualquier otro del que se pueda inferir que no escapará a la acción de la justicia».

La Fiscalía de Asturias, al hilo de un supuesto concreto acaecido en ese territorio, plantea la cuestión de si es preceptiva la presencia del imputado en la práctica de las diligencias de prueba que se acuerden:

«Generalmente, estas comparecencias, se concretan a dilucidar la procedencia de la prisión provisional, teniendo en cuenta la declaración de los detenidos y los datos obrantes en el atestado sin que generalmente se haga uso de la posibilidad de practicar diligencias que no estén especialmente destinadas a acreditar circunstancias atinentes a la resolución a adoptar. Ello no obstante, en un caso concreto, la comparecencia se prolongó a lo largo de dos días, practicándose pruebas consistentes en la declaración del detenido, diligencia de reconstrucción de hechos; diligencia de registro domiciliario y prueba testifical. Prácticamente, el Juzgado, procedió a una instrucción completa, tras la cual acordó la prisión del detenido. Esta decisión fue recurrida por la defensa en base a la no presencia del imputado —sí lo estuvo su Letrado— en la práctica de la prueba testifical. Interpretaba el recurrente que la exigencia, del artículo 504 sobre la presencia del imputado en la audiencia, hacía inexcusable también aquella en todas y cada una de las pruebas que, propuestas durante su curso, debieran practicarse, por lo que, faltando aquel requisito, las actuaciones practicadas devenían nulas. El Fiscal se opuso a tal impugnación por estimar que tal presencia física del imputado es esencial en cuanto al acto de la audiencia en sí, pero no respecto a las diligencias necesarias para la práctica de la prueba propuesta, a las que será de aplicación el

régimen común a cualquier diligencia de instrucción. Por lo que, asegurada la contradicción en la práctica de la prueba testifical, mediante la presencia del Letrado del detenido, no puede estimarse indefensión alguna para aquél, ni ello acarrea la nulidad de las actuaciones. En el momento actual, el recurso pende de su resolución por la Audiencia.»

Por fin, tanto la Fiscalía de Ciudad Real como la de Pontevedra recuerdan que pese a la indiscriminada dicción del párrafo penúltimo del artículo 504 bis 2, la incomparecencia del Fiscal no puede dar lugar a medidas disciplinarias adoptadas directamente por el órgano judicial, por impedirlo la legislación orgánica vigente, debiendo limitarse a la puesta en conocimiento a los efectos oportunos del respectivo Fiscal Jefe.

#### f) RECURSOS CONTRA LOS AUTOS DE PRISION Y LIBERTAD

Cuando el auto decretando la libertad o prisión lo adopta la Audiencia Provincial es evidente que el único recurso procedente será el de súplica, por lo que no es del todo correcta la generalidad con que se pronuncia el párrafo final del artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Fiscalía de Alicante).

Si la resolución es dictada por un Juez de Instrucción o de lo Penal en el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece abocar al recurso de queja en perjuicio del recurso de apelación, tal y como señala la Circular 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, precedido en todo caso del correspondiente recurso de reforma. La Memoria de la Fiscalía de Alicante considera, sin embargo, que el recurso procedente habría de ser en todo caso el de apelación, con independencia del tipo de procedimiento. Igual parecer se recoge en la Memoria de la Fiscalía de Guadalajara:

«No es disparatado entender que existe un régimen legal de prisión y libertad provisional regulado en los artículos 502 y siguientes de manera autónoma y a él habrán de atenerse los operadores jurídicos y esto cualquiera que sea el procedimiento por razón de la naturaleza del delito y de la pena que corresponda. Este régimen legal uniforme comprende también los recursos y,

por tanto, parece que lo procedente sería considerar que sólo cabe recurso de apelación una vez suprimida la referencia al recurso de reforma en la modificación efectuada en el artículo 504 bis 2.

No cabe pensar que sea un nuevo *lapsus* del legislador esta supresión por las razones siguientes: el recurso de reforma tenía su razón de ser cuando no existía el sistema de las comparecencias para mostrar al Instructor los argumentos pertinentes en orden a la prisión o en su caso, la libertad que evidenciaran su error y tuvieran como consecuencia que modificar a su criterio. Instauradas las comparecencias, las partes exponen en ella todos los argumentos así como también los pedimentos en orden a la práctica de algunas diligencias de prueba. En tal acto se fundamenta el pedimento propio y se argumenta contra los pedimentos del contrario. Carece, pues, de sentido insistir sobre lo mismo ante el mismo órgano jurisdiccional con los mismos argumentos, pero por escrito, alargando innecesariamente la resolución de las discrepancias. En el supuesto que se acuerde la libertad sin comparecencia, parece que lo oportuno sería la solicitud inmediata del Ministerio Fiscal o de otra parte acusadora de una comparecencia para, en ella, pedir la prisión provisional o, en su caso, la fijación de una fianza. Máxime si el Juez o la Audiencia entienden necesario incluir la celebración de la comparecencia para revocar la medida agravando la situación del encausado.

No parece acertado sostener que en la materia que nos ocupa haya un régimen de recursos dispar: reforma en el procedimiento abreviado y que este recurso quede excluido en los demás procedimientos merced a la supresión llevada a cabo en la tantas veces citada reforma legal.

Apoya la tesis de régimen uniforme respecto a las medidas cautelares personales la praxis judicial. Quien redacta esta Memoria siempre ha interpuesto recurso de reforma y subsidiaria apelación contra los autos acordando la libertad o prisión provisional sin objeción alguna por parte del órgano jurisdiccional, a salvo un sólo caso en que un Instructor entendió que en el procedimiento abreviado el recurso procedente era el de queja y no apelación. Denegada la admisión de éste y recurrida la resolución en queja la Sala estimó el recurso del Ministerio Fiscal».

Ciertamente las razones esgrimidas son de peso, pero no tienen fuerza suficiente para desterrar las conclusiones a que se llega

de la lectura del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Seguramente sería conveniente una reforma en ese sentido. Pero si se considerase que las prescripciones del artículo 787 han de ceder cuando en el régimen ordinario de la ley se prevé específicamente un recurso de apelación la conclusión sería que el artículo 787.1 de la Ley carece de todo sentido.

No obstante es cierto que en la práctica existe un generoso criterio para admitir uno u otro recurso indistintamente.

#### g) OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA

La introducción de la comparecencia previa a la resolución sobre la situación personal del imputado no modifica la naturaleza formal de tal resolución que ha de ser un auto a dictar tras su celebración. No es asumible la práctica detectada en algunos Juzgados y tachada de irregular por el Fiscal de Tenerife de adoptar la atípica fórmula de un «Acuerdo» verbal a documentar en el acta.

El Fiscal de Asturias haciéndose eco del criterio establecido en la Circular 2/1995 en relación a la necesidad o no de comparecencia previa para acordar la libertad provisional, se lamenta de la «imprevisión del legislador, al olvidar adecuar el artículo 539 tras la reforma del 504 bis 2 que nace, así, viciado y que por no actuar *contra natura* obligará a hacerlo *contra legem*, prescindiendo de la comparecencia, no obstante la dicción literal del precepto, cuando, hallándose en libertad el encausado en un procedimiento, el Juez decida someterlo a la situación de libertad provisional».

También se detiene en este punto la Memoria de la Fiscalía de Guadalajara:

«El artículo 504 bis 2 dice que “desde que el detenido es puesto a disposición del Juez o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decreta su libertad provisional sin fianza, convocará audiencia...” Este párrafo ha sido retocado añadiendo el inciso que acabamos de mencionar en la reforma de 16 de noviembre y no figuraba en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en su redacción originaria de 20 de mayo y resulta de difícil engarce con el párrafo 3.º del artículo 539 que rotundamente afirma «para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviera en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se

requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia”.

La explicación puede ser un *lapsus* del legislador, uno de tantos.

La Fiscalía General del Estado da como explicación de tal incongruencia que la reforma del párrafo 1.º del artículo 504 bis 2, no ha tenido una armonización simultánea con el resto del articulado considerando, además, que la divergencia carece de justificación plausible. Resultaría absurdo que el Juez pudiese de oficio decretar la detención (art. 539, párrafo penúltimo) y acto seguido poner en libertad provisional al detenido también de oficio (art. 504 bis 2, párrafo 1.º) pero que no pueda decretar la libertad provisional, medida sin duda mucho menos grave que la prisión, y que por tanto, no debe precisar de iguales requisitos. Concluyendo que la interpretación sistemática de la reforma impone este entendimiento aunque quede mal parado el tenor literal del artículo 539.3 que sin duda el legislador se ha olvidado de cohonestar con el nuevo tenor del artículo 504 bis 2.1.º.

La solución de la Circular no sólo es de obligado cumplimiento para los individuos del Ministerio Fiscal sino que ofrece una solución razonable y razonada y sobre todo, tiene la virtualidad práctica de disminuir sensiblemente las engorrosas comparecencias.

Sin embargo, como no deja de reconocer la citada Circular, no es totalmente parificable el paso de la situación de detención a la de libertad provisional con la mutación de la libertad e.. libertad provisional. Efectivamente, quien es puesto, privado de libertad, a disposición del Juez de instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, si éste acuerda la libertad provisional su situación mejora indudablemente pero no ocurre lo mismo cuando quien está en libertad acude a la presencia judicial y se dicta contra él un auto de libertad provisional. La libertad provisional es la situación en que se encuentra el encausado condicionada a la prestación de ciertas obligaciones accesorias, entre ellas según el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la obligación de comparecer *apud acta*. Esta medida, conocida, implica un desdoro para quien la sufre aparte de la efectividad del cumplimiento de la obligación de comparecer que es más que una incomodidad. No parece muy acorde con la filosofía de la reforma exigiendo la instancia de parte y la comparecencia para acordar las medidas cautelares perso-

nales que aquella medida que tiene esta naturaleza pueda ser acordada de oficio. Piénsese en el supuesto que se adopte contra persona de especial relevancia social y que de ella den cumplida noticia los medios de comunicación, pudiendo ocurrir que el Instructor tras tomar esta decisión, con todo el perjuicio que supone, no encuentre acusador en su momento contra dicha persona por el delito que indiciariamente él lo consideró como inculcado, ni por ningún otro.»

La misma Fiscalía (Guadalajara) se refiere a otra cuestión práctica suscitada en la aplicación de la reforma. Algún órgano judicial ha entendido que a partir de la reforma la «audiencia» a que se refiere el artículo 504.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como presupuesto necesario para acordar una prórroga de la prisión preventiva, una vez transcurridos los plazos establecidos, legalmente ha de ser necesariamente una comparecencia contradictoria con presencia de las partes. Con argumentos plenamente asumibles la Fiscalía de Guadalajara considera erróneo ese criterio:

«La expresión “se dará audiencia”, empleada en el artículo 504.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, equivale a “será oído”, expresiones ambas empleadas como cláusulas de estilo en las leyes procesales que no significan que quien haya de ser oído comparezca ante el Tribunal, sino que significa que dictamine al respecto y haga las alegaciones que estime oportuno por escrito. Así, entre otros muchos, los artículos 8, 45, 46, 47 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; los artículos 31, 32, 34, 64 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; artículos 1802, 1813 a 1815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tantos otros. Obsérvese, además, que este último precepto dice: “se oirá al Ministerio Fiscal... y emitirá por escrito su dictamen a cuyo efecto se le entregará el expediente.”

Obsérvese que el artículo 504, en lo que aquí nos interesa, no ha sido reformado por la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo y para nada incide el nuevo artículo 504 bis introducido por la ley citada, pues el ámbito de uno y otro es distinto como se desprende de su mera lectura. Otro tanto ocurre con el artículo 539 también de la Ley Enjuiciamiento Criminal modificado por la misma reforma procesal.

Por tanto, basta con que el Ministerio Fiscal dictamine por escrito, se dé audiencia a los inculcados o condenados sin necesidad

de comparecencia alguna y se resuelva por auto motivado lo procedente. Obsérvese también que ni siquiera es preceptiva la intervención de los abogados y procuradores de los condenados, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional —máximo garante de los derechos fundamentales— el artículo 504.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el trámite previo de la audiencia para la prolongación de la prisión provisional no exige la asistencia del letrado del inculpado (S. 206/91, de 39 de octubre).»

En materia de retroactividad de la nueva Ley la Fiscalía de Zamora plantea la cuestión de si una actual petición de libertad formulada por una o por todas las partes acusadoras en un proceso, vincula al Juez, que en base al anterior régimen legal, acordó la prisión preventiva y, por tanto, sin la celebración de audiencia.

«La Circular —explica la citada Memoria—, parece decantarse en favor del carácter vinculante de tal pretensión, al precisar que la reforma afecta a los hechos procesales futuros entre los que se comprenden todas las decisiones sobre prisión o libertad. Sin embargo y aun siendo ésta la interpretación más lógica —en cuanto que la contraria supondría un agravio comparativo en la situación personal de individuos sometidos a una misma medida de privación de libertad—, no deja de tener valor aquella interpretación que considera que el supuesto mencionado no es un hecho procesal futuro sino un hecho procesal pasado, puesto que la modificación de una anterior situación de prisión preventiva no es más que un incidente de esta última, que se halla irremisiblemente vinculado en su régimen legal a aquel que sirvió en su momento de base para adoptar la medida en cuestión.»

#### h) LA PRESTACION DEL SERVICIO POR LAS FISCALIAS

Casi todas las Memorias detallan las medidas adoptadas para afrontar estas nuevas responsabilidades del Ministerio Fiscal que comportan una indudable carga que no ha sido suficientemente correspondida con el necesario incremento de medios personales. La ampliación de plantilla ha sido relevante pero no alcanza todavía las cotas deseables.

El establecimiento de unos servicios adecuados de guardia y la agilización de las comunicaciones tanto con los Juzgados como con la Policía Judicial, requiriendo la remisión inmediata de copias de las actuaciones que han dado lugar a detenciones, se han constituido en los medios más eficaces para permitir que el Fiscal atienda a esta nueva función. En muchas Fiscalías se han cursado las pertinentes instrucciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad recordando la necesidad de comunicar a las Fiscalías todas las diligencias que hubiesen dado lugar a detenciones de personas que fuesen a ser puestas a disposición judicial, remitiéndose por el medio más rápido posible copias de dichas actuaciones en las que en algún caso (Alicante), con buen criterio, se ha ordenado reflejar los datos que pudiesen constar acerca del arraigo personal y familiar del detenido y cuantas otras circunstancias puedan ser aptas para valorar riesgos de fuga, dificultades de investigación o posible peligro de reiteración delictiva.

#### i) REFORMAS PROPUESTAS

Ante las disfunciones prácticas detectadas por la aplicación de la ley diversas Fiscalías apuntan líneas deseables de reformas.

«Creemos —se lee en la Memoria de la Fiscalía de Asturias— en el afán siempre de acompañar la crítica con posibles soluciones alternativas que una solución racional, auténticamente conciliadora del actual sistema procesal con la realidad funcional y física del Ministerio Fiscal con el reforzamiento del principio acusatorio y con la preservación del derecho a la libertad frente a prisiones excesivas o no objetivas y suficientemente justificadas se hubiera podido contentar con la prescripción de que, acordada por el Juez la prisión del detenido puesto a su disposición, y comunicada al Ministerio Fiscal y demás partes, tal decisión hubiera de ser necesariamente ratificada o dejada sin efecto, en breve plazo —tres o cinco días— a la vista de las peticiones expresamente formuladas por aquellas, acordándose la libertad en todo caso, cuando no se formulase petición de prisión.»

La Fiscalía de Cuenca, partiendo del enorme coste de tiempo y económico que supone a veces un largo desplazamiento para asistir a un acto que puede durar escasos minutos, cuando la com-

parecencia se ha de celebrar en Juzgados de Instrucción que no cuentan con presencia permanente del Fiscal, apunta la posibilidad de introducir un nuevo párrafo en el artículo 504 bis 2 con la siguiente redacción: «Cuando el Fiscal no residiera en la misma población que el Juez de Instrucción, podrá emitir su dictamen por escrito, remitiéndolo inmediatamente y por vía fax, dándosele traslado al imputado y su letrado antes de la comparecencia, y en este caso no estará obligado a asistir.»

«Tal modificación —razona el Fiscal de Cuenca— vendrá a solventar por una parte la problemática práctica que suscita la aplicación de la ley y por otra el detenido no tendría que “esperar” para decidir sobre su situación la asistencia del Ministerio Público.

Por otra parte entendemos que tal solución no es ajena a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en algunos supuestos como por ejemplo del artículo 311.»

Por fin la Fiscalía de Tarragona propone una nueva regulación de las impugnaciones contra los autos de prisión:

«Debe simplificarse acortando los plazos incluso suprimiendo el recurso previo de reforma, la actual regulación del recurso de apelación en esta materia, de forma que no debieran trascurrir en su resolución más de 15 días.»

## 5. EL ARTICULO 113 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La Ley 25/1995, de 20 de julio, ha modificado el artículo 113 de la Ley General Tributaria que ahora, en lo que hace referencia a la actividad jurisdiccional tiene el siguiente contenido:

«1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros salvo que la cesión tenga por objeto:

a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público...»

Las Memorias de las distintas Fiscalías recogen estudios y comentarios en torno al citado precepto que reflejan una práctica dispar y opiniones en modo alguno unánimes que van desde el reconocimiento de la lógica y acierto del precepto en aras de la efectiva preservación de la intimidad —en la posición menos extendida—, hasta posiciones que hablan claramente y sin vacilaciones de su inconstitucionalidad.

Como apunta el Fiscal de Valladolid no estamos ante una cuestión nueva que surja de la reforma del artículo 113. «Es un problema muy viejo, suscitado por el anterior artículo 111.6 de la Ley General Tributaria.»

La Fiscalía de Zamora expone la filosofía que inspira el precepto en los siguientes términos:

«La Constitución Española en su artículo 18.4 insta al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos.

El progresivo desarrollo de las técnicas de recopilación y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos, ha expuesto a la privacidad a una amenaza potencial. Los más diversos datos sobre la vida profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, y sobre las relaciones personales, pueden ser compilados y obtenidos sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos, acceder a un conocimiento cabal de aptitudes, hechos o pautas de comportamiento que sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquella a la que sólo deben tener acceso el individuo y quizás, quienes le son más próximos o aquellos a los que él personalmente autorice.

La Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal introduce el concepto de “tratamiento de datos”, concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica. Esta ley está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información.

El principio de consentimiento o de autodeterminación, otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes. Su base está constituida por la exigencia del consentimiento consciente e informado del afectado para que la recogida de datos sea lícita.

En concreto, los derechos de acceso a los datos han cobrado en nuestro ordenamiento plasmación constitucional en lo que se refiere a aquellos que obran en poder de las administraciones públicas, tal y como se recoge en el artículo 105 b). En consonancia con ello, queda recogido en la ley en términos rotundos, no previéndose más excepciones que las derivadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos en lo relativo al acceso a los datos policiales y a los precisos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias en lo referente a los datos de este carácter, excepciones ambas que pueden entenderse expresamente recogidas en el propio precepto constitucional antes citado, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales.

Manifestación de estos principios es la que se recoge en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos, que referido a la cesión de datos, señala que aquellos que tengan un carácter personal y puedan ser objeto de tratamiento automatizado, sólo pueden ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado. No obstante, de dicho consentimiento puede prescindirse entre otros casos cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, o los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas.

Es, por tanto, el derecho a la intimidad el que se protege primordialmente a cuyo fin y como expresión del criterio recogido en el citado artículo 11, el artículo 113 de la Ley General Tributaria en su nueva redacción dada en virtud de la Ley 25/95, de 20 de julio, adopta una serie de cautelas necesarias para preservar el ejercicio del derecho fundamental, limitando la cesión y la publicidad de los datos de los contribuyentes.

El artículo 113.1 de la Ley General Tributaria señala que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado, y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros salvo que la cesión tenga por objeto entre otros, la investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o por el Ministerio Público.»

Afectando la cesión de datos al Derecho Fundamental a la intimidad, éste aparece inseparablemente unido al modelo de sociedad que configura la Constitución. El mandato constitucional conlleva una interpretación restrictiva de los posibles límites a estos derechos, y una notoria prioridad de los mismos, caso de eventual conflicto, con otros derechos y libertades.

Otra de las consecuencias del carácter «fundamental» del derecho a la intimidad, es la primacía del mismo en la escala jerárquica de valores, razón por la cual cualquier otro derecho no fundamental deberá ceder y sacrificarse en el caso de un eventual conflicto con el primero.

Vienen a colación estas consideraciones por que el principio que inspira por tanto el nuevo artículo 113 de la Ley General Tributaria, es evidentemente el de la protección del Derecho Fundamental mencionado anteriormente, el cual no puede quedar reducido a una simple declaración formalista contenida en el Texto Constitucional, sino que debe informar la totalidad del ordenamiento jurídico sin que resulten zonas vedadas a la vigencia de tal principio, así como a la de cualquier otro que alcance el rango de Derecho Fundamental.

Por ello, la modificación de la norma ha supuesto la definitiva entronización del citado Derecho Fundamental en la legislación tributaria, convirtiéndose así en un valladar necesario para evitar el conocimiento por parte de terceros de aquel conjunto de datos que, ordenados de un determinado modo, pueden configurar un perfil aproximado de la persona, llegando tal protección al extremo de sancionar la inaccesibilidad a dicha información, ni tan siquiera a instancia de los órganos judiciales cuando éstos no actúan en la investigación o persecución de un delito; lo cual encuentra su justificación en el hecho de que los datos no pueden ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados pero no para cualquier otra, aún cuando la misma se actúe a través de un procedimiento judicial, evitando con ello que éste último se convierta en un instrumento en manos de los particulares para obtener fraudulentamente cualquier información que de otro modo no podrían conseguir.

Dados los términos categóricos de la redacción del artículo 113.1 de la Ley General Tributaria, no caben dudas acerca de cual sea el alcance de las exclusiones consignadas, las cuales tienen

un carácter claramente restrictivo. Así, cabe afirmar que como principio general, los órganos de la Administración Tributaria no tienen por qué facilitar información ninguna a los Tribunales relativa a contribuyentes en aquellos casos en los que la correspondiente petición del órgano judicial dimana de un procedimiento civil, sea cual sea su clase y la naturaleza de la acción ejercitada.

Ello no significa que se trate de obstaculizar la actuación judicial, sino de llevar hasta sus últimas consecuencias la defensa del derecho a la intimidad del contribuyente, teniendo en cuenta que la recopilación de estos datos por la Administración Tributaria tiene una única y exclusiva finalidad, como lo es la de controlar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los ciudadanos, y que por otro lado los datos puntuales de dicha información que interesa al procedimiento judicial, puede obtenerlos el Tribunal acudiendo a otras vías.»

El ámbito de aplicación del precepto suscita dudas en diversos puntos.

En primer lugar puede discutirse si la referencia a delitos ha de entenderse en un sentido estricto excluyente de las faltas, o en un sentido amplio que abarque también los procedimientos seguidos por infracciones veniales. Las Fiscalías que se detienen en esta cuestión, partiendo de una interpretación lo más abierta posible de la norma, se inclinan por entender que el requerimiento de datos tributarios necesarios para la investigación judicial de una falta ha de ser atendido sin que sea dable ampararse en la norma que se comenta para negar la información solicitada (Fiscalías de Asturias y Orense). Esta conclusión, sin embargo, la considera dudosa el Fiscal de Palencia «dada la diferencia cualitativa de alguna de las infracciones de aquella naturaleza (faltas) que no dejan de ser meras contravenciones administrativas con alcance penal, bien que mínimo. Y en apoyo de la misma tesis podría añadirse la necesidad de limitar los medios y las formas de ataques a derechos individuales cuando la conducta que se trata de castigar tiene la mínima gravedad».

En otro orden de cosas la alusión a «delitos públicos» es claro que deja fuera del ámbito del precepto los delitos privados, es decir aquéllos para cuya persecución se precisa la querrela del ofendido. No es tan nítido, sin embargo, que la investigación de un delito semipúblico no pueda permitir la remisión de los datos tribu-

tarios solicitados. Estas infracciones en la regulación del nuevo Código Penal han visto ampliado su número y complicada su situación procesal en algunos casos al preverse el ejercicio de la acción penal por el Fiscal, lo que les dotaría de un carácter mixto de públicos-semipúblicos. Hay que inclinarse por la interpretación lo más amplia posible en favor de la investigación de delitos y sus repercusiones económicas, tratándose además de supuestos en que especialmente lo necesita: piénsese por ejemplo en el delito de impago de pensiones económicas, cuya persecución exige denuncia previa en el nuevo Código Penal, por cuanto la intervención del Ministerio Fiscal y la irrelevancia del perdón hace que debamos incluirlos entre los delitos públicos. Pero en todo caso la fórmula legal adoptada es insatisfactoria al producir la duda y hubiera sido preferible otro sistema como el de excluir de la excepción a los delitos privados (Fiscalía de Palencia. Idéntica opinión reflejan las Memorias de la Fiscalías de Asturias y Orense). Otros, no obstante, consideran que el precepto ha de ser interpretado restrictivamente dejando fuera de su ámbito a los delitos semipúblicos (Fiscalía de Zamora).

Mucho más polémica es la cuestión de si el precepto impide la remisión de datos requeridos para la formación de las piezas de responsabilidad civil en los procesos por delitos públicos: investigación del patrimonio del imputado o de los terceros responsables civiles para la ulterior ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia e incluso de las penas pecuniarias que pudieran imponerse.

Al parecer, según reflejan las distintas Memorias, la práctica no es totalmente uniforme en todo el territorio nacional. Y de igual modo las opiniones al respecto son variadas.

La Fiscalía de Zamora considera que no es admisible la cesión de datos a esos fines:

«Esta mención explícita a los procesos penales plantea el interrogante de si la exclusión citada alcanzará o no a todas las incidencias derivadas de un proceso penal, y en particular a las actuaciones que recogidas en la pieza separada de responsabilidad civil, derivan de un pronunciamiento condenatorio contenido en una sentencia.

Sin embargo, la actuación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, ha entendido que la cesión de dicha infor-

mación ha de ser absolutamente respetuosa con el tenor del artículo 113.1 de la Ley General Tributaria, y a tal fin, cuando se interesa de tal organismo la remisión de información tributaria, exige previamente el libramiento de certificación expedida por el Secretario del órgano judicial, por medio de la cual se acredite que la información requerida tiene por objeto exclusivamente alguna de las finalidades contempladas en el mencionado artículo.

Este modo de proceder de la Administración Tributaria, es a juicio del autor de esta Memoria plenamente acertado, ya que difícilmente pueden tener cabida en la inteligencia del precepto interpretaciones diferentes, en cuanto que lo único que posibilita la cesión de datos a los tribunales es, con carácter taxativo, la investigación o persecución de delitos públicos; actividades éstas que pueden identificarse con actuaciones preprocesales o procesales respectivamente, pero que no pueden dar cabida a otras diferentes que sean consecuencia de las primeras.

En caso de que el legislador lo hubiera querido así, no hubiera empleado tales términos, sino cualesquiera otros en los que se hiciera referencia genérica a actuaciones en los procesos penales en cuyo ámbito podrían comprenderse tanto los actos de investigación como los dirigidos a dar efectividad a lo definitivamente resuelto.»

La Fiscalía de Burgos, por su parte, razona de forma extensa la posición contraria:

«Esta interpretación puramente literal y restrictiva en la aplicación de dicho artículo puede de hecho entrar en colisión con la regulación del proceso penal que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e incluso se podría pensar que en algunos supuestos conculcaría el principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

En nuestra Ley Procesal, la acción civil *ex delicto* va unida y tiene una tramitación conjunta con la propia acción penal. En el *iter* del proceso penal, la acción civil originada por el delito, aparece en el inicio, en el desarrollo y en la conclusión del mismo.

Desde la perspectiva del Derecho sustantivo, el artículo 19 del actual Código Penal señala como toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, precepto que por su amplitud no se ajusta a la realidad dado que lógicamente puede de hecho originarse una responsabilidad penal que

no conlleva la consiguiente responsabilidad civil, amplitud que corrige el artículo 119 del nuevo Código Penal cuando señala que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él acusados. En todo caso, la víctima del delito está facultada para ejecutar conjuntamente la acción penal y la civil de él derivada o acudir directamente a la Jurisdicción Civil, cuando en el apartado 2 de dicho precepto se indica cómo el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante esta Jurisdicción. Pues bien, ya elija la víctima o perjudicado por el delito la vía de accionar conjuntamente o, en su caso, la de optar por cauces separados, difícilmente podrían quedar satisfechos, en determinados casos, su inequívoco derecho a quedar resarcido de la responsabilidad civil nacida del delito.

En efecto, si opta como es lo normal por el ejercicio conjunto de acción penal y civil, y siguiendo esa interpretación literal del tan citado artículo 113 de la Ley General Tributaria, esta Administración niega al Juez Instructor todo tipo de datos o informes para su unión a la pieza de responsabilidad civil, normalmente el derecho que tiene el perjudicado a quedar resarcido quebraría en no pocas ocasiones, y la misma suerte correría si elige la vía civil, porque nos encontraríamos nuevamente con la negativa a suministrar datos de la Administración Tributaria.

Desde el punto de vista del derecho adjetivo asimismo nos encontramos la conjunción existente entre el ejercicio de la acción penal y la acción civil, como lo demuestran, entre otros, los artículos 100 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De todos estos preceptos se deduce que la acción penal y la acción civil originada por el delito, no pueden considerarse como compartimientos estancos, sino que en el devenir o instrucción de una causa penal ambas acciones tienen de hecho una investigación simultánea con la finalidad de conseguir el doble objetivo del esclarecimiento y concreción del hecho del activo y, como lógica consecuencia, el tratar de indagar las disponibilidades económicas del presunto autor con el fin de dar satisfacción al perjudicado o víctima del delito.

Siguiendo el *iter* del proceso penal, nos volvemos a encontrar con preceptos que demuestran lo que ya hemos expuesto, que la acción civil *ex delicto* normalmente es algo inseparable del propio

ejercicio de la acción penal; así, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer el contenido del sumario concreta ese binomio de acción penal y la acción civil derivada del delito, los artículos 589 y siguientes de la Ley Procesal establecen las pautas para dar efectividad a la responsabilidad civil, concretando los trámites para llevar a cabo las fianzas y los embargos. Que para todo lo relativo a la responsabilidad civil, tenga que tramitarse en pieza separada lo único que significa es que por razones de armonía procesal y para evitar cierto confusiónismo que se podrá originar en la instrucción, es procesalmente más idóneo por el objetivo que pretende que la responsabilidad civil tenga un devenir específico.

Por todo lo expuesto sucintamente, entiendo que aplicar e interpretar literalmente el artículo 113 de la Ley General Tributaria puede suponer el quebranto de uno de los fundamentos del proceso penal, como indudablemente lo es la acción civil nacida de ese delito.

Esa interpretación literal y estricta del artículo 113 de la Ley General Tributaria daría lugar a rozar la inconstitucionalidad de dicho precepto. El artículo 24 de la Constitución consagra el principio de la tutela judicial efectiva, y si, en el supuesto que estamos tratando, se llega a la conclusión de que al perjudicado o víctima del delito se le cercena a través del tan aludido artículo 113 la posibilidad en determinados supuestos de ser resarcidas por los daños originados por el delito, no cabe duda que nos encontraríamos ante una posible falta de la tutela judicial ampliamente consagrada tanto en las leyes sustantivas como a las procesales. En efecto, si se sigue literalmente el artículo 113, ocurre que en aquellos supuestos que al Juez Instructor, que ha incoado una pieza de responsabilidad civil, se le niegan todo tipo de datos o informes por la Administración Tributaria, esa acción civil *ex delicto* quedaría truncada.»

En iguales términos se manifiestan las Fiscalías de Tenerife, La Rioja, León y Orense argumentando esta última que la investigación y persecución de delitos públicos a que se refiere el artículo 113 de la Ley General Tributaria se vería privada de toda eficacia y sentido si no pudiese ejecutarse la pena impuesta.

Fuera de la Jurisdicción Penal en principio parece no ser admisible ninguna excepción, aunque la Fiscalía de Asturias apunta

que las informaciones solicitadas en el marco de los expedientes de justicia gratuita podrían incluirse en el apartado d) del número 1 del artículo 113 y que los requerimientos efectuados en la vía contencioso administrativa en procedimientos seguidos en materia Tributaria también deben admitirse dado que tales datos se utilizarán para su finalidad prioritaria como es la aplicación de los tributos.

Preocupan especialmente a la Fiscalía de Madrid las «infundadas limitaciones probatorias que se generan en el ámbito del Derecho de Familia»:

«La aplicación rigurosa del artículo 113 de la Ley General Tributaria, que hasta ahora viene haciéndose por las Agencias Tributarias, reviste especial trascendencia y preocupación en aquellos pleitos civiles en los que la cuestión litigiosa al referirse a materias de familia, filiación, incapacidad..., afecta a niños, personas incapacitadas y desvalidas, cuya protección se halla encomendada al Ministerio Fiscal.

Descendiendo a casos concretos, piénsese por ejemplo los procedimientos matrimoniales o paramatrimoniales con hijos menores cuyo predominio en los Juzgados de Familia, está muy por encima de los procesos en los que ejercitadas idénticas acciones principales no existen complementarias relativas a menores, es preciso fijar en Sentencia o en su ejecución una pensión mensual para los niños a cargo del progenitor no custodio. El artículo 113 de la Ley General Tributaria, recorta la prueba hasta tal extremo que en muchos de esos supuestos, determinará la imposibilidad de conocer los recursos económicos del alimentante, y por ende, impedirá establecer la pensión con el consiguiente perjuicio al menor.

No se comprende cómo el legislador del nuevo artículo 113 de la Ley General Tributaria ha olvidado el precepto de la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre (art. 11 núm. 2 d)), menos aún se entiende el que al igual que ha establecido excepciones para la cesión de datos en lo referente a la persecución de delitos públicos no haya previsto lo mismo cuanto menos en los litigios de naturaleza evidentemente especial relativos a controversias familiares, filiaciones, alimentos... que en alguna u otra medida, se proyectan sobre menores desvalidos.

El artículo 39 de la Constitución Española, unido:

— al artículo 24 de la Constitución Española, que establece el derecho de las personas, a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales;

— al artículo 27 de la Constitución Española, que reconoce el derecho de los padres a la educación de sus hijos;

— al artículo 40 de la Constitución Española, que determina el derecho y amparo por los poderes públicos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos para el disfrute de los derechos fundamentales del Título I de la Constitución;

— al artículo 50 de la Constitución Española, que garantiza la atención y el bienestar de las personas de la tercera edad;

— al artículo 117-3.º de la Constitución Española, que atribuye a los Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado;

— y al artículo 118 de la Constitución Española, que consagra y de la obligación de cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, en relación con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

— configuran un sistema de principios constitucionales que han de llevar a la reflexión de la reforma inmediata del artículo 113 de la Ley General Tributaria.»

En este ámbito del Derecho de Familia la Fiscalía de Valladolid propone una sugerente vía interpretativa que podría servir de solución a estos problemas:

«Se confunden las esferas de la intimidad personal y de la familiar, ambas distintas y ambas protegidas en el artículo 18.1. de la Constitución Española, y 1.º de la Ley 5/92. Los datos fiscales no están en la esfera de la intimidad personal sino en la esfera de la familiar. Los miembros de la familia, el cónyuge y los hijos, son titulares de estos datos, no terceros respecto ellos.

Esta propuesta necesita unos presupuestos conceptuales todavía no elaborados. Es menester dibujar el contorno de la esfera de la intimidad familiar. Para incluir en ella no sólo a la familia conviviente sino también a la separada. Desde luego en cuanto a padre no custodio e hijos. También respecto a cónyuges afectados

por medidas provisionalísimas o provisionales. E incluso a cónyuges separados o divorciados, al menos mientras subsista pensión compensatoria.

De aceptarse que los datos fiscales están en la esfera de la intimidad familiar, y que, por tanto, los miembros de la familia no son terceros respecto a ellos, sino titulares, la consecuencia será que tienen derecho de acceso a los mismos.

O sea, en estos casos es erróneo mantener que como regla general la Agencia Estatal de la Administración Tributaria no debe ceder datos a hijos y cónyuge del titular, aunque sí haya de hacerlo por excepción. Pues la regla general es que ha de cederlos porque el «titular» de los datos es la familia.

De aceptarse este modo de ver las cosas, el artículo 113 de la Ley General Tributaria sería inconstitucional, interpretado como lo está siendo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria: colocando los datos fiscales en la esfera de la intimidad personal del padre no custodio, y no en la familiar. «Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones» no «tienen carácter reservado» para los miembros de la familia, éstos no son «terceros» respecto a tales datos.

También, de admitirse este punto de vista, se evitarían muchas denuncias por impago de pensiones, presentadas con el fin único de que al Juez de Instrucción, en averiguación de un delito público, no le sean negados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria los datos del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas del deudor de los alimentos. O sea, se evitaría la utilización fraudulenta del proceso penal.

Conviene, por fin, abrir un gran paréntesis para aceptar a los solos efectos dialécticos que los datos fiscales estuvieran en la esfera de la intimidad personal del padre no custodio.

En muchos procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el convenio regulador establece que la pauta de actualización de la pensión alimenticia sean las variaciones de los ingresos del deudor. Pues bien, al pactarlo así, este deudor está otorgando un consentimiento implícito para que los hijos (o su representante legal, o el Fiscal) tengan acceso a sus datos fiscales «personales». Porque ha querido que la pauta de actualización sea la variación de sus ingresos y no la del IPC, o cualquier otra. Ha autolimitado la esfera de su intimidad personal (art. 6 L 5/95).»

En cualquier caso resulta evidente que el precepto genera un semillero de problemas que ya han dado lugar a diversas incidencias que ponen de manifiesto algunas Fiscalías. Así en Vitoria la Diputación Foral de Alava ha planteado conflicto de Jurisdicción a la Audiencia Provincial ante su requerimiento para la aportación de determinados datos tributarios a un procedimiento civil. En Madrid el camino ha sido el inverso y un Juzgado de Primera Instancia inició los trámites para promover tal conflicto de jurisdicción ante la negativa de la Administración Tributaria, cobijándose en el precepto comentado, para aportar los datos requeridos. Por su parte y a requerimiento de la Junta de Jueces la Juez Decano de Madrid solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a tal precepto, pues «es un obstáculo legal insalvable para el ejercicio de la jurisdicción», pues «en la ejecución de las sentencias penales, laborales o civiles existe prácticamente en su totalidad un desplazamiento patrimonial que es imposible efectuar, si no se tienen conocimientos puntuales de las situaciones patrimoniales de las personas sobre las que recae la obligación de pago».

El Defensor del Pueblo no interpuso el recurso aunque sí elaboraría una recomendación instando a la interpretación uniforme por parte de la Administración Tributaria del artículo 113.1 a) de la Ley General Tributaria, y subrayando la necesidad de una interpretación favorable a la colaboración con la Administración de Justicia cuando se trata de procedimientos como los relativos al Derecho de familia en que existen unos intereses especialmente dignos de protección (menores).

En definitiva son muchas las Fiscalías que en sus Memorias critican abiertamente el precepto y propugnan su reforma inmediata, una interpretación que no pueda suponer de ninguna forma una limitación al deber de colaboración con la Administración de Justicia o su declaración de inconstitucionalidad:

Así en la Memoria de la Fiscalía de Tarragona se puede leer:

«Dicha restricción de publicidad no es predicable frente a los órganos jurisdiccionales, respecto de los que existe el genérico deber de colaboración establecido en el artículo 118 de la Constitución y en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las limitaciones establecidas legalmente.

En este sentido, el artículo 113.1 a) de la Ley General Tributaria no establece limitación alguna a las facultades del Juez en orden al acceso a los datos y registros de la Administración Tributaria, si bien desde luego el Juez se ve vinculado en la aplicación de la ley por esta norma y por las demás normas que componen el ordenamiento jurídico.

Ello nos permite avanzar una primera conclusión: el Juez, en cada caso, será quien deberá determinar, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, si el dato que requiere de la Administración está restringido legalmente, de tal manera que dicha facultad no está atribuida a la Administración Tributaria como se pretende ahora, quien únicamente debe limitarse al estricto cumplimiento de la orden judicial en virtud del genérico deber de colaboración establecido constitucionalmente.

Abundando aún más en esta línea, deben aportarse nuevos argumentos que impiden a la Administración omitir el deber de colaboración judicial:

a) La propia configuración constitucional del ejercicio de la jurisdicción y la posición de garante del Juez en el ámbito de los derechos fundamentales; ello supone que es a la autoridad judicial a quien, en el ejercicio de su jurisdicción compete el examen de la regularidad legal de los datos recabados, siendo improcedente que la Administración Tributaria, a modo de instancia revisoria, otorgue o deniegue los datos solicitados por la autoridad judicial, haciendo una especie de examen de la orden judicial.

b) La manifiesta improcedencia de la inclusión de la autoridad judicial en el concepto de “terceros” empleado en el precepto; por una parte, como ya se ha señalado, la restricción de publicidad es una cuestión reiterada en nuestro Derecho, empleándose tradicionalmente esta fórmula, lo cual en ningún caso se ha venido interpretando como límite al acceso de la autoridad judicial a los datos sometidos a publicidad restringida; y, por otra parte, ello llevaría a equiparar, en lo que se refiere al acceso a los datos tributarios, al poder judicial con otros colaboradores de la Administración de Justicia tales como la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal. Resulta significativo, en este sentido, la equiparación realizada en el informe del Abogado del Estado entre el Ministerio Fiscal y el órgano jurisdiccional que no puede sostenerse con una mínima ló-

gica jurídica, careciendo como carece el Ministerio Fiscal de facultades jurisdiccionales.

c) La distinción proceso penal-proceso civil a efectos de colaborar con la autoridad judicial deviene improcedente, desde el momento que la mayor parte de los datos que se solicitan en el proceso civil sirven para determinar el derecho a justicia gratuita, donde están comprometidos los recursos públicos, en este sentido, el propio precepto excluye esta materia de la restricción de publicidad.

d) Por otro lado, la orden judicial dimanante del proceso civil tampoco está sujeta al principio dispositivo, sino que es el Juez quien acuerda la pertinencia de los medios de prueba propuesto en relación al objeto del proceso y a la necesidad para dictar sentencia.

e) Por último, sin que por ello se agoten todos los argumentos, el cumplimiento de la orden judicial exime en cualquier caso al funcionario exhortado de cualquier responsabilidad sobre la facilitación de los datos, por lo cual no puede esgrimirse una eventual responsabilidad para denegar la información.»

«La actual situación jurídica —se comenta en la Memoria de la Fiscalía de Murcia (Fiscal señor Alcázar Vieyra de Abreu), viene a instalar en sede judicial con especial virulencia, el problema de la efectividad de las resoluciones judiciales en materia civil, laboral e incluso penal (ejecutorias de Juicios de Faltas), al quedar sesgada la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, por la imposibilidad de obtención de unos datos por parte de quien efectivamente los dispone en mayor número, por la “generosidad” con que la propia Ley General Tributaria en otros preceptos, como los actuales artículos 111 y 112, regula el deber de información con la Administración Tributaria.

Cabría, pues, plantearse si existen soluciones intermedias que permitan a la jurisdicción no penal, o al Ministerio Fiscal, en los asuntos de su competencia de carácter civil o laboral, obtener los datos necesarios, velando en cualquier caso porque su difusión no trascendiese más allá de los límites del proceso y sus partes, conciliándose de este modo el *derecho a la intimidad* y el *derecho a la tutela judicial efectiva*, que gozan de igual rango jurídico.»

Muy crítica es igualmente la Fiscalía de León (Fiscal señor Fernández Rodríguez) solicitando la reforma del precepto:

«La situación surgida no puede por menos que calificarse de sorprendente y paradójica y sus consecuencias de sumamente perturbadoras para la correcta Administración de Justicia.

Es sorprendente que pueda consagrarse legislativamente no sólo la no colaboración, sino hasta la imposibilidad de colaboración (con sanciones expresas al infractor de tipo civil, penal y disciplinario incluidas) entre dos Administraciones Públicas, singularmente cuando una de ellas es la Administración de Justicia.

Es paradójico que el artículo 112 de la Ley General Tributaria (también afectado por la reforma, aunque en este punto nada sustancial cambio) establezca una obligación general de todo tipo de Autoridades, mencionándose expresamente en su apartado 3 a los Juzgados y Tribunales, de suministrar a la Administración Tributaria “cuantos datos y antecedentes con trascendencia tributaria ésta recabe...” y luego se pongan cortapisas, sin justificación, a la recíproca ayuda que la citada Administración pudiera prestar a los Tribunales. Y mucho más paradójico si cabe que, frente a la preocupación, cada vez más sentida, de dispensar una efectiva protección a la víctima del delito con relación a las consecuencias de todo orden de éste (de la que es expresión, por ejemplo, la reciente Ley Orgánica 35/95, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual) o a los menores e incapaces (aquí se puede citar la también próxima Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ya en vigor), puede haber otros sectores del ordenamiento jurídico que propicien su más absoluta desprotección por afectar a lo que sin duda es esencial, la posibilidad o no de obtener los recursos económicos que les pertenecen.

Y es que las consecuencias del nuevo régimen del artículo 113 de la Ley General Tributaria no pueden ser más penosas en los distintos procesos: En el penal porque sin satisfacción de las responsabilidades civiles no puede decirse que el proceso haya cumplido su objetivo de restablecer el orden perturbado por el delito. Piensese, además, en que el sistema de los días-multa introducido por el nuevo Código Penal (art. 50.5) exigirá conocer con la mayor precisión “la situación económica del reo” para determinar concretamente tal pena y que la misma pueda imponerse en sustitución de penas privativas de libertad que no excedan de un año y excepcionalmente de dos o de la pena de arresto de fines de se-

mana (art. 88). En el proceso civil, porque ante el impago de pensiones alimenticias sólo podrá acudir a la vía penal, con merma del principio de intervención mínima, y, en todo caso, dilatando en el tiempo la satisfacción de algo perentorio que podría obtenerse con tan sólo una orden de retención de salarios o de saldos de cuentas corrientes.

Ante esta situación cabe plantearse qué posibilidades ofrece el ordenamiento jurídico a los Tribunales para imponer a la Administración Tributaria la colaboración que se les niega. Creo sinceramente que, por extraño que parezca ninguna, o ninguna clara.

Ello es así porque si bien los artículos 118 de la Constitución y 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen la obligación general de prestar “la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y la ejecución de lo resuelto”, este último precepto especifica que “con las excepciones que establezcan la Constitución y las Leyes” y excepción es, sin duda, la que prevé la Ley General Tributaria, por más que no se acierte a comprender su fundamento. Quizá el único argumento para rechazar tal excepción sería que el artículo 11 de la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de superior rango normativo que la Ley General Tributaria, no prevé limitaciones a la cesión de datos automatizados sin consentimiento del afectado, “al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas”. Pero no parece imposible que tales limitaciones se puedan imponer en leyes ordinarias, máxime cuando redundan en una mayor protección de la intimidad personal.

La solución al problema planteado, estimo, puede ser la siguiente: Como primera medida se impone que por las autoridades del Ministerio de Hacienda se adopte una interpretación del repetido precepto que haga posible que, a lo largo de todo el proceso penal, incluida la ejecución de sentencias, se pueda comunicar a los Tribunales los datos obtenidos por aquéllas. Bastará para ello entender, que en el término “persecución de delitos públicos” puede caber cualquier actuación relacionada con la comisión y producida en el proceso penal que, no se olvide, sólo concluye con el archivo definitivo.

Pero con relación a otro tipo de procesos no encontramos otra medida posible que la modificación legislativa urgente del menta-

do artículo, en la línea de obligada cooperación con la Administración de Justicia que se propone, que permita vencer los obstáculos que actualmente se presentan y a los que sin duda es ajena la propia voluntad y convencimiento de los funcionarios correspondientes.»

Por fin, las observaciones recogidas en las Memorias de las Fiscalías de Huelva y Tenerife se refieren a la posible inconstitucionalidad del precepto:

«En cualquier caso, la reforma del artículo 113 de la Ley General Tributaria, objeto de comentario, viene a suponer de hecho un recorte en el deber de colaboración de la Administración Tributaria con los Jueces y Tribunales en los términos que ordenan los artículos 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 118 de la Constitución Española. Pero con ser esto grave, más lo es el hecho de una ley ordinaria —y la Ley General Tributaria lo es— proceda a cercenar el ámbito del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, por lo que se da la paradoja que lo que permite una ley orgánica lo impide una ley ordinaria.

En nuestra opinión, lo dicho anteriormente evidencia que el legislador ordinario acota un terreno que sólo corresponde al legislador orgánico, a tenor del artículo 81 de la Constitución Española, incurriendo probablemente en un vicio de inconstitucionalidad» (Huelva).

«El artículo 113 de la Ley General Tributaria sólo ha establecido la excepción a la reserva de datos para la persecución de delitos públicos. Por consiguiente el núcleo del problema está en determinar no una propia cuestión de Jerarquía Normativa respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (u otra procedimental semejante) respecto a los poderes del Juez en la ejecución y también en la práctica de las pruebas que haya admitido, sino que es una cuestión de *prevalencia* o no de la Ley General Tributaria respecto de otras Leyes Procesales con las que entra en confrontación.

Nos parece que éste es un supuesto claro en el que es de aplicación el *Principio de Función* que han estudiado y elaborado determinados constitucionalistas, para resolver cuestiones como la

presente en la que una ley de carácter Tributario limita o excluye la autonomía de los poderes de los Organos Jurisdiccionales.

Entre las funciones de la Ley General Tributaria están las de regular las competencias propias de la Administración Tributaria, pero no puede regular negativamente (excluyéndolas o limitándolas) las competencias exclusivas atribuidas a los Jueces y Tribunales por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y por las restantes leyes que integran el Ordenamiento Procesal de la nación.

La consecuencia de tal interpretación, extraída del Principio de Función, es que la Ley General Tributaria no puede tener ninguna prevalencia ni incidencia negativa sobre los Organos Jurisdiccionales, de suerte que éstos no habrán de hacer aplicación de la misma (art. 6 de la LOPJ). Aunque a la primera oportunidad habrán de plantear la Cuestión de *Inconstitucionalidad* del artículo 113 de la Ley General Tributaria en lo que afecta a la Jurisdicción Civil, Social y Contencioso-Administrativa.

Pero existen además otros argumentos por razón de los cuales no puede darse ninguna prevalencia a la Ley General Tributaria respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (u otras semejantes) y estas nuevas razones son aún de mayor consistencia.

El artículo 117.3 de la Constitución establece el imperio de la potestad Jurisdiccional *en todo tipo de procesos*, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Aún más concretamente y para la presente cuestión, el artículo 118 de la Constitución establece que *es obligado* cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la *colaboración requerida* por éstos en el curso del proceso y *en la ejecución de lo resuelto*.

Completando esta argumentación digamos que el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expresa que no solamente han de tenerse presentes los preceptos constitucionales, pues han de contemplarse de igual modo las leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para *delimitar las competencias*. Continúa en su punto 2 ese artículo 28 con la referencia a la inconstitucionalidad de la ley que implique modificaciones o derogación de una ley aprobada con el carácter de Orgánica, cualquiera que sea su contenido. Tal es el caso del artículo 113 de la Ley General Tributaria con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece el ejercicio de la Potestad Jurisdiccional como trasunto del artículo 117.3 de la Constitución» (Tenerife).

## 6. EXTRANJEROS

La Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, sigue suscitando, pese a sus diez años de vigencia, numerosas cuestiones que explican la conveniencia de que las distintas Fiscalías dediquen a esta materia un capítulo en sus respectivas Memorias, pese a que es cierto que el tema de la inmigración tiene una desigual incidencia en los distintos territorios y provincias.

En algunos de ellos como son los de Madrid, Cataluña, Canarias y Andalucía, ha sido de vital importancia el dar un nuevo impulso a los Servicios de Extranjería de las distintas Fiscalías, normalmente traducido en la elaboración de criterios unitarios de actuación jurídica y práctica, así como de organización interna, siempre sobre la base y en aplicación de la Instrucción de esta Fiscalía General del Estado 6/91, de las Consultas 5/87 y 2/90, y de la Circular 1/94, relativas todas a la materia en cuestión. En algunas Fiscalías, como es la de Canarias (existía ya en las de Madrid y Barcelona) se ha elaborado un fichero informático en el que, de forma individualizada, se recogen los datos relativos a cada uno de los extranjeros incurso en alguna causa de expulsión del territorio nacional y cuyo internamiento es solicitado por la Autoridad Gubernativa al Juez de Instrucción competente; datos que proceden del propio expediente de expulsión elaborado por la Delegación del Gobierno y de los Juzgados de Instrucción de la provincia.

Puede decirse en general que los Servicios de Extranjería de las Fiscalías en que funcionan vienen incidiendo al menos relativamente en la elaboración de unos criterios mínimos de actuación por parte de los Jueces de Instrucción de los respectivos territorios especialmente a la hora de establecer los parámetros a tener en cuenta para acordar o no el internamiento del extranjero sujeto a expulsión, pese a la elevada discrecionalidad judicial sobre tal medida.

Ha de mencionarse también que la existencia y funcionamiento activo y especializado de tales Servicios en Fiscalía, fomenta y facilita las relaciones con las autoridades gubernativas, especialmente con el Grupo Operativo de Extranjeros (GOE) del Cuerpo Nacional de Policía y los responsables de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

En este punto, y como en años anteriores, son muchas las Fiscalías que ponen de relieve las deficiencias e incoherencias, cuando no claras omisiones de la citada Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, sobre todo respecto de los internamientos de los extranjeros encartados en procedimientos penales por delitos menos graves.

Algunos de tales problemas han sido mencionados en Memorias de años pasados. Las distintas Fiscalías han querido dar a algunos de ellos la mejor solución posible a la vista de la normativa existente, y atendiendo tanto a la efectividad práctica como a los intereses en juego: los de la Administración y los del extranjero, entre los que se sitúa el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, con sujeción al principio de imparcialidad y al artículo 124 de la Constitución Española.

En este orden de cosas, la Fiscalía de Canarias apunta una serie de cuestiones que parece oportuno transcribir:

1.º Parece posible proceder al internamiento del extranjero aunque no haya culminado el expediente de expulsión con el correspondiente Decreto. Ello se deducía claramente de lo dispuesto en el párrafo 1.º del apartado segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica de Extranjería y ha venido a ser corroborado por el artículo 108, apartado 1, *in fine*, del nuevo Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. Efectivamente, en este precepto se establece como una de las finalidades del internamiento la de «asegurar la sustanciación del expediente administrativo», lo que implica que cabe el internamiento cuando el expediente no está todavía culminado por un Decreto sino que se encuentra en tramitación. Por tanto, es posible el internamiento sin Decreto de expulsión, aunque éste es necesario en todo caso para llevar a cabo aquélla ulteriormente.

2.º Otra cuestión debatida, respecto de la cual la Ley Orgánica de Extranjería no hace pronunciamiento alguno, es el del procedimiento aplicable a las actuaciones judiciales relativas al internamiento de extranjeros. La eterna discusión es si se deben incoar diligencias previas o si por el contrario basta con unas diligencias indeterminadas. La cuestión no es baladí, puesto que de ella puede depender la resolución de problemas como los de los recursos, cuestiones de competencia, y otros.

En favor de la tesis de las diligencias previas se argumenta que precisamente con la incoación de este procedimiento y la aplicación por tanto de las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se resuelven los problemas anteriormente citados, aparte de que al estar el procedimiento perfectamente regulado, ofrece más garantías para el propio extranjero. Además, y desde el punto de vista de la Fiscalía, la incoación de las diligencias previas permite tener conocimiento de la resolución del Juez en esta materia, y someterla al adecuado control de los recursos, porque el procedimiento, más tarde o más temprano, ha de pasar por nuestras oficinas para el correspondiente «visto» (art. 789, 5, regla cuarta, párrafo 2.º, *in fine*, LECr.).

Sin embargo, esta tesis cuenta con una objeción esencial, y es que técnicamente no cabe la incoación de diligencias previas, y por tanto de un procedimiento penal, cuando desde el inicio se sabe que los hechos a investigar no son constitutivos de delito, ya que en estos casos la solución legal no puede ser otra que la prevista en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que a pesar de que el extranjero haya sido detenido, esta detención, que posibilita la ley, no se ha producido por haber incurrido el extranjero en un hecho constitutivo de delito, sino por incurrir en alguna de las causas de expulsión que la Ley Orgánica de Extranjería ha previsto además como de detención.

Precisamente esta circunstancia de que el extranjero no haya cometido un hecho constitutivo de delito es la que motiva a algunos a estimar que es perfectamente posible que estas actuaciones judiciales relativas al internamiento de extranjeros se documenten a través de diligencias indeterminadas. Esto conlleva, al menos en nuestro territorio, y dejando a un lado otras consideraciones, que Fiscalía tenga que estar pendiente de la «buena fe» del Juzgado de turno a la hora de remitirnos los autos de internamiento —para realizar el adecuado control no sólo de la decisión adoptada sino incluso del plazo de internamiento acordado—, ya que legalmente no existiría obligación de comunicarnos los autos en esos casos.

Por todo lo expuesto anteriormente, parece ser, entendemos que la solución que más ventajas ofrece para todas las partes implicadas (Administración, Juez, Fiscalía, extranjero) es la de la incoación de diligencias previas, si bien no podemos dejar de reconocer que es una solución insatisfactoria desde el punto de vista

técnico-jurídico, creemos que es la más garantista para el propio extranjero, la más segura jurídicamente hablando, la más prudente mientras no se regule en la Ley Orgánica de Extranjería un procedimiento específico para estos casos, la que permite resolver problemas como los de los recursos aplicables contra las decisiones del Juez, cuestiones de competencia, etc., y la que permite que Fiscalía tenga un adecuado control de esta materia.

Pues bien, si el Juzgado incoa diligencias previas para tramitar estas actuaciones, no encontramos ningún impedimento para la aplicación de las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de recursos contra las decisiones judiciales que se adopten. Y así, entendemos que contra el auto del Juez de Instrucción resolviendo sobre el internamiento caben los recursos de reforma y queja (art. 787.1 de la LECr.), teniendo en cuenta que no se trata de decisiones irrecurribles, aunque nada diga la Ley Orgánica de Extranjería al respecto, por cuanto ello supondría para el propio extranjero y para las demás partes implicadas la ausencia de un proceso con todas las garantías (entre las que se incluye la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales, incluso ante un órgano superior, art. 24.2 de la CE y Jurisprudencia del TC) y la quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), sobre todo en una materia como ésta en la que se está decidiendo sobre la libertad o no de una persona. La cuestión es más discutible en el caso de que se hayan incoado diligencias indeterminadas, entendiendo que en todo caso cabría el recurso de reforma (art. 787.1; y también los arts. 211, 216, 217 y 219 de la LECr.), sin perjuicio de la aplicación analógica del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el recurso de queja, como apunta el Fiscal Luis Navajas en su trabajo: «*La detención e internamiento de súbditos extranjeros*» (Estudios del Ministerio Fiscal, núm. III-1995, pág. 86).

3.º No cabe el internamiento del extranjero en caso de «devolución». La «devolución» del extranjero viene regulada en los artículos 36.2 de la Ley Orgánica de Extranjería y 85 del Reglamento vigente (aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo), así como en el artículo 123 del nuevo Reglamento. Se trata de una figura similar en la práctica a la expulsión, pero de naturaleza y requisitos diferentes, como se deduce de la redacción del artículo 20 de la Ley Orgánica de Extranjería, el cual distingue

dentro de lo que son salidas del territorio nacional entre las voluntarias y las obligatorias, y dentro de éstas, entre los supuestos de expulsión y de devolución.

Todo Decreto de Expulsión lleva aparejada una prohibición de entrada en el territorio español por un «período mínimo de tres años» (art. 36.1 de la LOE). Si el extranjero incumple esa orden, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudiera incurrir, se produce la causa de devolución más común y frecuente (la otra es la de entrada ilegal en el territorio nacional, considerándose ilegal a la no realizada cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 11 de la LOE. Ejemplo: las tristemente famosas «pateras»). En esos casos no es necesario instruir expediente de expulsión (art. 36.2 de la LOE), y la devolución se lleva a cabo materialmente, según remisión del artículo 85.5 del Reglamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 89 del mismo.

Pues bien, con la normativa existente en la actualidad se puede llegar a la conclusión de que no cabe el internamiento en los supuestos de devolución. Así lo pusimos de manifiesto en la comunicación interna de esta Fiscalía (ya mencionada al inicio de este escrito) y así lo hemos defendido allí donde nos ha sido posible.

Efectivamente, el artículo 89 del Reglamento vigente no se refiere en absoluto (no podía hacerlo, dado su rango normativo) a la posibilidad de internamiento en caso de devolución, y la única referencia a esta medida (art. 89 d) es para decir que en caso de que el extranjero esté internado, «de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio... [es decir, por una de las causas de expulsión, no de devolución, previstas en los apartados a), c) o f) del art. 26.1 de la LOE], «deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento a efectos de poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida».

Es decir, la Ley Orgánica de Extranjería no establece en ningún caso (entiéndase arts. 26 y 36) la posibilidad de acordar el internamiento en caso de devolución, sino sólo en caso de expulsión, y aún en este caso, únicamente, por algunas de las varias causas de expulsión que la propia Ley Orgánica de Extranjería prevé.

Por otro lado, y aunque la devolución se lleve a cabo materialmente de la misma forma que la expulsión, ello no supone sin más

que quepa el internamiento. La referencia que a éste se contiene en el artículo 89 del Reglamento, tiene su fundamento en que este artículo está previsto para regular la ejecución práctica de la expulsión, no la devolución, aunque para llevar a efecto ésta, el propio texto se remita a aquélla. Entendemos que dicha remisión lo es a los solos efectos de describir el mecanismo de salida del extranjero del territorio nacional, pero en ningún caso puede suponer la posibilidad de acordar el internamiento, medida que implica la privación de libertad de una persona, y que como tal ha de ser establecida por medio de Ley Orgánica (art. 81.1 de la CE), cosa que la Ley Orgánica de Extranjería no hace.

Creemos que esta interpretación, además de estar formalmente ajustada a Derecho, es la más garantista para el propio extranjero, y la más acorde con la aplicación práctica del principio *favor libertatis* que ha de presidir esta materia (STC 115/1987, por remisión a la de 12 de marzo de 1987).

No obstante, no podemos desconocer que no es una cuestión pacífica y que se han suscitado dudas interpretativas en este punto, ya que se podría entender que el hecho de que no pudiera decretarse el internamiento en caso de devolución prima al extranjero que entra ilegalmente, en detrimento del extranjero que entra legalmente y que con posterioridad se coloca en situación de ilegalidad, lo que parece chocar con el sentido común.

En la actualidad, y con la entrada en vigor del nuevo Reglamento, ya no podrán plantearse más dudas al respecto, puesto que el artículo 123, en su apartado 4, es claro en el sentido de no permitir el internamiento de los extranjeros en caso de devolución.

Con ello, no deben surgir problemas como los que se exponen en el trabajo de los Fiscales de Jaén, Mercedes Heredia Puente y Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz, titulado: «Las privaciones de libertad en el campo de la extranjería», y publicado en la revista jurídica *La Ley*, número 3.960, en el sentido de que se han llegado a producir internamientos en casos de devolución sin contar con la preceptiva autorización judicial (lo que a nuestro juicio es extremadamente grave, sin que se hayan detectado tales casos en esta Comunidad), ya que ni siquiera con esa autorización cabe el internamiento.

4.º Por lo que se refiere al lugar de internamiento, la mayoría de los centros se encuentran en condiciones materiales muy peno-

sas, aunque no faltan excepciones. No obstante, quizá el principal problema con el que se enfrenta sea el no contar con un Reglamento de régimen interior que regule la vida dentro de los centros.

5.<sup>a</sup> En lo referente a las autorizaciones de expulsión de extranjeros encartados en procedimientos penales por delitos menos graves, hay que hacer las siguientes consideraciones:

— De un estudio sistemático de la Ley Orgánica de Extranjería y de todas las posibilidades de salidas obligatorias que la misma establece así como la Ley de Enjuiciamiento de Criminal se deduce que cabe la autorización de expulsión del extranjero en cualquier momento entre la imputación del delito menos grave y el comienzo de la celebración del juicio oral, y luego mientras se sustancia el posible recurso contra la sentencia recaída en primera o única instancia, con las siguientes precisiones:

a) Antes del inicio del procedimiento o entre el mismo y el momento de la imputación, no cabe la autorización (ni la emisión de informe del Fiscal), puesto que no se dará uno de los supuestos previstos en el artículo 21.2, párrafo 1.º, de la Ley Orgánica de Extranjería (no hay extranjero encartado o imputado).

b) Si en el momento en que se solicita la autorización por parte de la Administración, el procedimiento ha sido ya sobreseído, libre o provisionalmente, no cabe tampoco la autorización, puesto que sencillamente habrá de considerarse que no existe causa pendiente respecto del extranjero (en ese sentido, la LECr. prevé que se dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas —790.3; 541.3—, señal inequívoca de que el procedimiento está finalizado, puesto que ya no hay persona o bienes que garantizar).

c) Una vez iniciado el juicio oral, no cabe procesalmente otra salida que la de dictar sentencia, como se deduce de lo dispuesto en varios apartados del artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 744, también de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La excepción vendría dada por la suspensión del juicio por un tiempo superior a 30 días (art. 793.4 de la LECr.), o en el supuesto previsto en el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuyo caso no tendría eficacia ya celebrado y sería necesario un nuevo juicio con nuevo señalamiento. En ese caso, cabe la autorización de expulsión mientras no comiencen las sesiones del nuevo juicio señalado.

d) Si la sentencia es recurrida (en apelación ante la Audiencia Provincial o en casación ante el Tribunal Supremo), y mientras se sustancia el recurso, sí cabe la autorización para la expulsión, entendiéndose que el recurso es un trámite más del procedimiento que impide la declaración de la firmeza de la sentencia y por tanto la finalización del proceso, siendo entonces competente para la autorización del órgano judicial que esté conociendo del recurso.

e) Una vez firme la sentencia, nos encontramos en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 21 de la Ley Orgánica de Extranjería, que es sustancialmente distinto al que ahora estudiamos.

— Iniciado un procedimiento por los trámites del proceso ordinario, no cabe la autorización de expulsión hasta que no se haya decretado la transformación a procedimiento abreviado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y dicha decisión se haya comunicado a las partes y al imputado y adquiera firmeza.

— Una de las cuestiones más discutidas ha sido la de si es necesario que medie escrito de acusación del Ministerio Fiscal para que se pueda autorizar la expulsión del extranjero.

La Consulta 2/1990, de 10 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, parte de esa premisa, y lo hace sobre la base del argumento según el cual sin escrito de acusación no hay concreción del delito imputado y del órgano competente para su enjuiciamiento, con lo cual hasta ese momento no se sabrá si se da uno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica de Extranjería para conceder la autorización para la expulsión (que el delito imputado al extranjero sea de los que no tenga señalada pena superior a prisión menor).

Pues bien, con ser ello cierto desde un punto de vista teórico, entendemos no obstante que en la práctica es perfectamente posible concretar el delito investigado, y por tanto, la pena señalada y el órgano competente para su enjuiciamiento, aun antes de que se formule escrito de acusación. Al menos, eso es lo que observamos en la práctica. Muchas veces, de la simple lectura del atestado policial ya podemos deducir cuál será en definitiva nuestro escrito de acusación.

Pero además, y siguiendo hasta sus últimas consecuencias el argumento dado por la Fiscalía General del Estado en la Consulta

citada, en puridad no cabría la autorización sino hasta el trámite previsto en los artículos 732 ó 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, hasta la formulación de las conclusiones definitivas, con el juicio oral a punto de finalizar y pendiente, prácticamente, de la sentencia. Con ello, no cabría la autorización de la expulsión durante la sustanciación del procedimiento, sino en un momento posterior (precisamente el previsto en el art. 21.2, párrafo 2.º de la LOE, sustancialmente distinto), lo que implicaría dejar inoperante el artículo 21.2, párrafo 1.º de la Ley Orgánica de Extranjería, y entendemos que no podemos interpretar un precepto de manera que en la práctica resulta ineficaz.

Por ello, creemos que cabe la autorización para la expulsión de extranjeros encartados en procedimientos penales aun cuando no se haya formulado escrito de acusación, sin perjuicio de que las decisiones que se tomen en cada caso se hagan ponderando todos los elementos en juego y con la máxima prudencia.

— La decisión del Juez competente es recurrible. La Ley Orgánica de Extranjería no lo ha previsto expresamente, pero tampoco lo excluye, y el impedirlo podría ser contrario al derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Tratándose de delitos menos graves, en el sentido atribuido a esta expresión por la propia Ley Orgánica de Extranjería, el procedimiento aplicable será el Abreviado (art. 779 de la LECr.), y el régimen de recursos, por tanto, será el general de reforma y queja previsto en el artículo 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

— ¿En qué estado procesal queda el procedimiento una vez se autorice y se lleve a cabo efectivamente la expulsión del extranjero?

La cuestión ha de resolverse en función del momento procesal en que se solicite la autorización y ésta se acuerde, y así:

a) Antes de que se decrete la apertura de juicio oral, el procedimiento queda en situación de sobreseimiento provisional (siempre que la expulsión se materialice efectivamente, el extranjero no vuelva a territorio español, y hasta que prescriba el hecho). Creemos que el sobreseimiento correspondiente es el previsto en el artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entendiendo que no hay ya «motivos suficientes para acusar» al

extranjero, puesto que éste no se encuentra a disposición de los Tribunales españoles.

b) Una vez decretada la apertura de juicio oral, no existe en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una figura similar a la del sobreseimiento provisional, por lo que entendemos que la solución ha de ser analógica a la prevista en el art. 791.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 841 del mismo cuerpo legal, es decir, «suspensión del juicio oral con archivo de los autos».

En ambos casos, otra posibilidad sería dictar un auto atípico de «archivo provisional» de las actuaciones, fundamentado en la propia Ley Orgánica de Extranjería.

— En el caso de que el extranjero vuelva a territorio nacional antes de que transcurra el plazo de prescripción del delito imputado, el procedimiento habrá de continuar respecto de él, sin perjuicio del resto de consecuencias que se deriven de ese hecho (responsabilidades penales, posibilidad de devolución, etc.), que quedarán supeditadas a la resolución del proceso penal pendiente.

— En estos supuestos, es necesaria y preceptiva, aunque no vinculante, la previa audiencia del Fiscal. No dice la Ley Orgánica de Extranjería que se deba conceder audiencia a las otras partes personadas, en su caso, en el procedimiento, por lo que no será necesaria la misma, ya que pudiendo haberlo señalado, la Ley Orgánica de Extranjería no lo ha previsto expresamente. Por esa razón, consideramos que la ley no ha configurado esta audiencia como un trámite procesal más de una parte personada en el procedimiento, sino como un informe preceptivo de la institución que constitucional y legalmente tiene asignada la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, y cuyo papel, especialmente en el proceso penal, es de una importancia extraordinaria.

No obstante, los derechos de los perjudicados podrán ser tenidos en cuenta a la hora de fundamentar nuestro informe, como uno más de los parámetros o intereses a valorar, en consonancia con lo apuntado por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su trabajo recogido en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994, págs. 100 y siguientes.

Se podrían seguir analizando aquí algunos otros problemas de los numerosísimos que plantea la Ley Orgánica de Extranjería, y algunos de ellos con mucha más profundidad, pero entendemos que basta la muestra que hemos realizado para poner de manifies-

to, una vez más, la necesidad de una modificación de las leyes que regulan esta materia, no sólo la Ley Orgánica de Extranjería, sino los reglamentos desarrolladores y las normas concordantes, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, apunta la Fiscalía de Canarias que a los numerosos problemas técnicos que plantea la Ley Orgánica de Extranjería se añade la escasa efectividad práctica de la Ley Orgánica de Extranjería a la hora de proceder materialmente a la expulsión de los extranjeros ilegales. Se puede decir que sólo una pequeña parte de los extranjeros sobre los que se ha realizado alguna actuación por el Grupo Operativo de Extranjeros del Cuerpo Nacional de Policía es materialmente expulsado. Las razones pueden ser múltiples: la falta de documentación del extranjero (la Policía no cuenta muchas veces con la necesaria colaboración del Consulado del país respectivo); la falta de conexiones aéreas con el país de origen del extranjero a expulsar, la propia negativa —material y por la fuerza— de éste a ser expulsado (planteando problemas serios en los vuelos, que motivan que los comandantes de las aeronaves no permitan la realización del trayecto al extranjero y a la escolta policial); la negativa de los países de origen a recibir al extranjero, sobre la base de una deficiente identificación; etc. No obstante, el trabajo continúa, a la espera de las necesarias modificaciones legislativas y materiales que hagan que esta materia cuente con un marco en el cual se conjuguen la legalidad y efectividad de la actuación de la Administración con los derechos y las garantías del extranjero. En este sentido, la inminente entrada en vigor del nuevo Reglamento de extranjería abre nuevas perspectivas en aspectos puntuales, como por ejemplo, la concreción de las causas de expulsión y los derechos de los menores extranjeros, pero entendemos que es necesaria una reforma mucho más profunda y de mayor calado que apunte en la dirección antes expuesta de conjunción de todos los intereses en juego en esta materia.

Otra Fiscalía en cuyo territorio se plantean con especial incidencia los conflictos planteados por inmigración ilegal es la de Cádiz, debido a su extenso litoral y a la cercanía del continente africano, así como al elevado número de marroquíes y argelinos que a consecuencia de los delitos relativos a tráfico de haschís se ven incurso en procedimientos que pueden dar lugar a expedientes de expulsión. Pese a ello, en ese territorio no existe en la actualidad

centro de internamiento, por lo que los extranjeros sujetos a expedientes gubernativos de expulsión, en su caso, son internados en el centro existente en Málaga, lo que impide el control riguroso por parte de la Fiscalía de Cádiz del cumplimiento de los términos máximos de internamiento previstos en la ley.

Aparte de ello, la Fiscalía de Cádiz reflexiona sobre las especiales circunstancias que concurren en la ciudad de Ceuta, frontera permeable con Marruecos y puerta de entrada de inmigrantes ilegales no ya solamente de esta nacionalidad si no de países centroafricanos, que cada vez en mayor número, acceden a la Península a través de Ceuta, vía Algeciras. En estos casos, debido a que una vez en la Península rápidamente se distribuyen por el resto de España, estas personas escapan al control policial de la provincia, con lo que, caso de ser controlados, la tramitación de los oportunos expedientes de expulsión no corresponde realizarlo a las autoridades de Cádiz. Además, siendo constante el tránsito ilegal de residentes marroquíes que se trasladan a Ceuta y muy elevado el de aquellos que incurrir en delitos menores e inmediatamente son expulsados, como la mayoría de ellos vuelven a entrar en dicha ciudad, sin más y por resultar mucho más práctico, de nuevo, son puestos en la frontera por las autoridades gubernativas o sus agentes, dándolos por no entrados; volviendo a comenzar el ciclo que se repite una y otra vez.

Especial atención cabría prestar a los supuestos, que han alcanzado gran trascendencia numérica, de extranjeros detenidos por el tráfico ilícito de vehículos sustraídos en España y otros países europeos que, con intención de venderlos en países del Magreb, son descubiertos al pretender embarcarlos en Algeciras. Ciertamente, a tenor de los acuerdos comunitarios, estas personas pueden ser expulsadas de España al perseguirse su conducta como falsedad y utilización ilegítima de vehículo de motor, que lleva aparejadas penas menos graves, de las que se contemplan como objeto de expulsión en la Ley 7/85, pero unas veces por tratarse de súbditos de países comunitarios y otras por ser residentes en ellos y, así acogidos a su protección, pese a que se incoan las diligencias penales oportunas y se acusa a veces, en todo caso se procede a expulsarlos del territorio nacional, con lo que, dada la escasa ejemplaridad de tal medida, quedan en disposición de repetir su conducta, con muy difícil control por parte de las autoridades nacionales.

Otra dificultad, que sobre todo en Ceuta, se deja sentir es que en muchas ocasiones los inmigrantes ilegales están indocumentados y Marruecos no los reconoce como súbditos ni acepta la repatriación por lo que no pueden ser expulsados. Esto supone una carga para nuestro país que soporta el ser «la puerta» de Europa y los gastos que ello conlleva.

Por lo demás, la imprescindible colaboración de la autoridad gubernativa es fluida. Los datos que recabamos de la misma suelen ser facilitados regularmente y, así, los citados informes bimestrales, pueden realizarse más completos, aunque a veces en Ceuta, tanto por tales Autoridades como por el Destacamento de Fiscalía, nos encontramos con «una cierta falta de fluidez».

Teniendo previsto la Ley de Extranjería que serán objeto de expulsión aquellas personas de nacionalidad extranjera responsables de hechos delictivos para lo que se pida una pena de hasta seis años de prisión menor, dada la regulación que se prevee en la Disposición transitoria undécima del nuevo Código Penal, en concreto en su número 1, d), cabe plantearse la cuestión de que, como esta norma se establece que la pena de prisión menor se entenderá sustituida por la de prisión de seis meses a tres años, se habrá de entender que este último será el límite para proceder a la apertura de expedientes de expulsión, en su caso.

#### H) OTRAS ACTIVIDADES DEL MINISTERIO FISCAL (ALGUNOS TEMAS TRATADOS EN LA REUNION DE FISCALES JEFES)

##### a) DILIGENCIAS DE INVESTIGACION Y DILIGENCIAS INFORMATIVAS

##### I. INTRODUCCION

El ejercicio de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal tanto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como en las leyes procesales, exige de éste, al margen de su intervención en los procesos de toda índole a los que se halla legalmente avocado, una actividad preprocesal o extraprocésal, bien de carácter investigador penal (denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción penal, art. 5 del EO y 785 bis de la LECr.), bien tendente a la constatación de hechos de los que haya tenido noticia y de los que pudie-

ra desprenderse la necesidad de ejercitar acciones civiles (procedimiento de incapacidad —art. 203 del CC—, constitución de tutela —art. 230 del CC—), bien a recabar información sobre anomalías o retrasos en la tramitación de procedimientos judiciales de los que llegare a tener noticia a fin de instar su corrección (art. 4.1 del EO), bien para la práctica de determinadas diligencias por vía de cooperación, nacional o internacional (exhortos de otras Fiscalías; actuaciones judiciales o extrajudiciales en materia de reclamación de alimentos al amparo del Convenio de Nueva York...) o en fin, en el ámbito disciplinario (art. 67 del EO en relación con la LOPJ) o estrictamente gubernativo o interno de la Fiscalía.

Todas estas actuaciones, necesariamente documentadas y en cuanto tendentes a recabar ciertos datos de conocimiento necesarios al Fiscal para su ulterior resolución podrían recibir la común denominación de diligencias informativas, permitiendo —quizá con la excepción de los expedientes disciplinarios y demás de carácter puramente gubernativo— su ordenación o control a través de un único registro. Y así venía sucediendo, al menos en cuanto conozco y de mí ha dependido, con anterioridad a la reforma procesal introducida por la Ley 7/88. Sin embargo, la relevancia alcanzada dentro de ellas por las diligencias preprocesales de investigación penal, como consecuencia del pretendido reforzamiento de la labor instructora del Fiscal en dicho orden y que, finalmente, quedó prácticamente circunscrito en dicha reforma al contenido del artículo 785 bis, ha hecho de éstas objeto de atención especial por parte de estudiosos y tratadistas, mereciendo las más diversas exégesis, no siempre acertadas y en ocasiones desmesuradas en cuanto a su novedad, alcance y contenido. De aquí, la conveniencia, por una parte, de singularizar este tipo de actuaciones frente al resto de las seguidas en las Fiscalías y de otra, de proceder a su análisis desapasionado a la luz de la praxis real y posibilidades del Fiscal.

## II. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION

### 1. *Los artículos 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

El artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone:

*El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante.*

*Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá el Fiscal ordenar la detención preventiva.*

*Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozarán de presunción de autenticidad.*

El artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por su parte, establece, en su párrafo 1.º, lo siguiente:

*Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo.*

*El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiera alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere y los efectos del delito.*

Esta duplicidad de preceptos obliga necesariamente a plantearse si responde a la meditada necesidad de establecer dos procedimientos de distinta naturaleza en materia de investigación preprocesal penal —con la consecuencia, en el aspecto organizativo de la Fiscalía, de un distinto registro para unas u otras— o, si, por el contrario, nos hallamos ante una redundancia legal, en la que el artículo 789 bis sólo debe tomarse en consideración en

cuanto complementa o desarrolla lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el marco de la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el propio precepto estatutario contempla, permitiendo, por tanto una contabilización y registro únicos.

A este respecto, la Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado —instrumento imprescindible para la correcta comprensión y aplicación de la reforma procesal— si bien descarta la distinta naturaleza de ambos tipos de diligencias, pronunciándose por su carácter complementario, mantiene, en cambio, aquella dualidad —reflejada en el actual modelo estadístico—, haciéndola derivar —en lo que a nuestro juicio constituye un ejercicio de inmerecida confianza hacia la técnica legislativa de aquélla— de criterios interpretativos sistemáticos y gramaticales que conducen a una solución forzada y esencialmente insatisfactoria.

En primer lugar, después de afirmar que el artículo 785 bis no supone una derogación tácita del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, destaca el ámbito específico de aplicación del primero en el terreno del procedimiento abreviado, basándose en su incardinación entre los preceptos reguladores de éste así como en la referencia expresa a que el Fiscal, en su caso, interesará la incoación de *diligencias previas*, propias de aquel procedimiento; al tiempo que estima reservadas las diligencias del artículo 5 a los supuestos de denuncias por hechos constitutivos de falta o de delito merecedor del procedimiento ordinario.

Tal conclusión, sin embargo, sobre carecer de utilidad práctica ante la identidad de las facultades del Fiscal en uno y otro caso, ofrece serias objeciones. Por una parte, el artículo 5 no establece limitación alguna por razón de la naturaleza de los hechos objeto de denuncia y siendo una norma de carácter programático general y no procesal no parece que deba ser limitada en su alcance por el artículo 789 bis ya que, de ser así, podríamos plantearnos excluir también de su ámbito las investigaciones referidas a delitos perseguibles a través del procedimiento ordinario, cuya denuncia ante el Fiscal y necesaria comprobación por éste vienen impuestas en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulador del sumario, por los artículos 259, 262 y 264 en relación con el 269, lo que debería dar lugar a un tercer tipo de diligencias de investigación. Por otra parte, nos hallaríamos frecuentemente ante la difi-

cultad de determinar, ante la mera denuncia, el delito presuntamente cometido, lo que obligaría a posteriores cambios, tan gratuitos como perturbadores, de la adscripción de las diligencias a uno u otro grupo.

Tampoco alcanzan a justificar tal dualidad los factores diferenciales señalados en la Circular. Así, la *posibilidad de iniciación de oficio*, expresamente prevista en el artículo 785 y silenciada en el artículo 5, debe admitirse en todo caso, tratándose de delitos perseguibles de oficio, con independencia de su naturaleza y procedimiento aplicable, pues no sería concebible otra cosa. Como tampoco lo sería, en contra de aquella argumentación, que en las diligencias del artículo 785 bis, en el ámbito de los delitos perseguibles por el procedimiento abreviado, el Fiscal pudiera gozar de mayores *potestades* —como la citación de comparecencia— que en la investigación preprocesal de delitos más graves, cuando todas las prescripciones de aquél son aplicables a las diligencias del artículo 5, dada la remisión genérica de éste a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la materia. Y porque, en fin, la presunción de *autenticidad* prevista por el artículo 5 en cuanto a las actuaciones de investigación del Fiscal, teniendo su origen en los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la actuación del Fiscal, no puede pretenderse excluida en sede de diligencias del artículo 785 bis por el mero silencio de tal norma al respecto.

En consecuencia y concluyendo la Circular que, en ambos casos, la investigación es la misma, que ambos preceptos se complementan y que idéntica es su naturaleza, parece conveniente, dando un paso más, en aras de la mayor claridad y economía procesal, la reconducción de todas las diligencias de investigación preprocesal en el orden penal al artículo 5 del Estatuto Orgánico, sin perjuicio de la aplicación de las prescripciones que sobre la investigación del Fiscal contiene tanto el artículo 785 bis como otros preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## 2. Casos en que proceden

Previamente al examen de los modos de iniciación de las diligencias de investigación del Fiscal, parece conveniente discernir qué tipo de investigaciones son las que el Fiscal puede reali-

zar al amparo del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Los artículos 259, 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preveen la denuncia ante el Fiscal de los *delitos públicos o perseguibles de oficio*; el artículo 785 bis habla de *hechos aparentemente delictivos* y el artículo 5 del Estatuto Orgánico, aunque se refiere a *denuncia de hechos*, obliga a entender, por su posterior referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ha de tratarse de hechos con contenido penal. Se trata, por tanto, de actuaciones necesariamente encuadrables en el campo de la investigación criminal. Se admite, sin embargo, que, no obstante la apariencia con que los hechos denunciados se presenten ante el Fiscal, pueda éste apreciar *ab initio* su inocuidad *absteniéndose de todo procedimiento* (art. 269 de la LECr.), *archivando las actuaciones* (art. 785 bis) o *archivando la denuncia* (art. 5 del EOMF).

De aquí, cabe pues, derivar dos conclusiones:

1.<sup>a</sup> Que solamente puede justificar la apertura de las diligencias de investigación a que el artículo 5 se refiere existencia de un hecho, conocido o denunciado, que pudiera ser constitutivo de infracción penal, excluyéndose por tanto de aquéllas, las actuaciones del Fiscal que, debiendo necesariamente documentarse, constituyan actos preparatorios o de investigación previos al ejercicio de acciones civiles; práctica de informaciones consecutivas a quejas sobre posibles irregularidades procedimentales, actuaciones de auxilio o aquellas otras a las que se extiende la actividad del Ministerio Fiscal.

2.<sup>a</sup> Que la denuncia motivadora de la actuación del Fiscal deba entenderse en sentido más amplio o genérico que el que se deduce del artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, importando de ella su contenido fáctico, con independencia de la calificación aplicada por el denunciante y bastando que de él resulten indicios racionales sobre la existencia de infracción penal que justifiquen la práctica de las diligencias de investigación.

### 3. *Iniciación, contenido y conclusión*

Sobre estos puntos, perfectamente desarrollados por la Circular 1/89, poco podemos añadir, remitiéndonos a ella y limitándo-

nos a la síntesis y algunas puntualizaciones sobre sus aspectos más importantes.

a) En cuanto a la *iniciación* de las diligencias, podrá acordarse de oficio o mediante denuncia.

La *iniciación de oficio*, expresamente prevista en el artículo 785 bis, para los casos en que el Fiscal tuviere conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, resulta obvia, pues no sólo el Fiscal no se halla exonerado de la obligación de denuncia que la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a cualquier ciudadano, sino que de no hacerlo, bordearía con su conducta el ilícito previsto en el artículo 359 del Código Penal.

No obstante y habida cuenta de que la principal fuente de conocimiento de presuntos hechos delictivos, la constituyen los medios de comunicación, es necesaria una actitud muy prudente, atendida la actual situación de conflictividad entre estamentos sociales y especialmente políticos, que hace de aquéllos palenque permanente para dirimir sus discordias bajo forzados o gratuitos ropajes de acusaciones delictivas, sin que el Fiscal pueda, por un exceso de celo, constituirse en elemento de tal juego de intereses, en todo caso ajenos al verdadero interés social, que es el que, en último término, debe justificar siempre su actuación.

La *denuncia*, si se efectúa por escrito, deberá ser ratificada con carácter previo a la adopción de cualquier resolución. De ser oral, deberá instrumentarse a medio de comparecencia ante el Fiscal. La ratificación no será necesaria, sin embargo, cuando se trate de denuncias dimanantes de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Las denuncias de carácter anónimo, no deben provocar la actuación del Fiscal, salvo que excepcionalmente y por sus circunstancias sea aconsejable, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción 3/93.

b) En cuanto a las facultades del Fiscal investigador, cuyo ejercicio integrará el *contenido* de las diligencias, vienen determinadas en el artículo 5, positivamente, por la remisión a las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, negativamente por la prohibición de aquéllas que impliquen adopción de medidas cautelares o sean limitativas de derechos.

c) Respecto a la conclusión, caben las siguientes posibilidades:

— *Archivo.* Podrá acordarse de plano, cuando el hecho denunciado no revista carácter de delito, tal como se deduce del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5 del Estatuto Orgánico, o cuando su comisión no aparezca al menos indiciariamente acreditada, tras la práctica de las diligencias acordadas al efecto.

El primer supuesto, entendemos, no exonera de la apertura de las diligencias de investigación que se habrá de producir en todo caso, tras la ratificación del denunciante, sin que deban entenderse que la no realización de diligencias les priva de tal carácter, pues el estudio de la denuncia para su rechazo, que deberá ser, en todo caso, razonado, ya constituye, por sí, una actuación.

— *Presentación ante el Juzgado:* Cuando de la investigación realizada o de la denuncia y documentación acompañada resulte indiciariamente acreditada la comisión de un delito y aunque no constare su autor, el Fiscal trasladará al Juzgado la denuncia junto con las diligencias practicadas y de las que resulte aquella convicción.

Entendemos que tal presentación deberá tener el carácter de denuncia o de querrela en los casos en que ésta resultara procedente.

Aunque la norma prevea la presentación, junto con las diligencias, de los efectos del delito y de la persona del detenido, el primer supuesto se podrá dar muy raramente y, en cuanto al segundo estimamos que, salvo por circunstancias excepcionales y aunque de lo actuado se desprendieren méritos bastantes para acordar la detención de la persona investigada, el Fiscal debe abstenerse de ordenarla, solicitando tal medida del Juzgado al formular la denuncia. Y ello, a salvo otras razones, por las de pura economía procesal, dada la actual infraestructura funcional del Fiscal y a fin de no consumir, innecesariamente, parte de las setenta y dos horas de duración máxima de la detención.

— *Conclusión por iniciación de procedimiento judicial.* En tal caso, será necesario acreditar en la diligencia por cualquier medio, no sólo el hecho de la existencia del procedimiento judicial, sino el Juzgado y número de las diligencias incoadas y, siempre que sea posible, a fin de acreditar la identidad de los hechos, testimonio de las actuaciones judiciales en la parte necesaria para tal fin.

Debe destacarse que la comprobación de la existencia de un procedimiento judicial en situación de archivo o sobreseimiento

(salvo en el caso del Libre del art. 637.2) no impide la continuación de las diligencias investigadoras del Fiscal.

### III. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

#### 1. *Acuerdos*

La ausencia de Secretario en las Fiscalías obligará al Fiscal a acordar, mediante *decreto*, no sólo las resoluciones sobre el fondo sino los actos de impulso y las diligencias de ordenación. Cabrán, sin embargo, las *diligencias de constancia* del oficial designado al efecto, respecto a la ejecución de lo acordado, en relación con la recepción de documentos o las que resulten de la pura tramitación.

En congruencia con el principio de unidad del Ministerio Fiscal y por tratarse de actuaciones no procesales que, además, implican relaciones *ad extra*, parece adecuado que los decretos emitidos en el marco de las diligencias y en especial los de apertura y archivo de éstas, sean emitidos por el Fiscal Jefe de la Fiscalía respectiva, si bien pudiendo asumir las propuestas de decreto formuladas al respecto por los fiscales designados para su instrucción.

*El decreto de apertura*, habrá de ser motivado, haciendo constar los *antecedentes* que lo originan, las *consideraciones* conducentes a ella y el *decreto* propiamente dicho como parte dispositiva de la resolución. En cuanto a ésta, aparte de la orden de apertura y registro, en todo caso, de las diligencias de investigación, podrá incluir las siguientes decisiones:

a) *Designación de Fiscal Instructor*, cuando resulte procedente, de acuerdo con los criterios de distribución de trabajo o especialidad de la materia sobre la que la denuncia versa.

b) *Archivo* de las diligencias por no resultar de la denuncia fundamento para el ejercicio de la acción penal o por referirse a hechos, ya objeto de investigación en un proceso penal. En tales casos, no vemos inconveniente a la incoación y archivo en el mismo decreto, tal como sucede en los Juzgados con las diligencias previas. Por el contrario, parece aconsejable no prescindir de su apertura y registro por razones de control y constancia de las actuaciones de la Fiscalía.

c) *Práctica de diligencias de investigación*, debidamente especificadas y sobre cuyo catálogo y contenido nos remitimos nuevamente a la Circular 1/89.

La apertura de las diligencias deberá ser comunicada al denunciante por cualquier medio del que resulte constancia.

El *Decreto de archivo*, igualmente motivado, deberá también reseñar las diligencias practicadas y, en el caso de producirse por la incoación sobrevenida de procedimiento judicial, las que se hallen pendientes, para conocimiento del Juzgado al que habrá de trasladarse copia del mismo junto con las diligencias.

## 2. *Actos de comunicación*

Si bien las diligencias de investigación no constiuyen una actuación procesal, como tampoco un expediente administrativo a los que deban trasladarse en su integridad las prescripciones que para unas u otras se determinan en cuanto a plazos, recursos o medios de contradicción, es lo cierto que no por ello debe prescindirse de aquellas medidas que aseguren la transparencia de la actuación del Fiscal, tanto respecto al denunciante, dándole cuenta del destino final de la denuncia como en relación a las personas denunciadas.

Así lo prevee, respecto al primero, el propio artículo 5, y, si bien de él sólo resulta la obligación de notificar la decisión de archivo, estimamos que en todo caso debe serle comunicada la recepción de la denuncia y apertura de diligencias —que podrá hacerse verbalmente en el trámite de ratificación— así como la decisión posterior de remitir las actuaciones al Juzgado, con indicación en tal caso del Juzgado a que hubiere correspondido y número de las diligencias incoadas, a fin de facilitarle su personación ante aquél.

La dicción del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto establece idéntica obligación respecto al *perjudicado u ofendido*, plantea la duda de la necesidad de aquella comunicación, además, a quien aparezca con tal carácter aunque fuera persona distinta del denunciante. Duda que debe resolverse negativamente, puesto que, por una parte, del propio contexto del citado artículo se advierte una identificación de tales conceptos

con el de denunciante y porque la denuncia —tratándose de delitos perseguibles de oficio— es deber público de todo ciudadano, sea o no ofendido por el delito y de cuyo ejercicio ante el Fiscal, nace el derecho de respuesta de éste. Salvo, naturalmente, que en el curso de la investigación, hayan comparecido en las diligencias, *motu proprio* o llamadas por el Fiscal, otras personas, en calidad de perjudicadas, adhiriéndose a la denuncia, en cuyo caso y como codenunciantes, deberán también ser objeto de tales resoluciones.

La comunicación de archivo al denunciante deberá incluir la instrucción de su derecho a reiterar la denuncia ante el Juzgado competente tal como complementariamente exige el artículo 785 bis. Tal comunicación podrá entenderse cumplida —y ello sería siempre deseable— mediante remisión a aquél de copia del decreto de archivo.

En cuanto a la *forma* de tales actos, habrá de distinguir entre la comunicación o notificación de acuerdos y las citaciones respecto a denunciados, perjudicados o posibles testigos.

En relación a las primeras, en tanto el artículo 5 del Estatuto Orgánico impone la *notificación* del acuerdo, el artículo 785 bis exige sólo su comunicación. Dada la especial naturaleza de estas diligencias y como se desprende de la Circular 1/89, debe rehuirse el formalismo innecesario, siendo factible cualquier medio de comunicación que permita su constancia en las diligencias.

Respecto a las citaciones, el artículo 785 bis 2, al establecer que «*el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en esta ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta ley para la prestada ante el Juez o Tribunal*» permite, *prima facie*, entender la remisión analógica, tal como preconiza la Circular, a las normas sobre citaciones judiciales. Pero examinadas éstas, fácilmente se comprueba su muy limitada posibilidad de aplicación. En cuanto al modo de practicarlas, no siendo extrapolables al Fiscal las particularidades de los artículos 166 a 174, en cuanto parte de una realidad organizativa totalmente diferente (distribución territorial de los órganos judiciales, existencia de Secretario, entrega de la cédula en su domicilio al citado por el Agente u Oficial, notificación en estrados bajo fe de aquél, etc.) habrá que acudir al 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto autoriza la utilización del correo, te-

légrafo o cualquier medio técnico que permita dejar constancia de su realización. La realización de citaciones por medio de la Policía Judicial, es igualmente admisible, si bien puede tropezar con dificultades —ya advertidas, por el abuso de este medio por parte de los juzgados, en el seno de la Comisión Provincial de Coordinación— derivadas de la naturaleza de tal función, ajena a los cometidos de aquélla. En cuanto a su contenido, y siguiendo aquí al artículo 175 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá hacerse constar la Fiscalía que la hubiera acordado, fecha del acuerdo y número de las diligencias; nombre, apellidos y domicilio del citado y lugar, día y hora en que haya de concurrir al llamamiento. Asimismo deberá hacerse constar el concepto en que se le cita (denunciante, perjudicado, denunciado o testigo) y ser suscrita por el Fiscal.

No podrá contenerse en ella, sin embargo, la conminación prevista en el artículo 175.5, para el caso de incomparecencia, de incurrir en multa, por carecer el Fiscal de la potestad sancionadora conferida a los Jueces en el artículo 451 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni, en el caso de testigos o peritos, la de incurrir en delito de denegación de auxilio, limitado por el artículo 372, párrafo 2.º a las incomparecencias ante el Tribunal.

En la citación al denunciado, deberá además instruírsele de su derecho a acudir al llamamiento acompañado de Letrado de su elección, con indicación de poder ser asistido, en caso contrario, por uno de oficio. En todo caso, debe destacarse que tales garantías tienen su justificación en la calidad de denunciado o posible imputado del citado, pero no de imputado, tal como este término ha quedado acotado por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que la imputación supone, necesariamente, la intervención judicial, de donde, por definición, el Fiscal no pueda citar a comparecencia en estas diligencias —como con error parece haberse estimado por algún autor— a quien ya se halla bajo imputación judicial.

La renuncia del denunciado comparecido a la asistencia de Letrado, no impedirá la diligencia de su declaración, salvo que se hallare en situación de detención —por analogía con lo dispuesto en el art. 520 de la LECr.— habida cuenta, además, de la reconocida ausencia de valor probatorio de las actuaciones practicadas en el marco de estas diligencias.

En cuanto a las comunicaciones a autoridades, funcionarios o encargados registrales en solicitud de información deberán cursar-

se mediante oficio expresivo del acuerdo a que responde tal petición y el número de las diligencias.

#### IV. MEDIOS DE CONTROL

##### 1. *Registro*

Bajo la rúbrica propuesta de diligencias de investigación del artículo 5 del Estatuto Orgánico, deberá procederse a su registro en un libro especial, con separación de las restantes diligencias informativas que deban ser practicadas en la Fiscalía.

En dicho libro se preveerán los siguientes apartados:

- Número de orden.
- Fecha de incoación.
- Procedencia de la denuncia.
- Hecho motivador.
- Resolución final.

El registro, por separado de las diligencias de investigación y de las restantes diligencias informativas, permitirá apreciar la realidad de la actividad del Fiscal «investigador» en materia penal, que actualmente puede quedar encubierta entre actuaciones informativas de distinto carácter o incluso meramente gubernativas. Por otra parte la reconducción de todas las diligencias de investigación a una única denominación y registro pondrá fin al panorama de confusión actual para cuya comprobación basta la consulta al Estado A8 de la última Memoria de la Fiscalía General, donde, al margen de la preferencia de cada Fiscalía por su utilización y por su incardinación en el artículo 5 o el 785 bis, mientras por algunas, parece haberse depurado las de carácter no penal, en otras, se evidencia, habida cuenta de su número, el cómputo conjunto de unas y otras.

##### 2. *Seguimiento*

En cuanto a las medidas para su mejor control y seguimiento, se consideran convenientes las siguientes:

— Asignación de su trámite a uno o varios funcionarios concretos en cada Fiscalía que deberán cuidar especialmente del cumplimiento de las actuaciones en ellas decretadas, emitiendo recordatorios respecto al envío de los informes, atestados o documentación interesadas y cuidando de su ordenación material y pase al Fiscal para su resolución, una vez completas.

— Confección de carpetas específicas para tales diligencias, en las que consten, además de los datos consignados respecto al libro, un apartado de *observaciones* (en él se haría constar, por ejemplo, el número y Juzgado correspondiente al procedimiento iniciado como consecuencia de ellas) y otro de *diligencias practicadas* en el que se anotaría la fecha de su acuerdo, la diligencia a practicar y la data de su efectiva cumplimentación.

— Eventualmente, facilitaría mucho el control y la consulta de la situación de aquéllas, la creación de un programa informático —bien sencillo, por cierto— para su instalación en alguno de los ordenadores —donde los haya— no copados permanentemente por el actual programa de Registros.

## V. CONCLUSIONES

A modo de corolario de lo hasta aquí expuesto podrían destacarse los siguientes criterios o consideraciones:

1.<sup>a</sup> Bajo la norma general de la necesaria documentación de toda actividad del Fiscal en el ámbito de las funciones que le son encomendadas en el ámbito extraprocesal, en su Estatuto Orgánico, deberían distinguirse los tres siguientes tipos de actuaciones:

— *Diligencias de investigación*, de carácter preprocesal penal.

— *Expedientes informativos*, en cuanto tendentes a recabar una información como requisito previo a una actuación del Fiscal en el ámbito extrapenal.

— *Expedientes gubernativos*, que incluirían las actuaciones del Fiscal en el ámbito interno de la Fiscalía.

2.<sup>a</sup> La actual dualidad entre diligencias del artículo 5 y 785 bis, carece de justificación tanto desde el punto de vista legal como racional o práctico, por lo que se impone su unificación, decantán-

donos por su adscripción global al artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

3.<sup>a</sup> Por imperativo del principio de publicidad bajo el que debe desarrollarse la actividad del Ministerio Fiscal es necesario su exquisito reflejo en este tipo de actuaciones, tanto a través de los adecuados registros como de los actos de comunicación con quienes, de una u otra manera, deban intervenir en ellos y especialmente, mediante la *motivación* de los decretos resolutorios sobre el fondo de la cuestión planteada.

4.<sup>a</sup> Sin perjuicio de la designación de fiscales instructores concretos para el estudio y trámite, tanto de las diligencias de investigación como de los expedientes informativos o gubernativos y salvo delegación expresa del Fiscal Jefe para casos determinados, corresponde a éste asumir la responsabilidad de su incoación y resolución.

5.<sup>a</sup> El actual uso frecuente de la denuncia penal ante el Fiscal por meras irregularidades administrativas o sobre hechos incluso amparados por la legalidad, complementado casi siempre con su inmediato eco en los medios de comunicación y en cuyo trasfondo, se advierten claramente propósitos deslegitimadores hacia los denunciados por su actuación político-administrativa, debe hallar adecuada respuesta en el Fiscal, que, en ningún caso puede actuar como mera correa de transmisión de aquéllas hacia el Juzgado.

No debemos concluir esta exposición, en cuanto fundamentalmente centrada en las diligencias de investigación, sin una reflexión personal de carácter general. Vista la campaña de opinión tanto en los medios gubernamentales como en algunos sectores doctrinales en favor de atribuir la instrucción al Fiscal que precedió a la reforma procesal de la Ley 7/88 y examinada la realidad de ésta, hemos de concluir, forzosamente que el artículo 785 bis, junto con alguna otra disposición sobre la actuación del Fiscal en el ámbito del procedimiento abreviado, ha venido a acabar siendo como el «parto de los montes». Como era previsible, no pudieron superarse los obstáculos reales, tanto de carácter institucional como material que impiden, hoy por hoy, la asunción de la instrucción por el Fiscal. De aquí que por más que se haya pretendido rentabilizar el nuevo 785 bis, destacando sus novedades y, en especial, determinadas facultades que parecen igualar al Fiscal con el Juez, es lo cierto que su contenido quedaba cubierto, con toda

humildad, por el precedente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 5, sin que, en realidad, el nuevo precepto y conforme a una constante interpretación, otorgue al Fiscal nuevas facultades que posibilitan una actuación realmente eficaz, ni a sus actuaciones —no obstante la presunción de autenticidad con que se adornan— un valor mayor que el del mero atestado policial.

No queremos concluir, con ello, que las actuales diligencias no sean útiles e incluso necesarias, pero sí, que no pudiendo esperarse mucho de ellas, hubiera sido deseable, como sigue siéndolo, un mejor aprovechamiento del Fiscal en esta importante tarea a través de fórmulas más imaginativas y de las que pueden encontrarse ejemplos en otras legislaciones próximas cultural y geográficamente a la nuestra. (Asturias. Fiscal Jefe señor Valero Oltra. Ponencia presentada a la reunión de Fiscales Jefes celebrada en febrero de 1995.)

## b) LAS FACULTADES DE INVESTIGACION DEL FISCAL

### INTRODUCCION

La misión atribuida al Ministerio Fiscal en el artículo 124 de la Constitución Española reproducida literalmente en el artículo 1 del Estatuto Orgánico es el punto de arranque para descubrir la verdadera naturaleza del Ministerio Fiscal en la configuración de sus facultades de investigación.

La misión de «promover la acción de la justicia» permitiría en primer lugar una interpretación amplia, al entender que justicia en el sentido que le atribuye el preámbulo constitucional y que luego va a ser reflejado en los artículos 9 y 10 de la Norma Fundamental.

Esta interpretación amplia legitimaría *ab initio* al Ministerio Fiscal para postular ante todos los órdenes jurisdiccionales: civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, la realización del valor superior de la justicia.

Así la justicia, queda integrada en la defensa de la legalidad, en los términos a que se refiere el artículo 10, la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, la del interés público y la del interés social. Esta interpretación se completa con la defensa de la

independencia de los Tribunales, integrados en el Poder Judicial, pero no excluyendo el resto de las Instituciones que completan uno de los Poderes del Estado.

El valor justicia referido a los ciudadanos se desarrolla en el artículo 24 de la Constitución Española en cuanto compete al Fiscal la defensa de todos y cada uno de los elementos que configuran la tutela judicial efectiva, que comprende el principio de Juez natural, el acceso a los Tribunales, el proceso justo y sin dilaciones indebidas y tales cuestiones no quedan exclusivamente atribuidas al orden jurisdiccional penal, que sí aparece directamente aludido en los conceptos de presunción de inocencia, guardar silencio y no aportación de pruebas incriminatorias.

Por lo tanto la función constitucional del Ministerio Fiscal, es claro que no se agota en su intervención ante el orden jurisdiccional penal y respecto de éste no sólo está legitimado para intervenir en la fase contradictoria y pública del Juicio Oral o en la del impulso de la fase instructora, sino que está perfectamente legitimado, conforme al propio artículo 24 para realizar investigaciones que le permitan salvaguardar los derechos de acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos.

Es preciso reconocer que desde el Estatuto de 1926 hasta 1978, la configuración del Ministerio Fiscal y la interpretación de sus funciones, ha sido fundamentalmente el de una institución estática y casi sus funciones se han agotado y no siempre con las competencias recogidas en el artículo tercero del Estatuto Orgánico que si bien pueden parecer de extraordinaria amplitud casi todas ellas preveen la existencia de procesos ya iniciados y sin que aparezca una exigencia más dinámica para el Ministerio Fiscal, conforme a la realidad social.

El artículo 5 del Estatuto Orgánico, completado sin discusión alguna con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recogida en los artículos 282 y siguientes habían generado hasta esa fecha una figura del Ministerio Fiscal encargado del despacho de los asuntos, pero cuya actividad se limitaba a las actuaciones debidas a la iniciativa de otros agentes jurídicos.

En la Memoria, elevada al Gobierno el 15 de septiembre de 1979, se recoge la Circular 7/78 «El Ministerio Fiscal ante la Constitución», pues bien en la página 206 de la citada Memoria se llama la atención a todos los Fiscales respecto de los derechos de los

ciudadanos que «todos ellos constituyen el catálogo de vigencias, cuya tutela, protección y defensa atañe al Ministerio Fiscal, no como concepción abstracta y genérica sino de manera precisa, como misión *dinámica fundamental para el mantenimiento del orden jurídico, vigilancia, exigencia de su respeto y satisfacción del interés social*». Recogiendo como recomendación final para todos los Fiscales que «seamos severos cuando la ley lo mande, tutelares si la ley lo dispone, independientes y justos siempre y prudentes».

En la realidad inmediatamente anterior a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 28 de diciembre de 1988, resulta difícil fundamentar una actuación investigadora o informativa, previa al proceso jurisdiccional y que lleva a cabo el Ministerio Fiscal, fuera del orden jurisdiccional penal y ello porque los términos del artículo 5.º del Estatuto Orgánico, difícilmente pueden aplicarse a los otros órdenes jurisdiccionales y así:

- a) Se utiliza el término denuncia.
- b) Junto a los hechos denunciados se mencionan los que aparezcan en los atestados.
- c) La actuación del Fiscal estará acomodada a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pese a esa obligada concreción la actuación del Fiscal rebasa esa tarea investigadora o informadora de los hechos sometidos al orden penal.

Debemos preguntarnos, sin embargo, qué ha ocurrido para que hoy nos planteemos las tareas investigadoras o de información que de forma autónoma y previas a cualquier proceso judicial, no sólo legitiman sino que obligan a actuar al Ministerio Fiscal.

En una síntesis apretada, ha ocurrido entre otras muchas cosas lo siguiente:

### 1. Orden jurisdiccional penal

- a) Del artículo 24 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional nace un proceso penal radicalmente distinto, no tanto al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como al que en la práctica habíamos llevado.

b) La crisis del proceso inquisitivo y por el contrario el reforzamiento de los principios del proceso acusatorio son evidentes.

c) La imparcialidad del Juez Instructor resalta no sólo desde un punto de vista subjetivo (su relación con las partes) sino desde un punto de vista objetivo (los principios de contradicción y de igualdad de parte atribuyen al Juez Instructor la garantía de los derechos constitucionales, pero se cuestiona la dirección, impulso y mando sobre la fase instructora).

d) Se consolida la doctrina, tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala II del Tribunal Supremo de la verdadera naturaleza de la fase de instrucción y sin necesidad de esperar a la implantación del Jurado, ya se proscribe cualquier intento de preconstituir pruebas, reduciendo la fase de instrucción a la búsqueda y aseguramiento de medios de pruebas.

e) No se puede negar las deficiencias que se observan en la instrucción y preceptos como los recogidos en el artículo 790.2 y 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son un fiel exponente de la inequívoca tarea que están llevando a cabo los Fiscales en la fase de instrucción.

f) El modelo de proceso penal implantado en los países que integran la Unión Europea (salvo especialidades del modelo anglosajón), claramente apuesta por el principio acusatorio, reforzando las funciones investigadoras del Ministerio Público y garantizando al Juez de Instrucción la salvaguarda de los derechos constitucionales, como acertadamente sigue el modelo portugués ya no hablaremos de «Juez de Instrucción» sino de «Juez de la Instrucción».

## 2. *En el orden jurisdiccional civil*

a) Las previsiones establecidas en los artículos 203 y 204 obligan al Ministerio Fiscal a una información previa para el ejercicio de las acciones, como dice expresamente el artículo 206 aún cuando no haya sido promotor del proceso.

b) Las acciones en materia de filiación atribuidas por el artículo 129 del Código Civil al Ministerio Fiscal.

c) La reclamación de alimentos, cumpliendo la normativa del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 y la de la Conven-

ción sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 exigen igualmente una información previa del Ministerio Fiscal.

### 3. *La modificación de la legislación sobre menores*

La Ley Orgánica 4/92, de 5 de junio de 1992, otorga al Ministerio Fiscal unas facultades netamente de investigación que necesariamente han de ser concretadas.

Todos estos antecedentes no deben ser olvidados a la hora de determinar, bajo qué condicionamientos nace el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y si existen o no relaciones con el artículo 5.º del Estatuto Orgánico y si con uno o con otro se pueden cumplir las funciones constitucionales atribuidas al Ministerio Fiscal como promotor de la justicia.

#### ANTECEDENTES DEL ARTICULO 785 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1. El proceso penal atisbado en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, nunca fue desarrollado y las sucesivas reformas han desnaturalizado no sólo el proceso sino la intervención del Ministerio Fiscal en el mismo.

La Constitución de 1978 definía claramente un proceso penal con una misión fundamental al Juez de Instrucción, garante de los derechos constitucionales, que apuesta decididamente por el principio acusatorio.

2. La reforma que supone la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988 y la posterior de 30 de abril de 1992 recogen la demanda social de una investigación más eficaz, con dirección real y efectiva sobre la Policía Judicial, nacida de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de marzo de 1986 y Real Decreto de 19 de junio de 1987.

3. Se ha constatado la inexistencia de actuaciones judiciales de oficio en la persecución de actividades delictivas, claras y evidentes.

El debate que precedió a la reforma de diciembre de 1988, anunciándose un reforzamiento de las facultades del Ministe-

rio Fiscal, quedó viciado en su origen al atribuir una motivación sesgada a la reforma, en virtud de la cual se afirmaba que el Ministerio Fiscal, dependiendo directamente del Poder Ejecutivo omitiría la investigación de aquellas conductas que afectarían al Poder Ejecutivo en cualquiera de las Administraciones Públicas.

La contradicción mantenida entre el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 182 y sigs.) y la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de marzo de 1986 y Real Decreto de 19 de junio de 1987 estaba provocando auténticas disfunciones en la tarea de dirigir la investigación de los hechos delictivos.

#### EL CONTENIDO DEL ARTICULO 5.º DEL ESTATUTO ORGANICO Y DEL ARTICULO 785 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado abordó la relación existente entre el artículo 5.º del Estatuto Orgánico y el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resultaba evidente que el artículo 785 bis no supone la derogación del artículo 5.º del Estatuto Orgánico y que ambos preceptos, están inspirados en el mismo ámbito competencial de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal.

*Resulta imprescindible, alejándose de toda polémica en cuanto a la relación entre la actividad investigadora del Ministerio Fiscal y la propia instrucción sumarial tanto el artículo 5.º del Estatuto Orgánico como el artículo 785 bis se fundamentan en el artículo 124 de la Constitución, en la tarea de promover la acción de la Justicia, en ningún caso reducida al orden jurisdiccional penal y que por tanto dicha actividad se desarrolla en los artículos 3, 4 y 5 del Estatuto Orgánico y en todos aquellos preceptos en los que el ordenamiento jurídico atribuye al Fiscal competencias en la protección de los derechos fundamentales, muy especialmente para que la tutela judicial sea real y efectiva, bastando como ejemplo los anteriormente citados del Código Civil (arts. 129, 203 y 204) (art. 443 del Código Penal).*

Asímismo resulta claro el ámbito del artículo 5.º del Estatuto Orgánico y sus diferencias con el artículo 785 bis, tal y como recoge la Circular 1/89:

A) Diferencias en cuanto al origen de la investigación, limitadas en el artículo 5.º a las denuncias y los hechos que resulten de atestados, mientras que el artículo 785 bis comprende el conocimiento por parte del Ministerio Fiscal por cualquier otro medio de hechos aparentemente delictivos.

B) Porque dada la incardinación sistemática del artículo 785 bis solamente comprenderá la investigación de delitos comprendidos en el artículo 779 de la ley procesal.

C) Ofrece dudas, sin embargo, en las investigaciones al amparo del artículo 5.º del Estatuto Orgánico no pueda el Fiscal ordenar la comparecencia de cualquier persona para ser oída en declaración.

Dado los términos de ambos preceptos queda subsistente la falta de cobertura legal para recabar el Fiscal la información que precise en el cumplimiento de sus funciones, fuera del orden jurisdiccional penal, que en principio carecen de cobertura legal salvo una interpretación amplia de los artículos 3.º y 4.º del Estatuto.

#### DENOMINACION DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR EL MINISTERIO FISCAL

Excluido por las razones antes dichas que las diligencias que se practiquen se denominen «Diligencias de Instrucción» nos resulta igualmente rechazable en el orden penal que las diligencias se registren bajo la denominación de «informativas» por cuanto que no responden a una mera labor de conocimiento del Ministerio Fiscal, sino que constituyen el soporte fáctico para las funciones constitucionales atribuidas por el artículo 124 de la Constitución Española.

Dichas diligencias deben ser denominadas «diligencias de investigación» tanto en las que se incoen al amparo del artículo 5.º del Estatuto Orgánico como del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto que la naturaleza de ambas es idéntica y las notas diferenciadoras se pueden considerar accesorias.

#### NATURALEZA DE LAS DILIGENCIAS

A) *La Instrucción 2/88 de la Fiscalía General del Estado* (Memoria de 1989, página 587) aborda las relaciones del Ministerio

Fiscal con la Policía Judicial a la vista de las disposiciones de la Ley de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, y el Real Decreto de 19 de julio de 1987, sobre las Unidades de Policía Judicial. Es cierto que el artículo 20 del Real Decreto atribuye la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, en un supuesto presuntamente delictivo y al utilizar el término «concretadas», parece excluir cualquier otra dirección de carácter más amplio y asimismo *la parte dispositiva de la citada instrucción adopta una fórmula deliberadamente ambigua no tanto en cuanto a la periódica relación del Fiscal Jefe con los responsables policiales sino en cuanto a la asunción de la dirección de la investigación en los supuestos en que sea necesario.*

B) *La Circular 1/89.* En el apartado IV, letra A), de forma certera se amplía y refuerza la dependencia funcional de la Policía Judicial respecto del Fiscal, distinguiendo las instrucciones generales de las particulares.

En el punto que aquí nos interesa la investigación abierta conforme al artículo 5.º del Estatuto Orgánico, encuentra el apoyo del artículo 4.4 y las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 282 y ss.) mientras que en el artículo 785 bis, el Fiscal podrá utilizar no sólo el artículo 786 de la Ley Procesal, sino el artículo 20 del Real Decreto de 19 de junio de 1987 y los artículos 282 y siguientes de la Ley Procesal, dado el carácter supletorio que tienen respecto del procedimiento abreviado.

Resulta, sin embargo, imprescindible hacer una reflexión sobre las consideraciones generales que la Circular 1/89 efectúa en su apartado IV y que ya se denomina como «fase preprocesal».

A) Resulta ambiguo y le da un carácter de precariedad equiparar la investigación preprocesal, término que se *equipara al de extrajudicial, afirmación que se equipara al de extrajudicial, afirmación cuando menos controvertida*, puesto que no necesariamente el proceso se inicia con la actividad judicial, decimos que es ambiguo y precario que dicha investigación se considere atribuida a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal.

B) *La carencia de infraestructura por parte de las Fiscalías no supone delegación de sus funciones en la Policía Judicial sino dirección de las mismas* mediante las instrucciones generales o particulares que la propia Circular recoge.

No cabe por tanto hablar de delegación sino de ordenación y dirección.

C) *Afirmar que toda la fase de investigación preprocesal está dominada por el Fiscal* va seguida de una afirmación que volvemos a considerar ambigua y peligrosa aunque probablemente lo que se ha querido decir es que ese dominio del Fiscal se traduce en una dirección eficaz y directa de la actuación policial.

*En estas inconcreciones late la polémica desatada*, ante las afirmaciones de que la reforma procesal que luego cristalizó en la Ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre suponía un reforzamiento de las facultades del Ministerio Fiscal.

Dichas afirmaciones efectuadas por el titular del Ministerio de Justicia en aquella época, *supuso un ataque frontal por entender que el Fiscal investigador no sería un Fiscal que respetara los principios de legalidad e imparcialidad.*

Solamente con estos antecedentes pueda entenderse la precariedad con la que nace el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la interpretación tan estricta que se da, a todo su contenido y muy especialmente al párrafo tercero.

*En una interpretación correcta, la investigación del Ministerio Fiscal nunca comprenderá:*

A) Actos procesales que integren el contenido de tutela efectiva, conforme el artículo 24 de la Constitución Española.

B) Actos de pruebas, tanto anticipada como preconstituida.

C) Limitación de los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución Española.

*Por el contrario, la actividad investigadora atribuida al Fiscal como medio de cumplir las funciones constitucionales, comprende:*

A) La dirección de la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial impartiendo instrucciones generales y particulares.

B) Asegurar los medios de prueba, en condiciones tales que permitan en fases posteriores del proceso, mediante el respeto a la inmediación, contradicción y publicidad, constituirse en pruebas de plena efectividad.

C) Adoptar las medidas coercitivas, de comparecencia ante su presencia e incluida la detención en su caso de las personas que puedan aportar datos para la investigación.

En todo caso es necesario que se aborde de una manera clara y terminante el modelo de proceso penal a instaurar en nuestro país y debiera contemplarse el procedimiento penal adoptado por Portugal, como muestra de una perfecta armonía de salvaguarda de los derechos constitucionales, función que asume el «Juez de la Instrucción» que no Juez de Instrucción y la investigación a cargo de quien revestido de los principios de legalidad e imparcialidad es un órgano constitucional.

## INICIACION

1.º *Por comparecencia personal.*—Supone necesariamente la identificación de la persona, el relato de los hechos y la reseña de documentos.

En estos supuestos se entregará copia de la comparecencia y de los documentos aportados a quien efectúa la misma. No parece adecuado que en estos casos la *notitia criminis*, pueda hacerse por terceras personas.

2.º *Mediante denuncia escrita.*—Exige la ratificación personal ante el Fiscal, la identificación de la persona, la reseña de documentos así como el reconocimiento de los mismos.

3.º *Actuación de oficio.*—El supuesto habitual será el conocimiento a través de los medios de comunicación de hechos que revistan caracteres delictivos. En estos casos la medida más aconsejable y fruto de la prudencia es que el Fiscal haga uso del artículo 20 del Real Decreto de 19 de junio de 1987 e intente comprobar la veracidad de la información publicada.

4.º *Mediante remisión de atestados.*—El artículo 5 del Estatuto Orgánico parece admitir la remisión directa de atestados al Ministerio Fiscal; aún cuando también cabe la interpretación de que la copia del atestado, cuyo original se ha remitido a la autoridad judicial, el Fiscal aprecie la existencia de otros hechos que merezcan la investigación.

Igualmente de la lectura del artículo 785 bis pudiera desprenderse la posibilidad de que al Fiscal le haya sido remitido un atestado directamente.

Tales interpretaciones chocan frontalmente con la previsión del artículo 789 que impone a la Policía Judicial la entrega de atestados al Juez competente y la remisión de copia al Ministerio Fiscal.

En los artículos 282 y siguientes de la Ley Procesal se recoge también esta situación poco deseable y ambigua de la alternativa de la Policía Judicial para remitir atestado a una autoridad o a otra.

Es un hecho indiscutible que a las Fiscalías están llegando informes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado en los que se ponen en conocimiento del Fiscal hechos, ciertamente concretos, que deben motivar una investigación pero no tienen el concepto técnico de atestado.

Tampoco es infrecuente las manifestaciones verbales que se puedan hacer por los responsables de la Policía Judicial, bien por la vía del artículo 20 del Decreto de 19 de junio de 1987, bien en la relación institucional que se debe tener.

En cualquier caso la noticia del hecho deberá documentarse inmediatamente.

5.º *Denuncia anónima.*—La Instrucción 3/93 de la Fiscalía General del Estado de fecha 16 de marzo de 1993 aporta suficientes elementos, de prudencia y de conocimiento de la realidad social para la actuación en estas modalidades en las que la *notitia criminis* puede justificar la actuación del Ministerio Fiscal.

## PROCEDIMIENTO

1.º *Recepción.*—Parece imprescindible que cualquiera que sea la organización de una Fiscalía y con independencia del número de miembros que la integren, debe existir un *Fiscal del permanencia* no sólo receptor de cualquier denuncia sino también de atención y servicio al ciudadano. Igualmente es preciso que del personal de Secretaría y con criterios generales y de publicidad se determine un funcionario del personal colaborador que asuma la materialidad del servicio de permanencia.

No es ocioso recordar una vez más lo imprescindible que resulta la figura del *Jefe de la Oficina Fiscal*.

2.º *Registro inmediato* e insustituible en el libro general de presentación de documentos en la Fiscalía.

3.º *Apertura de la investigación*.—La decisión corresponderá al Fiscal Jefe o Teniente Fiscal en su caso, quien asimismo indicará si se utiliza la vía del artículo 5.º o del artículo 785 bis; como medida de prudencia se sugiere que se citen ambos preceptos salvo en el caso de que el hecho motivador de la investigación quede fuera del Procedimiento Abreviado.

Las informaciones que se practiquen para el cumplimiento de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal, se fundamentarán en los artículos 3.4, 3.14 y 4.4 del Estatuto Orgánico y se denominarán Diligencias Informativas.

4.º *Los acuerdos de apertura y ordenación*.—Revestirán la forma de Decreto y en el primero se designará al Fiscal encargado de la investigación.

5.º *Registro*.—Se registrarán separadamente las investigaciones conforme al artículo 5 las que se fundamenten en el artículo 785 bis y aquellas informaciones que afecten a órganos jurisdiccionales distintos del penal con indicación de la persona u organismo del que proceda, objeto de la investigación, Fiscal encargado, fecha de iniciación y resolución que ponga fin a la actividad.

## NORMAS GENERALES

1.º En los supuestos en que la actuación del Fiscal pudiera suponer la limitación de algún derecho fundamental parece aconsejable remitir lo actuado al Juzgado que corresponda, pero no mantener unas diligencias indeterminadas como parece desprenderse del apartado IV, letra b), inciso c), de la Circular 1/89.

Se excluye evidentemente la detención con las limitaciones establecidas en el artículo 17.2 de la Constitución Española.

2.º *Instrucciones a la Policía Judicial*.—Es imprescindible recordar que las instrucciones a la Policía Judicial se acomodarán a lo previsto en el apartado IV, letra a), inciso a), de la Circular 1/89 y por lo tanto deberán: documentarse por escrito, expresar clara y terminantemente cuáles son las diligencias que se le piden a la Po-

licía Judicial, a quién corresponde la ejecución material, pero sin que en ningún caso se pueda aceptar la ordenación de una investigación indiscriminada y general.

3.º *Citación del denunciado.*—La inconcreción que ya se advierte en la ley procesal de los términos: inculpado, denunciado, imputado, etc., obligan a hacer las siguientes consideraciones:

A) No se debe utilizar el término «imputado» que corresponde al órgano jurisdiccional conforme al artículo 789.4 y doctrina consolidada del Tribunal Constitucional.

B) Garantías. Se efectuará en los términos previstos en los artículos 486 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con escrupulosa observancia de lo previsto en el artículo 118.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo que supone que cuando el Fiscal inicia una investigación que afecte a persona determinada no deberá practicar diligencias que afecten a los hechos sin ponerlo previamente en conocimiento de los «presuntamente inculpados», todo ello en relación con lo que prevee el artículo 24.2 de la Constitución Española.

El ejercicio del derecho de defensa del que deberá ser instruido conforme al artículo 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea la posibilidad de que la asistencia letrada alcance al conocimiento de todas las actuaciones.

El Fiscal no tiene apoyatura legal para declarar secreta su investigación dados los términos del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin embargo, teniendo en cuenta lo que antes se ha dicho de que no genera pruebas en sentido estricto, no está sometida su investigación a los principios de contradicción e igualdad de partes.

Finalmente la instrucción de derechos conforme al artículo 118.2 comprenderán el derecho a guardar silencio, el de asistencia Letrada, el de no aportar medios de pruebas y en ningún caso se pedirá juramento ni exhortar a decir verdad.

4.º *Instrucción de derechos y protección de las víctimas.*—En el plano puramente teórico no existiría inconveniente alguno en el que el Fiscal practicara el ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo si se contempla la amplitud con la que el artículo 789 se plantea la po-

sibilidad de instrucción de derechos al perjudicado, por parte de la Policía Judicial, que en nuestra opinión sólo constituye una mera información o instrucción y suscita fundadas dudas de su eficacia.

Pero se ha de tener en cuenta, que el contenido esencial del artículo 109 supone fundamentalmente la posibilidad de mostrarse parte en el proceso y difícilmente se le puede atribuir a la investigación el carácter de proceso y menos aún el de que permita el mostrarse parte.

Existe un fundamento constitucional que autoriza a no permitir la personación de perjudicados o interesados en la fase de investigación del Ministerio Fiscal: conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, en la investigación del Fiscal no se articulan pruebas, por lo tanto los principios de contradicción e igualdad de partes no determinan la imprescindible necesidad de dicha personación.

Sin embargo, en virtud de los principios de legalidad e imparcialidad la investigación del Fiscal no omitirá ningún dato, que pueda considerarse instrumento de prueba en un futuro proceso, sin necesidad de que los interesados lo puedan solicitar.

#### 5.º *La investigación mediante la citación de testigos.*

a) Todas las personas, podrán ser citadas con fundamento en el artículo 410 (pese a la utilización del término judicial) dados los términos del artículo 785 bis.

b) La citación expresará clara y terminantemente todos y cada uno de los elementos de los artículos 170 y 175 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con especial mención de lo previsto en el último inciso y muy especialmente de cual sea el objeto y motivo de la comparecencia.

c) Es innecesario que el principio de intermediación sea observado escrupulosamente, por lo tanto todas las declaraciones se prestarán a presencia del Ministerio Fiscal, sin embargo, la materialización de la diligencia será efectuada por el funcionario de permanencia y la misma deberá concluir con el cierre que exprese «leída la presente la firma por el señor Fiscal de permanencia, lo que certifico», evitándose en todo momento la utilización de la fórmula «doy fe».

d) Incomparecencia del testigo. Las medidas coercitivas que prevee el artículo 175.5 pudieran reducirse al apercibimiento de

proceder por el artículo 372 del Código Penal relacionándolo nuevamente con el artículo 785 bis, punto 2.

6.º *Requerimientos de informes y documentación* a órganos de la Administración y personas físicas o jurídicas en la investigación.

El artículo 4.3 del Estatuto Orgánico permite el requerimiento a las autoridades para que remitan la documentación que expresamente deberá concretarse y con mención expresa de lo previsto en el último inciso del artículo 4 del Estatuto Orgánico.

7.º *Ordenes a la Policía Judicial*.—El contenido del artículo 20 del Real Decreto 19 de junio de 1987.

La Instrucción 2/88 desarrolla el contenido del citado artículo pero se ha de tener en cuenta que dicha Instrucción atiende más a la relación institucional de forma periódica con los responsables de las Unidades de Policía Judicial y el punto segundo de la citada Instrucción resulta claramente ambiguo, por lo que no se precisa cuáles son las instrucciones y el contenido de las mismas que el Fiscal debe dar a la Policía Judicial.

La Circular 1/89 recoge las modalidades que pueden revestir todas las instrucciones a las Unidades de Policía Judicial y que antes ya hemos aludido remarcando que es el Fiscal quien precisa las diligencias y la Policía Judicial quien las practica.

Interesa poner de manifiesto que en la citada Circular, capítulo IV, letra B) y bajo el epígrafe de la «conclusión» en el inciso E) se autoriza como no podía ser menos que abierto un procedimiento judicial, el Fiscal habrá de abstenerse de dar instrucciones de investigación con carácter general, pero sí ordenará a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas de investigación y de esclarecer, puntos determinados tanto del hecho investigado como de la participación de una determinada persona.

Se podría objetar una desigualdad en favor del Ministerio Fiscal, que se sirve de recursos públicos para la práctica de diligencias, pero la respuesta es obvia, el Fiscal debe servir con objetividad e imparcialidad los intereses generales y por ello la utilización de la Policía Judicial no es en absoluto vulneración del principio de igualdad de partes.

8.º *Auxilio fiscal en la investigación*.—No precisa mayor argumentación que las Fiscalías, practicarán las diligencias concretas

de investigación, que se recaben por aquella Fiscalía que haya asumido la investigación general.

9.º *Valoración de la investigación.*—La presunción de autenticidad a que alude el artículo 5.º del Estatuto Orgánico y que tanto puede predicarse de las investigaciones referidas al procedimiento ordinario como al abreviado, no alcanzan más que a acreditar que la diligencia se ha practicado con las personas que en la misma se mencionan, con intervención del Fiscal concreto que se indique y en la fecha y lugar que se dice; la autenticidad de los documentos que se aporten vendrá dada en función del archivo o protocolo del que procedan los mismos.

#### FINALIZACION DE LA INVESTIGACION

A) *Archivo*, por no estimarse acreditada la entidad penal del hecho denunciado.

1. La resolución. Deberá adoptar la forma de decreto y ser motivada, con mayor o menor extensión según la complejidad del hecho o de la investigación.

2. Notificación. Deberá acreditarse de forma fehaciente que la decisión de archivo llega al denunciante, bien por la utilización de correo con acuse de recibo, bien por la comparecencia en la Fiscalía.

La notificación recogerá en todos sus extremos la motivación y asimismo el órgano jurisdiccional ante el que puede ser reproducida la denuncia.

En aquellos supuestos en que la investigación del Fiscal haya sido motivada por denuncia de la autoridad administrativa, la decisión de archivo se notificará a la citada autoridad a los efectos de responsabilidades disciplinarias o sanciones administrativas que procedan.

B) *Presentación de denuncias o querellas.*—Ante el Juzgado de Instrucción que corresponda y en la que deberá consignarse:

- a) Los hechos y su calificación jurídica provisional.
- b) La petición de incoación de diligencias previas (a fin de evitar las indeterminadas).
- c) Las diligencias cuya práctica se solicita.
- d) La relación de documentos que se acompañan y diligencias que se hayan practicado en la investigación. Se estima que en

ningún caso se deben remitir los decretos originales ordenando la investigación a practicar.

e) El acuse de recibo y el número de procedimiento que se le haya asignado.

C) *Finalización por la existencia de procedimiento judicial sobre los mismos hechos.*—La Circular 1/89 resuelve todas las cuestiones que en esta materia se puedan suscitar, incluida la obtención de medios de pruebas por órdenes a la Policía Judicial a las que antes se ha hecho mención.

## REGISTROS EN LA FISCALIA

La mecánica normal llevará a un registro general de entrada de documentación en la Fiscalía, cualquiera que sea su procedencia, incluida la que proceda del Fiscal de Permanencia.

Parece aconsejable libros de registros independientes para aquellas diligencias de investigación con fundamento en el artículo 5.º del Estatuto Orgánico y aquellas otras que lo hagan conforme al artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con el contenido que ya se ha recogido en el epígrafe de procedimiento. Para la debida constancia de la Fiscalía en el correspondiente libro de «denuncias y querrela» se dejarán los correspondientes asientos, con la constancia de su origen y el Juzgado que esté tramitando el procedimiento.

Quedaría para el final aquella actividad del Ministerio Fiscal fuera del orden jurisdiccional penal que le permite el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de los ciudadanos en el orden civil o laboral y las funciones que especialmente le atribuye la Ley de 5 de junio de 1992 de protección del menor, cuya denominación de *diligencias informativas* no parece correcta y que debe ser objeto de una investigación individualizada.

## CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> Los resúmenes estadísticos de 1993 ponen de relieve que por la vía del artículo 5.º del Estatuto Orgánico en 1993 se inicia-

ron 2.133 diligencias de investigación y en el mismo período de tiempo por la vía del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se incoaron 2.662 diligencias; es un número lo suficientemente importante como para unificar criterios y abordar la situación.

2.<sup>a</sup> Sin contar con los datos de 1994, no será aventura anticipar el incremento de dichos números y lo que es aún más importante por la vía de la investigación del Ministerio Fiscal se están abordando hechos de indudable trascendencia social, complejidad y dificultad en la investigación.

3.<sup>a</sup> Es ocioso recordar que en todos los procedimientos, o al menos en una buena parte, se trata de *notitia criminis* que afecta a delitos perseguibles de oficio sin que haya habido constancia de que ningún órgano jurisdiccional haya actuado de oficio.

4.<sup>a</sup> La investigación está afectada de ambigüedad y precariedad y si no parece previsible que se acometa en un período razonablemente próximo la reforma del proceso penal parece imprescindible que los interrogantes que se suscitan y que seguramente serán incrementados se disipen por vía legislativa y no se insista tanto en el reconocido celo de los señores Fiscales, que se pone a prueba con demasiada facilidad. (Sevilla. Fiscal Jefe señor Flores Pérez. Ponencia presentada a la reunión de Fiscales Jefes celebrada en febrero de 1995.)

### c) LIBRO BLANCO DEL MINISTERIO FISCAL. SELECCION Y FORMACION DE LOS FISCALES. ASPECTOS ORGANICOS

#### 1. SELECCION Y FORMACION DEL MINISTERIO FISCAL

Como pone de relieve el Consejo Fiscal en su propuesta de elaboración del Libro Blanco, este es un campo esencial y preferente en el futuro del Ministerio Fiscal.

Como indica la Fiscalía de Bilbao, de este tema depende la eficacia de la Institución, la consideración social de la Carrera Fiscal y el prestigio profesional de sus miembros.

*Sistema.*—La mayoría de las Fiscalías se decanta por el mantenimiento del actual *sistema de acceso por oposición libre* pues como

indica la Fiscalía de Lugo, es la única forma de ingreso en la carrera que asegura la objetividad en la selección de sus miembros.

Asimismo la mayoría de las Fiscalías propugnan un *sistema basado en la oralidad*.

Se propugna un sistema con *atribución a la Fiscalía General del Estado de las competencias en esta materia* para que las desarrolle a través de su Secretaría Técnica, Inspección o Consejo Fiscal, con partida presupuestaria individualizada para el Ministerio Fiscal.

La mayoría de las Fiscalías se pronuncian por *la oposición como sistema único de ingreso*, aunque algunas también proponen un sistema de acceso para determinados profesionales del ámbito jurídico con preparación previa como los Fiscales sustitutos, Secretarios u Oficiales con determinados años de servicio.

Muchas Fiscalías se pronuncian en favor de *pruebas selectivas conjuntas para Jueces y Fiscales*, en definitiva, en favor de la *unificación con la Carrera Judicial*, con la posibilidad de cambio de una a otra, lo cual supondría una posible solución ante la previsible atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal y la nueva distribución de funciones.

En general, la mayoría de las Fiscalías *no están a favor del tercer y cuarto turno* en la Carrera Fiscal.

*Estructura.*—La mayor parte de las Fiscalías se inclinan por un *sistema de examen con predominio de la oralidad* pues resalta las virtudes y defectos del opositor haciendo más fiable la selección, potencia la expresión oral y el uso correcto del lenguaje vulgar y técnico-jurídico y evita la masificación.

Se proponen *tres exámenes, dos orales y uno escrito* con concretas y determinadas distribuciones de número de temas, materias y duración.

También se considera necesario *ampliar el número de temas* de los programas, *descomponiendo el contenido de los existentes*.

Se propone elaborar un nuevo temario equilibrando el contenido de los temas actuales, y resolviendo actuales lagunas, pero asegurando en cada cambio un *sistema transitorio* que respete los derechos de los opositores que están estudiando.

Algunas Fiscalías consideran que antes del examen todo aspirante debe obtener un *certificado de aptitud psíquica* expedido por un organismo determinado por el Ministerio de Justicia.

En general, es discutida la relevancia del ejercicio práctico.

*Programa.*—La mayoría de las Fiscalías propone un *programa similar al de los Jueces*, pero adecuado a los conocimientos específicos de la Carrera Fiscal.

*Se proponen más temas pero más cortos*, desdoblando muchos de los actuales para poder expresarlos oralmente.

Se considera que hay que *primar las materias que el Fiscal aplica* como el derecho penal sustantivo, legislación penal no codificada, derecho constitucional, derecho procesal constitucional, legislación de derechos fundamentales, derecho procesal y sustantivo comunitario, derecho de circulación, derecho económico, legislación de menores, psicología, psiquiatría, la legislación relativa a la responsabilidad civil, a los seguros en la circulación de vehículos de motor, a la investigación criminal y a los interrogatorios.

*Tribunales.*—La mayoría se pronuncia en favor de un *Tribunal único con dedicación exclusiva*, con una adecuada regulación de su situación administrativa y económica.

También se proponen *cambios en su composición* prescindiendo del Abogado y sin posible sustitución de los Catedráticos.

*Información.*—Se considera necesario un sistema gratuito y seguro de información al opositor.

*Becas.*—Se proponen becas o ayudas al opositor.

*Plazas.*—Se plantea la necesidad de convocar un número de plazas superior a las vacantes para que exista *un cuerpo de aspirantes*, eliminando a los sustitutos.

*Centro de Estudios Judiciales.*—Respecto del mismo existen tres corrientes:

— Una en favor del mantenimiento del Centro de Estudios Judiciales pero que el curso dure el tiempo imprescindible.

— Otra en favor de la potenciación de las clases prácticas sobre materias que no formen parte de la oposición.

— Otra en favor de su desaparición por inoperante.

*Prácticas en las Fiscalías.*—Para la gran mayoría de las Fiscalías el balance es muy positivo y se pronuncian en favor de las mismas.

Se propone la creación de la figura del *Fiscal adjunto* alumno en prácticas.

Se pone de relieve la importancia de los tutores, de su adecuada selección, la necesidad de determinar claramente sus obligaciones y su correspondiente remuneración económica.

*Cursos de formación.*—Las importantes funciones que el artículo 124 de la Constitución Española otorga al Ministerio Fiscal exigen de éste una completa formación la cual es fundamental para el adecuado desempeño de su labor profesional, siendo muy importante dotar al Fiscal de todos los medios tendentes a completar y perfeccionar dicha formación.

La mayoría de las Fiscalías los consideran útiles, pero efectúan algunas puntualizaciones:

— *Realización.* Hay que realizarlos con rigor, mayor duración y exigiendo a los asistentes una memoria o comunicación.

— *Valoración.* Se plantea el peligro de primar a los que se dedican a asistir a cursos frente a los que no pueden acudir por diversas razones y para ello se propone la programación de más cursos, más opciones de asistencia, la programación de cursos a distancia, etc.

— *Selección.* Se considera que se ha dado un paso positivo pero se plantea la posible conveniencia de pedir información a las Fiscalías para adecuar la selección a las necesidades de cada una.

— *Descentralización.* Se considera necesaria.

— *Cursos de especialización.* Se consideran necesarios para materias concretas como menores, incapaces, contencioso, financiero, fiscal, toxicomanías, consumo, medio ambiente, delitos económicos, conocimientos contables, derecho bancario y derecho informático.

— *Fondos.* Son imprescindibles y se debe conseguir la proporcionalidad entre plantillas y fondos del Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado.

— *Competencia.* Se considera que la competencia debe atribuirse a la Fiscalía General del Estado.

*Revista del Ministerio Fiscal.*—La mayoría de las Fiscalías están a favor de la Revista del Ministerio Fiscal, pero otras Fiscalías la creen innecesaria.

*Servicio de publicaciones.*—La mayoría de las Fiscalías están a favor, pero otras Fiscalías lo creen innecesario si se hacen llegar a las Fiscalías las publicaciones de otros organismos.

*Bibliotecas.*—La mayoría de las Fiscalías ponen de relieve las graves carencias que en esta materia presentan la práctica totalidad de las Fiscalías.

Se pone de relieve la importancia de la cuestión pues, no sólo hacen falta bibliotecas, sino que primero hacen falta los *imprescindibles textos legislativos* y hacer llegar a las Fiscalías las publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Centro de Estudios Judiciales y Ministerio de Justicia.

*Bases de datos de legislación y jurisprudencia.*—Se considera imprescindible dotar a las Fiscalías de bases de datos informatizadas de legislación y jurisprudencia.

*Colaboraciones en formación.*—En primer lugar se plantea la *necesidad de colaborar con las Comunidades Autónomas* para temas de formación dadas las presentes y posibles transferencias.

También con las *Universidades* para temas de doctorado.

*Becas para la Unión Europea.*

Colaboración con el *Consejo General del Poder Judicial e Instituciones públicas y privadas y funcionarios públicos.*

*Becas.*—Se estiman necesarias *becas de formación* para Fiscales y un *sistema de intercambio intemacional* con criterios objetivos de participación.

## 2. PLANTILLAS Y CATEGORIAS

Debe revisarse la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal planteándose sus necesidades globales y concretas para un nuevo diseño de plantillas.

Ese diseño debe tener en cuenta las realidades judiciales y procesales, las necesidades sociales, la nueva organización de las Fiscalías y adscripciones permanentes y la promoción personal de los miembros de la Carrera Fiscal.

*La plantilla del Ministerio Fiscal.*—La mayoría de las Fiscalías plantean que el actual diseño de la plantilla *no responde a las ver-*

*daderas necesidades del Ministerio Fiscal y no guarda la obligada equiparación con la Carrera Judicial, esencial para el buen funcionamiento de la Carrera Fiscal.*

Se estima necesario *ampliar el número de Fiscales de la categoría segunda* de manera similar al número de Magistrados pues frente a 2.478 Magistrados sólo existen 495 Jueces y en cambio, frente a 721 Fiscales existen 521 Abogados Fiscales y se pone de relieve que en la primera categoría sigue sin resolverse la discriminación entre Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior.

Muchas Fiscalías se pronuncian en favor de *una nueva plantilla*, cuya determinación dependerá de las competencias que se atribuyan al Ministerio Fiscal.

### *Criterios de determinación de las plantillas*

Se proponen diversos criterios.

La Fiscalía de Ciudad Real propone que para la determinación de las plantillas se tengan en cuenta los siguientes criterios:

— Conocimiento de las estadísticas, estableciendo mecanismos fiables de contabilización y teniendo en cuenta que la cantidad, calidad y exigencia del trabajo viene dada por unos factores que ya no son los mismos de antes, lo que deberá tener en cuenta la inspección para mejor valorar cualitativa o cuantitativamente la carga de trabajo que pesa sobre cada Fiscalía.

— Determinación cuantitativa de la población de cada provincia, aplicando a su número absoluto los índices correctores que provengan de su dispersión geográfica o concentración y tipo de hábitat físico, cultural y económico, como factores que inciden en la generación de trabajo relacionado con la función del fiscal (geografía humana y política).

— Dimensión geográfica de la provincia.

— Número y tipo de órganos jurisdiccionales. Jurisdicciones especializadas afectantes al Ministerio Fiscal y la dispersión geográfica.

— Número de centros penitenciarios existentes y población reclusa que albergan, así como existencia de otros centros de internamiento.

— Materias de absoluta o relativa especialización o dedicación, con mayor o menor exclusividad, que comporten afección de fiscales al desempeño de tales ámbitos.

— Habrá de tenerse en cuenta si por el número de miembros del Ministerio Fiscal integrantes de cada una de las Fiscalías, alguno o algunos de ellos van a tener que asumir labores de coordinación que les impidan una participación paritaria en el reparto ordinario de trabajo, con obvia recarga para los demás.

*Rigidez de las plantillas.*—Algunas Fiscalías plantean que debe establecerse un *criterio de flexibilidad o rigidez absoluta de plantillas para todas las categorías* sin distinción y que las plantillas futuras deben ser abiertas o cerradas pero no el sistema actual de semiapertura sólo con los Abogados Fiscales.

La mayoría de las Fiscalías proponen la *supresión de la actual rigidez de plantillas*.

*Las categorías.*—Se plantea que la distinción entre 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> categorías no se traduce en un cambio de funciones, pues el trabajo se distribuye igual salvo por la antigüedad.

Salvo la asignación de la función de Secretario al Fiscal más moderno, no existe en el Estatuto Orgánico ni en el Reglamento de 1969 ninguna disposición que atribuya cometidos específicos a los miembros del Ministerio Fiscal en razón de su categoría.

Incluso la aparición de los coordinadores no se acompañó de especificación funcional alguna, salvo la muy socorrida «coordinación».

Se pone de relieve que hay compañeros estancados sin poder ascender y se propone la *reconversión de plazas de la categoría tercera en plazas de la categoría segunda* o incluso la *supresión de la distinción entre las categorías 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> rigiendo la antigüedad*, aunque no todos lo comparten, y la *supresión de la categoría 9.<sup>a</sup> incluyéndola en la categoría 8.<sup>a</sup>*

*Fiscal Coordinador.*—El Decreto retributivo de 1989 no tuvo en cuenta la realidad de las Fiscalías.

Se considera que se debe *diseñar las funciones* del Fiscal Coordinador y sus *competencias* y establecer que *el Teniente Fiscal siempre será Coordinador nato*.

*Fiscales sustitutos.*—Unos están en contra de su existencia, con la adecuada ampliación de la plantilla, sin embargo otros ponen de

*relieve que no es justo que las vacantes las sufran los compañeros y que son necesarios los sustitutos, designados por un procedimiento selectivo y rápido.*

— *Origen.* De las oposiciones a la Carrera Fiscal.

— *Status.* Similar al de los Magistrados suplentes.

— *Forma y sistema de nombramiento:* Una convocatoria cada año para efectuar una relación de aspirantes como bolsa de trabajo, determinando la Inspección el orden de preferencia, bastando elevar la solicitud a la Inspección para proceder al nombramiento sin tener que anunciar públicamente la plaza.

— *Duración.* Debe fijarse un tiempo máximo de permanencia.

— *Funciones.* No hay acuerdo sobre si debe asumir o no las funciones del Fiscal al que sustituye o sobre si se deben establecer o no limitaciones a sus posibles funciones.

— *Remuneraciones.* No hay acuerdo sobre si debe fijarse su remuneración por día trabajado o como sueldo y tampoco existe acuerdo sobre su posible acceso a la Carrera Fiscal.

### 3. REMUNERACIONES

Es necesario estudiar la composición de la remuneración económica de los miembros del Ministerio Fiscal y las bases y los mecanismos por los que debe asegurarse su capacidad adquisitiva en relación con la evolución económica y social.

Así se plantea:

1. La *retribución* de los miembros del Ministerio Fiscal debe de estar *equiparada a la de los miembros del Poder Judicial.*

2. La *estructura de la retribución* debe comprender un sueldo base y un complemento de incompatibilidad, que deben ser idénticos para todos los Fiscales de la misma categoría y un complemento de productividad según el trabajo real.

3. Mantenimiento de la capacidad adquisitiva modificando el sueldo base según las modificaciones del índice de precios al consumo.

La Fiscalía de Bilbao propone tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

1. La categoría, pero sin darle demasiada importancia, porque el trabajo suele ser igual ya que no hay categorías de trabajos

o funciones y por ello, la diferencia de remuneración entre una y otra, no tiene casi nunca base real suficiente.

2. La adscripción permanente a determinado órgano judicial como lo contencioso-administrativo, laboral, social, menores y vigilancia, pues son materias menos estudiadas en la oposición que requieren mayor estudio y ello debe tener reflejo en la remuneración.

3. Carece de justificación la menor remuneración de los destacamentos permanentes y debe ser igual a la de los fiscales de la capital pues el trabajo es igual y sin embargo, a veces, se tiene menos medios personales y materiales.

4. Las remuneraciones de los Fiscales Jefes deben corresponderse con el trabajo y superior responsabilidad que el orden y buen funcionamiento de la Fiscalía lleva consigo.

Asimismo se plantea la necesaria igualdad retributiva entre los Fiscales de los destacamentos y los Jueces de los Juzgados donde están destacados y la igualdad retributiva entre los Fiscales destacados y los no destacados de su misma categoría.

#### 4. AUXILIARES ADMINISTRATIVOS

Es necesaria una *normativa específica del personal auxiliar de la Fiscalía*, hay que diseñar sus funciones, establecer incentivos, controles de calidad, formación adecuada y continuada y exigir una preparación especial para trabajar en la Fiscalía.

Se considera que son necesarios *menos oficiales* pero en cambio se precisa *un auxiliar por Fiscal* así como auxiliares especialistas en informática estableciéndose cursos de formación y especialización en materias concretas en las que interviene el Fiscal.

#### 5. LA OFICINA FISCAL

La modernización y eficacia del Ministerio Fiscal pasa necesariamente por una profunda reforma de la oficina fiscal, y dicha reforma, que es urgente y preferente, debe estar siempre orientada por criterios de racionalización tecnológica del trabajo.

*Organización.*—Es necesario transformar la oficina fiscal pero teniendo en cuenta que para establecer los criterios de organización hay que determinar el futuro del Ministerio Fiscal ya que la atribución o no de la investigación al Ministerio Fiscal es fundamental para establecer su organización.

También es necesario establecer *normas comunes en la llevanza de libros, documentación, fichas y archivos.*

Debe dividirse la secretaría en secciones por materias cerca del Fiscal que las despacha.

*Responsable.*—Es imprescindible la creación de un responsable de la oficina fiscal tanto del personal como de la gestión de los medios materiales y económicos.

Hacen falta *Jefes de personal distintos del Fiscal Jefe*, pues éste debe concentrarse en su real cometido y por ello es necesario un *secretario o una figura ad hoc* que se ocupe de la organización y control del personal auxiliar y de la gestión económica de la Fiscalía.

A este respecto unos Fiscales reclaman un Secretario procedente del Cuerpo de Secretarios Judiciales que sea fedatario de la actividad investigadora del Ministerio Fiscal y otros opinan que puede ser un Oficial.

*Instalaciones.*—La mayoría de las Fiscalías adolecen del espacio físico indispensable para que los Fiscales y el personal auxiliar realicen su trabajo y ello teniendo en cuenta que las nuevas funciones del Ministerio Fiscal hacen precisa una nueva concepción del espacio, pues incluso las Fiscalías que hoy poseen instalaciones suficientes, son conscientes de que serían inadecuadas si se atribuye la investigación al Ministerio Fiscal.

Muchas Fiscalías plantean la necesidad de que los Fiscales dispongan de despacho propio e individual.

Se plantea además el problema de la *dispersión en varias sedes de las Fiscalías* y unas Fiscalías opinan que es conveniente su ubicación en las sedes de los Juzgados y otras opinan que no lo es.

*Medios.*—De una manera generalizada se reclaman los siguientes medios:

— *Medios materiales.* Mobiliario adecuado, dotación de teléfonos, fax, y elementos de reproducción de todo tipo de grabaciones.

— *Medios personales.* Médicos Forenses, tasadores, peritos, expertos en diversas materias y Policía Judicial adscrita a la Fiscalía.

— *Medios económicos.* Se ponen de relieve los diversos problemas con las Gerencias.

*Medios de locomoción.*—A este respecto se pone de relieve que es necesaria una *flota suficiente de vehículos* para asegurar el total de los desplazamientos del Fiscal fuera de la sede de la Fiscalía.

Se reclama la suscripción de una *póliza colectiva de seguro de accidentes* para los Fiscales.

Debe solucionarse el problema del *traslado de los documentos.*

## 6. LA ESTADISTICA

La estadística *no refleja toda la actividad del Ministerio Fiscal*, actividad que le supone un tiempo considerable de su labor como las visitas a centros, residencias, establecimientos psiquiátricos, penitenciarios, de menores, etc.

Es necesario personal especializado en actividades estadísticas así como una adecuada informatización que facilitaría la labor estadística.

Se efectúan propuestas concretas de modificación de los estallos para adecuarlos a la realidad procesal y a la actividad de las Fiscalías.

## 7. INFORMÁTICA

La modernización del Ministerio Fiscal pasa ineludiblemente por racionalizar tecnológicamente su trabajo, por eso, casi todas las Fiscalías reclaman una adecuada informatización que comprenda la *conexión de todas las Fiscalías entre sí y con la Fiscalía General del Estado, Secretaría Técnica e Inspección Fiscal.*

Se pone de relieve que la informática puede suponer un gran ahorro de trabajo para el Fiscal y el funcionario y facilita el seguimiento eficaz de los procedimientos (el propio ordenador avisaría

de las causas que llevan retraso), y el control de los presos, extranjeros, etc.

Es necesario un *plan común de informatización de datos estadísticos*, de registro de personal y de asuntos tramitados.

Además, es necesario un *plan común de bases de datos de legislación y jurisprudencia* y un *plan común de tratamiento de textos* y se plantea la necesidad de un plan de control externo de los Juzgados a través de controles externos informáticos de los procedimientos judiciales.

Asimismo se reclama un plan de cursos de informática. (Señora Gisbert Jordá.)

#### d) LIBRO BLANCO DEL MINISTERIO FISCAL. ASPECTOS NORMATIVOS

##### I. ESTUDIO ECONOMICO PRESUPUESTARIO DEL MINISTERIO FISCAL

En este punto hay casi unanimidad en todas las Fiscalías que tratan el tema, solicitando un presupuesto propio y ampliado.

Segovia propone una partida singularizada para el Ministerio Fiscal en los Presupuestos del Estado (también Baleares, Córdoba, Cádiz, Fiscalía del Tribunal Supremo —penal—, La Rioja).

Ciudad Real comparte la posición del Consejo Fiscal en su escrito de 26 de febrero de 1992 en cuanto al incremento de dotaciones presupuestarias. Señala los siguientes principios:

1. No puede hacerse un presupuesto ni una previsión de necesidades sin definir previamente el modelo de Ministerio Fiscal que se desea.

2. La asignación, en lo sucesivo, de nuevas funciones al Ministerio Fiscal debe ir acompañada de las disposiciones correspondientes a las previsiones presupuestarias que impliquen el ejercicio de aquéllas.

Parece razonable —concluye Ciudad Real— la autonomía presupuestaria del Ministerio Fiscal, que debe extenderse incluso a la elaboración de su propio presupuesto con audiencia de todos los órganos que lo integran, sin perjuicio de que éste se articule en el del organismo en el que definitivamente se integre la institución.

Pontevedra analiza con detalle las necesidades materiales. Entiende que la Inspección, en comunicación con las Fiscalías y el Ministerio, debe tener a su disposición un inventario completo de los medios de los que dispone cada Fiscalía y un capítulo de sus carencias, de modo que dentro de las posibilidades del subpresupuesto para el Ministerio Fiscal empiece por atender las más apremiantes, en razón a su importancia objetiva y la dimensión de la propia Fiscalía o Adscripción.

## II. ESTUDIO NORMATIVO

### a) *Actuaciones del Ministerio Fiscal*

#### 1. Naturaleza de la institución

Muchas Fiscalías han abordado la naturaleza, misión y engarce institucional del Ministerio Fiscal, analizando de paso los principios que lo informan.

Burgos, por su parte, exige clarificar qué queremos que sea el Ministerio Fiscal. Hay dos alternativas. Una mantener el diseño actual a partir del artículo 124 de la Constitución Española. Otra, cambiar radicalmente su funcionamiento y su regulación. Lo que no cabe es establecer, de hecho, una vía intermedia, de manera que se le dan más competencias pero sin adaptar las estructuras ni dotarle de medios.

Zaragoza (con un trabajo de Fidel Cadena) dice:

El Fiscal se configura actualmente en el Derecho contemporáneo como un órgano fundamental en la estructura del Estado Democrático de Derecho para la protección de la seguridad jurídica y las libertades públicas.

El artículo 124 de la Constitución Española y artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal configuran un Ministerio Fiscal como órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la Justicia e integrado con autonomía funcional en el ámbito del Poder Judicial, con propia organización y autogobierno, que desarrolla su misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo

constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales, con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

Su naturaleza jurídica ha ido evolucionando, pero sin que haya cristalizado definitivamente. El autor, consciente de que subsisten argumentos en contra, se adscribe a la posición judicialista. Argumentos:

1.º Artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, «el Ministerio Fiscal se halla integrado, con autonomía funcional, en el Poder Judicial».

2.º Interpretación artículos 117 y 124 de la Constitución Española. La Justicia, que actúa por el Poder Judicial, se configura constitucionalmente como Poder independiente, con este cometido funcional: la Administración de Justicia. Para servir esta función se articulan dos categorías de órganos: los que ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», que son los Jueces y Magistrados (117.3), y los que promueven la acción de la justicia en defensa de la legalidad, que son los Fiscales (124). Distinguiendo dos funciones, una decisoria y otra postulante.

3.º La Constitución Española regula al Ministerio Fiscal en el Título VI, en el ámbito del Poder judicial, y no en el IV.

4.º El criterio de legalidad estricta que preside la actuación del Ministerio Fiscal (en paralelo al art. 117.1 para los Jueces).

5.º En el orden estatutario se impone a los Fiscales un sistema de incompatibilidades, prohibiciones, responsabilidades, derechos y deberes paralelos a los de los Jueces.

6.º Se han abandonado viejas fórmulas referidas al Ministerio Fiscal, suprimiendo cualquier referencia que implique dependencia (sólo queda en el art. 8 la noción «interesar»).

7.º Diversas normas positivas marcan su distanciamiento del Poder Ejecutivo:

a) Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona, garantizando la legalidad ante los actos de la Administración.

b) El juego de los artículos 161.2 de la Constitución Española y 46 a) y 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79, que le legitiman activamente para interponer recurso de am-

paro contra la actuación del Gobierno... cuestiones de inconstitucionalidad (audiencia Ministerio Fiscal para inadmitir)...

c) Artículo 111 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985, defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral.

d) Artículo 76.1 de la Constitución Española, remisión al Ministerio Fiscal del resultado y conclusiones de las comisiones de investigación nombradas por las Cortes, sobre cualquier asunto de interés público, al objeto de que el Ministerio Fiscal inicie el ejercicio de las acciones oportunas si procediere.

## 2. Principios inspiradores del Ministerio Fiscal

a) Unidad.—Lo aborda el Jefe de Valencia. Dice que por el principio de unidad, el Ministerio Fiscal que es único en todo el Estado, asegura la interpretación homogénea de la ley y la continuidad en la función, de tal manera que lo que con él se pretende es que la actuación del Fiscal, si no idéntica, sea al menos congruente en casos semejantes, con el fin de que la ciudadanía vea en la función del Ministerio Fiscal una uniformidad que le proporcione seguridad.

b) Dependencia jerárquica.—Sevilla analiza el principio de dependencia jerárquica —que no sumisión—, que ha jugar únicamente y sólo dentro de la Institución para garantizar la uniformidad y unidad del Ministerio Fiscal, con absoluto respeto a la legalidad e imparcialidad. La dependencia jerárquica debe conllevar el respeto de los Fiscales por las instrucciones, circulares y consultas que en temas generales de técnica jurídica procedan de los órganos rectores del Ministerio Fiscal, y de las particulares instrucciones que se originen en consonancia con las anteriores, siempre que no estén viciadas por la ilegalidad o la improcedencia.

c) Legalidad.—El Jefe de Valencia, tras transcribir el artículo 6.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que desarrolla este principio, dice que es lógica consecuencia, no sólo del concepto de Fiscal como promotor de la Justicia (124 de la CE, 435 de la LOPJ, 1 del EOMF), sino de lo que la Constitución Española manda en su artículo.

d) Imparcialidad.—Este principio —sigue el Jefe de Valencia— es lógica consecuencia del anterior, pues para aplicar una ley justa no tiene más remedio que actuar con criterios de honradez, que no otra cosa es la imparcialidad, como virtud de mirar las cosas sin prevención en favor o en contra de alguien, es decir, con rectitud.

### 3. Funciones atribuidas al Ministerio Fiscal

Catálogo de funciones.—Se han presentado diversos catálogos, destacando el aportado por la Fiscalía de Murcia y detallado de la Fiscalía General del Estado.

#### b) *Reformas Estatuto*

##### 1. Nombramientos

a) Fiscal General del Estado.—Muchas Fiscalías plantean la conveniencia de cambiar el sistema de designación para garantizar la imparcialidad, predominado el modelo de Fiscal parlamentario. Valencia propone una consulta popular sobre el tipo de Fiscal General del Estado que se desea.

- 1.º Sistema actual.
- 2.º Fiscal parlamentario.
- 3.º Fiscal designado por el Consejo General del Poder Judicial.
- 4.º Fiscal designado por el Consejo Fiscal.

Respecto al plazo de mandato del Fiscal General del Estado hay, también, opiniones diversas, aunque predomina la favorable.

b) Fiscales Jefes y Teniente Fiscal.—Teruel es partidaria del plazo, que podría ser, por equiparación a los jueces de cinco años, prorrogables. Si el mandato se asimila a la Carrera Judicial, sólo se debería cesar por las causas del artículo 338 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitando la incoación de expediente disciplinario a alguna de las causas tasadas en la futura normativa legal, debiendo ser oídos el interesado y el Consejo Fiscal.

En Zaragoza, la mayoría se opone al plazo, pero desea que se regulen las causas para el cese.

Girona opina que las jefaturas se provean por concurso reglado. La plaza se adquiere en propiedad y no caben plazos.

Tarragona es partidaria de que todos los Jefes y Tenientes, de todos los organismos, sean de libre designación, si bien reglada.

En cuanto a los Tenientes Fiscales de los Tribunales Superiores, Zaragoza, es partidaria de que sean nombrados por rigurosa antigüedad y no por libre designación. Para el nombramiento de los cargos de libre designación propone que se establezcan unos requisitos objetivos (experiencia, antigüedad, curriculum...) que eviten la arbitrariedad.

Tarragona propone que en las grandes Fiscalías se creen tres tenencias: Régimen interno, Penal, Civil y demás áreas.

## 2. Artículo 27

Se postula su mantenimiento sin reformas (Lugo, Girona y Jefe de Valencia, según el cual suprimirlo es tapar la boca a la expresión de opiniones dentro de nuestras estructuras, lo cual va en contra de la necesaria variedad de opiniones en discusión y da a quienes ostentan jefatura un excesivo poder).

## 3. Organos del Ministerio Fiscal

Se pide que algunas decisiones sean vinculantes para el Fiscal General del Estado.

Lugo sostiene que deben aumentarse las funciones de los órganos colegiados de la Carrera con la consiguiente disminución de la preponderancia del principio de jerarquía.

### c) *Reglamento*

1.º Necesidad. La Junta conjunta de Aragón consideró por unanimidad necesaria y urgente la elaboración del nuevo Reglamento.

2.º Investigación e instrucción. Todas las Fiscalías abordan este tema. Unos distinguen entre la investigación y la instrucción (Jefe FTC, Viada), mientras otros prefieren considerarlo como una misma realidad. La opinión mayoritaria es partidaria a la investigación y opuesta a la instrucción.

Bilbao se opone a la investigación, porque es cometido policial, y a la instrucción, visto lo sucedido en Menores y el Anteproyecto del Jurado.

Avila, por contra, indica que en teoría ambos sistemas tienen ventajas e inconvenientes, siendo perfectamente asumible uno u otro. Cuestión distinta es sí es o no deseable. Aunque no alcanza a comprender las ventajas que para la persecución de los delitos pueda tener atribuir en exclusiva estas materias al Ministerio Fiscal. Tarragona es paradigma del conflicto con ocho votos a favor de la instrucción y otros ocho en contra.

Zaragoza opina que antes de hablar del Fiscal Instructor debe definirse la posición institucional del Ministerio Fiscal, incardinada en el Poder Judicial, y su existencia como una magistratura postulante frente a la decisoria de los Jueces.

Por otra parte, pide que se determinen clara y expresamente las atribuciones y facultades del Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación penal, dado el volumen y trascendencia de las mismas, entendiéndose que son todas aquellas que no precisen expresamente autorización judicial.

Los partidarios de la instrucción (y aquellos que aun no siéndolo consideran que está en el signo de los tiempos) señalan algunas medidas que deberían adoptarse antes de conferirla al Fiscal (Lugo, Pontevedra, Tarragona). Se destaca la duda que la opinión pública tiene acerca de la imparcialidad del Ministerio Fiscal en el momento actual (Balears, Toledo).

Toledo indica los siguientes cambios de darse la instrucción al Ministerio Fiscal:

1.º La Policía Judicial estuviera a las órdenes exclusivas del Ministerio Fiscal.

2.º Se traspase al Ministerio Fiscal el personal al servicio de los Jueces de Instrucción.

3.º Se generalicen y amplíen los destacamentos.

### III. ORGANIZACION

#### a) *Coordinadores*

Constata Baleares que, sobre todo en las grandes Fiscalías, se ha asentado en la práctica la figura de los «mandos intermedios» que surgen con diversos nombres (decanos, delegados, coordinadores...), que por delegación del Fiscal Jefe ejercen funciones propias del Jefe o del Teniente, funciones variadas según cada Fiscalía, que van desde el visado de las calificaciones hasta el reparto o el control de los servicios de las Fiscalías.

Ha aparecido en definitiva una figura que no tiene respaldo estatutario ni reglamentario, lo que provoca diversidad de criterios en las distintas Fiscalías y problemas prácticos de «mando» por parte de los Fiscales coordinadores dado que no están insertos en la línea jerárquica. De ahí la necesidad urgente de regular esta figura.

#### b) *Fiscales especialistas*

Pontevedra dice que conviene situar la especialización en función de tres criterios:

- 1.º Necesidad, determinada por un importante volumen de trabajo en materia o área determinada (...).
- 2.º Preparación o posesión de experiencias o conocimientos del Fiscal que se ha de encargar de la especialidad.
- 3.º Importancia o magnitud con la que ciertos hechos pueden darse en cada Fiscalía (ej. medio ambiente).  
Señala como materias de especialización.

- 1.º Asuntos de carácter económico.
- 2.º Derecho del Trabajo.
- 3.º Derecho de familia, especialmente Menores.
- 4.º Conocimientos de la Ciencia Médica.

#### c) *Adscripciones permanentes-destacamentos*

Baleares cree que la obligatoriedad legal de residencia de los Fiscales en la capital ha provocado un alejamiento de los Juzgados

de los pueblos, provocando la desaparición de los Fiscales en tales Juzgados. Estima que se trata de un grave error que debe corregirse.

Motivos:

1.º La dificultad que tiene el ciudadano de pueblo para relacionarse con el Fiscal.

2.º Envío por correo, o similar, del «papel» a despachar y consiguiente retraso en el despacho de expedientes.

3.º Retraso en dictámenes urgentes como libertades, *habeas corpus*.

4.º Desconocimiento entre las personas del Juzgado y el Fiscal.

5.º Traslados con dificultades económicas, por la desaparición de los coches del parque y falta de dinero, en ocasiones, para pagar taxis.

Tarragona sugiere que se cree una Adscripción Permanente cuando se cree un Juzgado Penal, pues se dan la mismas razones de necesidad que para los Juzgados de Instrucción.

#### d) *Juntas*

Pocas Fiscalías han abordado a fondo este punto, aunque muchas reclamen genéricamente potenciar las facultades de los órganos colegiados.

Zaragoza es partidaria de potenciar el carácter vinculante de los acuerdos de Junta. Parece evidente que los acuerdos tomados por mayoría en las Juntas de Fiscalía deberían tener carácter vinculante para el Jefe cuando se tratara de la atribución de un asunto o asuntos concretos a determinado fiscal (en sentido parecido Teruel).

Resultan extraordinariamente útiles —añaden—, a efectos de unificación de criterios, las convocatorias de junta de Fiscalías de todo el territorio de la Comunidad Autónoma, aunque sea excepcionalmente, como ya se viene haciendo en ese territorio con éxito.

Baleares, hablando de los Coordinadores, propone que sean elegidos por la Junta.

130 Pontevedra sugiere regular Juntas de Coordinadores en el Reglamento.

e) *Relaciones Fiscalía Tribunal Superior-Fiscalía Audiencia Provincial*

Señala Albacete que esta materia está huérfana de normativa y convendría establecer normas claras que delimiten las relaciones entre las Fiscalías de los Tribunales Superiores y las Fiscalías de las Audiencias Provinciales, delimitando atribuciones y competencias. Le parece aconsejable fijar un vínculo jerárquico más directo entre unas y otras, atribuyendo incluso a las Fiscalías del Tribunal Superior de Justicia funciones delegadas de la Inspección, de manera análoga a las que se reconocen a los Presidentes de dichos Tribunales, y con una mayor vinculación de tipo administrativo, que permita a los Jefes del Tribunal Superior de Justicia exigir de las Fiscalías Provinciales que remitan sus Memorias, informes, etc., en los plazos que razonablemente se consideren aconsejables. La descentralización de funciones inspectoras obligaría a realizar visitas periódicas a los distintos órganos de la región.

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional alude a la necesidad de regular la coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Superior y la Fiscalía de la Audiencia Provincial. Sugiere que se reflexione sobre la posibilidad de desdoblar las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia, existiendo en la misma provincia una Fiscalía del Tribunal Superior y otra Fiscalía de la Audiencia Provincial, sobre todo si se va a introducir la doble instancia penal, con recurso de apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de Tribunales Superiores de Justicia.

Deberían celebrarse periódicamente Juntas de los Fiscales de la Comunidad Autónoma (Zaragoza, Avila).

f) *Secretario*

Todas las Fiscalías que abordan este punto son unánimes al reclamar la figura del Secretario o asimilado, que se ocupe de la or-

ganización de la Fiscalía, gestión de los medios materiales y del personal adscrito.

#### g) *Fiscales de Paz*

Varias Fiscalías plantean el problema actual con los Juzgados de Paz. Unas proponen la supresión de asistencia a los juicios de faltas en esas sedes y otros postulan la creación del Cuerpo de Fiscales de Paz.

Ciudad Real, tras señalar la solución actual que consiste en pedir a los Jueces de Instrucción que conozcan de esas faltas, propone:

1.º Creación de los Fiscales de Paz con regulación análoga a los Jueces de Paz.

2.º Supresión, con carácter general y obligatorio, de la asistencia del Ministerio Fiscal a los juicios de faltas cuyo conocimiento venga atribuido a los Juzgados de Paz.

3.º Atribuir el conocimiento de todas las faltas a los Juzgados de Instrucción, sin perjuicio de mantener el vigente régimen de persecución, en cuyo caso el Fiscal no debe asistir a los juicios de faltas privadas o semipúblicas, salvo que las víctimas o sujetos pasivos estuviesen en alguna situación de las que legitiman la intervención del Fiscal en cualquier caso.

#### h) *Gerencias*

Muchas Fiscalías proponen la desaparición de las Gerencias y la asignación directa de fondos a las Fiscalías. En caso de mantenerse debería, cuando menos, asignar una cantidad para las necesidades urgentes.

### IV. ORGANOS

#### a) *Consejo Fiscal*

Casi todas las Fiscalías se pronuncian por aumentar las facultades del Consejo Fiscal como órgano representativo de la Carre-

ra, aunque algunas propugnan modificar el sistema de designación de vocales.

Pontevedra aporta el estudio más extenso sobre el Consejo Fiscal. Según ellos constituye el Organismo más representativo de la Institución. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 12, dentro de los Organismos del Ministerio Fiscal, lo sitúa inmediatamente detrás del Fiscal General del Estado y delante de la Junta de Fiscales de Sala.

Su competencia y funcionamiento se desarrolla por Real Decreto de 9 de febrero de 1983 y Acuerdo de 20 de noviembre de 1983, en el que se contiene el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Fiscal. Resulta urgente situar esta normativa en el esperado Reglamento. En este sentido pueden ser útiles los artículos 43 al 87 del Borrador Definitivo del Reglamento, estudiado en las Jornadas celebradas en Bayona el 1990, con las modificaciones que aconseje el paso del tiempo.

Por otra parte se debe dotar adecuadamente la Secretaría del Consejo Fiscal, para que pueda llevar a cabo funciones de apoyo, conservación, clasificación y remisión de documentación. (De acuerdo con los arts. 13 y 14 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo Fiscal y la disposición complementaria del mismo cuando dice «en tanto no se acuerde otra cosa, la Inspección Fiscal servirá de órgano de apoyo al Consejo, proporcionándoles... y custodiando...». Dado que hace 10 años que se dictó esta disposición resulta necesario dedicar ya una unidad administrativa en la propia Fiscalía General del Estado que, en contacto permanente con el Secretario del Consejo, se encargue de las funciones antes enunciadas, así como la preparación de las reuniones del Consejo Fiscal.)

#### b) *Inspección fiscal*

Salamanca entiende que la Inspección cumple correctamente su cometido y realiza una función de apoyo, amparo y solución de problemas a todas las Fiscalías, por lo que debe continuar como está, ampliando sus dotaciones y plantillas, de manera que la relación con las Fiscalías sea constante.

Bilbao sugiere que las visitas de la Inspección sean anuales y si ello no es posible, podría fijarse una periodicidad para que el Jefe informara a la Inspección.

Aragón pide que se le dote de medios personales y materiales necesarios, de manera que anualmente tenga conocimiento de las necesidades.

Para Baleares resulta sorprendente que no haya expedientes disciplinarios y mucho menos sanciones. Suponiendo que no somos perfectos, sugieren que, huyendo del corporativismo y compañerismo mal entendido, se refuercen las funciones inspectoras de los Jefes y la Inspección a fin de expedientar a quien merezca ser expedientado, evitando la sensación de impunidad de los Fiscales.

El fiscal Torres-Dulce (FTC) propone que se delimiten las funciones de la Inspección y la Secretaría Técnica.

#### c) *Secretaría Técnica*

Debe potenciarse la labor de la Secretaría Técnica, dice Vitoria, de manera que todos los Fiscales estuviéramos puntualmente informados de las novedades jurisprudenciales, no sólo del Tribunal Supremo, sino también de algunas sentencias de Audiencias, otro tipo de resoluciones o incluso dictámenes de compañeros fiscales sobre temas que constituyen novedad.

En igual sentido Orense que añora los resúmenes de jurisprudencia que mensualmente enviaba la Secretaría Técnica, y recuerda la gran altura doctrinal de sus instrucciones y circulares.

Girona es partidaria de que el acceso se haga mediante concurso reglado.

#### d) *Asociaciones*

Como dice Teruel se trata de un tema relevante para completar una visión detallada de la situación de la Carrera Fiscal, en la medida en que deben constituir el vehículo de expresión más adecuado de los miembros de la Carrera Fiscal. (Señor Martín-Rodríguez Sol.)

## CAPITULO V

### TEMAS DE INTERES Y ACTUALIDAD TRATADOS POR LOS FISCALES

#### I. ESTUDIOS DOCTRINALES

#### A) EL NUEVO REGIMEN PROCESAL DE LA PRISION PREVENTIVA

##### 1. INTRODUCCION

La prisión preventiva o prisión provisional es una medida cautelar típica del proceso penal que consiste en la absoluta privación de la libertad del sometido al proceso. Generalmente, se acepta que su finalidad principal lícita consiste en asegurar los resultados de la investigación y de una eventual sentencia condenatoria, y que para su adopción han de existir razones de suficiente peso como para justificar la privación del inicial derecho fundamental a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española (CE).

##### a) *Sistema anterior*

Hasta ahora, en nuestro Derecho, la adopción de la medida de prisión provisional venía caracterizada por dos elementos principales. De un lado, la concurrencia de algunas circunstancias, fácticas o jurídicas, legalmente preestablecidas. Y de otro lado, la decisión de un órgano jurisdiccional competente para ello, en cuanto que relacionado con el procedimiento concreto en el que la medida se adopta.

Respecto del primer elemento, para decretar la prisión provisional, es necesario (art. 503 de la LECr.):

1. Que conste en la causa la existencia de un hecho con caracteres de delito.

2. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente en algún concepto a la persona contra la que se acuerda la medida.

Además de estas dos circunstancias básicas, ha de darse alguna de estas otras:

a) Que el delito tenga señalada pena superior a prisión menor (es decir, superior a seis años).

b) Que siendo inferior a dicha cifra la pena señalada al delito, el Juez de Instrucción considere necesaria la prisión provisional en atención a los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social producida o la frecuencia con que se cometan hechos análogos.

c) Que, habiendo sido llamado el inculpado para comparecer, no lo haya verificado sin causa legítima (art. 504 de la LECr.).

El segundo elemento consiste en que si el Juez de Instrucción apreciaba la concurrencia de los requisitos antes mencionados, podía acordar la prisión provisional por su propia iniciativa, esto es, sin mediar solicitud de parte acusadora. Obsérvese que no se trata de que los requisitos establecidos en los apartados 1, apartado 2 y apartado a), concurren *objetivamente*, sino que el Juez de Instrucción *considera* que efectivamente concurren, de forma que podía acordar la prisión provisional basándose solamente en su valoración de los datos de los que disponía.

#### b) *Crítica*

Esta regulación, sintéticamente expuesta, puede ser criticada desde distintos puntos de vista. En primer lugar, partiendo de la libertad como derecho fundamental amparado en la presunción de inocencia, asimismo elevada a rango constitucional, el sistema no es satisfactorio, pues la introducción de tal cúmulo de elementos

valorativos como los antes reseñados, y la ausencia correlativa de requisitos ineludibles de carácter objetivo, hacen que la decisión de acordar la prisión provisional dependa en la práctica exclusivamente del criterio del Juez de que se trate, pues bastará que aprecie la existencia de indicios suficientes de delito y de responsabilidad unido a cualquiera de aquellas variables de difícil constatación objetiva, como pueden resultar las previstas en el número 2 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si se acepta que la libertad es la regla general y la prisión solamente una excepción que como tal debe estar especialmente justificada, la regulación legal debería ser más exigente, permitiendo la suficiente flexibilidad para que el Juez pueda responder a las características del caso concreto, pero excluyendo la posibilidad de la prisión provisional en algunos casos.

En segundo lugar, el sistema es susceptible de crítica porque la medida es acordada por el mismo órgano judicial responsable de la dirección y la práctica de la investigación criminal, uniéndose, en ese momento especialmente, en su persona las funciones de garante de los derechos fundamentales del sometido a proceso y de órgano responsable del éxito de su propia investigación, lo que puede provocar, en ocasiones, la pérdida o el riesgo de pérdida de la imparcialidad, permitiendo la utilización de la medida para finalidades distintas de aquéllas que justifican su existencia, como pueden ser la anticipación de la pena, el impulso de la investigación del delito o la obtención de pruebas o declaraciones, con lo cual la medida excedería de los límites constitucionales. (Auto 11/1/96, Sala 2.<sup>a</sup> del TS, Magistrado Instructor señor Moner.)

Sin embargo, no todo es negativo. Esta potestad concedida al Juez es congruente con la concepción del sistema procesal, en el que el Juez de Instrucción, concebido como órgano imparcial busca la verdad en la fase inicial del proceso penal que tiene carácter inquisitivo (1), y además responde a las necesidades derivadas de un determinado «despliegue» de Jueces y Fiscales en el territorio. Pero necesitaba una corrección que evitara, en lo posible, el ries-

---

(1) El carácter inquisitivo de esta fase del proceso penal español no es en sí misma repudiable, siempre que durante la misma mantengan su vigor las garantías necesarias para evitar la indefensión.

go de una utilización indebida. Corrección que, manteniendo el modelo de proceso, podría venir por dos vías principalmente:

1. Limitando las facultades del Juez, lo cual a su vez podría hacerse restringiendo los casos en que procede la medida o disminuyendo, o incluso eliminando, su iniciativa.
2. Regulando y estableciendo un sistema satisfactorio para la revisión inmediata de las decisiones del Juez por un órgano jurisdiccional no vinculado a los resultados de la investigación.

En un sistema como el nuestro actual, en el que los detenidos son puestos obligatoriamente a disposición judicial sin solicitud simultánea de adopción de medidas (arts. 496 y 789.1 de la LECrim.), en el que el Juez de Instrucción es responsable íntegramente de la investigación criminal y de la instrucción de los procesos y en el que puede acordar por propia iniciativa cuantas diligencias considere oportunas para el esclarecimiento de los hechos y cuantas medidas crea que contribuyen a asegurar el resultado de la investigación, incluso las restrictivas de derechos fundamentales, parece que la solución más correcta sería mantener las facultades del Juez de Instrucción para acordar medidas cautelares, como la prisión, destinadas principalmente a asegurar el resultado del proceso, y especialmente el buen fin de la investigación, cuyo estado y conveniencias o necesidades sólo él conoce, y garantizar la posibilidad de revisión inmediata de sus decisiones, manteniendo así la coherencia del sistema procesal y evitando los supuestos de empleo injustificado de la medida, sin perjuicio de una reforma posterior de carácter global que afecte a la propia concepción del modelo de proceso penal que debe regir en nuestro país, una vez que tal modelo haya sido decidido tras el necesario debate.

## 2. LA REFORMA DE 1995

Sin embargo, no ha sido así. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) 5/1995, de 22 de mayo, modificada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, introdujo una modificación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consistente en dar nueva redacción a los artículos 504 bis 2 y 539 y en dejar sin contenido el artículo 516.

No se modifican, por lo tanto, los presupuestos necesario para la procedencia de la medida de prisión provisional, contenidos en los artículos 503 y 504 que subsisten en su anterior redacción, sino que se aumentan los requisitos, como veremos mediante la exigencia de una petición de parte para que el Juez de Instrucción pueda adoptar la medida.

La nueva regulación afecta a todos los procedimientos penales, no sólo al establecido para los asuntos de competencia del Tribunal del Jurado, y es de aplicación no sólo a las decisiones del Juez Instructor, sino a las de cualquier otro órgano judicial que intervenga en cualquiera de las fases del proceso.

Dispone el artículo 504 bis 2:

«Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decreta su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de su Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán la obligación de comparecer.

En dicha Audiencia podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas antes indicadas.

Si en tal Audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado.

Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las setenta y dos horas, adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.»

Sin perjuicio de analizar más adelante el artículo 539, la base de la reforma se encuentra en este artículo 504 bis 2.

No cabe ninguna duda que la nueva redacción incorpora una novedad absoluta, y desde ese punto de vista, ya se hace acreedora de las primeras críticas negativas.

Es cuestionable la corrección de introducir una modificación de esta importancia, que afecta a todo el proceso penal, en una disposición final de una ley destinada a regular el Tribunal del Jurado. Más cuestionable aún resulta la conveniencia de introducir en el tipo de proceso penal en vigor una peculiaridad ajena totalmente a su sistema. Pero en cualquier caso, la modificación se ha producido, y quizá sólo se entienda suficientemente si se conecta con lo dispuesto en la disposición final cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que establece la obligación del Gobierno, de remitir, en el plazo de un año, a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se generalicen los criterios procesales introducidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, estableciendo un proceso fundado en los principios acusatorio y de contradicción, y simplificando el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva.

De esta forma, sí se extiende el acusatorio a la fase de instrucción, se entenderá que las medidas sólo se acuerden a instancia de parte.

Sólo, efectivamente, si se acepta la calificación de esta ley como «ley locomotora», puede comprenderse la modificación, aunque, aún así, queden en la oscuridad las razones de tanta prisa por modificar algo propio de un determinado tipo de proceso, introduciendo una novedad que, como se verá, nada tiene que ver con lo que le rodea.

#### a) *La Audiencia*

La gran novedad del artículo 504 bis 2 consiste en exigir la solicitud de parte para que el Juez de Instrucción pueda acordar la medida de privación provisional de libertad, estableciendo, para poder decidir sobre tal solicitud, una audiencia con intervención de las partes acusadoras y defensoras. De esta forma, por más que el Juez considere procedente, conveniente, incluso necesaria, y

prudente, la adopción de la prisión provisional, no podrá acordarla si no se lo solicita así alguna de las acusaciones.

Inmediatamente, ante tan novedosa forma de proceder, se plantea la determinación de su finalidad. Y ésta, parece ser que consiste en situar al Juez de Instrucción en una posición de mayor imparcialidad al decidir sobre tan traumática medida, de manera que no se vea decisivamente afectado por su posición como instructor, moderándose así su poder mediante la introducción del contradictorio, y el acercamiento a las características del modelo acusatorio, que aquí se concretan en que sean aquéllos que sostienen la acusación, aún no precisada en todos sus extremos, los que expongan la necesidad o conveniencia de las medidas cautelares. De esta forma se daría el primer paso hacia la implantación del sistema acusatorio en todo el proceso penal y no sólo en la fase de Juicio Oral.

El debate sobre el modelo de proceso penal más acertado para nuestro País entiendo que no está cerrado todavía, pero no cabe duda que la opción decidida por un sistema, concretamente, en este caso, por el acusatorio, es perfectamente respetable siempre que cumpla al menos dos condiciones. A saber, que haya estado precedida del necesario debate, y que vaya acompañada, o por lo menos, seguida de la adopción de las necesarias medidas de tipo estructural y presupuestario para hacerla efectiva y eficaz.

En mi opinión, ninguna de estas dos condiciones se cumple, pues como antes decía la discusión no está finalizada y se echa de menos un programa a varios años para la adopción de las medidas estructurales necesarias. Y así pierde peso el carácter decidido de la opción, con lo que la introducción de esta novedad corre el riesgo de ser un elemento distorsionador del actual proceso sin que vaya a servir para preparar la llegada del nuevo proceso, que, por lo dicho, parece aún por decidir (2).

---

(2) La situación política del país cuando se redactan estas líneas, a 8 de marzo de 1996, no colabora precisamente a desterrar estas dudas. La ausencia del necesario debate sobre el modelo de proceso y sobre la posición que en el mismo ha de ocupar el Ministerio Fiscal, cuestión unida íntimamente a la necesidad de desarrollar las garantías que eviten la pérdida de imparcialidad, o aún la apariencia de esa pérdida, ha impedido la existencia de acuerdo político necesario para que la implantación del modelo procesal sea asumida y continuada por cualquier Gobierno, por lo que aquella iniciativa de la ley «locomotora» puede acabar en una vía muerta, habiendo perdido por el camino algunos elementos que operarán como obstáculos en el resto del trazado.

138 Pero no sólo lo anterior despierta cierta preocupación en el jurista, que naturalmente trata de comprobar si la finalidad de la ley se puede obtener mediante la aplicación de sus preceptos.

139 La reforma, que preveía inicialmente que el Juez de Instrucción, una vez el detenido a su disposición, convocaría a una audiencia al Ministerio Fiscal, a las demás partes y al imputado, hubo de ser a su vez reformada para impedir que el órgano judicial se viera obligado a mantener privados de libertad hasta la celebración de la audiencia a los detenidos cuya libertad fuera desde luego procedente, por lo que su redacción inicial fue modificada añadiendo una frase (*salvo que decrete su libertad provisional sin fianza*), que permitía al Juez decretar la libertad, cuando le pareciera lo adecuado, sin esperar a oír al Fiscal y a las demás acusaciones para constatar que ninguna de ellas venía a solicitar la medida, sin perjuicio de que, en caso de ser solicitada y considerarla procedente, acordara citar para la celebración de la mencionada audiencia, pero ya en este supuesto con el imputado en situación de libertad.

140 La reforma de la reforma soluciona este problema, pero, quizá inevitablemente, crea otro, de no menor envergadura, que puede evitar definitivamente que la finalidad de la norma se cumpla. Pues el Juez de Instrucción que habiendo tomado conocimiento del contenido del atestado policial, o de cualquiera otras diligencias en las que aparezca implicado el detenido, decide convocar a la celebración de la audiencia, lo hará precisamente porque ha entendido que no procede la libertad; bien porque siendo él el responsable de la instrucción entiende que es necesario asegurarla, o porque siendo responsable en esa fase de garantizar el buen fin del proceso entiende que es preciso privar de libertad al detenido. (Por citar sólo algunas de las finalidades más comúnmente aceptadas de la prisión provisional.) Anticipa así, en gran medida, cuál va a ser su decisión en el caso de que el Fiscal o una acusación particular soliciten la prisión u otra medida cautelar sobre la situación. Y no parece acertado decir que en estas condiciones el Juez instructor refuerza su imparcialidad al momento de decidir, pues cuando se está preparando en teoría para hacerlo, ya ha formado criterio, y lo que es peor aún, lo ha hecho público. Por lo tanto, ni es más imparcial, ni siquiera lo parece. Simplemente convocará la audiencia cuando crea que procede la prisión (u otra medida) y lo hará porque la ley le obliga a acreditar la petición de parte en ese sentido para poder acordarla.

Pero en ningún caso lo hará porque, siendo solicitado por una parte, sea necesario oír a la contraria antes de decidir, que parecería más lógico en un sistema de corte acusatorio.

Realmente, una limitación como ésta a las facultades del Juez, tiene su justificación en un sistema en el que la investigación criminal no está encomendada a ese Juez, o al menos no lo está principalmente, y en el que los detenidos sólo son puestos a su disposición cuando quien soporta aquella responsabilidad investigatoria entiende que es necesaria la privación de libertad, que, fuera de la detención, solamente un Juez puede acordar. Y que acompaña la puesta a disposición judicial del detenido con una solicitud fundada de adopción de medidas contra él, que sólo se acordarán después de oír al propio detenido, y, en su caso, a cualesquiera otros que figuren como partes en la causa.

Pero no tiene ningún sentido en un tipo de proceso en el que la investigación criminal y la instrucción del proceso se encomiendan a un órgano judicial, el Juez instructor, al que se otorga la potestad de acordar por propia iniciativa cualquier tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales (entrada y registro, interceptación de comunicaciones, etc.), y en el que es el propio Juez quien realmente conoce en la práctica los detalles del estado de la instrucción.

Desprovista de su finalidad, al ser incapaz de cumplirla, la reforma se convierte en una mera limitación a las facultades del Juez de Instrucción, la cual no resulta aceptable si se une al resto de condiciones que en la actualidad rodean a nuestro proceso penal (3). Desde este punto de vista, el artículo 504 bis 2, en su ac-

---

(3) La alusión reiterada a la falta de independencia del Fiscal General del Estado respecto del Ejecutivo (derivada del peso negativo de su sistema de nombramiento) y de la consiguiente debilitación de la imparcialidad aparente del Ministerio Fiscal, ha provocado en ocasiones reacciones de protesta en la Carrera Fiscal, e incluso del propio Fiscal del General del Estado, haciendo ver la imparcialidad real con que se opera en la práctica diaria, que no se discute. Sin embargo, habrá que convenir que el aumento de responsabilidades en el proceso penal a cargo del Fiscal hace extremadamente conveniente un incremento paralelo del desarrollo de las garantías destinadas no sólo a evitar la pérdida de la imparcialidad, sino a excluir, hasta donde sea posible, la apariencia de esa pérdida, garantías que tendrán que incidir necesariamente en la forma de nombramiento y en las condiciones del mandato, entre ellas, las temporales.

tual redacción, carece de justificación, y deberá ser sustituido, restituyendo al Juez sus facultades hasta que se decida adecuadamente sobre las características del modelo de proceso penal que se ha de implantar.

Naturalmente, esta opinión no puede considerarse unida a una aceptación de la actual situación en la que el Juez Instructor que acuerda una medida recibe la resolución del Tribunal Superior que ha conocido de la apelación generalmente cuando ya ha sido modificada por propia iniciativa, con lo que el recurso, en sí mismo, viene a carecer de eficacia. Ni tampoco supone que se niegue en todo caso la conveniencia de que las medidas cautelares sean solicitadas por una de las partes que intervienen en el proceso. Lo que se exige es congruencia con el tipo de proceso penal que existe. Y es cierto que los problemas estructurales hacen difícil la solución, pero, mientras se mantenga el actual proceso penal, es preciso arbitrar un sistema en el que con la misma rapidez que se exige al Instructor para decidir en el «habeas corpus», se exija a las Salas de las Audiencias Provinciales la decisión a través de un procedimiento totalmente oral sobre los recursos relativos a la situación personal, al menos en los casos en que el imputado se encuentre privado de libertad.

Con independencia de todo lo que con anterioridad se dice, es lo cierto que la existencia de la ley obliga a su aplicación, y al esfuerzo posible (o imposible) para conseguir una aproximación a lo que se considera su finalidad, aun cuando no se comparta la necesidad ni la oportunidad de su promulgación.

Y desde esta óptica entiendo que, en la medida en que la realidad lo permita, deberá evitarse que el Juez adelante su opinión hasta oír al Ministerio Fiscal y al imputado, para lo cual habrá de convocar a audiencia inmediatamente de recibir al detenido, sin decidir previamente acerca de la procedencia de la libertad. Naturalmente, para evitar prolongaciones innecesarias de la privación de libertad, esto sólo será posible en aquellos casos en que exista un miembro del Ministerio Fiscal con presencia permanente en el Juzgado, de modo que a la recepción del atestado con el detenido se proceda a una inmediata convocatoria para una inmediata audiencia en la que el Fiscal, en su caso la acusación particular, y el imputado, tendrán oportunidad de hacer valer su criterio, permitiendo al Juez decidir y expresar su decisión después de oír a las partes y no antes.

En los demás casos, habrá que actuar según lo permitan las disponibilidades reales, procurando evitar perjuicios injustificados a quienes resulten afectados, de una u otra forma, por la existencia de un procedimiento penal. Y habrá que hacerlo aún a sabiendas de que se está abandonando la finalidad que la ley perseguía.

La Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre Nuevo Régimen Procesal de la Prisión Preventiva, de la Fiscalía General del Estado entiende (4) que el Juez ha de hacer una primera valoración y si llega a la conclusión de que lo procedente es la libertad ha de acordarla sin más trámites. De ahí deduce que la primera diligencia a practicar será la declaración del detenido, «que no tiene por qué postergarse al momento de la audiencia. Entre otras cosas porque el Juez ha de contar con la misma para esa primera decisión». Respetando el argumento y comprendiendo, además, la necesidad de optar por soluciones aplicables en la práctica, habida cuenta de la escasez endémica de medios personales y materiales, entiendo que se corre el riesgo, evitable en algunas ocasiones, de que, en caso de convocar a la audiencia, la contradicción tenga lugar entre el imputado y su Letrado, por un lado, y el Fiscal y el Juez, convencidos de la pertinencia de la prisión, por el otro, con lo que quedaría abortada la finalidad de la reforma.

No obstante, la propia Circular (5) dispone que en los casos de servicio de guardia ininterrumpido de 24 horas, el Fiscal deberá solicitar la celebración de audiencia cuando estime que procede la prisión o libertad con fianza.

#### b) *Convocatoria y celebración*

Si el Juez considera que no es procedente acordar inmediatamente la libertad, convocará a una audiencia al Ministerio Fiscal, al imputado y a su Letrado y a las partes que se hayan personado.

Esta decisión, contraria a la libertad del detenido, precisa de una valoración judicial del atestado o de la documentación que

(4) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, edición de suplemento al núm. 1.767, pág. 57.

(5) *Loc. cit.*, pág. 59.

constituya la denuncia o que la acompañe, valoración que deberá extenderse en un doble sentido: verosimilitud y relevancia. Si la denuncia es inicialmente verosímil y los hechos son relevantes en cuanto que cumplan los presupuestos del artículo 503 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez no debería acordar la libertad sin oír al Ministerio Fiscal, al menos, en atención a las funciones que a éste corresponden en el proceso.

Cuando inicialmente aparezca como lo procedente acordar la libertad del detenido, puede parecer aconsejable que previamente a ella, se le oiga en declaración. La ley no lo exige realmente, pero parece lo más lógico antes de tomar la decisión. En la declaración no es obligatoria la presencia del Ministerio Fiscal, lo que resuelve algunos problemas de organización en aquellos casos en que no exista Fiscal de forma permanente en el Juzgado. Pero no parece dudosa la conveniencia de que asista en cuanto que ello sea posible, pues del contenido de la declaración puede depender la posición que de modo inmediato vaya a adoptar en el proceso.

Esta declaración, en mi opinión, no debería sustituir a la audiencia prevista en el artículo 504 bis 2. Por el contrario, solamente debería practicarse en aquellos casos en los que una vez conocido por el Fiscal el contenido del atestado haya puesto en conocimiento del Juzgado su decisión de no solicitar la adopción de medidas cautelares personales, en cuyo caso, el Juez de Instrucción procedería a oír al detenido tal y como hasta ahora venía haciendo, decretando su libertad a continuación (o incluso antes de oírlo) ante la ausencia de solicitud sobre la prisión.

Puede plantearse si el Juez de Instrucción a cuya disposición es puesto un detenido puede convocar a la audiencia a pesar de que el Fiscal única acusación en la causa, haya manifestado expresamente su voluntad contraria a la adopción de medidas. Aunque puede argumentarse en contra, creo que el Juez no podrá convocar para la audiencia en esos casos, pues la propia finalidad de ésta es permitir el contradictorio antes de decidir acerca de la adopción de una medida que alguna parte ha de solicitar, ya que en caso contrario sólo cabe una decisión. La confusión viene, como ya se puso de manifiesto más arriba, por la introducción de esta «peculiaridad» en un proceso que nada tiene que ver con ella. Efectivamente, en la situación actual el Juez se encuentra con un detenido puesto a su disposición sin que nadie haya solicitado la privación

de libertad, y en caso de que la considere procedente, puede sentir la tentación de buscar a quien lo sostenga. Si ese alguien sólo puede ser el Fiscal (nadie más se ha personado en la causa) y el Fiscal ya ha manifestado su criterio favorable a la libertad, no tiene sentido mantener la situación en espera de un cambio de opinión a resultas de la audiencia, por más que le parezca lo más acertado al responsable de la instrucción.

Si el Juez acuerda celebrar la audiencia prevista en este artículo, deberá señalar día y hora para su celebración. Naturalmente, el Juez es sólo uno y puede organizar la marcha de su Juzgado. Más difícil puede resultar acomodar la marcha de la Fiscalía a esos señalamientos, en principio no sujetos a hora ni a día concreto.

Pero dejando a un lado esta cuestión, la modificación nada dice acerca de la forma de practicar las citaciones, y habrá que convenir que si se siguen las normas de los artículos 166 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la rapidez de celebración que se pretende en la ley quedaría frustrada. Habrá que admitir las citaciones telefónicas, a pesar de la advertencia terminante del artículo 180, párrafo 1.º, procurando hacer aplicable el párrafo 2.º de ese mismo artículo.

Para la celebración es imprescindible la presencia del Ministerio Fiscal y del imputado, asistido de su Letrado. El artículo 504 bis 2, en su párrafo 1.º, *in fine*, dice textualmente: «*El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer.*» La redacción del precepto es curiosa por incorrecta, pues incluida en este artículo y en este párrafo dedicados a los casos en que exista un detenido puesto a disposición judicial, carece de sentido decir a renglón seguido que el imputado tiene obligación de comparecer, pues estando, como está, privado de libertad, será difícil que pueda cumplir esa obligación impuesta legalmente por su propia iniciativa. Lo que quiere decirse es que es obligatoria su presencia, pero la obligación no es del imputado sino de quien puede decidir acerca de su presencia, es decir, del Juez, que deberá acordar lo necesario para garantizar que asista a la audiencia. Realmente, no tiene más trascendencia que la que se puede conceder a un defecto de redacción, pues queda claro lo que se pretende, pero, desde otros puntos de vista, puede ser ilustrativo.

Presentes quienes han de asistir a la audiencia, ésta se celebra a presencia Judicial y bajo la fe del Secretario del Juzgado.

Prevé la ley que se puedan proponer medios de prueba. Nuevamente se produce alguna colisión entre lo que pretende la reforma y la realidad del proceso en el que se *incrusta*. Por su redacción parece que está pensando en medios de prueba propuestos por el Ministerio Fiscal o las partes, quedando excluida la posibilidad de que se practiquen los acordados de oficio por el Juez. Así parece, porque no dice que se puedan practicar, sino que se «podrán proponer», y es absurdo que el Juez proponga lo que él mismo tiene que decidir. Pero sí se entiende así, y parece que la redacción es clara y encaja con la pasividad que se pretende del Juez, queda excluido el instructor de la posibilidad de decidir la práctica de medios de prueba que, sin embargo, va a poder hacer efectivos en relación a la investigación del hecho propiamente dicha. Lo cual, desde luego da la sensación de ser excesivamente artificial y escasamente productivo.

La propuesta de medios de prueba queda limitada a aquéllos que puedan practicarse en el acto o dentro de las 24 horas siguientes (se entiende que siguientes al comienzo de la audiencia), sin rebasar en ningún caso las 72 horas contadas desde la puesta del detenido a disposición judicial. Parece que los medios de prueba han de proponerse en la audiencia («en dicha audiencia podrán proponer»), pero nada impide, en mi opinión, que se propongan válidamente desde el mismo momento en que se conozca la convocatoria (6), pues ello permitirá adoptar las medidas necesarias para que puedan practicarse en ese momento, sin que de ello se derive perjuicio alguno para los demás.

Solamente podrán aceptarse (las partes propondrán las que les interesen y el Juez decidirá) las que puedan practicarse en el acto o dentro de las 24 horas siguientes. No se entiende muy bien esta segunda limitación. Es lógico pretender que los medios de prueba que se pretenda que tengan efectos en cuanto a la decisión sobre la libertad se practiquen en el acto de la audiencia, precisamente creada para esa finalidad. Pero no veo demasiado sentido a la limitación de las 24 horas siguientes. La limitación temporal que existe se debe a la necesidad de legalizar la situación del detenido

(6) La Circular 2/1995 de la Fiscalía General del Estado entiende que nada se opone a que se soliciten con anterioridad a la audiencia las pruebas que se han de practicar en la misma. Loc. cit., pág. 60.

antes de las 72 horas contadas desde la puesta disposición judicial, por lo que la celebración de la audiencia ha de producirse dentro de ese plazo. Otra limitación añadida no tiene, en mi opinión, demasiado sentido. El Juez necesitará las pruebas antes de decidir, y para decidir tiene que celebrar la audiencia en la que deberá producirse una petición de prisión (u otra limitación a la libertad) y habrá de oír a los demás que comparezcan. Pero si respeta antes de su decisión el límite de 72 horas, hasta ese momento no hay razón para denegar la práctica de algún medio de prueba, si es pertinente a los efectos de que se trata. Y la finalidad no puede ser dejar tiempo entre la práctica de la prueba y la decisión, porque la audiencia puede celebrarse en cualquier momento dentro de las 72 horas.

No obstante, la ley es clara, de modo que una vez realizada la propuesta, el Juez deberá denegar aquellas diligencias de prueba que no se puedan practicar antes de 24 horas, viéndose obligado a una previsión en atención a las características del medio propuesto.

Los medios de prueba cuya práctica proceda no podrán tener otra finalidad que demostrar la pertinencia o impertinencia de la medida cautelar. Queda excluida, por lo tanto, la posibilidad de incorporar a la audiencia la instrucción del procedimiento, convirtiéndola en un debate sobre el fondo. No obstante esta afirmación, de meridiana claridad en teoría, pierde esa nitidez en la práctica si se atiende a los presupuestos de la prisión provisional, que se basa en la constancia de un hecho que presente caracteres de delito y en la existencia de indicios o motivos bastantes contra el imputado. Por ello, aunque las afirmaciones que aparezcan en uno u otro sentido tengan el carácter de provisionales, no podrá excluirse, en la práctica, la realización de pruebas sobre cuestiones que afecten al fondo del asunto y no sólo a la justificación de la prisión provisional.

### c) *Decisión*

Practicadas las pruebas, si ninguna de las partes solicita la adopción de medidas, el Juez acordará la libertad del imputado detenido. Si alguna lo solicita, después de oír sus alegaciones y las de los demás, el Juez decidirá, siendo su resolución apelable ante

la Audiencia Provincial. Ante el silencio de la ley se suscita la duda de si el recurso de apelación habrá de seguir la tramitación prevista en los artículos 222 y siguientes o la más rápida (y menos respetuosa con el principio de oralidad) regulada en el artículo 787, ambos de Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 504 bis 2 se encuentra ubicado fuera de las disposiciones que específicamente están destinadas a la regulación del Procedimiento Abreviado, por lo que me inclino por seguir la tramitación general prevista en la ley. Aún así, la solución no está exenta de crítica, pues conectando con lo dicho más arriba, una de las cuestiones pendientes, en materias de tanta trascendencia como la libertad, es precisamente la regulación de una rápida y eficaz revisión de la decisión del Juez mediante el recurso, para lo cual una vez más, no basta con que lo diga la ley, sino que es necesaria la previsión y dotación de medios suficientes. Y en la actualidad, ni la regulación legal ni la realidad práctica permiten una revisión inmediata de las decisiones del Juez de Instrucción acordando la privación de libertad del imputado.

#### d) *La adopción de medidas durante la tramitación*

El carácter necesario de la petición de parte para acordar la prisión subsiste a lo largo de toda la tramitación del proceso. En cualquier momento puede apreciarse la concurrencia de los presupuestos que justifiquen la adopción de la medida, pero para hacerla efectiva es imprescindible la solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviendo el órgano judicial previa la celebración de la audiencia del artículo 504 bis 2 (art. 539).

El artículo 539 dispone:

«Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa.

En su consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

Para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviera en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional

ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 504 bis 2.

○ No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurriere riesgo de fuga, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las setenta y dos horas siguientes, a la indicada comparecencia.

☞ Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momentos de oficio y sin someterse a la petición de parte.»

○ La convocatoria de la audiencia debe producirse sólo si existe una solicitud de parte. No parece congruente con el espíritu y la finalidad de la nueva regulación que sea el Juez *motu proprio* quien decida convocar al Ministerio Fiscal, al imputado y a cuantos se hayan personado en la causa, cuando, según su opinión, la marcha del proceso puede aconsejar la adopción de la medida. Tampoco parece establecerlo así la ley, que sólo contempla la decisión del Juez en ese sentido, sin previa petición, en los casos en que aprecie riesgo de fuga (art. 539 párrafo 4.º), sin perjuicio de convocar inmediatamente la audiencia.

○ Sin embargo, la puesta en práctica de esta afirmación puede plantear algunos problemas derivados de la falta de sintonía de la reforma con el sistema donde se introduce. Si concurren los presupuestos del artículo 503, 1.º y 3.º, y el delito de que se trate tiene señalada pena superior a seis años, el Juez de Instrucción tiene que adoptar alguna medida cautelar de carácter personal, al menos, la libertad provisional con fianza (arts. 503 y 504, párrafo 2.º), lo cual no puede hacer si no existe una petición de parte en ese sentido. De esta forma, aunque impute al denunciado unos hechos sancionados con pena superior a la actual prisión menor, no podrá acordar medidas cautelares si no le son solicitadas. Se produce así una contradicción entre la actuación del Juez de Instrucción al imputar unos hechos y la imposibilidad de resolver conforme a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto regula la prisión o la libertad provisionales. Con mayor claridad se presenta el problema en el caso de que la tramitación discorra por los trámites del sumario ordinario, pues en él, el Juez puede acordar

el procesamiento del imputado sin que para ello sea necesario que la acusación lo solicite, viéndose impedido, sin embargo, para atribuir a ese pronunciamiento las consecuencias que la propia Ley prevé, pues no podrá acordar las medidas procedentes (prisión o libertad con fianza) hasta tanto le sean solicitadas, por más que deban ser consideradas como la consecuencia lógica y legal del contenido del propio auto de procesamiento. Situación que, por ilógica, no debería producirse.

Ante la petición de parte, el Juez debe proceder a convocar la audiencia, pero sólo en aquellos casos en que entienda que la adopción de la medida que se solicita pueda resultar procedente *prima facie* por apreciar la concurrencia (basta que sea razonablemente posible) de los presupuestos legales, denegándolo en las demás ocasiones, cabiendo contra su decisión recurso de apelación (art. 504 bis 2 último párrafo). No está vinculado, pues, a aquella petición pues la ley nada dice, y no tiene sentido que sea obligatoria la convocatoria de la audiencia cada vez que alguna acusación lo solicite, fundadamente o no, para lo que la ley no contiene ninguna limitación. El Juez deberá resolver ante esa petición, pero no tendrá que convocar la audiencia necesariamente.

Otra cosa distinta sucede si la situación se produce en sentido inverso, es decir, si encontrándose el imputado en prisión provisional, las acusaciones interesan su libertad. En estos casos, la libertad es obligada, pues la propia modificación del sistema implica que sólo subsista la situación de prisión en tanto que existe una solicitud de las acusaciones. Naturalmente que ello acarrea limitar las facultades del Juez de Instrucción, pero como ya se indicó más arriba, la reforma supone precisamente eso: una limitación al Juez instructor en materia de prisión provisional.

### 3. CONCLUSION

Es de desear que la pervivencia de esta ley como cuerpo extraño al sistema sea lo más breve posible, y que sobre la base del consenso necesario de quienes tienen la responsabilidad de legislar, sea pronto sustituida a través de la regulación completa del proceso penal, de manera de éste se convierta en un todo armónico capaz de cumplir sus finalidades con respeto absoluto a los de-

rechos fundamentales de quienes se vean sometidos a él. Para ello sería necesario cerrar el debate sobre el modelo de proceso, adoptar una decisión firme sobre el más adecuado y establecer un plan completo, asumible por cualquier Gobierno, para implantar en el tiempo que sea preciso el modelo elegido en condiciones suficientes de funcionamiento. (Segovia. Fiscal Jefe señor Colmenero.)

## B) LA ACUSACION PENAL: ¿EJERCICIO DE SOBERANIA? MINISTERIO FISCAL VERSUS ACCION POPULAR

I. Suelen los autores iniciar el estudio de la institución del Ministerio Fiscal (7) poniendo de relieve las grandes dificultades que entraña la fijación de su concepto, el seguimiento de su peculiar evolución histórica, el problema de su naturaleza jurídica o la cuestión relativa a su emplazamiento institucional dentro de los poderes del Estado; al ser aquélla, en opinión de muchos, una de las más complejas desde el punto de vista del Derecho positivo, caracterizada por la total ausencia de tratamiento doctrinal unitario como consecuencia de las profundas mutaciones a que se ha visto expuesta. Y mayores dificultades surgen cuando se trata de conjugar las funciones que tiene encomendadas institucionalmente con su estructura orgánica al responder aquéllas y ésta a principios diversos e incluso contradictorios (8).

Hay, sí, coincidencia en la caracterización del Fiscal como pieza esencial del sistema acusatorio formal o mixto que exige la más radical separación entre la actividad acusatoria y la actuación decisoria, y que responde a la necesidad de que toda infracción penal encontrará siempre quien la presente ante el Juzgador movido

---

(7) De «indispensable para la vida y difícilmente comprensible para la lógica» la califica Adolfo de Miguel añadiendo su esquizo conceptual, sólo comparable a la del fluido «tercero» hipotecario («El Ministerio Fiscal: Magistratura de Amparo», *Revista de Derecho Procesal*, 1954, pág. 554).

(8) Para José A. Martín Pallín la actividad de la Institución tropieza continuamente con situaciones difícilmente conciliables a la luz de los principios que la informan. «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales», *El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso*, vol. II.

por la consecución del fin público de la realización de la Justicia y no inspirado en criterios de oportunismo.

En efecto, se quiera o no, la función esencial del Fiscal, entroncando en cierta manera con sus quehaceres precedentes y, por tanto con su origen histórico, consiste en el ejercicio de la acción pública u oficial en el proceso penal. La evolución histórica —como ya apuntara J. Zafra (9)— ha determinado que exista un factor esencial a la figura del órgano de la acusación pública sin cuya consideración se desvanecería nuestro concepto de la institución: la actividad persecutoria en el proceso penal, es decir, la promoción y excitación sucesiva de las actuaciones de los órganos encargados de juzgar y aplicar los castigos a los culpables de los hechos ilícitos penales.

Siendo esto así, si el Ministerio Fiscal tiene como objetivo prioritario o fundamental de su actuación el ofrecer la *materia iudici* al órgano encargado de la decisión con el que comparte un mismo designio de consecución de la Justicia y cuya actuación puede condicionar en el curso del proceso, cabe plantearse por qué no se le configuró orgánicamente a semejanza de aquél y no dependiente y jerarquizado personalmente como está en la actualidad (10).

Y si la institución surgió precisamente para garantizar la existencia necesaria de un actor penal por así requerirlo el sistema acusatorio ante la posibilidad de que no siempre lo hubiera, cabe también plantearse por qué la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite junto a la acción oficial del Fiscal, la acción popular, pues, como ya afirmara Ibáñez y García Velasco (11), si ambas coinciden en sus actuaciones huelga una de ellas y si no coinciden, algu-

(9) «Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1961, pág. 760.

(10) Como indica la Introducción de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993 (pág. 24), «las razones que condujeron a la configuración orgánica de esta institución y que se proyectan sobre su Estatuto, han cambiado notablemente. Puede decirse que el Ministerio Fiscal se encuentra sumido en la actualidad en un proceso de redefinición que permita adecuar su ámbito y estructura a las funciones que, con vocación claramente ampliadora, está cumpliendo en la actualidad y llamado a desempeñar en un futuro inmediato».

(11) «Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1967, pág. 105.

na de las dos estará equivocada y dará como resultado constituir un entorpecimiento a una exacta y rápida justicia.

Finalmente, si el Ministerio Fiscal ha de mantener su pretensión acusatoria ante el Tribunal, y ésta ha de basarse en el material probatorio obtenido durante la instrucción de la causa, lógico hubiera sido configurarlo como órgano rector del procedimiento instructorio.

Tres son, esencialmente, las zonas de investigación o campos de estudio que el órgano de la acusación pública ofrece al análisis jurídico, tanto de *lege data* como de prospectiva legalista de *lege ferenda*: la estructuración orgánica (y funcional) de la institución, su configuración como directora de la investigación criminal y el ejercicio exclusivo y excluyente o compartido de la acción penal (12). Sólo a éste último punto hemos de referirnos.

II. Tuvo su origen la acción popular en el Derecho Romano elaborado de modo principal durante la época republicana en la que imperó el sistema acusatorio puro y se atribuyó el derecho de acusar por igual y sin limitaciones a todo ciudadano, concibiéndose nítidamente el delito como ofensa social. Coexistieron, sin embargo, con ese derecho popular o de ciudadanía una persecución de oficio, con antecedentes en el Arconte de la legislación ateniense, encargada a ciertos Magistrados: Cuestores, Irenarcas, Curiosi, Stationarii, figuras todas ellas en las que ha pretendido verse antecedentes del actual Ministerio Público.

Aquel sistema de enjuiciamiento de los asuntos penales o instancia procesal acusatoria, basado también en un concepción vindicativa de la justicia, mantuvo su vigencia hasta bien entrada la Baja Edad Media, donde una nueva concepción de la finalidad y misión del Estado y del derecho de penar, junto a la influencia del procedimiento extraordinario romano *per quaestiones* sustitutivo del proceso comicial y del Derecho elaborado por la Iglesia, vino

---

(12) Igualmente, y dentro de la temática del ejercicio de la acción penal, en su vertiente negativa o de abstención, tendría cabida el análisis de la conveniencia, siguiendo el modelo instaurado en otras legislaciones, de atribuir al órgano de la acusación pública la facultad de no ejercitar la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito en supuestos legalmente previstos y concurriendo determinados requisitos, acogiéndose criterios de oportunidad.

a dar lugar al nacimiento de otro producto más de aquella tenebrosa época (13): El procedimiento inquisitivo, que logró institucionalizarse a partir del siglo XIV en toda la Europa Occidental, permitiendo al Juez, sin necesidad de acusador, abrir el proceso, practicar pruebas y dictar condena (14).

Las profundas modificaciones provocadas en el orden social y político por el pensamiento iluminista y racionalista de la Ilustración del siglo XVIII, la proclamación de los derechos fundamentales del hombre —y entre ellos el derecho natural e inalienable de defensa—, y un renovado concepto del Estado y del individuo supuso, ante la necesidad de ajustar el proceso penal a la concepción del moderno Estado de Derecho, la vuelta al inicial sistema de acusación, pero sin abandonar el Estado la persecución de los delitos a los particulares, al atribuirlos, exclusivamente o no, a un órgano propio distinto del decisor, y cuya creación constituyó, en opinión del autor francés Enrión de Pansey, uno de los mayores pasos que los hombres han dado en el camino de la civilización, apareciendo entre nosotros perfilada la Institución en la Ley 1.<sup>a</sup>, Título 16, Libro IV de la Novísima Recopilación: «y porque el oficio de nuestro Procurador Fiscal es de gran confianza y cuando bien se ejercita se siguen de él grandes provechos, así en la ejecución de nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda, por ende ordenamos e mandamos que en la nuestra Corte sean deputados dos Procuradores fiscales, Promotores para acusar y denunciar los maleficios, personas diligentes y tales que convengan a nuestro servicio, según que antiguamente fue ordenado por los Reyes nuestros progenitores.»

El Ministerio Público o Fiscal se erige así, en palabras de Montero Aroca (15), como una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso y que responde a la idea de que el delito afecta

---

(13) Por más que se critique esta forma expositiva de la evolución del enjuiciamiento penal es lo cierto que tales sistemas procesales o sistemas de actuación del Derecho penal por los Tribunales rigieron en momentos históricos concretos.

(14) Convirtiéndose ese tipo de Justicia penal, como señala Lorca Navarrete («¿Es constitucional la figura del instructor acusador?», en *Aranzadi*, núm. 233, 1996) en uno de los bastiones más fuertes del absolutismo y autoritarismo de lo que a partir de la Revolución Francesa se conoce como *ancien regime*.

(15) «La garantía procesal penal y el principio acusatorio», en *La Ley*, núm. 3.440, 1994.

a toda la sociedad estando ésta interesada en su persecución, y cuya actuación debe basarse en la legalidad.

Este sistema o instancia procesal, calificado de acusatorio formal o mixto, o de sistema moderno de retorno a la acusación, fue recogido por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, merced a la influencia del *Code d'instruction criminelle* napoleónico, pero admitiendo, a diferencia de éste, la acusación popular, al contemplar la posibilidad de apertura del proceso a instancia de cualquier ciudadano no ofendido por el delito, proclamando en su artículo 101 que la acción penal es pública (16).

III. El proceso penal, como instrumento establecido por el Estado, titular del *ius puniendi*, para restablecer el orden jurídico violado por la conducta delictiva, puede iniciarse, según el delito de cuya persecución se trate —y como reflejo procesal de una divergente naturaleza sustantiva— de oficio o a instancia de parte.

El Juez abre *ex officio* el proceso cuando llega a su conocimiento un hecho que reviste los caracteres de delito pudiendo ser el vehículo de la *notitia criminis* el atestado policial, la denuncia, la querrela o incluso su percepción personal.

A instancia de parte solamente en supuestos de delitos que, como la calumnia e injuria, han estado tradicionalmente reservados a la acción privada del ofendido, quizá por el privatismo originario de la acción penal en las tradiciones germánicas, quizá por consideraciones de política criminal, o por ambas cosas a la vez, pero en cualquier caso, sólo la declaración de voluntad del perjudicado acompañada de los requisitos formales exigidos por el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal configuradores de la querrela permite la iniciación del proceso, apareciendo aquella como requisito de procedibilidad o condición objetiva de punibilidad.

El acusador privado se presenta, pues, como titular de un verdadero derecho subjetivo personalísimo pudiendo disponer no sólo del nacimiento y conclusión del proceso, sino incluso hasta de la extinción de la pena ya impuesta. En los delitos públicos y en los semi públicos, que requieren denuncia para su persecución, el

---

(16) En efecto, como señala Montero Aroca (op. cit.) el que después de ese Ministerio Fiscal asuma o no en exclusiva el ejercicio de la acción penal no afecta ni al esquema esencial del proceso ni al contenido de la acción penal, pues ésta seguirá siendo un *ius ut procedatur*.

particular ofendido no dispone de la pretensión punitiva, pues su desistimiento en el ejercicio de la acción penal deja subsistente la oficial del Ministerio Fiscal, sin que el perdón del ofendido pueda extinguir por sí sólo la responsabilidad penal, si bien, en los segundos, la declaración de voluntad del perjudicado o de los legitimados, es presupuesto necesario para la apertura del proceso. Una vez denunciados los hechos, el particular pierde la disponibilidad de la pretensión procesal penal que deviene pública y, por tanto, ejercitable por el Ministerio Fiscal.

El procedimiento criminal, y de conformidad con lo establecido en los artículos 125 de la Constitución y 101 y 270 de la Ley Procesal puede iniciarse también en virtud del ejercicio de la acción penal por cualquier ciudadano, aun no habiendo sido perjudicado por el delito, recibiendo aquella, en este caso, la denominación de acción popular, herencia del Derecho Romano (17) y al decir de Carrara (18), uno de los más elocuentes criterios para juzgar el mayor o menor grado de libertad civil que los rectores de pueblos dejan a los ciudadanos, sin que falten quienes afirman que la acción popular es escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia (19), siendo así que ha existido entre nosotros desde 1872 sin afectarle los numerosos vaivenes que ha experimentado la instancia política y que en la actualidad carece de precedentes en la legislación comparada.

IV. En efecto, un mero repaso por los ordenamientos procesales de los países de nuestro entorno político pone en entredicho

---

(17) No obstante, al decir de Silvela («La acción popular», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1888, pág. 484), nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, al escribir ese principio incompleto y no claramente desarrollado de la acción popular, más bien que en las instituciones de nuestro antiguo derecho y de la legislación romana que le sirvió de modelo para lo que en él había de más ordenado y científico, se ha inspirado en los principios de la legislación inglesa, adicionándoles como declaraciones generales y sin gran desarrollo orgánico, a las bases francesas que habían servido para reorganizar nuestro Ministerio Fiscal desde el Reglamento provisional en adelante.

(18) *Programa de Derecho Criminal*, pág. 318.

(19) Manuel Conde Pumpido Ferreiro entiende que la acción popular viene a representar un plus en el ejercicio democrático y constitucional de la participación en el proceso penal de los ciudadanos españoles. «El ejercicio de la acción popular en el proceso penal», *Consejo General del Poder Judicial: Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, V.I., 1992, pág. 434.

la afirmación del insigne jurisconsulto italiano que sólo encuentra equivalente en la acción *quivis ex populo* del sistema inglés. El Derecho procesal («*Le procureur de la Republique recoit le plainte et les dénonciations et pprécie la suite à leur donner*») (20) e italiano confiando en la suficiencia el Ministerio Público en el ejercicio de su cometido de persecución y acusación de la criminalidad instituyeron con una vigencia ya histórica un *ius perseguendi* de carácter oficial y exclusivo. Y de igual forma, el derecho de accionar y acusar en el proceso penal alemán es monopolio del Ministerio Fiscal sin que haya sido necesario acudir a la acción popular como medio para suplir las deficiencias y corregir los errores de los órganos de persecución oficial, lo que sólo es entendible desde la óptica de la más absoluta confianza jurídico-política existente, en los países mencionados, sobre la Institución Fiscal.

El proceso penal portugués se inicia con el conocimiento directo de la *notitia criminis* por el órgano estatal de la acusación pública o por los órganos de la Policía criminal, o indirectamente a través de denuncia formulada por un particular. La noticia del crimen, después de investigada a través de una *inquérito* por el Ministerio Público, puede conducir a una acusación formulada por éste y eventualmente acompañada, en *posición subsidiaria* —salvo el caso de delitos cuyo procedimiento dependa de una acusación particular— por el ofendido u otra personas constituidas como *asistentes*, o bien en el archivo del procedimiento, a salvo la facultad de éste último para cuestionar esa decisión solicitando la apertura de la fase de *instrução* (21).

El *Novo Código de Processo Penal* aprobado por Decreto Ley núm. 78/87 de 17 de febrero, en vigor desde el día 1 de enero de 1988, configura al Ministerio Público como órgano de la Administración de Justicia con la particular función, en palabras del artículo 53.1.º, de colaborar con el Tribunal en el descubrimiento de la verdad y en la realización del derecho, sujetándose su actuación, en todas las intervenciones procesales, a criterios de estricta objetividad. Se erige, así, en figura central, en cuanto verdadero sujeto

---

(20) «El Ministerio Público recibe las denuncias y quejas y aprecia el procedimiento a darles», artículo 40.1 del Código Penal.

(21) Véase GOMEZ ESCOLAR MAZUELA, Pablo: «El Fiscal Instructor: la experiencia portuguesa», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994.

del proceso, junto al Tribunal y el arguido o imputado, adquiriendo sustantivamente su legitimación en su condición de titular de la acción penal que la Constitución portuguesa de 1976 le atribuye en su artículo 224 y le reiteran los artículos 1 y 3.1 b de la Ley Orgánica del Ministerio Público 47/86, de 15 de octubre (22).

El asistente, típica figura del Derecho portugués, se configura por el Código de Procedimiento en su artículo 69.1.º como *colaborador* del Ministerio Fiscal, a cuya actividad *subordina* su intervención en el proceso, negándole la doctrina su condición de verdadero sujeto del proceso, al calificarle de simple auxiliar de éste o de sujeto procesal accesorio o secundario (23).

El derecho de accionar y acusar en el proceso penal alemán (24) es monopolio del Ministerio Fiscal. El parágrafo 152 de la Ordenanza Procesal Penal dispone que «será competente para el ejercicio de la acción pública la Fiscalía». Sólo se prevén tres excepciones en que el ofendido por el delito puede participar en el proceso, bien acusando, bien interponiendo una pretensión civil para el caso de delitos leves y cuyo bien jurídico protegido entra en esferas personales, familiares y económicas íntimas. Pero aún en estos casos está también legitimado el Fiscal cuando exista interés público en la represión de esos delitos, sin excluir por completo la acción pública. Rige, pues, con carácter absoluto el principio de oficialidad o principio oficial de la acción penal. La persecución punitiva no está en manos de particulares sino del Estado. El inicio del proceso está encomendado a una autoridad estatal, y es también el Ministerio Fiscal quien decide generalmente el archivo del proceso, con obligación de poner esa resolución en conocimiento del *ofendido-perjudicado por el delito, no simplemente denunciante*, quien tiene contra tal decisión un procedimiento especial de impugnación: el «Klageerzwingungs verfahren» o proceso para

---

(22) Cuyo texto traducido puede verse en *BIMJ*, suplemento número 7 de 1987.

(23) Aunque, como afirma Jorge de Figueiredo Dias («Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», en *Jornadas de Direito Processual Penal*), parece indiscutible a la luz del nuevo derecho procesal penal que el asistente, al igual que el defensor, pueden codeterminar, dentro de ciertos límites y circunstancias, una decisión final del proceso.

(24) Véase GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, 1985.

forzar la acusación, regulado en los parágrafos 172 a 177 de la StPO (25).

Tampoco conoce el ordenamiento procesal italiano la acción popular (26), disponiendo el artículo 50 del *Codice di Procedura Penale*, aprobado por Decreto del Presidente de la República, núm. 447 de 22 de septiembre de 1988, en consonancia con lo establecido en el artículo 112 de la Constitución, que «*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*». El procedimiento se inicia con el conocimiento por el Ministerio Público o la Policía Judicial de la noticia del delito, bien directamente, bien a través de denuncia formulada por particulares o por funcionarios y encargados de un servicio público. A ello sigue *indagini preliminari* a fin de llevar a cabo las investigaciones y averiguaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal dirigidas por el Fiscal y que concluyen con la formulación de imputación o la solicitud de archivo que, según el artículo 408.2.º, se notificará a la persona *ofendida* por el delito que puede solicitar la revisión de la decisión, interesando la continuación de las investigaciones preliminares.

V. Coexisten, sin embargo, en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, junto al deber del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción pública en todas las causas criminales sin más excepción que la de aquéllas que según las leyes sólo puedan ser promovidas a instancia de parte, el derecho de acusar en los delitos perseguibles de oficio reconocido por igual a todo ciudadano y sin más limitaciones que las recogidas en el artículo 102 de nuestro Código Procesal Penal. No cabe hablar, por tanto, en nuestro vigente ordenamiento procesal, de monopolio de la acción penal a favor de

---

(25) Única «protección» que el ofendido perjudicado tiene contra el monopolio estatal de la acusación penal.

(26) Al margen de las legitimaciones amplias que el artículo 91 reconoce a las entidades y asociaciones sin ánimo de lucro a las que se haya reconocido por ley la tutela de los intereses lesionados por el delito y cuya actuación subordina el artículo 92, en todo caso, a la autorización previa de la persona ofendida. Véase MARCO VILLAGOMEZ: «El nuevo procesal penal italiano», en *Documentación Jurídica*, núm. 61, 1989. También RODRIGUEZ ARIAS: «El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la Policía Judicial», *Poder Judicial*, núm. 34, 1994.

la Institución calificada, con exquisito rigor técnico, de *Magistratura* postulante, pues todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden ejercitar aquélla acción con arreglo a las prescripciones de la ley. Se trata, pues, de un sistema represivo en que se concede la titularidad de la acción penal, derecho al proceso o facultad de iniciativa procesal a un órgano especializado, el Ministerio Fiscal, y a los ciudadanos, ofendidos o no por el delito. Junto a la autoridad encargada de la acusación oficial y en un mismo plano, actúan o pueden actuar en el curso del proceso una o varias personas en el ejercicio de función acusatoria: el actor particular, perjudicado por el delito o falta, y el actor popular, no ofendido por la infracción criminal. Bien entendido que la posiciones de la acusación particular y de la acusación popular no son idénticas, pues mientras aquélla, en cuanto afectada por el hecho delictivo, puede acumular el ejercicio de las acciones penal y civil dirigidas la primera al castigo del culpable y la segunda a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios, la acusación popular debe limitarse necesariamente al ejercicio de la acción penal, teniendo, por tanto, un sentido y finalidad, pura y simplemente, punitiva o represiva.

La acción popular, instaurada por vez primera en nuestro Derecho en el artículo 32 del Decreto de 22 de octubre de 1820 en la legislación de imprenta, encuentra actualmente su reconocimiento expreso, apartándose así del resto de los ordenamientos europeos continentales, en el artículo 125 de la Carta Magna al disponer que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...», estableciendo el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, coincidente con el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y el artículo 241 de la Compilación General de 1879, que «la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercerla con arreglo a las prescripciones de la ley», exceptuando de su ejercicio el artículo 102 al que no goce de la plenitud de los derechos civiles, al que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas y al Juez o Magistrado. El artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta ley». Finalmente, el artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pre-

ceptúa que “los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley» (27). Se trata, en suma, de un institución procesal genuina española que se encuentra muy reforzada tanto por requerir su derogación la concurrencia de los requisitos y presupuesto propios de la modificación constitucional como por permitir a su titular, en el caso de desconocimiento por los Tribunales ordinarios, recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 108/83, 115/84, 147/85, 13/87).

Y es, precisamente, dentro de este planteamiento, donde surge la interrogante: si el Ministerio Público surgió para garantizar la existencia necesaria de un actor penal por así requerirlo el sistema de la acusación formal ante la posibilidad de que no siempre lo hubiera, es lógica consecuencia el preguntarse por qué la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite junto a la acción oficial del Fiscal, la acción popular, pues, como señalara Ibáñez y García Velasco antes citado, si ambas coinciden en sus actuaciones huelga una de ellas y si no coinciden, alguna de las dos estará equivocada y dará como resultado constituir un entorpecimiento a una exacta y rápida justicia. Ya Alimena estimaba que, habiendo persecución oficial, la particular simultánea significaría redundancia y perturbación (28), si bien se mostró favorable a ella, aunque admitiéndola tan sólo con carácter subsidiario, es decir, cuando el Ministerio Fiscal no promueva la acusación o la retire después de promovida. Y en el mismo sentido se pronuncia Valero Oltra (29) al afirmar que en el sistema jurídico

---

(27) La utilización en todos los preceptos señalados del término «ciudadano» ha planteado la problemática del ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas. Un análisis de esta cuestión puede verse en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993*, págs. 715 a 720: «Ejercicio de la acción popular por las Corporaciones y Entes Públicos». También en «Acción del Fiscal y acción popular. Un refuerzo de esta última», de Víctor FAIREN GUILLEN: *Tapia*, 1989, págs. 62 y ss.

(28) Citado por Viada y Aragoneses: *Curso del Derecho Procesal*, 1974, pág. 130.

(29) «Consideraciones sobre la acción popular», *BIMF*, núm. 1237, 1981. Y de absurdo y superfluo califica JIMENEZ ASENSIO («Naturaleza sustantiva y procesal de la querrela privada», *Revista de Derecho Procesal*, 1952, pág. 117) el binarismo procesal de la acción popular y la fiscal.

patrio, en que el Ministerio Fiscal tiene obligadamente que ejercitar la acción penal en todos los delitos perseguibles de oficio y habida cuenta que a los Tribunales, llamados a administrar recta e imparcial justicia, les es indiferente para dictar sentencia cual sea el vehículo que lleve ante ellos el hecho que han de juzgar, la institución de la acusación popular parece un esfuerzo inútil.

Junto al fundamento de la democratización de la Justicia penal esgrimido como justificación de la subsistencia de la acción popular, ilustres tratadistas del siglo pasado (30) ya pusieron de relieve que la admisión de aquélla, como instrumento procesal al alcance de los ciudadanos, suponía una auténtica desconfianza en la función del órgano estatal de la acusación pública, derivada, a no dudar, de su vinculación al área decisional del Poder ejecutivo. Mas recientemente Fairén Guillén (31) afirmaba que el más grave peligro del principio subordinación jerárquica y de representación del Ejecutivo, esto es, el de la posible inactividad del Ministerio Fiscal ante un delito público siguiendo las instrucciones directa o indirectas de las autoridades del Ejecutivo, es menos en España que en los países en que impera el principio del monopolio por el Ministerio Fiscal de la acción penal; en España, como en Inglaterra, conservamos siempre el régimen de la acción penal pública, a disposición de todos los ciudadanos españoles. Y en la Memoria de la *Fiscalía General del Estado*, de 1989 (pág. 314) puede leerse: *en el fondo, no podrá discutirse que late cierta desconfianza ciudadana respecto de la eficacia del órgano estatal detentador —no exclusivo— de la acción penal, ya sea en su labor de impulso y agilización del proceso, como en la pertinencia y adecuación de los medios probatorios llamados a utilizar en sostenimiento de la acusación.*

Gómez Colomer (32) indica como ventaja práctica de permitir que el español no ofendido por el delito pueda querellarse, junto a

---

(30) Así, Silvela decía, en 1888 (*La acción popular*, op. cit., pág. 483) que no cabe dudar que la acción pública, en el terreno de la pura ciencia, debería ser una sola; que los fines del Ministerio Fiscal al ejercitarla se confunden en un todo con los de la acción popular, y que ésta representa un principio de desconfianza de aquélla.

(31) «El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1974, pág. 660.

(32) «Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal», *Poder Judicial*, núm. 8, 1987, págs. 29 y 30.

la técnica de contribuir a una mejor delimitación del objeto del proceso, el control que el acusador popular puede realizar sobre el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, eliminando los peligros que en cuanto al ejercicio de la acción penal puede significar el monopolio de la misma por parte de un órgano público. Y Almagro Nosete (33) afirma que la acción popular se convierte en un control superpuesto al cumplimiento de sus deberes por el Ministerio Fiscal, de manera, que siempre cabe que los fallos de esta institución sean *vigilados, observados* por aquéllos, y, en último extremo *suplicados* por los mismos. Para Gimeno Sendra (34) la querrela pública es una institución que justifica su existencia por erigirse en la más eficaz garantía frente a una posible burocratización del Ministerio Público, entendiéndolo Jiménez Asenjo (35) que hacer depositario exclusivo de la acción penal al Ministerio Fiscal determina la necesidad de proveerse contra el peligro más hipotético que real de que quede sin persecución algún delito por el libre arbitrio del mismo. De igual forma mantiene Escusol Barra (36) que la acción popular en su verdadero sentido mira a evitar la falta injustificada de actividad por el Ministerio Fiscal.

La desconfianza hacia la acción exclusiva del Estado en la persecución de la criminalidad que constituye, a nuestro entender, la razón más poderosa para el mantenimiento de la acción popular, se refleja no sólo en nuestro Derecho histórico donde se prohibió (Ley 1.<sup>a</sup>, Tít. 33. libro 12 de la Novísima Recopilación) a los Procuradores fiscales «acusar a persona... de cualquier ley, estado y condición en nuestro nombre, ni de la mi justicia sin... delator de las acusaciones...», sino también en nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no puede ser más expresiva en este punto, al decir en su Exposición de Motivos: «*educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la justicia y de coadyuvar a su recta administración, haciendo como el ciudadano inglés inútil la institución del Ministerio Público...*»

---

(33) «Acción Popular», en *La Reforma del Proceso Penal, II, Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia, 1989.

(34) *La querrela*, Ed. Bosch, 1977, pág. 101.

(35) *Derecho Procesal Penal*, volumen 1, pág. 192, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

(36) *El proceso penal por delitos...*, ed. Colex, pág. 69, 1990.

Y esa misma desconfianza —derivada del sometimiento de una auténtica *Magistratura requirente* a las directrices gubernamentales— se haya implícita en las famosas palabras de Alimena (37): «Pienso que el acusador público debe normalmente ejercitar la acción penal, pienso que nadie puede ejercitarla como él la ejercita, pero pienso que el ciudadano particular, encontrándose en la calle con los miembros del Ministerio Público, no pueda decirse a sí mismo: He ahí hombres que podrían dejar impune a mi asesino.»

Fácil es, en cualquier caso, advertir en quienes adoptan posiciones favorables al mantenimiento de la acción popular una concepción ideológica sobre el Ministerio Fiscal anclada en la desconfianza y recelo que provoca la vinculación de la Institución a los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica, olvidando que los principios funcionales de legalidad e imparcialidad prevalecen en todo caso sobre aquéllos.

De otro lado, y muy frecuentemente, se desconoce que las instituciones reguladas por el Derecho son siempre fiel reflejo de la peculiar forma de ser de la sociedad a la que están destinadas, y se olvida, más todavía, que la falta de sentido social es una de las características que informan el genio de nuestro pueblo, como ya afirmara Francisco de Asís Pacheco en sus comentarios a la Ley del Jurado de 1888, otra de las instituciones con la que se ha pretendido la participación del ciudadano en la Administración de Justicia y cuyo fracaso histórico en nuestro país fue indiscutible.

A diferencia de Inglaterra, donde han existido, desde hace mucho tiempo, sociedades de ciudadanos particulares que tienen la finalidad de ejercitar la *action* penal, justificando Silvela (38), el funcionamiento en aquel país del mecanismo de la acción popular por la existencia real y positiva de un gran espíritu individual, temeroso de los abusos del poder ejecutivo, y dispuesto a imponerse sacrificios considerables y espontáneos de tiempo, de responsabilidad y de dinero, a trueque de participar directamente del ejercicio del poder. Y Tomás Muñoz Rojas (39) afirma que es in-

---

(37) «Naturaleza del derecho de querrela», en *Studi di Procedura penale*, Turín, 1906.

(38) *La Acción popular...*, op. cit., pág. 484.

(39) «En torno al acusador particular en el proceso penal español», *Revista de Derecho Procesal*, 1973, pág. 142.

dudable que, en los tiempos y en los países en que los ciudadanos han alcanzado un alto grado de civismo, de solidaridad, de educación social, de colaboración pública, etc., la acción penal popular ha de tener una gran utilidad y, en cambio, sería inútil o contraproducente en las hipótesis de individualismo, despreocupación pública, insolidaridad, etc. El condicionamiento sociológico tiene, de este modo, un gran interés, que debe ser ponderado en un plano de *iure* condendo o de política legislativa.

La experiencia diaria nos revela que la intervención del particular en el proceso penal no lo es por móviles de cooperación cívica sino por que se siente directamente lesionado —y casi siempre en su patrimonio— por el hecho punible (40), y que la acción popular se encuentra en un desuso prácticamente absoluto que justifica su erradicación de nuestro ordenamiento y no su mantenimiento, como actualmente ocurre, a título de mera pieza de museo. Es un hecho contrastado empíricamente que en la generalidad de las causas penales no existe ejercicio de la acción popular (41).

En efecto, como señalara Gómez Orbaneja (42) el móvil que en la mayoría de las ocasiones impulsa al particular a accionar penalmente es el interés en obtener el resarcimiento. Se utiliza la acción penal como el medio más favorable, cómodo y económico de alcanzar la satisfacción pecuniaria, incluso por el camino desviado de una renuncia concertada a sostener la acusación, con el peligro de una «privatización» del proceso penal, cosa absolutamente incompatible con la finalidad de mismo y el carácter de la pena. E igualmente Gómez Colomer (43) cita como importante desventaja del mantenimiento de la acción popular en un sistema de enjuiciamiento criminal moderno, junto a su influencia en la sobrecarga de la Administración de Justicia, el favorecimiento de intereses extra-

---

(40) Situación que, como indica GÓMEZ COLOMER (*Acción particular, acción popular...*, op. cit., pág. 30), viene favorecida por la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite la acumulación de la acción civil a la penal, con lo cual tanto el acusador particular, éste, por motivos absolutamente comprensibles, como es natural, como el acusador popular, están motivados por intereses económicos o personales antes que por el propio interés público existente en la persecución y castigo del culpable.

(41) GÓMEZ COLOMER: *Acción particular, acción popular...*, op. cit., pág. 29.

(42) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pág. 231.

(43) Op. cit., págs. 29 y 30.

ños a los propios del proceso penal, afirmando que cuando alguna persona física o jurídica, grupo o ente se constituye como parte en un proceso penal sin ser el ofendido por el delito, es porque detrás del tema de fondo, es decir, de la responsabilidad criminal que proceda, hay otro tipo de caracteres o connotaciones, bien sociales, bien políticas, de notable importancia.

Y en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, antes citada, se afirma: *también resulta patente, de otro lado, que no son siempre intereses puros de colaboración con la Justicia los que animan el ejercicio de la acción popular, sino criterios de oportunismo llamados a conseguir impacto en la opinión pública*, indicando Almagro Nosete (44) como principal inconveniente de la institución la falta de probidad que puede guardar su ejercicio, por cuanto cabe que el particular actúe motivado por circunstancias torcidas, entre las que no se excluye un posible ánimo de extorsión sobre los acusados víctimas, pudiendo actuarse, en definitiva, un interés privado, contrario al principio que inspira y el fin que persigue el proceso penal. En la misma línea, Sáez Jiménez y López Fernández (45) afirman que un sistema basado en la acción popular requeriría en la totalidad de los habitantes de un país el suficiente sentido del deber cívico de coadyuvar a la función de la Administración de Justicia, abogando por la supresión del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al demostrar la práctica forense diaria que ha devenido superfluo, mostrándose también contrario a su conservación en nuestras leyes, J. Zafra (46) señalando como argumentos suficientes para estimar que también carece de fondo la defensa de la acción popular... la inhabilidad normal de los ciudadanos, aunque sean dirigidos por profesionales del Foro, para ajustarse debidamente a las delicadas exigencias de la persecución penal, y el peligro que representa la posible influencia de móviles egoístas, cuando no antisociales, sobre la conducta de esos particulares, pudiendo afirmarse con Alcalá Zamora (47) que es-

(44) *Op. cit.*

(45) *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, ed. Santillana, 1966, págs. 295 a 297.

(46) *Posición del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 795.

(47) Puntualiza el autor citado su última afirmación señalando: *Injusta*, porque desequilibra el proceso en perjuicio del acusado, ya que si el delito produce un doble daño —al sujeto pasivo y a la sociedad—, son sus re-

tamos ante una institución llamada a desaparecer, bien porque en la mayor parte de los casos permanece en el olvido más completo, mostrando su inutilidad, bien porque cuando aparece es injusta y puede resultar peligrosa.

También sugiere la supresión de la institución Viada (48), señalando como inconveniente la desigualdad frente a la posición de imputado o querrellado al convertirse en un arma de coacción para transacciones, y que en pura teoría no tiene razón de ser al existir el Fiscal que, como órgano del Estado, debe velar por la efectividad de la acción y *debe* tenerse suficiente *confianza* en el mismo. No faltando, finalmente, quienes adoptan como Jiménez Asenjo (49) una posición intermedia al defender no la supresión pero sí su mejora a fin de impedir abusos notorios de los intervinientes a su amparo.

En cuanto al fundamento político de la subsistencia de la acción popular para asegurar lo que se podría llamar una conciencia democrática de la persecución penal, una colaboración espontánea del pueblo en la represión de los hechos que son colectivamente dañosos indicando Silvela que aquélla es un derecho (50)

---

presentantes —acusación privada o particular, cuando se persone la parte ofendida, y el Fiscal— los únicos a quienes toca actuar, a fin de que el proceso sea la reacción en el terreno judicial de dos lesiones de distinta naturaleza, causadas por el doble ataque de que fueron objeto. *Peligrosa*, porque esa ausencia de interés determinado se presta a que la acusación popular sea el arma de las pasiones excitadas, la representación de los más audaces, y no, como su nombre parece indicar, la de los más numerosos, concluyendo *que para todo sirve menos para obtener algo medianamente provechoso*. («Lo que debe ser el Ministerio Público». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1921, págs. 530 y 531). En igual sentido se pronuncia junto a LEVENE, en *Derecho Procesal Penal*, México, 1944, V.II, pág. 77.

(48) «Notas sobre la necesidad de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, núm. 187, pág. 337.

(49) *Op. cit.*, pág. 192.

(50) Que GIMENO SENDRA (*Derecho Procesal*, tomo II, 3.ª edición, 1989, pág. 272) califica de cívico (reservado a los españoles), activo, mediante cuyo ejercicio los ciudadanos pasan a asumir una función pública, cual es la acusación y, por obra de la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 62/1983, de 11 de julio; 147/1985, de 29 de octubre) de naturaleza constitucional, implícito en el «derecho a la tutela» del artículo 24.1.º de la Constitución Española y, por tanto, protegible a través del recurso de amparo.

del ciudadano a perseguir el fin social de la Justicia independientemente de la representación que para ello tiene el Estado (51), podemos convenir con Tolomei señalando que a su favor tiene declamaciones retóricas, no dispares de las que siempre suscitó la institución del jurado, por parte de quienes consideran ajustado a las respetables exigencias democráticas el confiar *cuique de populo*, es decir, a los profanos y a los indoctos, antes que a los expertos e idóneos órganos técnicos, las más delicadas funciones de la Administración de la Justicia. Ideas, proposiciones, institutos que tuvieron consentimiento o actuación en tiempos remotos (52) y fueron después repudiados porque la experiencia demostró sus errores, son presentados a los ignorantes como peregrinas novedades únicamente porque responden a una superficial y falaz noción de las atribuciones y de los deberes del ciudadano y del Estado en los tiempos modernos (53).

VI. A la luz de las opiniones doctrinales expuestas y en apretada síntesis, puede concluirse con las siguientes afirmaciones:

1.º Que los argumentos más frecuentemente esgrimidos por quienes defienden el mantenimiento entre nosotros de la acción popular han sido: a) la democratización de la Justicia Penal al permitir, al igual que ocurre con la Institución del Jurado, la participación de todo ciudadano en ella y b) la desconfianza hacia el Ministerio Fiscal derivada de su potencial dependencia del Poder ejecutivo, aun cuando este argumento, calificado de fundamento histórico de la instauración de la acción popular basado en la utópica creencia de hacer innecesaria la acusación oficial, trate de enmascararse con la afirmación de que la legitimación *quivis ex po-*

---

(51) *La acción popular...*, op. cit., pág. 483. Señala el autor citado que a la extensión del principio acusatorio debían responder fórmulas y amplitudes de procedimiento que pusieran al alcance de todos los ciudadanos la intervención en tan absolutas funciones y, al propio tiempo, la mayor participación del sentimiento público en la vida de las instituciones judiciales, llevaba consigo el restablecimiento en la ley y en la práctica de la acción popular, y de su ejercicio y su mantenimiento como derecho del ciudadano, distinto y separado del particular ofendido y del Ministerio Fiscal representante del Estado.

(52) Una evolución histórica del instituto de la acción popular puede verse en Silvela. *La acción popular*, op. cit., págs. 459 a 479.

(53) Citado por J. ZAFRA: *Posición del Ministerio Fiscal...*, op. cit. pág. 795.

pulo constituye la consagración más directa y económica del principio de legalidad (54), configurándose en realidad, la acción popular como un medio de control de la actividad o inactividad del Fiscal, pues se cree que aquella dependencia puede llevar a la impunidad de determinados delitos, especialmente los de carácter político.

2.º Que ninguno de esos argumentos son, a nuestro juicio, atendibles. Así, frente al primero cabe contestar desde un triple punto de vista, ya analizado: a) *Histórico*: la pervivencia de la acción popular a pesar de los distintos cambios de signo muy diverso experimentados en el Poder político); b) *Legislativo*: la ausencia de la institución en los ordenamientos de la mayoría de los países de nuestro entorno político y cultural. E, igualmente, en relación con éste criterio, y con el anterior de dimensión histórica, puede recogerse, en clara línea abolicionista, la posición contraria a la supervivencia de la acción popular en los proyectos de reforma de nuestra legislación criminal: así, en las Bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1942 —Base 5.ª— se reservaba la acción popular únicamente para exigir responsabilidad a los Jueces y Magistrados y funcionarios públicos; en el Anteproyecto de Bases de 1932 —Base 1.º— se decía que se suprimiría la acción popular salvo en los casos en los que una ley especial dispusiera lo contrario; o en el Proyecto de Bases para la reforma del procedimiento penal de 1921 —Base 3.ª— la admitía únicamente con carácter supletorio o subsidiario; y c) *Sociológico*: los móviles que impulsan al actor popular la mayoría de las veces y la características del *genio de nuestro pueblo*, pues no en vano ha podido decirse que el éxito del sistema que se base en la acción popular está en la finura del sentido jurídico de la ciudadanía. Y frente al segundo, cabe oponer el mayor rango de los principios de legalidad e imparcialidad y el deber del Fiscal de actuar con sujeción a la Constitución a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y

---

(54) Así, GIMENO SENDRA: «La acusación popular», en *Poder Judicial*, núm. 31, 1993.

forma en que las leyes lo establezcan (art. 6 del EOMF), debiendo siempre la objetividad e independencia presidir su actividad en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 del EOMF). Así, indica Ruiz Vadillo (55), que la unidad que preside la actuación del órgano oficial de la acusación y el sentido jerárquico de su estructura en nada obstaculiza ni puede obstaculizar la equilibrada efectividad de su actividad, dirigida siempre a defender la ley, lo que de suyo supone hacerlo con imparcialidad.

3.º Que si lo pretendido mediante el ejercicio de la acción popular es dar satisfacción al interés común en la defensa del ordenamiento sin que sea necesaria la existencia de ningún interés particular o directo, carece de todo sentido admitir tan amplia legitimación de actuación en el proceso penal atribuyéndola a cualquiera que no se ha visto afectado directamente en su esfera personal ni patrimonial por el hecho penalmente reprochable, basando esa legitimación en una defensa genérica de la moral colectiva o público o de los intereses generales de la sociedad cuando tal defensa viene encomendada por ley a una institución del Estado como es el Ministerio Fiscal, cuyas pretensiones, dadas su imparcialidad, están destinadas *ope legis* y con un carácter lógico a defender a la sociedad en su conjunto, a través o por impulso del principio de legalidad.

4.º Y, finalmente, que junto a los inconvenientes tradicionalmente asignados a la acción popular, como la quiebra del principio de igualdad inter partes, el riesgo de politización de los asuntos judiciales, los móviles espúreos de su ejercicio muy alejados de los tenidos en cuenta por el legislador al regularla, la rémora que en el desenvolvimiento del proceso constituye su admisión con la consiguiente lentitud y retardo, o su carácter de superflua, estéril e innecesaria según lo ya expuesto, en la actualidad se presenta también por notorias razones como importante obstáculo en la configuración del Fiscal como órgano rector del procedimiento instructorio o para la atribución de éste a la facultad de abstención en la persecución penal, en supuestos tasados,

---

(55) «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Estudios de Derecho Procesal Penal*, ed. Comares, 1995, pág. 73.

conforme a criterios de oportunidad. (Murcia, Fiscal señor Lanzarote Martínez.)

### C) EL CUERPO HUMANO COMO OBJETO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Uno de los temas más complejos que se plantean en el Proceso Penal es el relativo a la admisibilidad de la utilización del cuerpo del propio imputado como objeto de la intervención judicial para la consecución de elementos probatorios de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en él del propio inculgado.

Como dice el Profesor Asencio Mellado, no hay al respecto regulación alguna en nuestro Ordenamiento Jurídico, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Comparado Europeo, hecho éste que viene a complicar considerablemente la labor doctrinal y jurisprudencial.

Ahora bien, el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regule este tipo de medidas, no supone por ello su absoluto rechazo, dado que hay que tener en cuenta que en la época en que fue promulgado el Texto Procesal citado los avances de la ciencia médica y de la investigación criminal no se encontraban lo suficientemente adelantados como para que pudiera arbitrarse un conjunto de disposiciones legales que preveyeran su futura aplicación a la investigación del proceso penal.

Sin embargo, en la actualidad, la modificación de los modos delictivos (ejemplo: los delitos relacionados con la circulación de vehículos de motor, tráfico de drogas, etc.) la mayor intervención del Estado en la regulación y protección de los intereses familiares (ejemplo: la investigación de la paternidad) y, en especial, el progreso científico y tecnológico, hacen necesaria la utilización de pruebas de carácter técnico para la averiguación de determinados hechos delictivos, que de otra forma no podrían ser comprobados, o respecto de los cuales no podría probarse la participación de sus autores.

A este respecto, los Códigos Europeos más avanzados o las Legislaciones más modernas, así como el propio Consejo de Europa, han venido a admitir y reputar necesario el uso de tales méto-

dos a los fines señalados en los que constituye una realidad evidente que no podemos olvidar.

Sentada, pues, esta premisa, los temas que pueden suscitarse son dos:

— Un primero, que aludiría a si es admisible en nuestro Derecho la práctica de intervenciones corporales y, en tal caso, qué requisitos serían los exigibles para su correcta validez como prueba en el proceso.

— Un segundo, que se referiría a los supuestos concretos que en la práctica forense se han planteado y a la obligatoriedad o no del sometimiento a esta medida.

A) En lo que respecta a la primera de las cuestiones suscitadas, podemos decir que se ha ido perfilando jurisprudencialmente una doctrina, sobre todo, por parte del Tribunal Constitucional y en relación con determinados derechos fundamentales, que, partiendo de la base de la no conceptualización de los mismos con carácter absoluto, se encamina a la admisibilidad de las intervenciones corporales como forma de constatación de hechos delictivos y de la participación en los mismos de los sujetos responsables.

En este sentido, los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional aludieron a la validez y eficacia de la prueba de alcoholemia y se trataron, tan sólo tangencialmente, determinados derechos fundamentales que podían quedar afectados por su práctica.

Decimos que el Tribunal Constitucional únicamente se pronunció tangencialmente, porque realmente no trató, por no serle cuestionada directamente, la validez procesal de dicha prueba, sobre la base de una supuesta vulneración de los cinco derechos fundamentales que, a mi entender, pueden verse afectados por este tipo de actuaciones procesales, como son:

— El derecho a la intimidad personal, del artículo 18, 1.º, de la Constitución Española.

— El derecho a la libertad personal, del artículo 17, 1.º, de la Constitución Española.

— El derecho a no declarar o a no declarar contra sí mismo, del artículo 17, 3.º, de la Constitución Española.

— El derecho a la presunción de inocencia del artículo 24, 2.º, de la Constitución Española.

— El derecho a la integridad física, con interdicción del trato inhumano y degradante del artículo 15 de la Constitución Española.

Así, en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/85, de 4 de octubre*, únicamente el recurrente invocó la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, estimando que había sido condenado por delito contra la seguridad del tráfico sin pruebas de cargo, sobre la base de un supuesto error cometido por el Tribunal de Instancia de confundir los términos «*impregnación etílica*» con «*intoxicación alcohólica*», añadiendo que la prueba alcoholimétrica era una prueba prohibida, aunque sin profundizar en este último concepto.

Tal circunstancia, en cambio, sí dio pie al Fiscal para hacer un análisis, continuado por el propio Tribunal, sobre la validez constitucional de esta prueba, que, a su entender, no atentaba contra el derecho a la libertad personal, en los supuestos en que se procediera a la detención del afectado, ni tampoco, a la integridad física o la salud, al extraer sangre; ni tan siquiera a no ser obligado a declarar o a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable o a una efectiva defensa. Sobre este particular, ya la Comisión Europea de Derechos Humanos había tenido ocasión de manifestarse con anterioridad en su decisión de 13 de diciembre de 1979, en la que se exponía textualmente que: «*una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1 del Convenio*» (derecho a la integridad física), aunque declara que «*la ejecución forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración*», justificada, sin embargo, para asegurar el cumplimiento de una obligación legal.

El Tribunal, sobre la base del Informe del Fiscal, después de destacar que la congruencia no obliga más que a examinar la acusación de violación del artículo 24, 2.º (que estimó no concurría en este supuesto) y de que en el supuesto de autos al haber consentido voluntariamente el recurrente en someterse a la prueba del análisis de sangre, tampoco permitía poner en duda la constitucionalidad de la misma. Pero sí destacaba que la cuestión no era propiamente, si el sujeto estaba obligado o no a prestarse a la investigación sobre su grado de impregnación alcohólica, si no a la de si, prestado voluntariamente el consentimiento para ser sometido a

la misma, hubo violación de alguno de los derechos antes aludidos, referentes a la libertad de declarar o no declarar, concluyendo el Alto Tribunal que *«el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2.º de la Constitución Española»*.

Una segunda Sentencia, dictada apenas unas fechas más tarde, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 107/85, de 7 de octubre*, vino a tratar, en relación con el mismo tipo de prueba, otro de los derechos fundamentales antes aludidos, en este caso, el de la libertad personal del artículo 17.1.º, además de los otros dos antes mencionados (56). Su recurso de amparo se fundamentaba en una supuesta violación de los artículos 17, 3.º y 24, núms. 1.º y 2.º de la Constitución Española, pues ni fue informado de sus derechos, ni advertido de que podía negarse a la práctica de la prueba de alcoholemia ni respetado, en fin, su derecho de asistencia letrada. La prueba misma había sido mal practicada, pues sólo constaba el resultado positivo, lo que suponía una infracción del artículo 4.º de la Orden de 29 de julio de 1981. Por otra parte, se trataba de una verdadera detención, lo que se había efectuado sobre su persona, sin haber sido informado del contenido del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Había sido trasladado unos 30 kilómetros desde el lugar de la intervención policial hasta las dependencias policiales en donde se le confeccionó el atestado.)

(56) En este caso, se trataba de una persona que fue interceptada por la Euzaintza y sometido a una prueba orientativa de alcoholemia siendo el resultado positivo, por lo que el posterior recurrente solicitó una segunda que dio resultado negativo, efectuándose una tercera de nuevo, que dio resultado positivo. Entonces le fue notificado que estaba detenido por un delito del artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal. Esto es lo que le fue sometido a la firma, sin que constara diligencia alguna en que se le advirtiera de que podía haberse negado a soplar, ni tuvo conocimiento del posible carácter delictivo de los hechos.

Dejando a un lado la respuesta que el Tribunal Constitucional dio a las distintas cuestiones que planteó el recurrente, si nos interesa destacar que, con relación a la supuesta vulneración del artículo 17.3.º de la Constitución Española, el Alto Tribunal desestimó el recurso por entender que las garantías exigidas al detenido, contenidas en el citado artículo 17, 3.º, de la Constitución Española no eran aplicables a la situación de *«quien conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el artículo 492.1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera, supone para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito. La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3.º de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico»*.

La verificación, pues, de las pruebas de alcoholemia no configura el supuesto de detención contemplado en el precepto constitucional, ni ha de rodearse de las garantías propias del mismo. *«Sólo a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse, en rigor, de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el número 1 del artículo 340 bis a) del Código Penal.»*

Ulteriores Resoluciones del Tribunal Constitucional vinieron a ratificar esta doctrina sobre la prueba de alcoholemia, pero no abordaron directamente el tema que estamos tratando (57).

La primera Sentencia del Tribunal Constitucional, donde verdaderamente se analiza en profundidad el tema de las intervenciones corporales, es en la conocida *Sentencia del Tribunal Constitucional 37/89, de 15 de febrero* [recurso de amparo interpuesto contra una providencia (21 de noviembre de 1986) del Juzgado de Instrucción número 10 de Málaga dirigida mediante exhorto al Juzgado de Instrucción número 2 de Jerez de la Frontera y dictada en trámite de diligencias sumariales seguidas por delito de aborto, por la cual se requería a la recurrente para su presentación ante este último y para la práctica de determinadas diligencias de prueba consistentes en declaración y prueba pericial a realizar por el médico forense sobre la posible existencia de intervención quirúrgica de interrupción de embarazo]. La demandante de amparo invocó la violación de los siguientes derechos fundamentales:

— Derecho a la presunción de inocencia, violación debida, tanto al interrogatorio a que ésta fue sometida como a la prueba pericial citada, diligencia esta última que se dice, «constituyó una línea de investigación del delito seguida sin tan siquiera saber de este supuesto delito, que también pudiera no haber existido nunca».

— Derecho a la tutela judicial efectiva, al haber sido llamada al proceso únicamente como testigo y no como parte, originándose con ello la consiguiente indefensión. Agregaba a tal afirmación que la recurrente, además, había sido objeto de un interrogatorio propio de los que se efectúan a las personas procesadas, sólo que sin las garantías que la ley prevé para estos casos.

— Derecho a la intimidad personal, pues la prueba acordada tuvo como fin no la comprobación o investigación de los autores de un delito cierto, sino que tendía a verificar si había existido tal delito, investigando para ello a determinadas personas que por su

---

(57) *Sentencia del Tribunal Constitucional 145/85, de 28 de octubre*: Únicamente trata el tema de la presunción de inocencia, porque se trataba de un atestado policial por prueba de alcoholemia, no ratificado en el acto del Juicio Oral. Otorgamiento de amparo. En el mismo sentido, *Sentencia del Tribunal Constitucional 145/85, de 30 de octubre*.

sexo, y por haber sido objeto de reconocimiento ginecológico por el procesado en el Sumario, hubieran podido, acaso, cometer el supuesto delito cuya verificación se buscaba. De tal manera que, a su entender, se había producido un doble menoscabo de este derecho: Por un lado, la recogida de datos personales de la actora, al practicarse un registro en la Clínica Ginecológica de Málaga; y de otro, al obligar a la recurrente a que se sometiera, contra su voluntad, a una pericia médico-forense encaminada a probar una hipotética interrupción del embarazo.

Con relación al primero de los derechos fundamentales invocados, se desestimó la pretensión de la actora, dado que se trataba de diligencias sumariales, y ni de sus declaraciones prestadas ante el Juzgado de Jerez, ni de su negativa a someterse a la prueba ginecológica, se derivó para la misma una condena penal, sino simplemente unos indicios racionales que motivaron su ulterior procesamiento.

Igual sucedió con el segundo de los derechos fundamentales invocados, concretamente el de la tutela judicial efectiva, dado que, si bien se reconoció por el Tribunal la irregularidad consistente en haberle tomado declaración sin los requisitos y prevenciones precisos, esto sólo podía dar lugar a la anulación de las actuaciones cuando de ellas se siguiera una resolución condenatoria o una agravación de la condena recaída, pero al no haberse dictado aún ninguna sentencia, no podía reponerse a la demandante de amparo en su derecho.

Sin embargo, en relación con la violación del tercero de los derechos fundamentales supuestamente violados, el Tribunal Constitucional sí entra a pronunciarse sobre el tema.

Así, después de desestimar que se hubiera producido menoscabo de su derecho a la intimidad por haberse recogido sus datos personales en los registros efectuados en la Clínica Ginecológica de autos, por entender que dichos registros fueron acordados por la Autoridad Judicial en una resolución dictada en el curso de unas actuaciones penales, como era el Sumario que se estaba tramitando, elabora una doctrina importante sobre el tema que estamos estudiando.

En primer lugar, realiza una afirmación de principio al establecer que *«la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1) de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en*

las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el Ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad».

Pero, a continuación, el Alto Tribunal establece una doble matización al decir, de una parte que:

*«El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.»*

Se aprecia, por tanto, que el Alto Tribunal establece una doble distinción:

— Por un lado, estarían determinadas actuaciones sobre el cuerpo humano que, conforme a las normas culturales y sociales imperantes en la Comunidad, no podrán entenderse como intromisiones en la intimidad de la persona, bien por las partes del cuerpo humano sobre las que se opera, o por los instrumentos mediante las que se realizan.

— Por otro, se situarían aquellas intervenciones corporales que sí afectan al derecho a la intimidad del artículo 18.1.º de la Constitución Española y que serían todas aquéllas que recayeran sobre las zonas susceptibles de calificarse como íntimas.

Con posterioridad a dicha fecha, habría que destacar, de una parte, las *Sentencias del Tribunal Constitucional 120/90, de 27 de junio; 137/90, de 19 de julio, y 11/91, de 17 de enero*, y de otra la *Sentencia del Tribunal Constitucional 57/94, de 28 de febrero*, que completan toda la Jurisprudencia dictada por el Alto Tribunal sobre la materia.

Las tres primeras tuvieron como supuestos de hecho otros tantos recursos de amparo, interpuestos en las dos primeras por in-

ternos pertenecientes a la Organización Terrorista GRAPO, y el tercero de ellos formulado por el Ministerio Fiscal, aunque todos ellos eran alusivos a una huelga de hambre iniciada por los miembros de este grupo contra la decisión política de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de dispersarlos en distintos Centros Penitenciarios del país.

En las sentencias de referencia, aparte de invocarse la supuesta vulneración de una serie de derechos fundamentales, como eran el derecho a la vida, a la libertad personal e ideológica, se hacía alusión a otros dos derechos fundamentales que aquí interesan:

— De una parte, se invocaba la violación del artículo 15 de la Constitución Española, sobre la base de que con la alimentación forzosa o asistida se le estaban produciendo determinados tratos inhumanos o degradantes.

— De otro lado, se producía un menoscabo de su derecho fundamental a la intimidad personal y corporal, atentatorio del artículo 18.1.º de la Constitución Española.

Con relación al primero, el Tribunal Constitucional, además de recoger la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 3.º del Convenio de Roma, al manifestar que «tortura», tratos inhumanos y degradantes, son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. (Trato degradante: es aquél que ocasiona al interesado ante los demás o ante sí mismo una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad.) (Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: Caso Tyrer, sentencias Caso Campbel y Cosans 25 de febrero de 1982; Caso Soering. Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 7 de julio de 1989), entendió que los actos médicos no estaban encaminados a producir esos padecimientos ni a infringir daño en la integridad de los internos, sino, todo lo contrario, a evitar lesiones irreversibles, por lo que desestimó el motivo.

Por lo que se refiere al segundo, el Alto Tribunal después de insistir en la doctrina iniciada con la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional 37/89, añadió que «en modo alguno ha padeci-

*do el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes, pues, aparte de que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad, no produce la actuación impugnada ni por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal».*

La última *Sentencia del Tribunal Constitucional 57/94, de 28 de febrero*, se refiere al ámbito penitenciario. Se trataba de un recurso interpuesto por un interno de ETA contra la sanción impuesta por haberse negado a las órdenes de un funcionario del centro penitenciario de que hiciera flexiones desnudo, para cachearle, después de una comunicación especial.

Fueron invocados una serie de derechos fundamentales, destacando los del artículo 15, por haber sido objeto de tratos inhumanos y degradantes, y haber sido menoscabado su derecho a la intimidad personal.

— En relación con el primero de ellos, el Tribunal Constitucional destaca un resumen de la anterior doctrina y señala que *«para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del artículo 3 del Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona»* manteniéndose una escala gradual entre las tres categorías de torturas, tratos inhumanos y degradantes, y para que éstos se den *«es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena»*. En el supuesto de autos, en la medida en que la orden recibida no entrañaba que hubiera ningún tipo de contacto físico con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y una vez desnudo realizara las flexiones, no se entendía menoscabado este derecho fundamental.

— En relación con el segundo, sí apreció la existencia de una violación de su derecho fundamental a la intimidad, fundamentándolo en que para *«afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclu-*

*... no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos...», sino que es necesario, también, «ponderar adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal, y de otra, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria».*

Se añade, pues, la necesidad de valorar las circunstancias concretas del caso, y sobre todo si existían indicios serios de que esa persona pudiera llevar consigo los objetos peligrosos que justificaran la medida adoptada.

Como podemos ver, por tanto, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta ha ido configurando un cuerpo de doctrina en el que, con relación a las intromisiones en la intimidad de la persona a través de la adopción de medidas coactivas sobre el cuerpo de los sujetos pasivos de un hecho delictivo, partiendo de la base de que los derechos fundamentales no se conciben como derechos absolutos, ha establecido una serie de requisitos cuyo cumplimiento permite esta restricción de tales derechos. Dichos requisitos los podríamos sintetizar esquemáticamente en los siguientes:

- a) La previa existencia de una imputación.
- b) La necesidad de que recaiga Resolución Judicial Motivada.
- c) Absoluto respeto a la dignidad de la persona frente a todo trato que pueda considerarse degradante.
- d) Adecuada proporcionalidad entre la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público.
- e) Exigencia de un interés público.

Veámoslos por separado:-

a) Por lo que se refiere a la necesaria existencia de una imputación, en el ámbito en el que nos desenvolvemos, se exigiría un primer requisito consistente en el requerimiento de una imputación determinada frente al sujeto contra el que se pretende dirigir la medida de intromisión. El problema, en este caso, estaría en determinar el alcance de esta imputación, o dicho con otras palabras

si se requeriría la previa apertura de un proceso penal y la existencia de una imputación formal, tal y como viene perfilada por la Jurisprudencia Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 135/89, 186/90, 128/93, 129/93, 273/93, 277/94), y presuponiendo, por tanto, que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del Proceso Penal conllevara una triple exigencia:

— En primer lugar, y para evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la Fase Instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial haya de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal.

— En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que nadie pueda ser acusado sin haber sido oído antes por el Juez Instructor con anterioridad a la conclusión del trámite de instrucción, debiéndose haber puesto en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las actuaciones, 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.

— En tercer lugar, no someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que existe contra él 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.

O, por el contrario, estaríamos hablando de un concepto más amplio de la imputación, entendida en sentido amplio y apoyada en la concurrencia de indicios racionales que hubieran posibilitado la incoación del proceso penal, sin que fuera necesaria esta previa imputación formal y concreta, criterio éste por el que nos inclinamos.

De optar por este criterio, se trataría, en definitiva, y siguiendo a autores como Moreno Catena y Asencio Mellado, entre otros, de aplicar, por analogía, la norma del artículo 579 de la Ley de En-

juiciamiento Criminal, referida a la intervención de la correspondencia, en cuyo texto se dice que podrá el Juez acordar dicha intervención «si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa», teniendo en cuenta las características y finalidad perseguida por algunas de estas intervenciones corporales, tales como los controles de alcoholemia, cacheos y registros personales, etc., a la luz, por ejemplo, de la normativa que rige en el momento presente (arts. 21 y 22 del RGC, aprobado por RD 13/92, de 17 de enero, que establece la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas de alcoholemia; art. 19.2.º de la LO 1/92, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, aunque con las lógicas matizaciones derivadas del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/93, de 18 de noviembre que, como es sabido, declaró inconstitucionales los arts. 21 y 26), que permiten la actuación más o menos generalizada de este tipo de intromisiones.

b) Existencia de una Resolución Judicial motivada: Sabido es que toda limitación o restricción de derechos fundamentales se reserva en régimen de monopolio a la Autoridad Judicial, sin que puedan, por tanto, ni el Ministerio Fiscal ni la Policía Judicial asumir competencias en esta materia. Es necesario, por tanto, que el Juez pondere las circunstancias del caso, los indicios racionales que pudieran existir, la gravedad de la conducta que se imputa y el carácter de la intervención para poniendo en juego los derechos fundamentales de la persona, de un lado, y el interés público de otro, pueda adoptar la medida.

Ahora bien, ¿qué ocurriría en los supuestos de extrema urgencia o de flagrancia en que fuere necesaria una intervención de la Policía Judicial en el curso de una investigación, ante el riesgo de una desaparición u oscurecimiento de las pruebas? (Ejemplo: en el curso de un registro a una vivienda efectuado con mandamiento judicial por delito contra la salud pública, en el que una de las supuestas registradas se le ve cómo oculta en sus órganos genitales un objeto que pudiera contener droga.)

Para solventar este problema podemos adoptar la siguiente solución: Apoyarnos, esencialmente y de una parte, en el propio artículo 18.2.º de la Constitución Española que exime de la previa intervención judicial en los casos de flagrante delito; y de otra,

aplicando a este supuesto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, de 16 de diciembre, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Parlamentos catalán y vasco contra la Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre, de Medidas contra la Actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de desarrollo del artículo 55.2.º de la Constitución Española, en cuyo Fundamento Jurídico 1.º, que analizaba la constitucionalidad del artículo 17 de esta ley, que permitía la observación de las comunicaciones por una resolución gubernativa, consintiendo que la autoridad gubernativa pudiera decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de las investigaciones delictivas a las que la ley se refiere, declaró la constitucionalidad de dicho precepto, aunque debiendo ser interpretadas las razones de urgencia restrictivamente y con una inmediata comunicación motivada al Juez. Pues bien, siguiendo esas mismas directrices, en el supuesto de flagrante delito podría optarse por el inmediato registro corporal de la persona, sin perjuicio de comunicarlo posteriormente al Juez Instructor.

c) El tercero de los requisitos, esto es, el del respeto a la dignidad de la persona, aludiría a las necesarias garantías que han de observarse en la ejecución de las medidas, según el cual el derecho a la vida y a la salud física y mental de las personas, no son en ningún caso limitables, por muy loables que sean los fines a perseguir. Asimismo, toda intervención corporal ha de ser respetuosa con la dignidad humana, de manera que han de quedar proscritas todas aquellas prácticas que en sí mismas supongan un trato inhumano y degradante.

Para ello, habrá de atender, sin duda, a las circunstancias concretas de cada caso, tener en cuenta, también, que el consentimiento de la persona que va a ser sometida a la intervención no puede actuar como patente de corso que impida las necesarias limitaciones que han de observarse para la preservación de los valores propios de la dignidad humana y que son esencialmente dos:

— Como se ha indicado, el respeto a la vida, salud y dignidad de la persona.

— Y que la intromisión esté encaminada a una investigación penal, respecto de la cual la medida haya de ser proporcionada.

d) El cuarto de los requisitos, en realidad, estaría subdividido en otros dos, como serían, de una parte, el del carácter indispensable de la adopción de la medida, de tal manera que no hubiera otra manera posible de poder conseguir las pruebas inculpatorias necesarias para la formalización de una acusación. Y de otra parte, el de la necesaria proporcionalidad entre el sacrificio de los derechos personales que la medida conlleva y la exigencia pública que se trata de preservar con la misma.

Respecto de la primera cuestión, en todo caso, hay que tener en cuenta que la situación de vacío probatorio no justifica por sí misma y sin más una intervención corporal, sino que simplemente deberá ser un elemento más a ser tenido en cuenta por el Juez para estimar si la medida a adoptar es proporcional o no.

Con relación a la segunda y a efectos de establecer criterios de proporcionalidad que pudieran permitir la ponderación judicial sobre la procedencia de la adopción de la medida, éstos podrían ser dos:

— De una parte, habrá que tener en cuenta la intensidad de la sospecha, es decir, la concurrencia o no en el supuesto de aquellos indicios racionales que en mayor o menor medida puedan servir de fundamento para afirmar la existencia de una participación delictiva en los hechos.

— De otra parte, la naturaleza y gravedad del delito que se imputa.

e) Finalmente, el interés público, concepto éste jurídico indeterminado que habrá de ser rellenado en cada caso particular, teniendo en cuenta la entidad del hecho y la transcendencia que el mismo haya de tener para la comunidad.

B) Por lo que se refiere a la segunda de las grandes cuestiones debatidas, es decir, los supuestos de intervenciones corporales que en la práctica forense resultan más habituales, y la posibilidad de compeler a su sometimiento, podríamos decir, siguiendo al Profesor Asencio Mellado, que constituye el tema más complejo y menos pacífico a nivel doctrinal, esencialmente, porque no existe una regulación específica sobre la materia.

La cuestión estaría en determinar si en los casos que se van a exponer estaríamos ante una verdadera obligación procesal, es de-

cir, ante la posibilidad de obligar legalmente a una persona a someterse a dicha intervención y, de no hacerlo, poderse derivar de dicha negativa la comisión de un delito enmarcado en la órbita de la desobediencia. O, por el contrario, pese a estar previstas en la ley, el que haya de someterse a las mismas pueda decidirlo voluntariamente o no.

Creo sinceramente que, a falta de una normativa legal específica que estableciera en qué supuestos puede acordarse la intervención corporal y con qué intensidad, determinando las consecuencias legales de un posible no sometimiento a las mismas, habrá que tener en cuenta dos datos esenciales:

- El tipo de delito que se investiga y los indicios racionales de criminalidad que hayan recaído sobre la persona.
- La naturaleza de la intervención corporal de que se trate.

En definitiva, pues, el criterio de la proporcionalidad que hemos visto anteriormente.

Así, por ejemplo, por lo que se refiere al sometimiento a las pruebas alcohométricas, el artículo 21 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 13/92, de 17 de enero, establece la obligación de todos los conductores de vehículos a someterse a las pruebas alcohométricas, que vienen reguladas en los artículos siguientes (58). Y el artículo 24 de este mismo Reglamento dispone que el Agente de la Autoridad, además de ajustarse en todo caso, a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá conducir al que se negare a someterse a las pruebas de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revistan caracteres delictivos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al Juzgado correspondiente a los efectos que procedan.

¿Qué consecuencia puede entrañar la negativa al sometimiento a las pruebas de detección de alcohol? ¿Es posible la comisión de un nuevo delito como sería el de desobediencia a Agentes de la Autoridad por esta negativa, ante los requerimientos de los mismos a dicho sometimiento?

---

(58) No puede olvidarse que el ya cuestionado por la doctrina artículo 380 del nuevo Código Penal, tipifica como delito de desobediencia la negativa a someterse a dicha prueba.

A nivel del Derecho Comparado, en Francia existe un deber de sujeción y en el caso de no sometimiento da lugar a un conjunto de sanciones penales (prisión de un mes a un año y/o multa de 500 a 15.000 francos) previstas en el *Code de la Route*.

El autor que venimos citando, sobre este particular, establece una distinción:

— Sobre la base del derecho fundamental a no declarar, o a no declararse culpable o no declarar contra sí mismo, y del respeto al derecho de defensa, el imputado no puede verse obligado a colaborar en la investigación de hechos propios, con la realización de una conducta positiva (ejemplo, art. 391, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Cuerpo de escritura).

— Pero sí estará obligado a soportar pasivamente cualquier tipo de intervenciones corporales, con los requisitos y límites ya citados, siempre y cuando su comportamiento en tales casos sea únicamente negativo o pasivo. No hay, por ello, obstáculo alguno que impida imponer al imputado soportar negativamente en su persona o bienes determinadas intervenciones corporales, que pueden ir desde las más simples, como son las tomas de huellas dactilares, cacheos, fotografías, reconocimientos en rueda, a otras más delicadas como son las de recogida de muestras seminales, sangre, reconocimientos rectales o vaginales, etc.

Ahora bien, la siguiente cuestión que se plantea es, entonces, la de tratar de resolver lo que sucede en aquellos supuestos en los cuales el imputado se negare a soportar pasivamente esta intervención corporal acordada con todos los requisitos jurisprudenciales que hemos visto anteriormente.

Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al supuesto de negativa de una persona a someterse a una exploración radiológica, rectal o vaginal para descubrimiento de cuerpos extraños en el interior de su organismo, circunstancia que se suele dar con harta frecuencia en los Centros Penitenciarios, después de las comunicaciones especiales.

Sobre este punto, la Instrucción 6/88 de la Fiscalía General del Estado, dictada antes de las dos Sentencias del Tribunal Constitucional importantes en esta materia que hemos comentado, como son las 37/89 y la 57/94, trató de resolver una cuestión puntual que se había planteado en la provincia de Cádiz, en relación con las personas que hacían la travesía desde Ceuta hasta Algeciras portando en el interior

de sus cuerpos importantes cantidades de haschís y que se negaban sistemáticamente a someterse a las pruebas radiológicas y exploraciones médicas pretextando su derecho a la salud, a su integridad física y moral y a su intimidad personal, tutelados por los artículos 43, 15 y 18 de la Constitución Española. Desde la Fiscalía General del Estado se rechazaron las supuestas violaciones de los tres derechos fundamentales mencionados, teniendo en cuenta la inocuidad de las exploraciones radiológicas, consideradas, además, como informes periciales del artículo 478.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que podían ser ordenados, según el artículo 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en caso de desaparición del cuerpo del delito.

Y en el tema concreto al que nos referimos llegaba a las siguientes conclusiones:

— La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable, al reunir los requisitos de legalidad (en la Instrucción se recurría a la aplicación analógica del art. 8.1.º, de la LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, que establece que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley. Aplicación analógica que es factible, al permitirlo el Auto del TC 257/85, de 17 de julio, así como los arts. 339 y 478.1.º de la LECr.).

— Como consecuencia de lo anterior, la negativa injustificada de la persona requerida constituye una conducta incardinable dentro del delito de desobediencia a la Autoridad Judicial.

Esta posición de la Fiscalía General del Estado ha venido posteriormente fortalecida con las Sentencias del Tribunal Constitucional indicadas, pues la primera de ellas ha establecido con claridad que *«ni la intimidad puede afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer las facultades legales que corresponden al Instructor para la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, puedan versar sobre la descripción de la persona que sea objeto del mismo»* (informe pericial).

Y pese a que en la misma concedía el amparo, finalizaba destacando tres aspectos importantes:

— La posibilidad de consecuencias sancionatorias que podían seguirse de su negativa a someterse a la prueba.

— La posible valoración judicial como indicios racionales de criminalidad, de su negativa a someterse a dicha prueba. Consecuencia ésta ciertamente discutible por no concordar con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

— La prohibición, en todo caso, de la fuerza física o psíquica para compeler a la imputada al sometimiento a dicha prueba, si no deseaba hacerlo. (Teruel, Fiscal Jefe señor Narváez.)

## D) LA PROTECCION DE LAS MARCAS EN EL NUEVO CODIGO PENAL

### 1. INTRODUCCION, PANORAMA LEGISLATIVO

La protección penal de la marca se inscribe dentro de lo que con mayor o menor acuerdo conocemos como propiedad industrial, siendo los signos distintivos, de los que la marca es quizá la representación más genuina, parte integrante de la misma.

La ordenación de las disposiciones penales aplicables a la materia objeto de este estudio ha sido uno de los sectores de la parte especial del derecho penal más oscura y de más difícil interpretación, siendo de desear que la entrada en vigor del nuevo Código Penal ayude a terminar con esta situación. Las causas que han provocado este inextricable laberinto de dudosas vigencias y alambicadas remisiones son, entre otras, las siguientes:

— La existencia de una pluralidad de ámbitos normativos que regulan el derecho de marcas, todos de vigencia simultánea, sometidos a principios rectores diferentes y en ocasiones contrapuestos.

— La elección por el legislador de tipos penales en blanco para incriminar las conductas atentatorias contra la propiedad industrial, siendo el máximo exponente de esta situación el artículo 534 del hasta ahora vigente Código Penal.

— Por último, el retraso de las normas penales respecto de las modernas tendencias en materia de propiedad industrial y protección de los derechos de ella dimanantes.

La protección penal de la marca se configura actualmente a través del artículo 280 del Código Penal, dedicado a las falsedades, y de un tipo penal en blanco, el artículo 534, en su redacción actual fruto de las Reformas de 1963 y de 1987, la primera supuso su separación de las estafas, y la segunda lo independizó de los delitos contra la propiedad intelectual, debiendo acudirse para la determinación de las concretas conductas punibles a la Ley de 16 de mayo de 1902 de Propiedad Industrial, vigente en sus artículos 133 a 144 por una genérica remisión del decreto sobre disposiciones relativas a la propiedad industrial de 22 de mayo de 1931 («BOE», de 26 de mayo). Por su parte, la Ley 32/88 de 10 de noviembre, de marcas contiene una completa regulación de los derechos derivados de los signos distintivos que vacía parcialmente de contenido al Estatuto sobre Propiedad Industrial, en vigor por Real Orden de 30 de abril de 1930 («BOE» del 7 de mayo).

Por último, también puede tener incidencia en la protección de la marca si bien de forma indirecta, la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, norma ésta que deroga los artículos 87, 88 y 89 de la antes citada Ley de Marcas, extrayendo de la regulación de la propiedad industrial a la competencia desleal.

No puede examinarse el panorama legislativo sin hacer algunas referencias al sistema general de protección de la marca que se adopta en la legislación española actual, sistema que ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor de todo un cuerpo de disposiciones relativas al derecho de los signos distintivos, debiendo incluirse entre éstas la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo Código Penal, en lo que afecta al objeto de este trabajo.

Como he apuntado antes, la protección de la marca no puede desligarse de lo que es la propiedad industrial, siendo ésta a su vez un elemento del sistema competencial protegido por el Estado. Lejos ha quedado ya lo que Segura García (59) define como modelo paleoliberal de competencia, en el que la protección de los signos distintivos se configuraba como una exclusiva defensa de los derechos subjetivos del empresario, de forma que sólo era ne-

---

(59) María José SEGURA GARCÍA: *Derecho Penal y Propiedad Industrial*, Civitas, 1995.

cesaria la intervención del Estado cuando existía una lesión de aquéllos, corolario de esta situación era la preferente aplicación de las normas penales sobre las civiles. La evolución política y social ha dado entrada a lo que finalmente la autora citada denomina modelo social de competencia que, en lo tocante a la propiedad industrial y a los signos distintivos, va a suponer un cambio en el espíritu de su protección y una más o menos explícita preferencia por la vía civil como medio idóneo de proteger los derechos que de ellos se derivan. El denominado modelo social supone fundamentalmente conectar el derecho de los signos distintivos con la protección de los consumidores, en consonancia con la mayor intervención del Estado en un mercado cuya estabilidad debe proteger conforme al artículo 38 de la Constitución, dejando de concebirse la tutela de los derechos de exclusiva como una excepcional intervención del poder público en un mercado autorregulado.

Para examinar los tipos que el nuevo texto penal de 1995 dedica a las marcas, objetivo fundamental de este sucinto estudio, deben tenerse presentes a efectos hermenéuticos las breves consideraciones anteriores, con ayuda de las cuales trataré de determinar las conductas punibles y de averiguar si el nuevo texto aclara algunas de las ambigüedades que en esta materia ya venían siendo clásicas, a saber, la cuestión del registro del derecho, la culpabilidad, las concretas modalidades de lo que antes se denominó usurpación y, en general, los avances que la nueva legislación supone frente a la que se deroga, advirtiendo que, dada la novedad del texto, serán finalmente los Tribunales quienes vayan estableciendo las luces de las todavía numerosas zonas oscuras, subsistentes en parte por la dificultad de «encerrar» en tipos penales conductas muchas veces coincidentes con los correspondientes ilícitos civiles.

## 2. LA NUEVA REGULACION

### A) *Ubicación*

El nuevo Código Penal, dentro del Título XIII denominado delitos contra el orden socioeconómico, dedica el Capítulo XI a

los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores; a su vez, dentro de este Capítulo divide las materias citadas en secciones, la primera referente a los delitos contra la propiedad intelectual, la segunda a los delitos relativos a la propiedad industrial, la tercera a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, y la cuarta dedicada a disposiciones comunes a las secciones anteriores.

El legislador ha establecido, dentro de la sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo XI, un solo artículo para la protección penal de la marca, el 274, consagrando el 273 a la protección de las patentes, modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales y topografía de productos semiconductores, y creando en el 276 unas agravaciones para ambos supuestos y una medida cautelar específica. El artículo 275 queda destinado a la protección de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas de procedencia, excluidas ambas del concepto legal de marca en el artículo 11.c de la Ley de 1988.

Esta regulación supone el abandono de la que desde el Código Penal de 1822 venía siendo clásica división de los ataques delictivos al derecho de marcas, a saber, falsificación e infracción de derechos de propiedad industrial, ubicando la primera en sede de falsedades y la segunda en los delitos contra la propiedad. En la actualidad el nuevo texto recoge todas las conductas punibles dentro de la misma sección.

Por otro lado, el Código de 1995 establece claramente el contenido de la propiedad industrial, a diferencia de la situación anterior en la que era la doctrina y la jurisprudencia las que habían delimitado su contenido, acogiendo ahora dentro de este concepto los derechos dimanantes de las patentes, modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales y artísticos, topografía de productos semiconductores, signos distintivos, denominaciones de origen e indicaciones geográficas de procedencia, excluyendo de aquel concepto a la competencia desleal, que desde 1902 y hasta la publicación de la Ley de 1991 de Competencia Desleal, venía siendo protegida dentro de la propiedad industrial y con un contenido genérico poco tolerable por el principio de legalidad. En la actualidad, y sin perjuicio de consideraciones de detalle impropias de esta sede, las conductas constitutivas de competencia desleal se sancionaran en el ámbito civil, sin perjuicio de que determinadas infracciones de las previstas en los artículos 273 a 277 puedan considerarse tangencialmente incluidas en dicho concepto,

además de las previstas en los artículos 278 a 286 en lo que puedan estimarse como constitutivas de conductas desleales.

Debe asimismo señalarse que la Disposición Derogatoria 1.<sup>a</sup> e), apartado tercero, del nuevo texto punitivo deja sin contenido los preceptos penales sustantivos de la Ley de 1902, con lo que todo el *corpus* penal de la materia queda en el Código, terminando con las hasta ahora farragosas discusiones doctrinales sobre la naturaleza y vigencia de los preceptos penales de la citada norma de 1902, diatriba que poco influyó en la Jurisprudencia, por fortuna más cercana a la praxis y concededora de la necesidad de seguridad jurídica. Por tanto, en lo sucesivo no será necesario acudir a ninguna ley especial para determinar las conductas punibles (60), si bien, los elementos normativos del tipo (61) existentes en todos los artículos objeto de examen, en concreto el 274, obligarán al intérprete a frecuentes referencias a la legislación mercantil.

La nueva ubicación de los delitos contra la propiedad industrial, aceptando el papel hermenéutico que puede extraerse de la colocación de los tipos, supone el reconocimiento de la nueva función de ésta en la economía del Estado, así como su conexión directa con el modelo económico mixto consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española, según al menos se desprende del *nomen iuris* del título que la comprende.

#### B) *Bien jurídico protegido, delimitación*

El tema del bien jurídico lesionado o puesto en peligro constituye pieza fundamental en la teoría jurídica del delito, su acepta-

---

(60) Necesidad ésta que debe considerarse contraria a las mínimas exigencias del principio de legalidad bien entendido, y sin que sedicentes dificultades de tipificación permitan abdicar del mismo.

(61) Por elementos normativos entiendo, siguiendo a COBO-VIVES en *Derecho Penal, parte general*, Valencia, 1984, pág. 289, los términos cuyo significado se establece mediante el recurso a un juicio de valor, juicio que puede venir impuesto al intérprete por el ordenamiento jurídico; en el presente caso es el Derecho Mercantil y en concreto la Ley de 1988 la que determina el sentido y alcance de algunos elementos del artículo 274 del nuevo texto penal.

ción supone asumir una concepción del derecho penal que requiere exteriorización de la lesividad del delito, ofrece en fin, un criterio material en la interpretación y construcción de los tipos penales en particular (62).

Partiendo de este claro concepto, que supone aceptar una concepción valorativa del derecho penal, puede afirmarse que el bien jurídico protegido en estos delitos es bifronte, por un lado el derecho de exclusiva del titular del signo distintivo, y por otro el interés colectivo de los consumidores a no ser engañados sobre la procedencia del producto. Esta caracterización, en especial en lo relativo al segundo aspecto, viene justificada por la peculiar naturaleza y función de la marca que, además de ser objeto de un derecho de propiedad, tiene una trascendente función identificativa tal y como señala el artículo 1 de la Ley de 1988, función que no puede obviarse, ya que constituye su razón de ser.

La antes citada acepción de bien jurídico permite distinguir claramente entre éste y el fin de la norma, precisión cuya finalidad es destacar que no siempre coinciden ni deben confundirse ambos conceptos (63).

El propio texto del artículo 274 corrobora la antes apuntada naturaleza bifronte del bien jurídico protegido, al incluir los derechos exclusivos del titular como criterio delimitador del injusto —párrafo segundo—, haciendo a su vez referencia en su párrafo primero a signos distintivos idénticos o confundibles con el original, criterio éste que remite claramente al consumidor como elemento igualmente protegido por la norma, ya que la confusión que describe el tipo es la que se produce en el adquirente del producto fraudulento. De ello resulta que el tipo requiere la lesión de los derechos de exclusiva y, además, que el consumidor pueda confundir el producto.

Así pues, aquellas conductas que, aun lesionando el derecho del titular del signo distintivo a su uso exclusivo, no sean aptas

---

(62) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON: *Op. cit.*, pág. 273.

(63) El fin de la norma tiene diversa función que el concepto de bien jurídico, siendo éste determinante para delimitar las conductas lesivas al mismo y por tanto para señalar el ámbito de lo punible, mientras el primero normalmente hace alusión a consideraciones teleológicas de carácter político criminal, ineptas para acotar lo sancionable por la norma.

para producir error a los adquirentes sobre el origen del producto, serían de dudosa incriminación, pese a la dicción del artículo 274.2 del nuevo Texto Penal, supuesto éste que trataré más adelante.

### C) Examen del artículo 274

#### a) Aspecto objetivo

##### 1. Sujetos

En relación con el sujeto activo, por la especial naturaleza de estas infracciones y su comisión a gran escala, puede plantearse la posible autoría de personas jurídicas, que deberán resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del nuevo texto punitivo que reproduce prácticamente el régimen del antiguo 15 bis.

Asimismo en supuestos de licencia concedida conforme al artículo 42.1 de la Ley de 1988, el licenciatario puede cometer el delito si viola los límites de la licencia, *verbi gracia*, al usar la marca sobre productos no autorizados, posibilidad expresamente recogida por el artículo 42.2.

En los casos de copropiedad de marcas, de forma análoga a lo que ocurren en los de cotitularidad de un bien material, estimo que ninguno de los condueños podrá ser sujeto activo del delito, ya que ostenta un derecho sobre la marca cuya extralimitación daría lugar a una sanción civil, al no lesionar el bien jurídico protegido.

En lo referente al sujeto pasivo y volviendo al licenciatario, éste lo será frente a terceros que lesionen el derecho que otorga la marca y, como titular del mismo, podrá ejercer las acciones civiles y penales, incluso frente al licenciante (64).

Sin embargo, los asociados a una marca colectiva que incumplan el reglamento de uso (art. 59 de la Ley de 1988) no serán sujetos activos del delito al tratarse en este caso de una infracción

---

(64) Opinión que sostiene SEGURA GARCIA: *Op. cit.*, pág. 370.

que no vulnera el contenido del derecho tutelado, sino un convenio *inter partes*, cuya sanción debe residir en el orden civil. Idénticas consideraciones cabe realizar para los supuestos de marcas de garantía.

## 2. Conductas punibles

### a) Presupuestos

Cualquiera de las conductas que sanciona el artículo 274 del Código requiere que el signo protegido se encuentre registrado, terminando con la hasta hoy discusión de la necesidad o no de la inscripción para la comisión del delito. El legislador ha optado por dejar fuera de la ley penal los supuestos de uso de signos no registrados, que no obstante están en algunos casos protegidos por la Ley de Marcas, artículo 3.2, si bien la propia ley establece que el derecho se adquiere por el registro válidamente efectuado (art. 3.1). En los supuestos de nulidad del registro deberá plantearse la cuestión prejudicial que será resuelta por los tribunales de lo criminal conforme al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinándose si existe o no protección penal.

En los casos de anulabilidad existe plena protección contra todo aquel que perturbe el ejercicio del derecho registral (65).

En cuanto a la caducidad, la Ley de Marcas, en su artículo 55, establece que el registro de la marca dejará de surtir efectos jurídicos desde el momento en que se produjeron los hechos u omisiones que dan lugar a la caducidad, sin embargo, si se trata de una caducidad declarada por sentencia, el párrafo 2 del citado precepto establece que el registro dejará de producir efectos desde la firmeza de la sentencia.

Es necesario referirse por último al registro de las marcas internacionales, las cuales serán protegidas en España si se han inscrito en la Oficina Española de Patentes y Marcas de acuerdo con el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas,

(65) BAJO FERNANDEZ: *Derecho Penal*, pág. 236.

de 14 de abril de 1891, que establece un sistema de protección internacional de las marcas para los países firmantes del Convenio, protección que se logra con el cumplimiento de una serie de requisitos que establece el citado Arreglo y en el de España además los artículos 73 a 75 de la Ley de 1988.

#### b) Conductas del párrafo primero

En este párrafo se castiga la reproducción, imitación, modificación o cualquier otro uso de un signo idéntico o confundible con el registrado, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que se encuentra registrado.

Debe destacarse que esta tipificación supone un avance notorio frente a la situación antes vigente, al clarificar, al menos en parte, las conductas punibles.

Entrando en el examen concreto de los verbos nucleares, el primero de ellos es el de *reproducción*; desaparecida la falsificación del artículo 280, las conductas consistentes en la realización de copias idénticas podrían quedar englobadas dentro de éste, en consonancia con aquel viejo criterio de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1901.

En segundo lugar el texto habla de *imitación*, debiendo entenderse por tal la copia no idéntica, de modo que pueda distinguirse de la anterior reproducción. Finalmente, el Código alude a la *modificación*, supuesto de difícil deslinde con la imitación, ya que cualquier modificación que da lugar a un signo confundible, como exige el tipo, puede calificarse como imitación, si bien la modificación supone alteración del signo o privación de alguno de sus componentes (en todo caso no relevantes, porque de lo contrario difícilmente induciría a error).

Por último el artículo 274.1, cayendo en lo que ha sido crítica casi centenaria de su predecesor, tipifica *cualquier otro uso*, lo que obliga a remitirse a la legislación de marcas para descubrir esos «otros usos» que pueden infringir el derecho del titular.

Entiendo que la lista de usos a que se refiere la ley penal, lejos de ser un elenco cerrado, puede contener todos aquellos que cumpliendo los demás requisitos del tipo vulneran el bien jurídi-

co protegido. De este modo se integra el tipo acudiendo a los principios que inspiran la protección del signo, huyendo de bizantinas discusiones sobre la diferencia entre uno u otro uso, siempre con suma precaución para deslindar el ilícito civil del penal, ya que el artículo 31 de la Ley de 1988 repite este «uso genérico» para deslindar los casos en que puede exigirse responsabilidad civil (66).

El Texto Penal aporta un criterio objetivo para delimitar estas conductas, y se trata de que todas ellas den como resultado un signo idéntico o confundible con el protegido, lo que no viene a ser sino una confirmación de la necesidad de fijar el bien jurídico protegido que, en este caso, no se limita al derecho de uso exclusivo del titular, sino que se extiende al derecho de los consumidores a distinguir los productos del mercado.

### c) Conductas del párrafo segundo

El segundo párrafo del artículo 274 castiga a quienes posean para su comercialización o pongan en el comercio productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, supongan una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos.

Lo primero que se evidencia es el adelantamiento de la barrera penal para las conductas de mera posesión, con fines de comercio, de objetos que contengan signos que infrinjan el derecho de exclusiva.

Una primera interpretación del tipo permitiría castigar las conductas de aquellos que almacenan para su posterior venta o ponen en el mercado objetos con falsas marcas de prestigio y cuyo precio es notoriamente inferior al del producto original, sin que exista riesgo de que los adquirentes futuros confundan el citado produc-

---

(66) Quizá esta conclusión pueda parecer excesivamente laxa desde el punto de vista penal, pero es necesario reconocer que el legislador ha querido extender el ámbito de protección penal en esta materia, correspondiendo al intérprete deslindar, conforme a los principios de intervención mínima y de culpabilidad, las conductas punibles de las simplemente ilícitas en la vía civil.

to. Este se ha convertido en un supuesto problemático que conviene reexaminar a la luz del nuevo 274.2.

En primer lugar debe quedar claro que el segundo párrafo del 274 remite al primero para establecer las condiciones en virtud de las cuales se infringen los derechos de exclusiva, y éstas son, entre otras, que los signos reproducidos o imitados sean idénticos o confundibles al original, lo que evidencia la necesidad de que exista una posibilidad de engaño al destinatario de las mercaderías. Desde esta perspectiva las conductas antes descritas carecerían de sanción penal, solución que parece acertada dada la escasa lesividad que estos casos presentan, así como su incapacidad para atacar al bien jurídico protegido por el tipo tal y como se ha caracterizado líneas arriba.

El 274.2 concluye estableciendo que la sanción se impondrá aunque se trate de productos importados del extranjero, disposición que dada la naturaleza de la conducta que se está castigando resulta superflua, ya que lo que en este caso se incrimina no es la fabricación de los productos sino su introducción en el mercado o su posesión con esos fines, siendo pues irrelevante si las mercaderías vienen de un país extranjero o de la localidad vecina, ya que se comete el delito aunque las marcas se hayan puesto sobre los productos en un lugar remoto, siempre que la lesión del bien jurídico protegido, derecho de exclusiva e identificación correcta del producto, tenga lugar en territorio español.

#### d) Supuesto agravado

El artículo 276 recoge un supuesto agravado de aplicación, entre otros, a los tipos de lesión del derecho de marcas, estableciendo pena superior en los casos de especial gravedad atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

La concreción de cuándo concurre ese valor de los objetos producidos ilícitamente corresponderá a la jurisprudencia, como suele ser por desgracia habitual en estos casos, debiendo precisarse que ese valor deberá referirse a la ganancia que con ellos obtendría el infractor, no al precio de costo de esos productos

fraudulentos, ya que de atender a éste último puede ser de difícil apreciación la agravación, dado el escaso valor de las copias ilegales frente a los originales, margen con el que se lucra el culpable.

Por último, el artículo 276 recoge una pena accesoria para los delitos contra la propiedad industrial en general consistente en el cierre del establecimiento o industria del condenado, no pudiendo exceder de cinco años.

#### b) *Aspecto subjetivo*

La actual redacción del artículo 274 recoge expresamente lo que hasta ahora había sido exigencia de la Jurisprudencia, a saber, la existencia de finalidad industrial o comercial en la conducta del culpable, lo que constituye un elemento subjetivo del tipo, criterio éste discutido por algún autor (67). No es necesario resaltar la imposibilidad de comisión imprudente, no ya por la concurrencia del citado elemento subjetivo, sino además porque el texto no prevé la forma culposa, ahora necesaria tras abandonar el nuevo Código el sistema de incriminación abierta de imprudencia en el artículo 12.

Por otro lado, el 274 requiere que se actúe con conocimiento del registro del signo, lo que parece que viene a ceñir un poco más el ámbito de las conductas punibles.

Ciertamente esta segunda exigencia es superflua, ya que si el tipo exige que el signo protegido esté registrado, para que exista dolo éste deberá abarcar todos los aspectos del injusto, siendo el registro del signo uno de los elementos que el dolo, por definición, debe incluir. La explicación a esta precisión del legislador puede hallarse en la reticencia de algunos autores a admitir la necesidad de este conocimiento para la concurrencia de culpabilidad (68), ya

---

(67) Véase SEGURA GARCIA: *Op. cit.*, págs. 374 y ss.

(68) Díez Velasco era el principal defensor de este planteamiento, sosteniendo que no podía alegarse desconocimiento del registro por aplicación del principio de buena fe registral. Esta tesis fue duramente combatida por QUINTANO en su *Tratado de Derecho Penal III*, págs. 632 y ss., quien afirmaba que era necesario rechazar esta postura por respeto absoluto a la dogmática de la

que estimaban suplido el requisito por el principio de la buena fe registral. Esta postura, por razones cuya explicación amplia resulta ociosa, está hoy ampliamente superada visto el tenor del artículo 10 del nuevo texto y los principios que informan el Derecho penal.

Una última cuestión, dentro del apartado relativo al aspecto subjetivo, es la de si puede cometerse el delito del artículo 274 por dolo eventual.

La conceptualización de esta forma de culpabilidad como dolosa en todo caso nos llevaría a responder afirmativamente la pregunta anterior, si bien entiendo que la presencia de elementos subjetivos del tipo demandan que la acción se cometa con dolo directo de primer grado, excluyendo el eventual (69).

### c) *Perseguibilidad*

Conceptuadas clásicamente estas infracciones como públicas, el nuevo texto penal establece la persecución previa denuncia del agraviado o de sus representantes legales, legitimando subsidiariamente para denunciar al Ministerio Fiscal si aquél es menor, incapaz o desvalido.

En primer lugar, esta disposición del artículo 287 viene a poner en duda la protección que con estos delitos puede darse a bienes jurídicos supraindividuales, ya que la perseguibilidad queda en manos del perjudicado, y como tal podría entenderse el propietario del signo o titular del derecho de explotación del mismo, nunca el consumidor-adquirente del producto, ya que éste no es titular de los derechos de exclusiva cuya lesión menciona el 274.2.

---

culpabilidad y repulsa al objetivo formalismo de las presunciones, máxime la tan arbitraria, pese a su utilidad, del conocimiento *omnium* de lo que en los registros se contiene.

(69) No excluyen esta posibilidad de dolo eventual quienes estiman que los «fines industriales o comerciales» no constituye un elemento subjetivo del tipo. Esta postura, político-criminalmente acertada, supone acabar con algunas bolsas de impunidad que se producían habitualmente en estos delitos por la dificultad de probar el efectivo conocimiento del registro del signo protegido.

Ahora bien, si utilizamos el concepto de bien jurídico antes perfilado y le damos todo el juego que tiene, llegaremos a la conclusión de que también el adquirente de un producto fraudulento ha resultado perjudicado, en tanto ha visto defraudadas sus legítimas expectativas sobre la procedencia y calidad del objeto que compró.

El párrafo 2.º matiza el anterior al permitir la persecución de oficio cuando afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas.

La referencia a los intereses generales no creo que merezca comentario, simplemente debería haberse omitido, todos los delitos afectan a los intereses generales aún de forma indirecta y es de una imprecisión tal que la hacen impropia de un texto penal moderno.

En cuanto a la pluralidad de personas, creo que puede sostenerse que el texto se refiere a pluralidad de perjudicados en cualquiera de los sentidos del párrafo 1.º A fin de cuentas, lo que interesa es resaltar que si excluimos del concepto de perjudicado al consumidor que adquiere un producto pensando que es de la marca X y resulta defraudado, no podría denunciar el delito contra la propiedad industrial, quedándole tal vez la posibilidad de acudir a la estafa, dándose lugar a una situación absurda que perpetuaría la impunidad del infractor hasta que su conducta afecte a un buen número de incautos, y además sean suficientes para considerar que afecta a una pluralidad de personas.

Esta naturaleza de delitos semiprivados, celebrada por algún autor (70), me parece poco adecuada si se sostiene el concepto de bien jurídico protegido antes perfilado, ya que éste no es sólo el derecho de exclusiva del titular del signo, sino que también existe

---

(70) Un ejemplo es Concepción MOLINA BLAZQUEZ: «Criminalización de la competencia desleal en el proyecto de Código Penal de 1992», *Poder Judicial*, núm. 28, pág. 238, que considera conforme a la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho Penal la denuncia previa, consagrando al empresario como «vengador vicario» (*sic.*) del mercado, concluyendo que la consideración de los delitos contra la propiedad industrial como semiprivados no resulta incompatible con la consideración de estas infracciones como delitos referentes al mantenimiento del mercado, estimando político criminalmente adecuada éste criterio de perseguibilidad.

un interés del consumidor a no soportar las consecuencias de la perversión de los fines identificativos del signo protegido.

d) *Responsabilidad civil y medidas cautelares*

Dentro de la Sección 4.<sup>a</sup> el nuevo texto prevé la posibilidad de que el Juez acuerde, según las circunstancias del caso, la aplicación de las medidas del artículo 129 del Código Penal.

Resta determinar si se trata de medidas anteriores o coetáneas a la sentencia de condena.

A primera vista parecen medidas de carácter accesorio a la sentencia, si bien pueden adoptarse durante la tramitación de la causa, y por disposición expresa del 129.2, las previstas en el 129.1, letras a) y c), a saber, la clausura de empresa, locales o establecimientos, y la suspensión de actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación. De ello se deriva que el resto de medidas tan sólo son aplicables como consecuencias accesorias, de modo análogo al comiso del artículo 127.

Sin embargo, tradicionalmente y en especial en lo relativo a las patentes, se ha considerado que el Juez penal puede, para evitar la continuación de las conductas lesivas e impedir perjuicios irreversibles, adoptar como medidas cautelares las previstas en la legislación civil, en concreto las actuaciones recogidas en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Patentes, y ello con base en lo dispuesto en el artículo 614 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entiendo que no hay obstáculo alguno para que las medidas previstas en la Ley de 1988 de Marcas puedan adoptarse en el curso de la investigación, en concreto las del artículo 36 de la citada norma. Ahora bien, las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en especial los artículos 334 y 338, permiten la incautación de los objetos producidos con violación de los derechos protegidos en el artículo 274 del texto sustantivo, estableciendo el nuevo artículo 127 del Código Penal el destino de los objetos incautados.

En cuanto al cómputo de la responsabilidad civil, deberá estimarse no solamente el perjuicio causado, sino el lucro cesante, tal y como establece el artículo 38 de la Ley de Marcas de 1988.

### 3. CONCLUSIONES

Primera. La nueva regulación de los delitos relativos a la marcas supone, en general, el abandono del sistema de leyes penales en blanco, tan poco deseable en cualquier texto penal.

Segunda. La determinación del bien jurídico protegido, bifronte como he expuesto, no es de fácil deducción tras la lectura del artículo 274, que parece consagrar una concepción privatista y patrimonial del derecho del titular de la marca, contrario a la lógica derivada de la ubicación del nuevo delito y los valores constitucionalmente consagrados.

Tercera. El régimen de perseguibilidad responde a un difícilmente sostenible sistema de previa denuncia en el que el propietario del derecho es «vicario» del mercado.

La justificación de este sistema por la vía del principio de intervención mínima, supone confundir lamentablemente lo que es la elección de un sistema de persecución, normalmente establecido en función de la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados con los criterios de selección de los bienes jurídicos que se estiman dignos de protección penal, criterio éste independiente de su naturaleza o titularidad.

La interpretación apuntada en las líneas precedentes intenta evitar, desde criterios que estimo ajustados a la lógica hermenéutica, las detestables consecuencias de esta confusión. (Las Palmas.)

#### E) ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISION EN EL NUEVO CODIGO PENAL DE 1995: ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSPENSION DE LA EJECUCION Y A LA SUSTITUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

##### I. PLANTEAMIENTO

Desde que, a mediados de siglo XVIII, la pena privativa de libertad se configura con las características que modernamente la definen, ha venido constituyendo la sanción sobre la cual se basaban todos los sistemas de penas de los distintos ordenamientos jurídicos, empleándola como principal reacción sancionadora frente

a las infracciones penales. Sin embargo, el elevado índice de criminalidad que se ha ido produciendo en la actualidad y el consiguiente aumento de la población carcelaria, ha llevado consigo que la pena de prisión no cumpla adecuadamente su finalidad de «resocialización», pues el gran número de internos impide llevar a cabo un eficaz tratamiento penitenciario resocializador, hasta el punto de que la pena privativa de libertad queda como un mero apartamiento temporal del delincuente de la sociedad en la que ha delinquido, a lo que hay que añadir, en consecuencia, el efecto traumatizante y estigmatizante, no sólo para el sujeto, sino también para su familia, así como el elevado coste para la colectividad. Esto se hace aún más evidente en las penas privativas de libertad de larga duración, incluso habiéndose suprimido la cadena perpetua, y, por el extremo inferior, en las penas de prisión de corta duración, con las que poca o mínima influencia resocializadora se ejerce, ni se alcanza capacidad intimidatoria, llevando consigo una gran perturbación de las relaciones laborales y familiares y un alto coste de ejecución.

Se habla así de la llamada «crisis» de la pena privativa de libertad, que ha determinado que en la doctrina penal y criminológica se hagan nuevos planteamientos y reflexiones sobre la función e importancia que ha de darse a la pena privativa de libertad, tratando de buscar otros medios o sanciones que mitiguen o atenuen las repercusiones contraproducentes y perjudiciales de la prisión. Surgen de esta forma las llamadas «alternativas» a la pena de prisión, que no significan su supresión o abolición, sino, por el contrario, el inicio de un proceso racional para buscar respuestas penales que, sin mermar las exigencias de prevención general, tengan una mayor efectividad preventivo-especial, lo cual conlleva un nuevo sistema de sanciones que, dejando la privación de libertad como último recurso reducida a los casos de «extrema necesidad», incorpore un conjunto de «medidas alternativas» que se configuren desde variantes de la misma privación de libertad, pero sin el carácter absoluto de la prisión, hasta sustitutivos o formas de suspensión de aquélla.

Se puede hallar el fundamento de esa búsqueda de alternativas en el mismo artículo 25.2 de la Constitución Española, que fija los principios de «reeducación y reinserción social» a los que deben de estar orientadas las penas privativas de libertad. Sobre esta

base y, dada la dificultad que, como hemos apuntado, tiene la prisión para poder cumplir sus objetivos, el Estado vendría obligado a crear sustitutivos para las penas que carezcan de capacidad resocializadora y que dichos sustitutivos se orienten a esa finalidad sin privar de libertad.

En semejantes términos se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se promulga el nuevo Código Penal, al decir que «se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna». Para ello señala los siguientes puntos: el simplificar la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, así como introducir cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añadir los trabajos en beneficio de la comunidad. En esta misma línea, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ya en la resolución adoptada el 9 de marzo de 1976 recomendaba a sus Estados miembros que eliminaran los obstáculos legales a la aplicación de sustitutivos del encarcelamiento.

## II. ALTERNATIVAS A LA PRISION

### 1. *Sistematización*

Son muy variados y heterogéneos los mecanismos que se pueden emplear como alternativas a la pena de privación de libertad de corta duración. Tanto que no todos ellos son propiamente «alternativas», si éstas las entendemos, en su sentido estricto, como nuevas penas distintas a la prisión. No obstante, partiendo de una concepción amplia de todas ellas, cabe afirmar que pueden situarse en distintos niveles o fases:

— Bien en el proceso legislativo, al tipificar los hechos punibles, dejando de castigar aquellas conductas que no se estimen dignas de sanción, o estableciendo por el legislador otras clases de penas diferentes a la prisión.

— Bien en la fase judicial, sustituyendo la pena privativa de libertad por otras, o no imponiéndola, ya sea porque no se formula acusación, ya porque no se pronuncia la condena, sometiendo al sujeto a determinadas condiciones o reglas de conducta durante un tiempo en el que está a prueba. Son los sistemas denominados de «probation».

— O bien en la fase procesal, suspendiendo la ejecución de la pena de prisión impuesta.

Así pues, se pueden sistematizar en los siguientes grupos:

- a) Medidas de desincriminación.
- b) Alternativas propiamente dichas.
- c) Sustitutivas o de sometimiento a prueba, y
- d) Suspensivas de la pena impuesta.

A ellos habría que añadir la pena de multa, que puede alcanzar la categoría de verdadera alternativa a la prisión.

## 2. *Alternativas en el Código Penal que se deroga*

La situación que al respecto presenta el Código Penal vigente resulta limitada, pues únicamente se aprecia, como verdaderas alternativas a la prisión, el arresto domiciliario (art. 85) y la condena condicional. El primero permite al Juez autorizar el cumplimiento de la pena de arresto menor en el domicilio del condenado, por lo que se limita a las faltas, sin alcanzar a delitos, ni siquiera al arresto sustitutorio por impago de multa, lo que restringe considerablemente su efectividad. De la segunda nos ocuparemos con más detenimiento posteriormente.

No obstante, también se puede estimar que cumplen funciones de alternativas, en los términos expuestos, los siguientes:

— La despenalización de algunas faltas y de determinadas imprudencias, incluso dejando sometida su persecución a la previa denuncia del ofendido, operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

— La posibilidad de internamiento en centros especializados cuando en el autor se haya apreciado enajenación mental (arts. 8.1 y 9.1).

— Asimismo, la recogida en el artículo 65 para los mayores de 16 y menores de 18 años, a los que se les puede sustituir la pena impuesta por «internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable».

— Y, desde luego, la libertad condicional, que permite el cumplimiento en libertad de la última parte de la pena de prisión en determinadas condiciones (arts. 98 a 99).

— Hasta puede considerarse en el mismo sentido la redención de penas por el trabajo (art. 100), en la medida en que permite el acortamiento de la pena carcelaria.

### 3. *Alternativas en el nuevo Código Penal*

#### 3.1. Enumeración

En el nuevo Código Penal, en línea con la idea ya señalada en la Exposición de Motivos, son variadas y más numerosas que en el anterior Código las manifestaciones de alternativas a la pena de prisión de corta duración. De todas ellas, vamos a efectuar una mera enumeración, dados los límites de la presente comunicación, para posteriormente hacer una exposición más detallada de la suspensión de la ejecución de la pena (antigua condena condicional) y de la sustitución de la pena.

Como medidas de desincriminación, se puede señalar la misma tendencia en el grado de sanción de las conductas imprudentes, dejando de tipificar las de menor entidad o las leves con resultado de daños, o dejando su persecución a la previa denuncia del ofendido o personas agraviadas (arts. 267 y 621). Incluso la nueva regulación de la imprudencia ahonda aún más en esa línea, al castigar únicamente la forma imprudente de determinados delitos, y no con la cláusula genérica del delito de imprudencia anterior. Asimismo, la nueva regulación de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, pues, de igual manera, sólo se castiga en los supuestos especialmente previstos (arts. 17.2 y 18.2). También se ha llevado a cabo la despenalización de determinadas conductas, especialmente en las faltas, aunque, frente a ello, también se

ha producido la tipificación de nuevas conductas (por ejemplo, los delitos relativos a la manipulación genética).

Cabe destacar especialmente la supresión de la pena privativa de libertad inferior a seis meses, siendo ésta la duración mínima que se fija para dicha pena (art. 33). Incluso en el extremo superior se establece el límite máximo de la prisión en 20 años (art. 36) y, excepcionalmente, hasta 30 años (art. 76. l. b), frente a los 30 y, excepcionalmente, 40 años del Código anterior.

Como verdaderas alternativas, esto es, la creación de nuevas penas distintas a la prisión propiamente dicha, son de señalar la nueva pena de multa (días-multa) (arts. 50 a 53), los arrestos de fin de semana (art. 37), y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49). Además de la función como penas principales de las dos primeras, cabe resaltar de las tres las posibilidades que ofrecen para actuar como sustitutivos de la prisión, a lo que luego haremos referencia.

No obstante, no se recoge en el nuevo Código opción alguna que pudiera englobarse en las alternativas conocidas como *probation*. Sólo en los primeros proyectos de Código Penal de 1980 y 1983 se reguló la «suspensión del fallo», esto es, que, una vez comprobada la responsabilidad penal del sujeto, no se dicte condena, sometiéndole a determinadas condiciones o comportamientos, durante un período de prueba vigilado por el Juez. En los proyectos posteriores se eliminó tal suspensión, que, sin duda, encajaba mal en nuestro Ordenamiento.

Como otra forma más de sustitución de las penas de prisión, se regula también la expulsión de extranjeros, a la que posteriormente haremos especial referencia.

Y como medidas de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, se regula, con esa misma denominación, la hasta ahora conocida como condena condicional, así como también se mantiene la libertad condicional (arts. 90 a 93), en términos semejantes a la anterior regulación. Sin embargo, se ha suprimido la redención de penas por el trabajo.

Finalmente, se ha de resaltar la nueva regulación de las medidas de seguridad (arts. 95 a 108), más sistemática y coherente que la anterior, y en las que se incluyen medidas sustitutivas de la privación de libertad, caso, por ejemplo, del internamiento en establecimiento psiquiátrico de los enfermos mentales (art. 104).

### 3.2. Especial referencia a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

La nueva suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad sustituye a la que tradicionalmente se ha denominado condena condicional. Ambas significan la posibilidad de eludir el ingreso en prisión de quien ha sido condenado a determinadas penas privativas de libertad, durante un período de tiempo fijado por el Juez, transcurrido el cual y cumplidas determinadas condiciones, especialmente el no haber cometido otro delito durante ese período, se le dará por cumplida la pena, pues, en caso contrario, no sólo cumplirá la pena del nuevo delito cometido, sino también la pena dejada en suspenso.

Tal institución, desde su introducción en España en 1908, ha sido la única, prácticamente, que ha servido como alternativa a la pena de prisión. Pese a la discusión en torno a su naturaleza, puede afirmarse que se configura como una especie de indulto, aunque sometido a condición suspensiva, pues se hace depender de la no comisión de un nuevo delito durante el período de suspensión. En todo caso no deja de ser una mera suspensión de la ejecución de la pena, no de condena. De ahí que se criticara la denominación anterior de condena condicional por equívoca. Se hace depender, pues, de la conducta del sujeto, por lo que se aúnan prevención general y prevención especial, ahora más, si cabe, se realiza este último aspecto al poder exigir al penado unos determinados comportamientos personales.

En la práctica forense, la hasta ahora condena condicional ha venido aplicándose por los Juzgados de forma tal que se venía a convertir en la regla general, pese a que debería ser la excepción a la ejecutoriedad inmediata de las sentencias, llegándose incluso a concretar la pena finalmente impuesta en la extensión suficiente para que quedara dentro del ámbito de aplicación de la condena condicional y pudiera así otorgarse.

Finalmente indicar que esta institución se configura en beneficio de los delincuentes primarios, aquellos que delinquen por primera vez, y para evitarles los perjuicios e inconvenientes del ingreso en la cárcel durante un período de tiempo breve. Es decir, funciona como mecanismo para corregir los defectos de las penas de prisión de corta duración.

La condena condicional surgió por primera vez en Bélgica en 1888. En España se introdujo por la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, se incorporó al Código de 1932, y más tarde se amplió en el de 1944, regulándose en los artículos 92 a 97 del Código que se deroga, a los que se añadió el artículo 93 bis por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico de drogas, en el que se incorporaron modificaciones para poder aplicar la condena condicional a los que cometieran el delito por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo Código Penal, la regulación únicamente viene constituida por sus artículos 80 a 87, pues la disposición derogatoria de dicha Ley Orgánica expresamente deroga el Código Penal vigente y la ya citada Ley de 27 de marzo de 1908.

Los mencionados artículos conforman la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo III del Título III («De las penas») del Libro Primero del nuevo Código Penal. Dicho Capítulo III se titula «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», y en él se regulan también la sustitución de las penas privativas de libertad (Sección 2.<sup>a</sup>) y la libertad condicional (Sección 3.<sup>a</sup>). Con ello está dejando claro el momento procesal en que se mueve la suspensión, que es en la fase de ejecución de la pena, esto es, de una pena ya impuesta en sentencia condenatoria. No estamos, por tanto, ante ningún supuesto de *probation*, en los que no se hace pronunciamiento condenatorio. Sin embargo, la nueva regulación se impregna del espíritu de la *probation* cuando posibilita que, además de las exigencias tradicionales, que luego veremos, se le pueda imponer al penado determinadas condiciones o pautas de conducta, hasta el punto de que su incumplimiento puede llevar consigo la revocación de la suspensión concedida.

Examinando la actual regulación del nuevo Código Penal, se pueden hacer las siguientes consideraciones de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en comparación con la precedente de la condena condicional:

1. En primer lugar, se aprecia una regulación técnicamente mejorada, como se observa ya en la misma denominación de esta

institución, obviando así los inconvenientes apuntados de la anterior «condena condicional».

2. En segundo lugar, se evidencia que la concesión de la suspensión de la ejecución queda únicamente a decisión de los Jueces o Tribunales, en todo caso mediante resolución motivada, «atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto» (art. 80.1).

Se suprime así, la concesión de la condena condicional por ministerio de la ley que recogía el artículo 94 del Código Penal que se deroga para los supuestos de eximentes incompletas y en los delitos perseguidos a instancia del agraviado.

3. La nueva regulación es sustancialmente más beneficiosa para el penado, como se pone de manifiesto en los siguientes extremos:

— Se aplica a las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración, mientras que con anterioridad se limitaba a penas de un año de duración, y, excepcionalmente, a penas de dos años cuando concurrieran una atenuante muy cualificada, una eximente incompleta o la atenuante de edad entre 16 y 18 años. Incluso en la nueva regulación se prevé, en su artículo 80.4, otorgar la suspensión de cualquier pena (habrá que entender que no sólo las privativas de libertad), sin sujeción a requisito alguno (por tanto, de cualquier duración) al penado que esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (expresión ésta que es la misma que emplea el art. 60 del RP en relación con la libertad condicional).

— Los Jueces o Tribunales deberán pronunciarse necesariamente, con la mayor urgencia, sobre la concesión o no de la suspensión en cuanto que sea firme la sentencia y se acrediten los requisitos exigidos.

— Y, finalmente, resulta más beneficiosa que la anterior regulación porque la suspensión concedida no se anota en el Registro Central de Penados como cualquier otra sentencia, sino en una Sección especial, de nueva creación, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales (art. 82). Más aún, caso de que proceda, en su momento, la remisión de la pena, se ordenará la cancelación de la inscripción hecha en esa Sección especial. Y añade el artículo 85.2 que «este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto». Quiere esto decir que, en estos supuestos, se rehabilita automáti-

camente una vez obtenida la remisión de la pena, a diferencia de lo que ocurría con el Código Penal que se deroga, en cuyo artículo 118 se determina el tiempo que ha de transcurrir para obtener la rehabilitación a contar desde en que se hubiera extinguido la pena si no se hubiere otorgado la condena condicional. Consecuentemente con lo anterior, el artículo 136 del nuevo Código Penal no hace referencia alguna a la remisión de una pena suspendida en relación con la cancelación de antecedentes penales, aunque sí lo hace, incomprensiblemente, a la «condena condicional», con evidente error en su denominación.

Los requisitos para otorgar la suspensión de la ejecución de la pena son los siguientes, según el artículo 81:

1.º Que sea delincuente primario por no haber cometido ningún delito con anterioridad, sin que, a estos efectos, se tengan en cuenta antecedentes por imprudencia o que hayan sido condenados o puedan serlo. Habrá que indicar que ese posible delito previo no equivale necesariamente a reincidencia, pues puede no concurrir ésta, en la forma en como es regulada en el número 8 del artículo 22, y en cambio impedir ese delito anterior la concesión de la suspensión.

2.º Que se trate de penas privativas de libertad. Por tanto han de ser penas de prisión, o arrestos de fin de semana o la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, puesto que éstas son las penas privativas de libertad recogidas en el nuevo Código Penal según su artículo 35.

3.º Que esas penas no sean superiores a dos años, bien por ser pena única, bien por suma de las impuestas. Con esta suma de las distintas penas impuestas se pone límite a la práctica procesal que venía admitiendo, hasta ahora, aplicar la condena condicional a varias penas aunque sumaran más del año si cada una de ellas no superara esa cifra. Desde luego, esas distintas penas a suspender han de ser impuestas en la misma sentencia.

4.º Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, requisito que no era exigido en la legislación anterior, o al menos, no era tenida en cuenta a la hora de conceder la condena condicional. Se excepciona la imposibilidad total o parcial del penado de hacer frente a esas responsabilidades civiles, oídos los interesados y el Ministerio Fiscal.

Para otorgar la suspensión de la ejecución, el Juez o Tribunal deberá atender fundamentalmente, dice el artículo 80, a la peligrosidad criminal del sujeto, criterio éste que exige una valoración de futuro comportamiento del sujeto y que precisará que el Juez conozca más datos del penado que los que en la práctica forense se aportan a los procedimientos. Téngase en cuenta que además se trata de sujetos que han delinquido por primera vez, lo que complica el apreciar esa «peligrosidad criminal».

Sin embargo, para fijar el tiempo de duración de la suspensión, el Juez debe oír a las partes (¿cuáles son éstas: sólo las personas?, ¿se debe oír también al penado?), y debe atender a las características personales del delincuente (ya no a la peligrosidad criminal, que fue tenida en cuenta para conceder la suspensión), a las características del hecho y a la duración de la pena.

Y es en plazo de duración de la suspensión donde el nuevo Código Penal introduce una significativa novedad: diferencia según se trate de penas leves, cuyo plazo será de tres meses a un año, o de penas privativas de libertad de hasta dos años, en cuyo caso el plazo de suspensión será de dos a cinco años. Es de valorar positivamente esa menor duración para las penas leves (de faltas), pues en la legislación anterior era común el plazo de dos a cinco años para los delitos y para las faltas, con lo que resultaba desproporcionado que, por una pena leve, cuyo plazo de prescripción es de un año, pueda estar suspendida un mínimo de dos años.

Una distorsionante excepción a todo lo dicho es la ya mencionada del artículo 80.4, esto es, para penados aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, respecto de los cuales se podrá suspender cualquier pena impuesta (lo cual podrá entenderse como penas de todo tipo y no sólo las penas privativas de libertad) y «sin sujeción a requisito alguno», de forma que puede no ser delincuente primario o las penas pueden superar los dos años. Pero a esta posibilidad se añade una excepción; «salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo». Es de difícil comprensión esta excepción, porque interpretada literalmente impediría aplicar en estos supuestos la suspensión, al menos con estas condiciones especiales, y, por tanto, el sujeto ingresaría en prisión, cuando, por contra, tiene ya otra pena suspendida por este mismo motivo que ahora se le deniega. De todas formas, si ingresa en la cárcel, podrá

serle de aplicación el artículo 60 del Reglamento Penitenciario para obtener la libertad condicional, puesto que dicho artículo se refiere al mismo supuesto de enfermedades muy graves con padecimientos incurables, de forma que se superponen ambas posibilidades, una para evitar el ingreso en prisión y otra para acortar el tiempo de permanencia. De ahí que puedan utilizarse los criterios interpretativos hasta ahora desarrollados para aplicar ese artículo del Reglamento Penitenciario para entender qué enfermedades se pueden considerar amparadas por esa especial suspensión.

Según el artículo 83, la condición a la que todo caso queda sujeto el penado es la de que no delinca (que habrá que entenderse referida a nueva comisión de delitos, no de faltas) en el plazo fijado por el Juez o Tribunal. Ahora bien, para el caso de la pena suspendida sea la de prisión (por lo tanto, se excluyen los arrestos de fin de semana y la responsabilidad personal por impago de multa) el Juez o Tribunal, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de determinadas obligaciones o deberes fijados de entre los que señala ese artículo 83: 1.º Prohibición de acudir a determinados lugares; 2.º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida; 3.º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas; 4.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares; 5.º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa la conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

No parece que estas obligaciones sean excluyentes ni impidan imponerse varias conjuntamente. Expresamente la última exige la previa conformidad del penado, aunque todas ellas deben de tener esa aceptación para que tengan verdadera efectividad. Lo que no indica el Código son los efectos que pueden tener en relación con la concesión misma de la suspensión la no aceptación por parte del penado a someterse a esas reglas de conducta. Con todo, es indudable la mejora que ofrece esta novedad. Con ello acerca la suspensión a los sistemas de *probation* y supera las críticas que se hacían a la condena condicional, la cual sólo quedaba condicionada a que el penado no cometiera un nuevo delito y a que notificara al

Tribunal los cambios de domicilio, pero sin ninguna otra concesión preventivo-especial. Para el caso de que el penado incumpla estas nuevas condiciones o deberes personales que se le hubieran impuesto, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos, desde revocar la suspensión, hasta sustituir la regla de conducta, o bien prorrogar el plazo de suspensión sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

Por supuesto, siempre se revocará la suspensión otorgadas «si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado» (art. 84). Una vez revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena dejada en suspenso y se inscribirá la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Por el contrario, si no hubiera delinquido o hubiera, en su caso, cumplido también las reglas de conducta fijadas, se remitirá la pena, con las consecuencias beneficiosas ya apuntadas de que no constará esa condena en el Registro Central de Penados y de que no se tendrá en cuenta ese antecedente para ningún efecto (art. 85).

Se debe resaltar también que la suspensión de la ejecución no se extiende a las responsabilidades civiles derivadas del delito, aunque ahora se hace depender la concesión de la suspensión del hecho de tener satisfechas dichas responsabilidades. Nada dice el nuevo Código en relación con las penas accesorias, por lo que habrá que interpretar este silencio en el sentido de que la suspensión tampoco se extienda a ellas.

Finalmente, el artículo 87, al igual que hacía el artículo 93 bis del Código Penal que se deroga, regula la suspensión para supuestos de sujetos drogodependientes. Señalaremos las diferencias entre ambos preceptos, el nuevo y el derogado, significando que es más amplio el nuevo y permite una mayor efectividad que el antiguo, con la finalidad de aportar un tratamiento más adecuado a la problemática tan grave de la drogodelincuencia y de facilitar el tratamiento deshabitador.

— No precisa el reo ser delincuente primario. Lo que se exige es que no sean reos habituales, concepto éste el de la habitualidad que no coincide con el de reincidencia. Con clara finalidad de seguridad jurídica, es definitivo en el artículo 94, según el cual se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo en un plano no superior a cinco años y hayan sido condenados por ellos. Incluso

se faculta al Juez para que, valorando motivadamente la oportunidad, pueda conceder la suspensión al condenado que sea reincidente, lo que evidentemente amplía las posibilidades de esta suspensión para las personas a que va dirigida, pues, debido a su adición, es frecuente que reincidan en la comisión de delitos. Se suprime así una importante traba para conceder este beneficio que era muy criticado en la legislación anterior.

— La pena cuya ejecución se suspende puede ser de hasta tres años.

— Se aplica a los penados que hayan cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia, no sólo a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, como hasta ahora, sino también a bebidas alcohólicas, lo cual amplía los colectivos que se pueden beneficiar.

— El sujeto debe encontrarse deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión, debiendo estar suficientemente certificado por Centro o Servicio público o privado debidamente acreditado u homologado.

— El plazo de suspensión es de tres a cinco años.

— Además de no delinquir, la suspensión se condiciona a que no abandone el tratamiento hasta su finalización.

— Se remitirá, además, si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento. Si no, cabe la posibilidad de prorrogar el plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años, siempre que el Juez lo estime necesario, oídos los informes correspondientes, pues, de lo contrario, ordenará el cumplimiento de la pena suspendida.

Con esta nueva regulación, que en gran medida mejora la anterior, más estricta, cabe esperar que esta institución sirva para ayudar en los procesos de resocialización y deshabitación de los drogodependientes y alcohólicos.

### 3.3. Sustitución de las penas privativas de libertad

La sustitución de las penas privativas de libertad es de nueva creación en nuestro Derecho Penal, ya prevista en todos los proyectos del Código Penal desde el de 1980. Supone la posibilidad

por parte del Juez de imponer una pena distinta a la prevista por el Código para el delito de que se trate, que evite, con carácter general, el ingreso en prisión. Se configura como un beneficio del penado, concurriendo determinadas condiciones de las que se derive la conveniencia de su concesión.

Su función, claramente, es la de servir de alternativa a la prisión de corta duración, pero dependiendo de la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales para hacerlo efectivo. Determina que se imponga una pena que evite la cárcel, o que al menos esa privación de libertad sea más atenuada. De ahí que las penas con las que se puedan sustituir la de prisión sean las de arresto de fin de semana, la multa (días-multa) o la de trabajos en beneficio de la comunidad. Con todo ello se da primacía al aspecto de prevención especial, pues serán las condiciones personales del reo las que influyan para conceder la sustitución, incluso su actitud respecto a los resultados dañosos del hecho delictivo.

En todo caso, esa discrecionalidad del Juez es una potestad reglada, sometida a la valoración de las circunstancias que concurran, cumpliéndose los requisitos exigidos, y que aconsejen tal sustitución, lo cual deberá ser suficientemente razonado por los Jueces o Tribunales. Participa así de las características de un indulto parcial, en cuanto que se modifica la pena que inicialmente correspondería por otra de menor intensidad. Eso sí, en la sustitución se lleva a cabo esa modificación antes de iniciarse la ejecución de la pena (dejando a salvo la suspensión de la ejecución de la pena cuyo indulto se solicita, como es el supuesto previsto en el art. 4 del nuevo CP).

Pese a que se trata de recoger esta institución en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo III del Título III del Libro I del Código, que lleva por epígrafe «De la sustitución de las penas privativas de libertad» y que comprende los artículos 88 y 89, hay variedad de supuestos en ellos que no todos obedecen a motivos de prevención especial. Incluso hay otros supuestos de sustitución fuera de dichos artículos. Así podemos afirmar que en el Código se recogen tres grandes grupos o clases de sustitución de penas privativas de libertad:

1. Ordinaria: Llamamos así a aquellos que responden a lo expuesto como líneas generales, esto es, dar primacía a la prevención especial y, atendiendo a las circunstancias del reo, imponer otra

pena no privativa de libertad o de una intensidad menor en lugar de la que legalmente viene determinada. Sería la regulada en el artículo 88.

2. Especial: Cuando se sustituye la privación de libertad, aunque no sea de corta duración y por razones de política criminal, por la expulsión del territorio nacional de extranjeros (art. 89). Responde exclusivamente a la cualidad personal de ser extranjero el reo, no de ninguna otra motivación preventivo-especial.

3. Extraordinaria: Con ella nos referimos a la prevista en el artículo 71.2 para los casos de determinación de la pena inferior en grado a la de prisión de seis meses, y que podemos concluir que es diferente y lleva un régimen distinto a la ordinaria.

También en relación con las medidas de seguridad se observan posibilidades de sustitución, incluso con medida de expulsión para extranjeros (arts. 100 y 108).

#### a) Sustitución ordinaria:

La que hemos denominado sustitución de las penas de libertad ordinaria es la regulada en el artículo 88. Sistematizando lo establecido en dicho artículo, podemos decir que los requisitos son los siguientes:

— Que se trate de penas de prisión que no excedan de un año, o de penas de arrestos de fin de semana, en este caso sin límite de duración (recordemos que estos arrestos tienen una extensión de uno a 24 fines de semana). Excepcionalmente se podrán sustituir penas de prisión de hasta dos años de duración.

— En todo caso, se requiere que el condenado no sea reo habitual. Ya hemos recogido antes la definición que de habitualidad a estos efectos fija el artículo 94. De nuevo cabe repetir que no coincide con el concepto técnico de reincidencia.

— La sustitución corresponde acordarla al Juez o Tribunal. Para ello deberá oír previamente a las partes. Otra vez cabe plantearse qué se debe entender por partes, si sólo las formalmente personadas, o también las que materialmente hay que entender por tales. ¿Deberá oír también al penado? Desde luego es significativo el cambio respecto al Proyecto de Código Penal de 1994, en el que únicamente se establecía la audiencia del Ministerio Fiscal.

Ahora se amplía a las «partes» en sentido amplio. No parece que el dictamen de éstas sea vinculante para el Juez, por más que deba tenerlo en cuenta, pues deberá de razonar su decisión de sustitución (y, por lógica, también su resolución de no sustitución si ha mediado petición de alguna de las partes).

— Para otorgar la sustitución, el Juez o Tribunal deberá atender a la naturaleza del hecho y a las circunstancias personales del reo, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado. Se estima que son principalmente esas circunstancias personales las que deben primar, por encima de la circunstancia objetiva de la naturaleza del hecho, para apreciar la conveniencia de la sustitución, o que así lo aconsejen, como dice el Código.

Sin embargo, en los supuestos excepcionalmente previstos de sustitución de penas de prisión de duración hasta de dos años, se ha de atender al dato de que, «de las circunstancias del hecho y del culpable, se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social». Con ello se marca especial hincapié en el aspecto de prevención especial de esta institución.

— La sustitución podrá concederse en la misma sentencia condenatoria o, posteriormente, en auto motivado, siempre con el límite temporal de pronunciarse antes de iniciarse la ejecución de la pena. No obstante, y dado que el Juez o Tribunal debe previamente oír a las partes, no parece viable que se dicte en la misma sentencia, que no es aún firme, salvo que fuere dictada de conformidad, y siempre habiendo dado un trámite previo de audiencia de las partes en relación con la sustitución. Nada impide que sea solicitada por cualquiera de las partes. De ahí que, *a priori*, parezca más viable la concesión de la sustitución mediante auto motivado una vez firme la sentencia condenatoria.

— Si se trata de pena de prisión, se podrá sustituir por arrestos de fines de semana o multa, en la proporción de dos arrestos de fin de semana por cada semana de prisión y de dos cuotas de multa por cada día de prisión. Esto significa que, en caso de penas de un año de prisión, como máximo podrá ser sustituida por 104 arrestos de fin de semana, o bien por 730 cuotas diarias de multa; si se tratara del supuesto excepcional de penas de hasta dos años de privación de libertad, la sustitución podría llegar, como máximo, a 208 arrestos de fin de semana o a 1.460 cuotas diarias de

multa. Resulta así siguiendo la proporción fijada por el Código para la pena máxima a sustituir.

— Si la pena determinada fuera la de arresto de fin de semana, el artículo 88.2 permite que se pueda sustituir por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. La proporción en estos casos es de cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo por cada arresto de fin de semana. Como el límite máximo de esta pena, según el artículo 33, es de 24 fines de semana, lo máximo que se podrá imponer por sustitución es de 96 cuotas de multa o 48 jornadas de trabajo.

Para estos supuestos de sustitución de la pena de arrestos de fin de semana prevé el Código expresamente (art. 88.2) la necesidad de la previa conformidad del reo, lo cual parece lógico y coherente, máxime si se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad. Como nada dice al tratar la sustitución de la pena de prisión, habrá que entender que no es precisa la previa conformidad del reo. De todas formas, no es óbice para que se requiera esa conformidad del penado cuando se trate de sustituir las penas de prisión, más aún si tenemos en cuenta la cuantía tan elevada que pueden alcanzar las penas con las que se sustituyen. Se parte de la idea de que el sustituir una pena por otra es más beneficioso, por lo que tendrá que ser el penado quien manifieste si, efectivamente, lo estima más beneficioso y lo acepta como tal.

— En esta Sección dedicada a la sustitución de penas privativas de libertad, no hace referencia alguna a la responsabilidad personal por impago de multa (la tercera de las penas privativas de libertad junto con la prisión y el arresto de fin de semana). Sin embargo, este tema lo resuelve, al regular la multa, en el artículo 53, en el sentido de que esa responsabilidad podrá cumplirse en régimen de arresto de fin de semana, aunque no señala la proporción en que ha de sustituirse, si bien nada impide que pueda aplicarse la regla ya indicada del artículo 88. Y cabe también que el Juez pueda, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Para esta opción sí establece la regla de la proporción: un día de trabajo por cada día de privación de libertad.

— Para el supuesto de que se quebrante o incumpla, en todo o en parte, la pena sustitutiva, establece el artículo 88.3 que se ejecutará la pena de prisión o arresto de fin de semana inicialmente

impuesta, es decir, la sustituida. En ese caso, se descontará la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivas, ya indicadas. Lo que no se permite es una segunda sustitución de la pena que ha servido para sustituir a la primera.

Sin embargo, no queda claro si ese incumplimiento de la pena sustitutiva supone por sí mismo un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal. Dados los términos de este artículo, cabe entenderlo encuadrable en dicho precepto, pues es la pena (la sustitutiva) efectivamente impuesta, por más que aparentemente parezca una reduplicación del efecto en perjuicio del reo: cometer un delito de quebrantamiento de condena y cumplir la pena sustituida. Ello no es así, pues la sustitución es un beneficio para el reo, que ha demostrado no ser acreedor del mismo, y le determina que vuelva a tener vigencia la pena que en un principio le hubiera correspondido. Habrá, sin duda, que esperar a la finalización del procedimiento por el posible delito de quebrantamiento de condena para imponer el cumplimiento de la pena sustituida.

Frente a esto, el incumplimiento de los arrestos de fin de semana o de los trabajos en beneficio de la comunidad, como formas de cumplir la responsabilidad personal por impago de multa, se aparta de estas reglas, pues, no sólo no están expresamente recogidas en el artículo 88, sino que obedece a otros principios. Así, su incumplimiento sólo llevará consigo el delito de quebrantamiento de condena, y, una vez dictado fallo condenatorio por este delito, deberá cumplir lo que le falte de los arrestos de fin de semana (con la posibilidad que permite el artículo 37.3 de cumplirlo sucesivamente) o lo que quede de trabajos en beneficio de la comunidad.

Finalmente, hemos de indicar que no quedan claras las relaciones entre la sustitución y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En primer lugar porque, dadas las penas de que se trata, se puede otorgar una u otra institución, debiendo, pues, el Juez o Tribunal elegir una u otra. Aquí se aprecia con más intensidad la conveniencia de oír al penado sobre cuál de las dos posibilidades estima más beneficiosa. Será el Juez el que decida otorgar uno u otra, o rechazar ambas, motivando su resolución. Y en segundo lugar porque no se especifica si se puede aplicar la sus-

pensión de la ejecución a la pena con que se sustituye otra. No parece que se puedan objetar grandes reproches a esta posibilidad, pues es doblemente beneficiosa para el penado. Sin embargo, más parece que cada una de estas instituciones funcionan en planos distintos, lo que haría incompatible la aplicación sucesiva de ambas.

#### b) Sustitución extraordinaria:

Hemos llamado así a la recogida en el artículo 71.2 para los supuestos en que haya que imponer una pena de prisión inferior a seis meses por aplicación de las reglas de determinación de la pena de los artículos anteriores a aquél, en cuyo caso será sustituida conforme a las reglas expuestas anteriormente del artículo 88, ello sin perjuicio, dice el artículo 71.2 de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos que proceda. Esto último hace pensar también que no cabe aplicar la suspensión de la ejecución en los supuestos de suspensión ordinaria del artículo 88, puesto que éste no contiene una previsión semejante.

Sí podemos afirmar que en esta sustitución recogida en el artículo 71 al menos no cabe aplicar la regla del artículo 88.3 de hacer cumplir la pena sustituida en caso de incumplimiento de la sustitutiva, pues, si se ha sustituido es porque venía obligado por las reglas de determinación de la pena que exigen imponer pena inferior a seis meses de prisión, siendo esa pena inferior a la legalmente establecida, a diferencia de la sustitución que hemos llamado ordinaria, en que la determinada legalmente es la que se sustituye. Tampoco se fija en el artículo 71.2 cuál es la pena que hay que tener en cuenta para aplicar las reglas de proporción para hacer la conversión. Habrá, entonces, que entender, en beneficio del reo, que sería la de seis meses, que es el límite mínimo de la pena de prisión, por debajo del cual hay que imponer la correspondiente por sustitución.

#### c) Sustitución especial:

Y, finalmente, hemos denominado sustitución especial a la posibilidad de expulsión de los extranjeros, prevista en el artícu-

lo 89. Dicho artículo prevé dos modalidades de expulsión de extranjeros como sustitutivos de penas privativas de libertad ya impuestas:

— Cuando al extranjero no residente legalmente en España le hubieren sido impuestas penas privativas de libertad (que, por tanto, incluyen a la prisión, al arresto de fin de semana y a la responsabilidad personal por impago de multa) inferiores a seis años, en cuyo caso podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Será necesario para ello oír previamente al penado.

— Y cuando el extranjero hubiere cumplido las tres cuartas partes de la condena, siempre que la pena sea de prisión igual o superior a seis años, en cuyo caso los Jueces o Tribunales podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero si así lo solicita el Ministerio Fiscal. También debe oírse previamente al penado.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento Penitenciario, que determina que sea el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que autorice cumplir el período de libertad condicional (con la que coincide en el requisito de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena) en el país donde tenga su residencia el extranjero. Es decir, con este nuevo precepto del Código Penal coexisten dos normas para el mismo supuesto con soluciones diferentes, salvo que se entienda que funcionan en planos distintos: el artículo 63 del Reglamento Penitenciario para cuando es de aplicar la libertad condicional; y el artículo 89 del Código Penal para cuando no concurren todos los requisitos para conceder la libertad condicional (por ejemplo, falta el haber observado buena conducta), salvo el de haber extinguido las tres cuartas partes. Además, el Código deja la decisión a los Jueces y Tribunales sentenciadores, no al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

No obstante, también se superpone la normativa del Código Penal respecto de la expulsión de extranjeros con la Ley Orgánica 7/1995, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que no es derogada por el nuevo Código Penal. Sin embargo, no existe contraposición entre ambas normas, pues el artículo 89 del Código, en lo relativo a la expulsión de extranjeros condenados a penas de prisión inferiores a seis años, como sustitu-

tiva de éstas, es copia de lo dispuesto en el artículo 21.2 de dicha Ley Orgánica 7/1995, salvo que ésta exige también asegurar las responsabilidades civiles.

Ambas normativas establecen la prohibición de regresar el penado a España en un plazo, que el Código fija de tres a diez años. Si regresa antes, deberá cumplir las penas que hayan sido impuestas. Si fuese sorprendido de regreso en la misma frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa, y establece el artículo 36.2 de la Ley Orgánica 7/1995 que sin necesidad de expediente de expulsión.

Por lo demás, esta Ley Orgánica prevé otros supuestos de expulsión de extranjeros antes de haber sido condenados (art. 21.2).

Incluso el Código Penal, en su artículo 108, dentro de las medidas de seguridad, prevé que el Juez o Tribunal pueda acordar, en caso de extranjeros no residentes legalmente en España, previa audiencia de éstos, la expulsión del territorio nacional, como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

A modo de conclusión, se puede decir que por tres vías cabe la expulsión de extranjeros, autorizada o acordada por los Jueces:

— Mientras que se halla en tramitación un procedimiento contra extranjero (art. 21.2, párrafo primero de la LO 7/1995).

— Como sustitutiva de una pena de prisión inferior a seis años (art. 89 del CP y art. 21.2 párrafo segundo de la LO 7/1995).

— Y como medida de seguridad (art. 108 del CP).

A ellas habría que añadir los supuestos de libertad condicional, o, al menos, cuando tenga cumplidas las tres cuartas partes de una pena de prisión igual o superior a seis años (art. 63 del Reglamento Penitenciario y art. 89.1 del CP). (Fiscal Sr. Jiménez Soria.)

## F) LA NUEVA REGULACION DEL TRAFICO ILEGAL DE DROGAS

El Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/95, sitúa los delitos de tráfico ilícito de drogas en el Capítulo III «Delitos

contra la salud pública», del Título XVII «Delitos contra la seguridad colectiva».

El nuevo tratamiento jurídico-penal de esta materia apenas contiene novedades importantes, si exceptuamos el expreso reconocimiento de la figura del «arrepentido» o «colaborador de la justicia», en relación con la normativa anterior. La explicación es bien sencilla: las sucesivas reformas llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 1/88, de 24 de marzo, y 8/92, de 23 de diciembre, han adaptado nuestro ordenamiento jurídico a los convenios internacionales vigentes.

Las conductas incriminadas aparecen descritas en los artículos 368 a 378 con idéntica sistemática que el anterior texto punitivo.

a) *Tipo básico.* Se contempla en el artículo 368, con la ya tradicional distinción entre sustancias causantes y no causantes de grave daño a la salud, y con la inclusión de la conocida expresión «o de otro modo» como complemento de la acción típica consistente en la ejecución de actos de cultivo, elaboración, tráfico y posesión con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

*Artículo 368: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.»*

La respuesta punitiva frente a estas conductas ordinarias de tráfico ilícito se endurece considerablemente, si tenemos en cuenta la supresión de los beneficios derivados de la redención de penas por el trabajo, en particular para los casos de drogas duras. El rigor con el que el legislador trata estas conductas de «pequeño tráfico» contrasta con la benignidad, comparativamente hablando, de las sanciones penales previstas para las más graves conductas de blanqueo de dinero derivado del narcotráfico.

Quiere decirse, por citar un ejemplo, que la entrega de una papelina con una mínima cantidad de heroína, cocaína u otra sus-

tancia gravemente nociva tiene una sanción penal superior (prisión de tres a nueve años) al blanqueo de miles de millones de pesetas procedentes del tráfico ilegal de drogas (para el que está prevista en el art. 301 una pena de prisión de tres años y tres meses a seis años, y sólo en aquellos supuestos relativos a jefes, administradores o encargados de organizaciones dedicadas, y no de manera ocasional o transitoria, a tal actividad delictiva la pena de prisión será impuesta en el grado superior con una extensión de seis a nueve años).

b) *Subtipos agravados.* En el artículo 369, con un contenido prácticamente idéntico al del antiguo artículo 344 bis a), se comprenden las tipicidades agravadas que llevan aparejada la pena de privación de libertad en grado superior al tipo básico y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

*Artículo 369: «Se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando:*

1.º *Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, o se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros asistenciales.*

2.º *Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.*

3.º *Fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.*

4.º *Las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.*

5.º *Las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud.*

6.º *El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.*

7.º *El culpable participare en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*

8.º *El culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo.*

9.º *Se utilice a menores de dieciséis años para cometer estos delitos.»*

De las nueve modalidades agravadas que se mencionan, siete de ellas fueron introducidas por la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo (aunque algunas de ellas ya se incluían en el art. 344 párrafo 2.º en versión Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio), y las dos restantes (en el actual precepto las indicadas bajo los núms. 7.º y 9.º) por la LO 8/92, de 23 de diciembre, que sirvió para acomodar de forma definitiva nuestro ordenamiento jurídico penal a las prescripciones de la Convención de Viena de 1988.

Al igual que la legislación anterior, el nuevo Código omite cualquier referencia a la imposición de una pena más grave para aquellos casos en que se aprecien dos o más subtipos agravados, una exigencia que es razonable y acorde con la proporcionalidad que debe regir la sanción penal: la concurrencia de múltiples tipicidades agravadas representa, sin duda, un plus de antijuricidad o de culpabilidad, según los casos, que requiere una respuesta punitiva más contundente que la simple imposición de la pena superior en grado que ya se produce de manera automática por la aplicación de una sola modalidad agravada de las previstas en el artículo 369.

En el artículo 370, cuya concordancia con el anterior artículo 344 bis b) es absoluta, se incluye el tipo penal especialmente agravado en razón de la extrema gravedad de la conducta y de la condición de jefes, administradores o encargados de una organización, tal y como ésta se describe en el número 6 del artículo 369.

*Artículo 370: «Los Jueces o Tribunales impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al séxtuplo cuando las conductas en él definidas sean de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones mencionadas en su número 6. En este último caso, así como cuando concorra el supuesto previsto en el número 2 del menciona-*

do artículo, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

a) *Disolución de la organización o asociación o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público.*

b) *Suspensión de las actividades de la organización o asociación, o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.*

c) *Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.»*

Para estos casos se impondrán las penas de prisión en el grado superior a las previstas en el artículo 369, y la multa del tanto al séxtuplo del valor de la droga.

La extrema gravedad del acto es un concepto indeterminado —que no por ello supone quiebra alguna del principio de legalidad— que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido interpretando de manera restrictiva desde hace varios años, siendo las resoluciones judiciales muy escasas en cuanto al número, lo que demuestra la excepcionalidad con la que los Tribunales de Instancia utilizan esta modalidad superagravada.

En los últimos cinco años (1991-1995) el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el concepto «extrema gravedad» sólo en 11 ocasiones: Sentencias de 11 de junio de 1991, 23 de abril de 1993, 17 de julio de 1993, 11 de marzo de 1994, 21 de septiembre de 1994, 31 de octubre de 1994, 10 de marzo de 1995, 14 de marzo de 1995, 19 de junio de 1995, 11 de diciembre de 1995 y 29 de diciembre de 1995. Un breve y superficial análisis de esta doctrina jurisprudencial nos permite concluir que en todos los casos la extrema gravedad ha tenido como soporte indispensable la notoria importancia de la cantidad de droga, y en la mayor parte de ellos la ejecución del hecho en el marco de un grupo organizado.

Además de las penas, el precepto en cuestión, para los supuestos en que concurran los subtipos agravados previstos en los números 2 y 6 del artículo 369, dispone consecuencias accesorias consistentes en la disolución de la organización o asociación, suspen-

sión de sus actividades por tiempo máximo de cinco años, prohibición de realizar las actividades que han servido para facilitar o encubrir el delito por tiempo no superior a cinco años, y clausura temporal (por un máximo de cinco años) o definitiva de los locales o establecimientos abiertos al público. Son medidas destinadas, como señala el artículo 129.3 del Código, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

En el artículo 372 se establece una modalidad agravatoria, aplicable tanto a los delitos de tráfico ilegal de drogas como a los de tráfico ilícito de precursores.

*Artículo 372: «Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.»*

*A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.»*

Este precepto es idéntico al antiguo artículo 344 bis, c), y atiende a la condición, dedicación, profesión u oficio de los culpables. La agravación se fundamenta en el desempeño de funciones públicas o educativas y en la especial facilidad que para la comisión del hecho se deriva del ejercicio de una determinada profesión.

c) *Tráfico de precursores.* En el artículo 371 se regula el tráfico ilícito de los denominados «precursores», es decir, los equipos, materiales y sustancias incluidas en los Cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988.

*Artículo 371: «1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que*

*se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los géneros o efectos.*

*2. Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.*

*En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 370.»*

Se trata de una figura delictiva relativamente reciente que se introdujo en el Código Penal anterior, en el artículo 344 bis g) por la Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre, cuya tipificación resultaba obligada por expresa imposición de la Convención de Viena (art. 3...), pero cuya utilidad práctica es realmente muy discutible dadas sus escasas posibilidades de aplicación. La punición de estas conductas, que en el fondo no son más que unos simples actos preparatorios, se inscribe en el desmedido afán de adelantar las barreras de protección penal, algo que viene siendo habitual en el campo de la represión del tráfico ilícito de drogas.

La acción típica se define por los verbos fabricar, transportar, distribuir, comerciar y poseer tales equipos; materiales o sustancias con la finalidad de ser utilizados en el cultivo, producción y fabricación ilícitas de drogas. Todos ellos son productos de lícito comercio y no sometidos a restricciones especiales, por lo que su tráfico o tenencia para una finalidad distinta de la prevista en el tipo penal son impunes. Una vez más, jugará un papel importantísimo para justificar la inferencia de su ilícita finalidad la prueba de indicios o de presunciones.

Este ilícito penal es prácticamente idéntico a la tenencia de útiles para el robo (antiguo art. 509), y por lo tanto en cuanto fi-

gura de sospecha le es plenamente aplicable la doctrina dimanante de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1988 (Ponente Díez-Picazo y Ponce de León) sobre la prohibición de invertir la carga de la prueba en los tipos penales.

El subtipo agravado de pertenencia a una organización dedicada a tales menesteres —no de manera ocasional o transitoria como expresamente se reconoce en el art. 369.6.º para el tráfico ilícito de drogas— conlleva la imposición de la pena de prisión en su mitad superior (de cuatro años y seis meses a seis años), y la condición de jefes, encargados o administradores de tales organizaciones la pena de prisión en el grado superior (de seis a nueve años); en ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las consecuencias accesorias previstas en el artículo 370 como medidas para prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

d) *Tipo privilegiado de arrepentimiento.* Señalábamos con anterioridad que el nuevo Código Penal se había inclinado por regular de manera específica, al margen de las circunstancias atenuantes de la parte general, la figura del «arrepentido» o «colaborador de la justicia» para los delitos de tráfico ilícito de drogas en el artículo 376, y en los mismos términos para los delitos de terrorismo en el artículo 579.

*Artículo 376: «En los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.»*

La praxis judicial, concretada en pocos pero relevantes ejemplos, ha impuesto por razones de política criminal la necesidad de otorgar el respaldo legal a un instrumento del proceso penal, controvertido y denostado por algunos operadores jurídicos, pero que

juega un papel importante respecto a esas gravísimas manifestaciones criminales en su triple función de medio de prueba, medio de obtención de pruebas y elemento de disociación dentro de esas organizaciones delictivas.

El precedente inmediato de esta norma lo encontramos en el artículo 57 bis b), del anterior Código, aunque referido exclusivamente a los delitos relacionados con bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes. En idénticos términos, el Proyecto de Código Penal de 1992 —en su art. 363— extendía su aplicación a los delitos de tráfico ilegal de drogas, incluido el blanqueo de dinero procedente de esta actividad delictiva.

Sin embargo, el vigente Código ha optado por una regulación mucho más restrictiva, pues no es aplicable a los supuestos de blanqueo de bienes derivados del narcotráfico, y además excluye la posibilidad de remisión total de la pena para los casos de colaboración especialmente trascendente.

El precepto en cuestión, limitado en su aplicación a las conductas descritas en los artículos 368 a 372, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Abandono voluntario de las actividades delictivas.
2. Presentación a las autoridades y confesión de los hechos en que haya participado.
3. Colaboración activa con las autoridades concretada en impedir la producción del delito, en obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o en impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Los beneficios punitivos para estos supuestos de colaboración consisten en la reducción de la pena en uno o dos grados, lo que también es posible por aplicación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento prevista en el artículo 21.4.º, o de la analógica del artículo 21.6.º en relación con aquélla, siempre que se consideren como muy cualificadas (art. 66.4.º), con la particularidad de que en estos casos los presupuestos requeridos para su aplicación son menos exigentes.

Al margen de la normativa jurídico-penal del Código, que parece inspirada por el propósito de limitar al máximo posible la

presencia de coinclupados que colaboren con la justicia en el marco del proceso, queda pendiente la cuestión relativa a la reglamentación de la figura del arrepentido en aspectos tales como protección, identidad, situación de los familiares, obligaciones del afectado y de la administración, etc., en definitiva la configuración de esa relación especial de sujeción derivada de la atípica condición que posee en el contexto procesal.

El legislador ha optado por establecer normas de protección de peritos y testigos en causas criminales (LO 19/94, de 23 de diciembre), cuando lo verdaderamente urgente era regular la protección de los coimputados que colaboren con la Administración de Justicia en sus diversos ámbitos. En la actual situación de crecimiento y consolidación de las organizaciones delictivas ligadas a los más graves fenómenos criminales de nuestro tiempo (tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, terrorismo, etc.), nadie pone en duda que la actitud de colaboración de quien conoce los entresijos de estas tramas, bien relatando hechos delictivos que no son conocidos para su investigación, bien proporcionando pruebas de su realización, bien identificando a otros partícipes en esas actividades criminales, genera un evidente riesgo de represalias en su persona o en la persona de sus familiares, y que el Estado está obligado a adoptar las medidas necesarias para conjurar ese peligro y garantizar la seguridad de quienes resulten o puedan resultar afectados por esa situación.

e) *El comiso.* El artículo 374 contiene la norma especial de comiso aplicable a los delitos previstos en los artículos anteriores (368 a 373).

*Artículo 374:* «1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques, aeronaves, y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la Autoridad Judicial desde

*el momento de las primeras diligencias. Dicha Autoridad podrá acordar, asimismo, que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.*

3. *Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.»*

Conforme al nuevo texto punitivo (arts. 127 y 128 de la parte general) el comiso ha dejado de ser una pena accesoria para convertirse en una consecuencia accesoria de la pena. Ha variado, pues, su naturaleza jurídica, a pesar de lo cual, dado que sólo podrá acordarse en el marco del proceso penal y si hubiera recaído sentencia condenatoria, deberá regirse por parecidos principios a los establecidos para las penas.

Esta norma especial del artículo 374 es literalmente idéntica a la antiguamente prevista en el artículo 344 bis e) con dos pequeñas salvedades:

1. La explícita mención como objeto de decomiso de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el precepto actual.

2. Sólo los bienes, efectos e instrumentos susceptibles de ser decomisados que sean de lícito comercio podrán ser utilizados provisionalmente por la policía judicial (una aclaración que quizá no era necesaria, pues los bienes que son de ilícito comercio no pueden reingresar en el tráfico jurídico normal, pero que en todo caso responde a las injustificadas críticas de aquellos autores que entendían que la anterior norma permitía a la policía judicial poner en circulación las sustancias prohibidas ya incautadas).

Se mantiene la adjudicación al Estado de los bienes decomisados, los cuales engrosarán el fondo creado a tal efecto por la Ley 36/95, de 11 de diciembre, con la que se pretende financiar los programas de prevención de toxicomanías, asistencia y reinserción de drogodependientes, intensificación y mejora de las tareas de prevención, investigación, persecución y represión de esos delitos, y la cooperación internacional en la materia (art. 2).

En ningún caso los bienes decomisados podrán destinarse a satisfacer las responsabilidades civiles o pecuniarias que genere la causa.

El límite subjetivo de su aplicación viene determinado por la pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito. De la propia dicción del precepto se infiere que cuando los efectos, instrumentos y bienes pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe, el órgano jurisdiccional penal deberá acordar el comiso de los mismos, aunque para ello será preciso que el afectado por tal medida haya sido previamente oído en el proceso penal a modo de responsable civil (art. 615 de la LECr.) y se le haya permitido ejercer la defensa de sus intereses (art. 24 de la CE), salvaguardando así los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva que consagra la norma constitucional (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1991 y 16 de junio de 1993).

En el artículo 378, al igual que en el antiguo artículo 344 bis k), se contiene un orden de prelación especial para el pago de las responsabilidades pecuniarias que genere la causa (con cargo a los bienes embargados a estos efectos y no a los bienes decomisados) en el que la multa se coloca por delante de los gastos de defensa a diferencia de la norma general prevista en el artículo 126. (Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.)

## G) EL BLANQUEO DE CAPITAL EN EL CODIGO PENAL DE 1995

El nuevo Código Penal refunde en un solo artículo —el 301— toda una pluralidad de comportamientos delictivos que en el texto punitivo anterior eran descritos y sancionados de forma separada en diversos preceptos [arts. 344 bis h), 344 bis i), 344 bis j) y 546 bis f)] y amplía considerablemente el ámbito de los actos punibles.

Los términos «blanqueo de dinero» o «blanqueo de capitales» son neologismos que sirven en formulación técnica que carece de arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, pero asumida en todos los foros internacionales para designar aquellas conductas orienta-

das, en afortunada expresión utilizada por la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito. Tampoco es infrecuente, para hacer referencia a estas actividades el uso de vocablos tales como «lavado de dinero» (del inglés *money laundering*) o «reciclaje» (del italiano *riciclaggio*).

Durante la última década se ha producido en el plano internacional una auténtica explosión normativa dirigida a conseguir que el blanqueo deje de ser una actividad impune, y a adoptar medidas apropiadas para prevenir este tipo de conductas, no sólo en cuanto al tráfico ilegal de drogas, sino también en cuanto a otras graves actividades delictivas inmersas en el ámbito de la criminalidad organizada.

La necesidad de cumplir los compromisos internacionales contraídos y de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los textos supranacionales, nos ha situado en un permanente proceso de adaptación del derecho interno a través de continuas reformas legales —penales, procesales y administrativas—, todo ello con el objetivo de homogeneizar y uniformizar la prevención y la represión de tan graves manifestaciones criminales.

A tenor del artículo 1.2 de la Ley 19/93, de 28 de diciembre y del Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 925/95, de 9 de junio, se entenderá por blanqueo de capitales «la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado». Una definición ésta que encaja perfectamente con la contenida en el artículo 1 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 308/91, de 10 de junio, sobre la prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales.

Las líneas fundamentales que inspiran la regulación del nuevo Código Penal son, en síntesis, las siguientes:

- a) El bien jurídico protegido de manera inmediata no es otro que el orden socioeconómico.
- b) Se amplía el tipo para incluir cualquier conducta de blanqueo de bienes que tengan su origen en un delito grave.
- c) Se mantiene la figura culposa o imprudente.
- d) La sujeción de tales conductas al principio de universalidad en su persecución y castigo.

#### a) EL BIEN JURIDICO OBJETO DE PROTECCION

No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes jurídicos que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata.

Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato. El Proyecto de Código Penal de 1992 ya seguía esta línea, defendida por un importante sector doctrinal. Se argumentaba que la realidad criminológica actual, caracterizada por la existencia de una poderosa criminalidad organizada y de una complejísima delincuencia económica, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más allá que las clásicas de aprovechamiento y auxilio referidas a los delitos contra la propiedad.

Los propios textos jurídicos internacionales son todavía más expresivos en este sentido. En el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas aprobada en Viena en diciembre de 1988 se afirma que «los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros que genera permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles».

Y en el Preámbulo de la Directiva Comunitaria se destaca que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y la estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.

La moderna delincuencia organizada, distinta y distante de la delincuencia tradicional en planteamientos, formas de actuación, objetivos y fines, desarrollada a gran escala, con criterios empresariales y en un ámbito de actuación supranacional, todo un catálogo de múltiples actividades delictivas (tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, prostitución, la industria del secuestro y la extorsión, contrabando de automóviles y material tecnológico, grandes fraudes, etc.) generadoras de unos fabulosos beneficios económicos que necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros con las negativas consecuencias que eso comporta:

- La consolidación de esas organizaciones delictivas y la ampliación de sus actividades ilícitas.

- La contaminación del sistema financiero legal por la presencia de ingentes flujos económicos que se originan al margen de aquél.

- La financiación ilegal de numerosas empresas y sociedades que actúan en el sector industrial y comercial, que supone una grave quiebra del normal funcionamiento del mercado comercial y financiero, pues el hecho de disponer de esas fuentes de ingresos les permite competir en situación ventajosa y perjudica notablemente al resto de los operadores económicos.

Dicho esto, resulta fácil entender hasta qué punto el blanqueo de capitales cuestiona no sólo los cimientos del orden socioeconómico, sino incluso, por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político, la propia esencia del sistema democrático.

#### b) FORMAS COMISIVAS. TIPO BASICO

Dejando al margen la forma culposa que será objeto de un análisis independiente, debe ponerse de manifiesto como primera

reflexión que la redacción que se utiliza en estas figuras de encubrimiento específico contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 301 mejora técnicamente la contenida en los artículos 344 bis h) e i) del anterior Código, a su vez fiel reflejo del artículo 3 de la Convención de Viena de 1988 y muy criticada en el terreno doctrinal y jurisprudencial.

*Artículo 301: «1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.*

*2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.»*

1. *La acción típica.* Se distinguen claramente en esta figura delictiva dos modalidades de encubrimiento: actos de favorecimiento real y actos de favorecimiento personal.

Los actos de favorecimiento que se describen en ese precepto son los siguientes:

1) Adquirir, convertir o transmitir bienes procedentes de un delito grave para ocultar o encubrir su origen ilícito.

2) Ocultar o encubrir bienes procedentes de un delito grave.

3) Realizar cualquier acto con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.

4) Realizar cualquier acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en los delitos graves.

En principio, serían actos de favorecimiento real los enumerados bajo los números 1, 2 y 3, y actos de favorecimiento personal los comprendidos en el número 4.

Lo primero que hay que precisar es qué se entiende por delito grave. Según el artículo 13.1 del nuevo Código Penal son delitos graves aquéllos que estén sancionados con penas graves; y son pe-

nas graves, conforme al artículo 33.2 la prisión por tiempo superior a tres años, y determinadas restricciones de derechos por tiempo superior a tres o seis años según los casos.

Sin embargo, la identificación sin más como delitos graves de todas aquellas infracciones criminales que lleven aparejadas penas graves supondría generalizar en exceso el delito de blanqueo suplantando las habituales receptaciones o encubrimientos.

Al objeto de delimitar el ámbito de aplicación de este tipo penal habría que comenzar por resolver el problema concursal con el delito de receptación propia en favor de este último, en virtud de la regla de la especialidad prevista en el artículo 8.1 del Código.

Quizá el elemento interpretativo que nos puede servir para reconducir el tipo penal de blanqueo a sus verdaderos límites no es otro que la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales, que en su artículo 1 refiere su ámbito de aplicación al blanqueo de capitales procedentes de:

- a) Actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- b) Actividades delictivas relacionadas con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y
- c) actividades delictivas relacionadas con bandas o grupos organizados.

Es decir, el blanqueo de capitales como ilícito penal debería ser vinculado en todo caso con estas graves manifestaciones criminales. La gravedad se basaría, de esta manera, no sólo en el presupuesto de la pena a imponer, sino también en la incidencia social de la conducta y en su repercusión en el ámbito económico. No es lógico que el ámbito de protección penal supere el administrativo. La homogeneidad que debe presidir el ordenamiento jurídico y el principio de intervención mínimo que rige el derecho penal así lo imponen.

No se exige, a diferencia de la receptación, el ánimo de lucro como elemento, subjetivo del injusto y, por tanto, no es necesario que el autor haya obtenido o se proponga obtener algún beneficio o ventaja.

A los actos de ocultación o encubrimiento de los bienes (art. 301.2), se equiparan otra serie de conductas —adquisición,

conversión y transmisión— cuya significación no plantea dudas y que no requieren para su consumación la efectiva ocultación o encubrimiento de los bienes. El simple hecho de la adquisición, conversión o transmisión (conceptos éstos que abarcan, sin necesidad de grandes esfuerzos, acciones como la recepción, la posesión o la utilización, referidas en los artículos 546 bis f) y 344 bis i) del anterior Código y desaparecidas en el actual) con el fin de ocultar o encubrir los bienes satisface plenamente las exigencias típicas del precepto. Ahora bien, en la práctica resultará inusual encontrar un supuesto en el que se pueda entender que los citados actos de adquisición, conversión y transmisión no son *per se* actos de ocultación o encubrimiento.

Por otra parte, la expresión «realizar cualquier otro acto» con el propósito de ocultar o encubrir los bienes constituye una especie de cajón de sastre donde tendrán cabida cualesquiera otras conductas no contempladas expresamente. Se trata de una fórmula, excesivamente abierta e indeterminada desde el punto de vista de la tipicidad, que el legislador ha utilizado en otras ocasiones, y que comporta una auténtica excepcionalidad de la complicidad en beneficio de las formas de autoría.

Queda, por último, la realización de cualquier otro acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en los delitos graves. Es una figura ambigua y confusa, asimilable en principio al favorecimiento personal previsto en el artículo 451.3.º, aunque algunos autores anudan en todo caso a los bienes de origen ilícito la ejecución de esos actos con el propósito de ayudar al partícipe en el delito previo. Si así fuera, la acción recaería sobre los bienes y, por lo tanto, la ayuda para eludir las consecuencias jurídicas derivadas de la participación en el delito antecedente difícilmente podría revestir otra modalidad que no consistiera en la ocultación o encubrimiento de tales bienes.

El objeto de la acción son los bienes, cuya definición encontramos en el artículo 1 q) de la Convención de Viena de 1988 «los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos». El concepto es tan amplio que no existe obstáculo alguno para incluir el producto directo del delito y las sucesivas transformaciones o mutaciones que aquél experimente en el tráfico jurídico.

Respecto al requisito consistente en no haber participado en el delito previo, mantiene su vigencia lo dicho en el apartado de la receptación propia tanto en cuanto a la impunidad del autoencubrimiento como en cuanto a la viabilidad de la comisión de un delito de blanqueo por el partícipe en el delito antecedente en algunos casos.

2. *El conocimiento del origen ilícito.* El elemento subjetivo del tipo se identifica por las expresiones «sabiendo» y «a sabiendas», en las que caben tanto el dolo directo como el dolo eventual, respecto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes.

Al igual que en la receptación propia no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre su procedencia, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito.

Con mucho más fundamento, al utilizar el precepto la denominación «delitos graves» para referirse al delito antecedente, el nivel de exigencia en cuanto a este elemento cognoscitivo normativo no podrá superar el dato de que los bienes proceden de una actividad delictiva grave sin más precisiones.

Únicamente en aquellos casos en que tengan su origen en delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado (art. 301.1, párrafo 2.º) será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta.

En la práctica procesal penal será habitual que no exista prueba directa de este conocimiento, y al faltar ésta deberá ser inferido de los datos externos y objetivos acreditados conforme a los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil (prueba de presunciones o prueba de indicios).

En la misma línea, el artículo 3.3 de la Convención de Viena de 1988 recuerda que «el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso».

Como tales será necesario valorar, entre otros muchos, la utilización de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, la vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados

como paraísos fiscales, la realización de alteraciones documentales, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido, y, en definitiva, cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil.

3. *Subtipos agravados. Artículo 301.1: ...Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.*

El primero de ellos se contiene en el párrafo 2.º del artículo 301.1 para los casos en que los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas descritos en los artículos 368 a 372 del Código, y conlleva la imposición de la pena en su mitad superior (prisión de tres años y tres meses a seis años, y multa del duplo al triplo del valor de los bienes). Obviamente, no existe óbice alguno para considerar que esa agravación es aplicable también al artículo 301.2.

Aunque se ha criticado la existencia de este subtipo agravado, debe reconocerse que el tráfico ilegal de drogas es la actividad criminal más rentable, la que más beneficios genera, y quizá por ello el legislador, consciente del elevado porcentaje que el dinero de la droga representa en el total de los capitales ilícitos, y del riesgo adicional que ello supone para el orden socioeconómico, haya entendido que la respuesta penal, para que tenga un contenido realmente disuasorio desde el plano de la prevención general, deba ser más rigurosa. Desde luego, la sanción penal agravada no es desproporcionada en comparación con las penas previstas para las conductas básicas del artículo 368, precepto que hace gala de una tremenda exasperación punitiva (entre tres y nueve años de prisión para las drogas que causan grave daño a la salud, y entre uno y tres años para las restantes) para comportamientos insertos en lo que se conoce como «pequeño tráfico».

*Artículo 302: «En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a*

*las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.»*

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y podrán decretar, asimismo, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.

c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.

En el artículo 302 se refieren unos subtipos agravados que ya se incluían en el anterior Código [arts. 344 bis j) y 546 bis f) párrafo 2.º]:

a) La pertenencia a una organización dedicada a estos fines, omitiéndose a diferencia del artículo 369.6.º la referencia a la transitoriedad, por lo que habrá que construir el concepto de organización tomando como base las ya conocidas notas de estabilidad, jerarquización y distribución de papeles (en este caso también se impone la pena privativa de libertad en su mitad superior).

b) Ser jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, supuesto en el cual se impondrá la pena superior en grado (de seis a nueve años de prisión y multa).

Además de las penas de prisión y multa proporcional, se prevé la pena de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años y una serie de medidas que el artículo 129 de la parte general del Código define como consecuencias accesorias, destinadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva (disolución de la organización; suspensión temporal de sus actividades; prohibición temporal de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios que hayan facilitado o encubierto el delito; y clausura

temporal o definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público).

Mientras en el tráfico ilícito de drogas será excepcional la aplicación de estas consecuencias accesorias, pues se ejecuta, en la mayor parte de los casos, a través de grupos organizados «de facto» que no figuran en ningún registro ni poseen personalidad jurídica, en el marco del blanqueo de capitales su imposición puede ser más frecuente ya que esta actividad necesita de una cobertura legal (constitución o utilización de sociedades, locales o sedes donde desarrollar al menos aparentemente actividades comerciales lícitas, etc.) que les sirva de vehículo para la reinversión de las ganancias de origen criminal en la estructura económica lícita.

*Artículo 303: «Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por Autoridad o Agente de la misma.»*

*A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.»*

El artículo 303 es una réplica fiel del artículo 372 y se trata de una modalidad agravatoria que atiende a la condición, dedicación, profesión u oficio de los culpables. El automatismo del legislador al trasponer íntegramente este precepto, que tiene su origen en el artículo 344 bis c) del anterior Código, no ha tenido en cuenta que la agravación en razón de esas circunstancias se fundamenta en el plus de responsabilidad exigible a quienes ostenten funciones públicas, y en la especial facilidad que para la comisión del hecho se deriva del ejercicio de una determinada profesión.

Quiere decir ello que, mientras esa agravación tiene su razón de ser en el caso de los funcionarios públicos, autoridades, agentes de la Autoridad, empresarios o intermediarios en el sector financiero, sin embargo carece de sentido respecto a facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores.

4. *Actos preparatorios. Artículo 304. «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.»*

Como podemos observar, la sanción de estos actos preparatorios se refiere única y exclusivamente a los delitos de blanqueo y no a los delitos de receptación, supuesto en el cual serán impunes al no castigarse con carácter general en el nuevo Código estas figuras preparatorias.

#### C) LA COMISION CULPOSA

*Artículo 301.3: 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.*

La introducción de un tipo imprudente fue una novedad tanto en el plano de la punición del tráfico de drogas como en el de la incriminación específica de la imprudencia. El párrafo 3.º del artículo 344 bis h) del anterior Código (LO 8/92, de 23 de diciembre) la describía con los términos «negligencia o ignorancia inexcusables».

Por el contrario, el Código Penal en su artículo 301.3 asume la descripción típica del Proyecto de 1992 al utilizar la expresión «imprudencia grave».

Algunos autores entienden que se ha ido demasiado lejos al sancionar estos comportamientos pues ni siquiera la Convención de Viena de 1988 contempla la posibilidad de incriminar estas conductas en forma culposa. Sin embargo, nuestro país no es el único que ha optado por sancionar penalmente el blanqueo por negligencia: así, Alemania, en el parágrafo 261 de su Código Penal (en vigor desde el 22 de septiembre de 1992) admite el blanqueo cometido mediante negligencia grave; y Luxemburgo, en el artículo 8 de la Ley de 7 de julio de 1989 contempla la comisión de este delito por desconocimiento de las obligaciones profesionales.

Con esta figura culposa se vislumbra la posibilidad de que los directivos o empleados de entidades financieras respondan pe-

nalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar al objeto de prevenir la utilización del sistema financiero como habitual instrumento para el blanqueo de fondos de origen criminal, siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia haya facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico y relacionadas con la delincuencia organizada.

Es más, de la atenta lectura de los debates parlamentarios relativos a las modificaciones que introdujo la Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre —antecedente inmediato del precepto vigente—, se desprende que el legislador ha construido esta conducta culposa pensando fundamentalmente en los miembros de las entidades financieras. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 19/93 y de su Reglamento de 9 de junio de 1995 extiende el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo no sólo las instituciones financieras tradicionales, sino también las personas físicas o jurídicas dedicadas a la actividad de cambio de moneda, y aquellas otras que ejerzan actividades profesionales o empresariales en las que sea habitual la utilización de billetes o títulos al portador, tales como casinos de juego, inmobiliarias, comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades e inversión filatélica y numismática.

Para satisfacer las exigencias del tipo no bastará el simple descuido o negligencia leve. Romeral Moraleda ha entendido que la imprudencia grave equivale al estado supremo de omisión de la diligencia debida. Soto Nieto, en un seminario promovido por una importante institución bancaria sobre la prevención del blanqueo de capitales, afirmaba que no todas las obligaciones previstas por el artículo 3 de la Ley 19/93 tienen la misma entidad a estos efectos, y que la responsabilidad penal bien pudiera derivarse del *incumplimiento acumulativo* de tales obligaciones.

En esta línea conviene precisar que no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos es capaz de generar responsabilidad penal. Así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de conservación de documentos (art. 3.3), de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación (art. 3.7), y de adoptar las medidas oportunas para la adecuada formación de los empleados de la entidad en esta ma-

teria (art. 3.8), cuya depuración sólo será posible en el procedimiento administrativo sancionador previsto a tal efecto, ya que su falta de cumplimiento es intrascendente para integrar esa elemental ausencia de previsión determinante de la ejecución de un acto concreto de blanqueo de capitales. Son, en definitiva, obligaciones con un contenido netamente administrativo y carentes de relevancia en el campo penal.

Por el contrario, el incumplimiento de otros deberes, como la identificación de los clientes (art. 3.1), la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo (art. 3.4.a), abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 3.5) y la confidencialidad de la operación (art. 3.6), sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente.

Incluso prescindiendo de los clásicos supuestos en que el empleado de una entidad financiera actúa en connivencia con los delincuentes, y en los que la responsabilidad siempre es exigible a título doloso, puede ocurrir también que el incumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por la Ley 19/93 genere responsabilidades a título de dolo eventual. Me estoy refiriendo a las obligaciones previstas en los apartados 4 a) y 6 del artículo 3 de la citada ley, precisamente aquéllas cuyo incumplimiento constituye *per se* una infracción administrativa muy grave.

Si el empleado o directivo de alguno de los sujetos obligados enunciados en el artículo 2 de la ley posee indicios u obtiene la certeza de que una operación concreta está relacionada con el blanqueo de capitales y no comunica al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la citada operación o revela al cliente o a terceros que se ha transmitido al Servicio Ejecutivo información sobre la citada operación, o que se está examinando su vinculación con el blanqueo de capitales, de manera que tales circunstancias propicien que el cliente o destinatario de la operación o transacción resulten beneficiados; parece evidente que la responsabilidad exigible al sujeto activo de tal comportamiento no lo será en razón de la falta de previsión que se le pueda imputar como definitoria de la culpa, sino que deberá serlo a título de dolo eventual.

El marco normativo de obligada observancia para todos los sujetos enumerados en el artículo 2 de la Ley 19/93 y del Decreto 925/95 estará constituido por las obligaciones previstas en el artículo 3 de la primera y en los artículos 3 a 14 del segundo, y en particular para las instituciones financieras, por las leyes reglamentos que regulan su actividad, por las circulares e instrucciones del Banco de España en cuanto máxima Autoridad de supervisión bancaria, por el Código de Conducta de Basilea aprobado en diciembre de 1988, por las Normas de Actuación acordadas y aceptadas por la AEB (Asociación Española de Banca Privada) y CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorro) en el año 1990, y muy especialmente por la Directiva Comunitaria de 10 de junio de 1991.

Ni siquiera en el momento actual es frecuente que las distintas legislaciones nacionales penalicen el blanqueo cometido por imprudencia o negligencia, y quizá por esta razón, si cabe, es todavía más trascendente el paso dado en este aspecto concreto. Sin embargo, algunos países (Suiza y Estados Unidos, entre otros), por razones de eficacia, y sopesando las enormes dificultades probatorias que la infracción por negligencia conlleva, al tener que demostrar en todo caso que los valores patrimoniales proceden de un delito, han optado por una solución parcialmente distinta que consiste en la configuración de un delito de peligro abstracto: *sancionar el incumplimiento o la violación de las obligaciones exigidas por el ordenamiento jurídico a los operadores financieros con independencia de su resultado o de sus consecuencias.*

El artículo 305. 3 del Código Penal suizo castiga «al que profesionalmente haya aceptado, conservado y ayudado a situar o transferir valores patrimoniales de un tercero, y haya omitido verificar, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad del titular del Derecho económico». En idéntica línea la legislación de los Estados Unidos de América sanciona el hecho de que las personas que realizan actividades financieras no cumplan las obligaciones de identificación de clientes y declaración a las Autoridades de las operaciones y transacciones financieras que reúnan unas condiciones previamente establecidas (ejemplo: las de cifra superior a 10.000 dólares). El objetivo de esta reglamentación es detectar situacio-

nes sospechosas o anómalas, mediante el análisis y contraste de todos los datos e informaciones que se posean, para su posterior investigación, e impedir que el dinero procedente de actividades delictivas pueda burlar el seguimiento y control de las Autoridades competentes, con lo que se trata de tutelar el interés de la Administración de Justicia en la investigación, persecución y castigo de estos delitos.

En síntesis, se trata de una figura delictiva que adelanta las barreras de protección penal al prescindir de un elemento normativo consustancial a cualquier modalidad de blanqueo o receptación: el origen ilícito de los fondos o bienes.

#### d) EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

*Artículo 301.4: «4. El culpable será igualmente castigado, aunque el delito del que provinieren los bienes o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.»*

A través de una norma penal sustantiva se han ampliado los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal previstos en el artículo 23.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al indicarse en el apartado 4 del artículo 301 que el hecho será objeto de sanción tanto si es cometido, total o parcialmente, en el extranjero y con independencia del lugar de comisión del delito del que provinieran los bienes.

Serán perseguibles y punibles tales conductas por los Tribunales españoles, sea español o extranjero, el sujeto activo del delito.

El sometimiento de estos delitos al principio de justicia universal está justificado si tenemos en cuenta el carácter transnacional de esta delincuencia, la existencia de zonas o espacios en los que gozan de la más absoluta impunidad (paraísos fiscales), y el hecho comprobado de que el blanqueo no es sino una parte de la actividad delictiva global de estas organizaciones criminales cuya persecución y castigo es vital para limitar su crecimiento y potenciación. (Fiscalía Especial para Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.)

**CUADRO PENOLOGICO DEL TRAFICO ILICITO DE DROGAS  
EN EL NUEVO CODIGO**

Artículo	Calificación Jurídica	Penas			Competencia	Procedim.
		Prisión	Multa	Inhabilitación		
368 (tipo básico)	Grave daño	03.00.00 09.00.00	Tanto al triplo		Audiencia	Abreviado
	No grave daño	01.00.00 03.00.00	Tanto al duplo		Juzgado de lo Penal	Abreviado
369 (tipos agravados)	Grave daño	09.00.01 13.06.00	Tanto al cuádruplo		Audiencia	Sumario
	No grave daño	03.00.01 04.06.00	Tanto al cuádruplo		Audiencia	Abreviado
370 (tipo super agravado)	Grave daño	13.06.01 20.03.00	Tanto al séxtuplo		Audiencia	Sumario
	No grave daño	04.06.01 06.09.00	Tanto al séxtuplo		Audiencia	Abreviado
371 (precursores)	Tipo básico (371.1)	03.00.00 06.00.00	Tanto al triplo		Audiencia	Abreviado
	Tipo agravado (371.2)	04.06.01 06.00.00	Tanto al triplo	Inhab. espec. 3 a 6 años	Audiencia	Abreviado
	Tipo super agravado (371.2)	06.00.01 09.00.00	Tanto al triplo	Inhab. espec. 3 a 6 años	Audiencia	Abreviado
372	Autoridad o agente			Inhab. abs. 10 a 20 años	Audiencia	Sum./Abrev.
	Facultativo, funcionario, etc.			Inhab. espec. 3 a 10 años	Audiencia	Sum./Abrev.

NOTA: Para la determinación de las multas deberá tenerse en cuenta conforme al artículo 377 del Código Penal como valor de la droga o de los géneros o efectos intervenidos, el precio final del producto o la recompensa o ganancia obtenida o que hubiera podido obtener el reo.

En el tipo agravado del artículo 372 el procedimiento a seguir dependerá de la pena privativa de libertad a imponer por aplicación del 369.8.º en función del carácter de la sustancia; si son drogas causantes de grave daño a la salud la tramitación será por sumario, y si son drogas no causantes de grave daño a la salud se seguirá procedimiento abreviado.

**CUADRO PENOLOGICO DEL BLANQUEO DE BIENES  
EN EL NUEVO CODIGO PENAL**

Artículo	Calificación Jurídica	Penas			Competencia	Procedim.
		Prisión	Multa	Inhabilitación		
301.1 y 2 (tipo básico)	Bienes procedentes de delitos graves	00.06.00 06.00.00	Tanto al triplo		Audiencia	Abreviado
302, párr. 1.º inciso 1.º (tipo agravado)	Procedencia de delito grave y organización	03.03.01 06.00.00	Tanto al triplo	Inhab. espec. de 3 a 6 años	Audiencia	Abreviado
302, párr. 1.º inciso 2.º (tipo super agravado)	Jefes, administradores y encargados de organización	06.00.01 09.00.00	Tanto al triplo	Inhab. espec. de 3 a 6 años	Audiencia	Abreviado
301.1, párr. 2.º (tipo agravado)	Bienes procedentes de delitos relacionados con el tráfico de drogas	03.03.01 06.00.00	Duplo al triplo		Audiencia	Abreviado
302, párr. 1.º inciso 1.º (tipo agravado del anterior)	Bienes procedentes de delitos relacionados con el tráfico de drogas y organización	04.07.16 06.00.00	Duplo al triplo	Inhab. espec. de 3 a 6 años	Audiencia	Abreviado
302, párr. 1.º inciso 2.º (tipo super agravado del anterior)	Jefes, administradores y encargados de organización	06.00.01 09.00.00	Duplo al triplo	Inhab. espec. de 3 a 6 años	Audiencia	Abreviado
303	Autoridad o agente			Inhab. abs. de 10 a 20 años	Audiencia	Abreviado
	Facultativo, funcionario, etc.			Inhab. espec. de 3 a 10 años	Audiencia	Abreviado
301.3	Figura culposa	00.06.00 02.00.00	Tanto al triplo		J. Penal	Abreviado

NOTA: Para la fijación de la multa proporcional se atenderá al valor de los bienes.

## H) APROXIMACION A CUESTIONES FUNDAMENTALES DE PARTE GENERAL EN EL NUEVO CODIGO PENAL

### 1. LA COMISION POR OMISION

Evidentemente el legislador no tenía más remedio que definir la comisión por omisión —como integrante de la Parte General o Libro I del Código— sin perjuicio de los diversos tipos penales del Libro II como delitos de simple omisión, de los que no vamos a tratar.

Sin una previsión legal específica, castigar los comportamientos humanos integrantes de la comisión por omisión, supondría desbordar de manera inadmisibile las descripciones típicas del Libro II con vulneración del principio de legalidad penal. La plasmación en el nuevo Código en su artículo 11 de tal definición, evita tener que interpretar los verbos típicos de causación en un sentido distinto al puramente naturalístico, lo que representaría una recusable interpretación de la Ley Penal.

— En lo que no acierta el Código en su artículo 11 es en dar una definición precisa y fácilmente inteligible. Ese texto desafortunadamente es extenso en demasía hasta el punto que parece la explicación del concepto en un libro de texto, pero sin suficiente claridad.

Ya en nuestra Memoria suscrita en 1984, pero referida al año 1983, nos atrevimos a formular algunas posibles definiciones legales de la comisión por omisión. Ahora después del tiempo transcurrido nos inclinamos por aquélla que ideamos y que decía: «*Responde penalmente quien no evite la causación de un resultado faltando dolosamente a un deber inmediato de actuación.*»

Pero el artículo 11 se inclina por un largo discurso que concluye con los apartados a) y b) que funcionan como a modo de ejemplo de quienes en una situación tienen la posición de garantes. Pero tales realidades pueden ser otras igualmente punibles atendiendo al sentido de la norma que determina la existencia de determinados deberes de actuación. Nos parece que el texto legal ha complicado las cosas sin necesidad y tendrá que ser la Jurisprudencia la que vaya clarificando el artículo 11 con su interpretación. Aunque paradójicamente ya está bien definida la omisión, pero al

final del artículo 7 (omisión del acto que el sujeto estaba obligado a realizar).

## 2. *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

No nos parece que el Nuevo Código Penal haya resuelto satisfactoriamente las cuestiones propias del momento de la imputabilidad, y no lo ha hecho ni desde un punto de vista sistemático ni desde un punto de vista de fondo.

Sistemáticamente esta cuestión aparece «emboscada» en el artículo 20 que trata de las eximentes, cuando realmente debería haberse insertado en el Capítulo I al definirse la infracción penal, con una formulación inicial clara y no repetida en los números 1.º y 2.º del artículo 20.

Por razones de fondo, porque es doctrinalmente inexacto lo establecido en el número 1, del artículo 20 del Nuevo Código Penal. Así sitúa sin excepción la exención de responsabilidad en el momento de la comisión, cuando realmente ha podido ocurrir que de forma deliberada antes de la comisión haya decidido situarse en una situación de exención en el momento de la comisión de la infracción.

La formulación más apropiada a mi entender hubiera sido establecer un número 2.º en el artículo 10 que podría haber tenido alguno de estos dos textos:

a) Será exigible la responsabilidad penal a quienes al tiempo de cometer la infracción se encuentran en situación de inimputabilidad, anteriormente buscada de propósito o por circunstancias que debían racionalmente ser previstas.

b) Exitirá responsabilidad para quien se sitúe dolosa o imprudentemente en un estado de inimputabilidad coincidente con el momento de la comisión.

Contrariamente a esto, el Código en su artículo 20 hace referencia dos veces al problema del momento de la imputabilidad. Lo hace en el segundo párrafo del número 1.º del artículo, en referencia única al trastorno mental transitorio y lo vuelve a señalar en el número 2.º para los estados de intoxicación plena por consumo de

bebidas alcohólicas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Pero esas precisiones son insuficientes, porque no resuelven las situaciones de *sueño* tan importantes en la dinámica de los homicidios imprudentes del artículo 142. Claro está que nos referimos al sueño natural por falta del necesario descanso, originador de tantas omisiones culposas, de conductores de largas rutas, o de quienes están al cuidado de largas rutas, o de quienes están grandes maquinarias o aparatos capaces de producir grandes resultados catastróficos.

Precisamente con cualquiera de nuestras formulaciones a) o b) de carácter amplio, hubiera quedado mucho mejor resuelto el problema que plantean las *actio libera in causa* o de determinación de la imputabilidad referida a un momento anterior al de la comisión.

### 3. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Esta fórmula tan conocida en la Dogmática Penal, como verdadera y general manera de plasmar la exclusión de la culpabilidad podía y debía haber sido incluida en un nuevo Código Penal. Afirmamos esto porque no puede equipararse ni al miedo insuperable, ni al estado de necesidad incluidos en los números 5.º y 6.º del artículo 20 del Código aún no en vigor. Es algo mucho más amplio y más útil.

Su situación en tal norma desde el punto de vista sistemático, debería haber sido después del artículo 14, que define los perfiles del error, que también es una forma de exclusión de la culpabilidad.

No desconocemos las corrientes doctrinales que han rechazado su inclusión en los Código Penales; no obstante opinamos que un Código moderno debería haber dado acogida en su texto a tal principio general de exclusión de la culpabilidad, para que la no exigibilidad de otra conducta, dejara de ser una causa supra-legal de inculpabilidad. Especialmente en España en la que los Tribunales han sido tan poco proclives a su utilización y reconocimiento.

Lo de menos es la forma o redacción que habría de tener el artículo correspondiente. No obstante, podrían haber sido algo así como:

— «El que por razones o influjos de notoria importancia, se encuentra en una situación en la que no se le pueda exigir un

obrar diferente al realizado al cometer la infracción penal, está exento de culpabilidad.»

— «El que al cometer la infracción penal se encuentre en circunstancias tales que humanamente no le sea exigible un comportamiento distinto, estará exento de culpabilidad.»

— «Está exento de culpabilidad el que obra por impulsos a los cuales cederían la generalidad de las personas.»

Como las situaciones límite en las que puede encontrarse el ser humano son muchas más que las de estado de necesidad o miedo insuperable, nos ha parecido siempre útil la plasmación en una norma del principio al que nos venimos refiriendo.

Ya sabemos que tales situaciones pueden resolverse por la vía del artículo 10 del nuevo Código (que define el delito) entendiendo que tales acciones en casos límite no son dolosas. Pero la plasmación legal de la no exhibición de otra conducta no hubiera hecho sino alzaprimar el principio de culpabilidad como necesario o previo a la exigencia de responsabilidad penal.

#### 4. PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES. ARTICULO 27 Y SIGUIENTES

La regulación que ha establecido el nuevo Código, a nuestro parecer, no agota los problemas de la participación delictiva desde los principios de la Parte General.

Uno de esos problemas que de antiguo se viene planteando se da cuando agrediendo o *atacando varios a uno solo*, no se puede saber con certeza cuál de los atacantes asestó el golpe mortal. Como ésta es una cuestión en la que entran en juego los principios de la causalidad y el principio de culpabilidad, esta dificultad debería haberse abordado en el Libro I.

No obstante se nos podría argumentar que la solución existe, aunque sea en Libro II, concretamente en el artículo 154. Pero este artículo es insatisfactorio porque se refiere al supuesto de riña con acometimiento tumultuario, tipificándose de esa manera un delito de simple actividad.

Pero en los supuestos que se dan en la vida real y a los que nos referimos, no se da el elemento tumultuario o confuso, sino por el contrario que son varios que atacan a uno solo. Más preciso hu-

biera sido añadir al artículo 154 un segundo párrafo que contemplara dicha situación.

Aunque en la Doctrina tal dificultad siempre se contempló en la parte general con diversas fórmulas, tales como las de la complicidad correspectiva (aunque con el riesgo, evitable, de plasmar una responsabilidad por sospecha) o el establecimiento de una punición como la de la tentativa, a pesar de haberse producido un resultado material.

Podría en contra interpretarse que el problema está resuelto en el propio artículo 28 del Nuevo Código sin mayor dificultad, cuando establece que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, *conjuntamente...* Pero claro está que esa conjunción no es sino el acuerdo previo (conjunción de acciones y voluntades preordenadas al fin). La situación dificultosa de ataque de varios a uno se caracteriza, porque de manera instantánea, sin acuerdo previo, es como se produce la agresión. La Jurisprudencia había acudido a la ficción del «acuerdo tácito y momentáneo» que no es sino un recurso dialéctico en contra del reo para presumir un mutuo acuerdo, como remedio utilitarista absolutamente recusable, para castigar como autores a quienes no se han puesto de acuerdo y ni siquiera utilizan los mismos medios vulnerantes.

En cuanto a otra cuestión propia de la participación, nos vamos a referir, aunque con brevedad, a la *coparticipación omisiva*.

Pareciera que la dificultad ya está resuelta con el extenso artículo 11 del Nuevo Código definidor de la comisión por omisión.

No obstante, reparemos en lo siguiente: el artículo 28 b) señala como autores a los que cooperan a la *ejecución con un acto* y el artículo 29 define a los cómplices como aquéllos que cooperan a la *ejecución del hecho* con actos anteriores o simultáneos. Las expresiones subrayadas no se compadecen bien con el *non facere* característico de la omisión.

Por tanto, la voluntad dolosa de cooperar causalmente o ayudar al resultado con la omisión, debería haberse resaltado específicamente con un artículo que siguiera al artículo 29, para dejar constancia de que cooperación o complicidad ya descritos serían igualmente penadas cuando existiera un *específico* deber de actuar y no evitaran el resultado o coadyuvarán al mismo con su omisión.

La inclusión del término específico deber, la consideramos necesaria a efectos de diferenciar estas formas de proceder, de los

delitos de omisión de socorro de los artículos 195 y 196 del Código Penal.

Es así, puesto que en estos tipos penales el deber es más genérico, justamente por ello se desligan del resultado habido, castigándose la actitud de insolidaridad.

## 5. LA INDUCCION INUTIL

Es ésta una cuestión que consideramos de interés y que no es simplemente una ideación de laboratorio, puesto que se nos ha presentado en la vida profesional en más de una ocasión.

Doctrinalmente la vimos ya tratada por Reinhart Maurach (edición española, Ariel, 1962) y que tal vez debiera haberse afrontado en el Nuevo Código Penal al regularse la inducción en el apartado a) del artículo 28.

En primer término hemos de advertir que en sí, dicha «inducción» no ha de ser inútil para que tenga relevancia penal. No obstante antes de seguir, mejor será que describamos a qué situación de hecho se refiere el término. Son los casos en los que el destinatario de lo que sería la propia inducción, estuviera ya resuelto a ejecutar el hecho y sólo le faltara como una confirmación psíquica, proveniente del proceder de otro; es decir, un apoyo a la voluntad ya decidida de cometer un delito. En ocasiones es un elemento nuevo que le permite al decidir advertir la viabilidad del proyecto.

La utilización de la palabra inútil es más llamativa que real, porque evidentemente desde el punto de vista causal, la aportación de tan peculiar inducción ha de ser relevante en orden al resultado para que sea penada. Pero no tan relevante que haya determinado a actuar al ejecutor material. Podría decirse que ésta sería una inducción de segundo grado similar a la proposición para delinquir.

Ahora bien, en el Código se dice en el artículo 17.3 que la proposición sólo se castigará en los casos especialmente previstos en la ley. Por tanto, en nuestro Código la equiparación con la proposición tendría solo una utilidad limitada.

De ahí que haya de seguirse por otros caminos y, por tanto, la solución podría venir por la senda de quienes distinguen una complicidad de actos o física y una complicidad psíquica intelectual.

Por tanto, la fórmula legal que podría haber perfilado más la regulación de la inducción, hubiera sido señalar que en los casos en que el receptor de la inducción estuviera ya resuelto a ejecutar el hecho se castigaría a tal instigador con la pena que corresponde a los cómplices.

Así hubiera tenido acceso al texto legal la complicidad psíquica como categoría distinta a la complicidad regulada en el artículo 29 del Código Penal que define a los cómplices como aquéllos que cooperan a la ejecución *con actos* (la llamada complicidad física). Pero además, y al mismo tiempo, hubiera resuelto los problemas reales de la llamada inducción o instigación inútil.

#### 6. ENCUBRIMIENTO PROMETIDO CON ANTERIORIDAD A LA COMISION

Es esta una nueva cuestión de perfiles dudosos siempre que no se ha definido expresamente en el Código de 1995. Para tal norma creemos que la situación es la siguiente:

En el Título XX del Libro II y bajo la rúbrica de los Delitos contra la Administración de Justicia, en su Capítulo II se ha optado por tipificar el encubrimiento como delito autónomo y no como forma de participación en los artículos del 451 al 454.

Las formas básicas de ese delito autónomo están comprendidas en el artículo 451 que castiga al que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviene *con posterioridad* a su ejecución de alguno de los modos que se describen.

Por consiguiente en puridad de principios (es decir, sin una interpretación extensiva ni analógica) no está comprendida en el tipo indicado la conducta de quien promete un favorecimiento o encubrimiento para después de la comisión del delito, puesto que si bien los actos concretos del encubrimiento pueden ser posteriores a la ejecución, existe una inicial manifestación de voluntad que aun siendo anterior a la ejecución, por su carácter de colaboración prometida puede incrementar o reforzar la voluntad del autor principal encargado de la ejecución de los actos delictivos.

Podría sostenerse que si realmente se han producido en la realidad los actos de encubrimiento (que habían sido prometidos) no

habría ningún inconveniente para la punición conforme a las previsiones del artículo 451, puesto que serían de aplicación algunos de los criterios contenidos en el artículo 8 para la aplicación de la Ley Penal.

¿Pero si los actos de encubrimiento prometido no se han llegado a cumplir en la realidad, que sucedería?: Este nos parece que es el núcleo del problema, porque no se integra el tipo del artículo 451 del Código y es más que dudoso que ese comportamiento encaje en la complicidad del artículo 29, que es una cooperación de actos. Por otro lado, concluir que el comportamiento de quien actúa confirmando psíquicamente con su promesa de encubrimiento, la voluntad de delinquir del autor principal es impune, no nos parece defendible habida cuenta la reprochabilidad social de tal proceder.

Por eso tal vez hubiera sido deseable, para dar mayor certidumbre describirse por el Legislador los elementos de la complicidad intelectual o psíquica que es a nuestro modo de ver la forma de incriminar tales conductas desde un prisma doctrinal. Nótese, por otra parte, la semejanza de tal forma de participación en el delito, con la antes mencionada y que se conoce como inducción inútil.

Habida cuenta la posibilidad de la punición conforme al artículo 29, podría darse el resultado de una pena superior a la que resultaría de estimar el artículo 451 del Código, si se hubiera otorgado en la realidad el encubrimiento prometido, lo que podría representar un contrasentido para el caso del que nos ocupamos, que es el de la promesa favorecedora de la acción, pero no seguida de los actos de encubrimiento. Esta situación que podría entrar también en colisión con el artículo 452, en cuanto concurso de leyes, se salvaría con la aplicación de la regla más procedente de las contenidas en el nuevo artículo del Código Penal de 1995. (Tenerife.)

## I) LICITUD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 24 de la Constitución Española en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva y como parte capital del mismo

preconiza la necesidad de un proceso con todas las garantías, así como el derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, y como indica Antonio Narváez (71), lo que distingue a las sociedades democráticas en las que rige el Estado de Derecho, de aquellas sumidas en regímenes dictatoriales que anteponen el interés y seguridad del Estado a los valores fundamentales del respeto al individuo y a su intimidad, es precisamente la defensa de las garantías procesales en la investigación de los hechos delictivos, procurando que los elementos probatorios que permitan el esclarecimiento de los delitos, se realice con la más absoluta observancia de las reglas del juego procesal.

De la conjunción, pues, entre las garantías procesales y la presunción de inocencia, se desprende ya la imposibilidad de combatir ésta a través de medios de prueba en cuya obtención se hubieren vulnerado, tanto aquellas garantías previstas para el marco procesal como las afectantes a la protección de derechos fundamentales cuales la intimidad personal, la inviolabilidad de domicilio o el secreto de las comunicaciones.

No basta, pues, para que una prueba pueda ser tenida por válida por el Tribunal, que el acusado haya tenido la posibilidad de someterla a contradicción ante aquél, si no que es necesario que, en su origen —generalmente, cuando aún no existe un imputado o acusado— no se haya infringido el principio de igualdad de armas entre el sujeto a quien va a afectar y el Estado, en cuanto obligado a la investigación y persecución de los delitos como medio de garantizar la paz y el orden públicos.

Ya en artículo 8 de la Comisión Europea de Derechos Humanos directamente aplicable en nuestro país, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Constitución Española, tras afirmar que toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia, proscribire la ingerencia pública en el ejercicio de este derecho, salvo que *«esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el*

---

(71) NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio: «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal», *Revista del Ministerio Fiscal*, pág. 114.

*bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás».*

Principios que, en el ámbito de la actividad procesal, tienen su reflejo específico en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece que *«no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».*

No siendo, pues, cuestionable la obtención de pruebas por medios que pudieran afectar a la intimidad personal, domiciliaria o de la correspondencia, cuando la ley lo prevea en el marco de la defensa del orden o la prevención del delito, el problema, sin embargo, aparece ligado, por una parte, a las garantías que deben rodear su adquisición y, por otro, a los límites de ésta. Volvemos a hallarnos ante la espinosa cuestión del equilibrio entre las libertades individuales y el derecho de la colectividad a la defensa frente al uso extralimitado de aquéllas. Equilibrio, cuya necesidad no puede desatenderse en ningún caso, tanto a la hora de analizar o interpretar la legalidad frente a cada situación concreta, como en la formulación de criterios generales y que, de perderse de vista, bien por una excesiva inclinación hacia los derechos del individuo como por un exceso retraimiento en su aceptación conforme a los principios de una sociedad democrática, podría conducir a la vulneración de uno u otro derecho —libertad individual o seguridad ciudadana— a la par que, incluso, a generar un sistema jurídico cada vez más alejado de su comprensión por la ciudadanía e incongruente, por tanto, con el fin último del Derecho, como instrumento civilizado para la solución de los conflictos humanos.

Por prueba ilícita, en el marco del proceso, habrá de entenderse la recabada sin cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para ello o con vulneración de los derechos fundamentales. Simplificamos así, por razones de tiempo y espacio, la polémica distinción entre pruebas ilícitas —las que en su casuística y obtención no se ajustan a las prevenciones legales (vgr., un registro domiciliario sin la presencia del Secretario judicial)— y pruebas prohibidas —las que vulneran derechos fundamentales (una confesión obtenida por métodos violentos o intimidatorios).

Sí importa destacar, sin embargo, el hecho de que la ilicitud de las pruebas, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se concreta sólo en las que derivan directa e indirectamente de la violación de los derechos fundamentales, sino que alcanza también a aquéllas cuya obtención hubiera sido consecuencia de las anteriores.

Esto es lo que se conoce con la expresión, de origen anglosajón «*teoría de los frutos del árbol envenenado*», que se plantea en Estado Unidos ya en los años veinte, vinculada, como señala Barja de Quiroga, a la tan querida como constante preocupación utilitarista demostrada por los americanos en el tratamiento de las cuestiones jurídico-procesales.

Frente al criterio sustentado por el Juez Cardozo desde la Presidencia de Tribunal supremo de que la prueba obtenida ilícitamente debe ser eficaz, sin perjuicio de la sanción correspondiente al funcionario o particular que hubieren cometido una infracción en su obtención; su sucesor, el Juez Holmes, consideró que la única sanción real y eficaz para impedir la obtención de pruebas a cualquier costo, consistía en la no admisibilidad de tales pruebas en el juicio. Siendo criterios prácticos los que subyacen en ambas posturas, la segunda ha alcanzado continuidad extendiéndose en el sentido de que el ámbito de la prohibición probatoria no se restringe a los hechos que han sido conocidos directamente mediante una actuación ilegal, sino que afectaría a las demás pruebas que se derivasen de la actuación ilícita originaria.

El problema, en este punto, se suscita con aquellas pruebas que, si bien derivan una anterior, ilícita, pueden ser conocidas y apreciadas por la concurrencia de otros medios de prueba no viciados. Utilicemos un ejemplo: se practica un registro domiciliario sin mandamiento judicial en el que es aprehendida determinada cantidad de droga. El titular del domicilio reconoce ser propietario de la misma así como su destino al tráfico. Hay un testigo, coimputado, que tras su detención reconoce habérsela vendido con dicha finalidad y otros dos que manifiestan haberle comprado ese mismo día, en su domicilio, diversas cantidades para su consumo, de las que hacen entrega a la policía. Evidentemente, el registro, de tal modo efectuado, sería ilícito y la obtención, como directa consecuencia de aquél, de la droga, sería

igualmente rechazable como prueba de cargo. Ahora bien, ¿qué sucedería con la confesión del poseedor de la droga? ¿Y con el testimonio de los compradores? ¿Podrían sustentar, como válidas pruebas de cargo, la desvirtuación del principio de presunción de inocencia?

Esta, como muchas otras cuestiones que se suscitan sobre la materia, no acaban de estar resueltas. La regulación legal es, al respecto, defectuosa e insuficiente. Por una parte, no existe un precepto específico que proscriba la validez procesal de las pruebas obtenidas sin el cumplimiento de los requisitos legales. Por otra, algunas normas —incluso tan recientes como la modificación del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 30/92, a propósito del registro domiciliario— fueron objeto de acerva crítica, como un auténtico retroceso en el impulso garantista dado por la Constitución. Las opiniones doctrinales difieren y es la Jurisprudencia quien, no sin ciertos vaivenes, va construyendo los criterios aplicables en congruencia con las exigencias de un Estado democrático, como habremos de ver en los apartados siguientes de esta exposición.

## II. PRUEBAS OBTENIDAS EN DILIGENCIA DE CACHEO

Siendo muy frecuente, especialmente en los delitos de tráfico de drogas, la obtención de pruebas como consecuencia de la diligencia de cacheo a la que, en el marco de la actuación preventiva señalada en la Ley de Seguridad Ciudadana, puedan ser sometidas determinadas personas, no se oculta la trascendencia del valor que pueda darse a dicha diligencia en relación con el derecho a la libertad deambulatoria de las personas sometidas a ella. La estimación de que tal restricción de la libertad constituye una detención *strictu sensu*, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 98/86, de 10 de julio, al negar la distinción entre retención y detención, en incluir en aquella «*cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita*» llevaría inexcusablemente a considerar la irregularidad del cacheo en cuanto auténtica detención practicada fuera de los casos legal-

mente permitidos y, en consecuencia, a la ilicitud de las pruebas delictivas obtenidas mediante él.

El propio Tribunal Constitucional, sin embargo, en resoluciones de noviembre de 1990 y enero de 1991, quizá teniendo en cuenta el peligro representado para el valor constitucionalmente protegido de la seguridad ciudadana en el ámbito de la prevención del delito y buscando aquel equilibrio a que anteriormente hacíamos referencia, da un giro interpretativo al afirmar que «*el derecho a la libertad y... así como el de circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues, aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, en concreto a la función preventiva o indagatoria de hechos delictivos* —incluso, sigue diciendo— *aun sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona*».

Giro éste no bien recibido por determinados sectores de la doctrina o la judicatura, partidarios de una más amplia interpretación del concepto de la libertad individual. Así, la sección decimoquinta de la Audiencia de Madrid, al revocar en Sentencia de 21 de mayo de 1991 la sentencia condenatoria por un delito de tráfico de drogas, en el que la intervenida en una diligencia de cacheo realizada en el marco de una actuación policial preventiva, fue valorada como prueba de cargo, y en base a la consideración como ilícita de aquella diligencia y, por ende, de las pruebas derivadas de ella. Decisión aplaudida por Fernández Entralgo (72) para quien, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal —recurrente en amparo de dicha resolución ante el Tribunal Constitucional— el criterio del Tribunal Constitucional en las resoluciones comentadas no sólo es incongruente con las anteriormente emitidas, sino que resulta inadmisibles al banalizar tales actuaciones policiales, incidentes además en el derecho a la intimidad, frente a la relevancia de dichos valores fundamentales.

---

(72) FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús: «Las entendederas del Ministerio Fiscal (el sospechoso oficio de paseante)», *Revista Jueces para la Democracia*.

En nuestra opinión, sin embargo, aquella doctrina, posteriormente ratificada en nuevas sentencias, de la que es especialmente importante la 341/93, de 18 de noviembre, que resolvía los recursos acumulados contra la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana debe ser aceptada como la más correcta.

En consecuencia, por tanto, para que las pruebas obtenidas como resultado de una diligencia de cacheo efectuada en el marco de actuación permitido por la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana puedan tener validez ante los Tribunales, sólo será necesario que aquélla se haya ajustado a los criterios de proporcionalidad y exclusión de la arbitrariedad que le confieren plena legitimidad.

### III. EL REGISTRO DOMICILIARIO COMO FUENTE DE PRUEBA

El derecho a la intimidad personal y su extensión a la privacidad del domicilio, no es un derecho absoluto frente a las necesidades impuestas por la defensa de la seguridad ciudadana o persecución del delito. Así lo reconoce, como hemos visto, el artículo 8 de la Comisión Europea de Derechos Humanos. En nuestra Constitución, la excepción a su inviolabilidad se recoge en el propio artículo 18.2 para aquellos casos en que así lo acuerde la Autoridad Judicial o en los supuestos de flagrante delito, a través de la diligencia de registro, procesalmente regulada en los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El concreto cuestionamiento de la validez de una diligencia de registro podrá hacerse, pues, desde la consideración de tal diligencia como esencialmente vulneradora de un derecho fundamental, cuando se haya realizado en casos distintos de los prevenidos en la ley o porque, aun amparada en alguno de aquéllos, se hayan incumplido las garantías previstas en las normas procesales para asegurar su correcta realización.

#### *Concepto de domicilio*

Según la construcción jurisprudencial del concepto de domicilio, por tal debe entenderse, a los efectos que aquí interesan, aquel

lugar, más o menos cerrado, que se destina total o parcialmente a la habitación de cualquier residente o de su familia, donde la persona ejerce su dominio y señorío. Es un espacio limitado que el propio sujeto elige para quedar inmune a las agresiones exteriores, vengan de quien vengan.

El domicilio ha de ser interpretado en el más amplio significado. Se trata de un concepto que supera el jurídico privado o jurídico administrativo, en el que tienen cabida tantos los fijos y habituales como los transitorios o accidentales, cualquiera que sea su condición y características. Deberán poder incluirse en él, por tanto, junto a los espacios residenciales clásicos (pisos o chalets) otros como chabolas, caravanas, tiendas de campaña o habitaciones de hotel (SSTC 26 de febrero de 1993, 17 de marzo de 1993, 5 y 26 de junio de 1993 y 16 de septiembre de 1993).

Veamos ahora los requisitos necesarios para la práctica de la diligencia según los distintos supuestos en que se halla autorizada.

#### *Consentimiento del titular*

La existencia del consentimiento como habilitadora del registro, parte, como es natural, de la capacidad para consentir de quien lo emite, por lo que no será tal el prestado por un menor o incapaz si no es a través de quien ostente su representación legal.

Por otra parte, el concepto de titularidad de domicilio, a efectos de la diligencia de registro, no se corresponde con el jurídico civil, pudiendo considerarse como titular a todo a aquel respecto a quien dicho domicilio constituyese reducto de su intimidad.

En cuanto a la prueba de la existencia del consentimiento, podrá determinarse por medios directos o explícitos (otorgado por escrito o verbalmente en presencia de testigos) o indirectos, derivados de las actitudes y comportamiento del titular del domicilio anterior, coetáneo y posterior al registro, pues, como señala el Tribunal Supremo, alegada la falta de consentimiento para aquél en vía de recurso, no es comprensible como quien ha sufrido un agravio tan importante como es penetrar a la fuerza en su domicilio, nada objete en tal momento, ni posteriormente en sus declaraciones ante el Juzgado.

Al consentimiento presunto se refiere el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando indica que «se entenderá que

*presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiera de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta, por su parte, los actos necesarios que de él dependan para que pueda tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio la Constitución».*

En todo caso, y desde un punto de vista práctico, será conveniente procurar la constancia de dicho consentimiento a través de alguno de aquellos medios directos.

### *Resolución judicial*

En los casos en que se realice por resolución judicial, ésta habrá de reunir los intrínsecos requisitos formales necesarios para su validez. Su falta (ausencia de las firmas del Juez y Secretario, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1993) implicaría la inexistencia de la condición legitimante de la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Tal resolución no puede, por otra parte, ser mera expresión de voluntad del Juez, sino que, por imperativo legal, ha de ser *motivada* tal como resulta de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española y 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y *explícita* en cuanto al lugar a registrar, extensión del registro a horas no diurnas, datos de identificación del titular del domicilio, cuando sea posible y persona o personas facultades para realizarlo.

Respecto a la motivación, debe señalarse que, sí, efectivamente, ha de ser lo más amplia posible, tal exigencia no puede sobredimensionarse. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/91, de 20 de enero, considera suficiente aquélla cuando se contengan razones que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales tenidos en cuenta, concretando, además, que la parquedad de la fundamentación jurídica de tales autos merece un tratamiento más permisivo si no se vulnera manifiestamente el derecho constitucional a su motivación.

En cuanto a los elementos personales de necesaria o posible concurrencia en el registro hemos de distinguir los siguientes:

— *El interesado*. Su presencia no es requisito *sine qua non* para la validez del registro, cuando ésta no sea posible y siempre

que sea sustituida por la de las personas prevista en el artículo 558. En todo caso, la realización de la diligencia se le deberá notificar en las veinticuatro horas inmediatamente siguientes a la misma.

Ello no obstante, debe indicarse que cuando el registro tenga lugar en el domicilio de persona previamente detenida, ésta deberá ser informada del mismo, que siempre que sea posible se practicará a su presencia o la de las personas en quien aquél delegue (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio y 2 de julio de 1993).

— *El Letrado del afectado.* Según la jurisprudencia mayoritaria, la intervención del Letrado no es condicionante de la validez del registro, pues tal diligencia escapa de los supuestos en que aquélla es preceptiva conforme a los artículos 17.3 de la Constitución Española y 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea a ellos asimilable (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1991 y 17 de febrero de 1993).

— *El Juez autorizante.* No cabe duda de que puede intervenir directamente en la diligencia: Sin embargo, tal presencia ni es legalmente exigible ni dispensa la de los demás funcionarios expresamente llamados por la ley.

— *El Secretario Judicial.* Sobre la intervención del fedatario, la posición jurisprudencial no ha sido tan pacífica ofreciendo criterios dispares tanto sobre su necesidad en todo caso, como sobre los efectos de su no presencia en orden a la posibilidad de valoración en el proceso de las pruebas obtenidas a consecuencia del registro.

En el primer caso, la duda se suscitó, fundamentalmente, tras la reforma del párrafo 4.º del artículo 569 por la Ley 30/1992, según la cual no sería necesaria la presencia del Secretario cuando, a criterio del Juez, se designe a un funcionario policial u otro funcionario que, haciendo sus veces, extienda acta. La crítica doctrinal, a dicho precepto (73) enlazada, en ocasiones, con su proximidad histórica a la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana y el polémico artículo 21.2 de la «patada en la puerta», así como la reacción jurisprudencial a tal modificación, dieron lugar a la contrarreforma de aquella norma en virtud de la Ley 22/95, de 17 de julio, tras la cual queda fuera de toda cuestión la necesidad

---

(73) GUILLEN SORIA, José Miguel: «Entrada y registro domiciliario sin Secretario Judicial», revista *Aranzadi*, núm. 128.

de la presencia del Secretario o, en todo caso, de un oficial habilitado por éste de conformidad con lo previsto en el artículo 282 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el segundo aspecto —valor de la diligencia practicada sin la presencia de Secretario—, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 23 de abril de 1993 y 16 de julio de 1993, citadas en la de 17 de octubre del mismo año, resumen los criterios contrapuestos en referencia a hechos anteriores antes de la citada reforma. Mientras en unas se apuesta por la nulidad absoluta, insubsanable, en tanto que la ausencia de fedatario judicial quebrante seriamente lo que no es un acto procesal, sino, por el contrario, un verdadero acto judicial que sólo el Secretario Judicial puede autenticar, en la otra se postula en favor del simple incumplimiento de normas ordinarias de naturaleza procedimental, cuya legalidad primaria no es la protección de los derechos fundamentales sino la información a los afectados sobre la legalidad del procedimiento, siguiéndose así la tesis mantenida por el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988, cuando afirmaba que la inasistencia del Secretario al registro no afectaría en ningún caso al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio «porque no forma parte de su contenido la presencia de fedatario judicial, ni es ésta una de las garantías constitucionalizadas por el artículo 24 de la Norma Fundamental, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios».

En consecuencia, la diligencia así realizada, aun careciendo de la eficacia probatoria que la ley le confiere, no contamina la posterior actividad procesal, permitiendo así utilizar otros medios de prueba para acreditar lo que el registro irregular *per se* no puede probar. Será, pues, válido, a tal efecto, por ejemplo, el testimonio de quienes presenciaren el acto o la declaración del titular de la vivienda.

Entre los primeros, sin embargo, no podrán incluirse los funcionarios policiales intervinientes en el registro, pues, tachados de parcialidad objetiva, el otorgamiento de eficacia convalidante a su testimonio constituiría fraude de ley (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero, 17 de febrero, 1 de marzo, 13 de julio, 22 de octubre o 30 de diciembre de 1993). Otra cosa es que, declarada la nulidad de la diligencia de registro, por haber sido practicada, por ejemplo, sin Secretario o testigos, la declaración de los policías intervinientes en el mismo o el reportaje fotográfico realizado por

éstos durante aquél puedan ser utilizables como prueba en el acto del Juicio Oral (Sentencias de 14 de mayo y 24 de mayo de 1993) sobre lo acontecido en dicha diligencia.

— *Los testigos.* En cuanto a los testigos, y tras la reforma operada por la Ley 30/92, sólo serán necesarios interviniendo el Secretario o un oficial habilitado como tal, conforme a lo dispuesto en el artículo 281.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando el titular no esté presente en la diligencia y no exista representante designado por él. Dichos testigos, insistimos, no podrán ser los policías que practiquen el registro, pero sí, por ejemplo, policías municipales llamados a dicho efecto (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1991).

### *Delito flagrante*

El tercer supuesto que ampara la diligencia de registro domiciliario es el determinado por la situación de delito flagrante, cuya persecución exija la irrupción en el domicilio en el que aquél está teniendo lugar.

La flagrancia, a tales efectos, debe ser interpretada restrictivamente. Ya los advertía así la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 y tal criterio fue luego ratificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 341/93, en la que declaró inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, desde una triple perspectiva: a) Por llevar a cabo el legislador una definición del concepto constitucional del «delito flagrante»; b) por definir el delito flagrante no con carácter general sino para unos determinados delitos, y c) por inadecuación del artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/92 al concepto de flagrancia presente en el artículo 18.3 de la Constitución Española.

Así, pues, y a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española y el 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el concepto de delito flagrante queda delimitado por los siguientes requisitos:

1. Inmediatez temporal. Es decir, que se esté cometiendo un delito o se haya cometido instantes antes.

2. Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos de delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3. Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el hecho concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente, impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y de conseguir la detención.

#### IV. LAS «ESCUCHAS TELEFONICAS»

El secreto de las comunicaciones constituye un derecho fundamental reconocido y protegido por el artículo 18.3 de la Constitución Española.

El artículo 8 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, partiendo de tal carácter, admite la intromisión en aquél por las mismas razones indicadas respecto a la inviolabilidad del domicilio y en los casos permitidos por la ley. Ley, que según se indica en la Sentencia de 2 agosto de 1984 (Caso Malone) ha de ser una precisión particular que establezca reglas claras y detalladas en la materia, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables no dejan de perfeccionarse.

En nuestro país, tal norma se concreta en la Ley Orgánica 4/88, de 25 de mayo, que en desarrollo del artículo 18.3 de la Constitución Española, da nueva redacción al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Señala éste en su número 2 que:

«El Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicio de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.»

Y en su número 3.º que «de igual forma, en resolución motivada por un plazo de tres meses prorrogable por períodos iguales, podrá acordar la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de que se sirvan para la realización de sus fines delictivos».

La norma, sin embargo, está muy lejos de la exigencia de claridad y precisión predicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Escapan a ella múltiples cuestiones, sobre procedimientos utilizables para la intercepción de las comunicaciones, control judicial sobre su realización, necesidad y procedimiento para su adveración, etc., que está teniendo que suplir la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Resumiendo, en lo posible, aquellos criterios, nos limitaremos aquí a una breve reseña de los requisitos cuya concurrencia debe estimarse necesaria para que la intromisión en aquel derecho fundamental, siendo constitucional, tenga virtualidad para originar una prueba válida ante los Tribunales.

1.º *Exclusividad jurisdiccional*: Únicamente pueden establecerse restricciones al secreto de las comunicaciones en virtud de resolución judicial.

2.º *Fines probatorios*: Sólo es admisible para la obtención de datos que puedan servir para el descubrimiento de un delito. Delito que ha de ser concretado en la resolución en que se acuerde. De tal modo que, si en el curso de la intercepción, se tuviere noticia de la posible comisión de un delito distinto, la policía deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez, quien, tras examinar su competencia y la gravedad del nuevo delito, determinará la procedencia o no de ampliar la autorización a la investigación de aquél por dicho medio (Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992; Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993).

3.º *Concreción en persona determinada*: Concreción que se proyecta en una doble vertiente, la de la identificación de la persona a quien va a afectar y la de la concurrencia en aquella del carácter de imputado o indiciariamente responsable del delito cuyo descubrimiento se persigue. En consecuencia, la grabación telefónica no podrá utilizarse como prueba en contra de cualquier posible interlocutor de quien tuviere intervenido el teléfono y en base a las manifestaciones realizadas por éste en la conversación intervenida.

4.º *Carácter motivado de la resolución judicial*: Requisito que comporta una doble exigencia formal y de fondo. Formal, porque la resolución debe exponer claramente cuáles son las razones que llevan a adoptar la medida, de manera que su pertinencia pueda ser posteriormente verificada, bien por el órgano

sentenciador, bien en vía de recurso. Y, de fondo, porque, para acordarla, deben concurrir en la causa circunstancias de gravedad que la justifiquen y que, en todo caso, habrán de ser interpretadas restrictivamente.

En cuanto al marco procesal de la resolución, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993 establece que, concurriendo todos los requisitos, es intrascendente el tipo de procedimiento que se adopte: declarando la validez, a tal efecto, de las llamadas diligencias indeterminadas, sobre la base del control judicial de legalidad durante todo el desarrollo de la prueba.

Respecto a su forma, parece claro que, por la exigencia de motivación, deberá ser la de auto (art. 248.2 de la LOPJ) (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993, 5 de julio de 1993 y 30 de diciembre de 1993), aunque alguna sentencia aislada (15 de noviembre de 1993) entendiéndose bastante la de la providencia, en base a la consideración de que la motivación es exigida en orden a la posibilidad de impugnación, que aquí no existe por la improcedencia de notificar al interesado la resolución en que se acuerda la intervención de sus comunicaciones. Sin embargo, como señalan las anteriores, y en especial la de 30 de diciembre, la motivación permitirá la posible impugnación como prueba en un momento posterior por las posibles irregularidades en que se haya podido incurrir. Impugnación que, según señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 30 de diciembre de 1993, tiene como límite temporal en el procedimiento abreviado el momento previsto en el artículo 793.2 para el turno preliminar de intervenciones a instancia de las partes, después del cual no es posible en el Juicio, y menos aún en la segunda instancia o casación, admitirse la impugnación.

La motivación, por último, puede resultar explícita, en cuanto contenida en la resolución, o implícita cuando, en conjunción con el contenido de ésta resulta del proceso en su conjunto (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993). Abundando en ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 considera suficiente la motivación (implícita) al relacionar la resolución judicial con la comunicación policial que la provocó en la que se detallaban suficientemente las razones que había para solicitar tales medidas.

5.º *Proporcionalidad*: A ella se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993 cuando afirma que «se ha de te-

ner en cuenta la importancia de lo que se busca más también la importancia de lo que se pisotea como contrapartida». Es éste un requisito de construcción jurisprudencial que parece orientar la limitación de la medida hacia la investigación de los delitos graves, mas sin indicarse cuáles sean éstos ni ofrecer criterios para su determinación.

6.º *Control judicial*: Este requisito, especialmente exigido por la Jurisprudencia, se integra por los siguientes elementos:

a) Realización material del control por personas independientes (funcionarios policiales) bajo la dirección del Juez.

b) Entrega al Juez, en forma periódica y plazos breves en los casos de escuchas mantenidas en el tiempo, de los soportes físicos, originales e íntegros —no copias parciales— en los que conste en su totalidad las conversaciones intervenidas, junto con sus transcripciones mecanográficas.

c) Intervención obligada del Secretario Judicial quien llevará a cabo la comprobación y cotejo de la exactitud de las transcripciones.

En cuanto a la íntegra transcripción de lo grabado, parecería razonable, según señala la Fiscalía General del Estado (74) que aquella exigencia se limitara, sin perjuicio de la aportación íntegra de lo grabado, a aquello que tenga relevancia para la causa, evitando así menoscabar más el derecho a la intimidad con la incorporación escrita a las actuaciones de conversaciones privadas sin eficacia probatoria y aligerando, por otra parte, el trabajo de las unidades policiales en su función de meros transcriptores.

Respecto a la autenticidad subjetiva de las voces grabadas, en los casos de no reconocimiento de aquéllos a quienes se atribuyen, podrá determinarse, bien a través de la identificación pericial o testifical (Sentencias del Tribunal Supremo 190/92 y 31 de mayo de 1994).

Finalmente, hemos de señalar que, como en el caso de los registros domiciliarios, la interceptación telefónica realizada sin cumplir las antedichas exigencias, devendrá nula como tal prueba y acarreará la invalidez de las que de ellas se derivan de forma directa o indirecta, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

(74) *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, año 1994, pág. 1202.

## V. CONCLUSIONES

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, cabe formular la siguiente síntesis:

— Toda actividad probatoria en el proceso penal deberá desarrollarse con observancia tanto las garantías estrictamente procesales, como de aquéllas impuestas en función de la protección de derechos fundamentales de la persona.

— La inobservancia de aquéllas conducirá a la prueba ilícita, incapaz de enervar la presunción de inocencia de aquéllos a quienes pudiera afectar.

— Tal ilicitud se extenderá a aquellos otros medios probatorios que directa o indirectamente traigan su causa de aquélla.

En el ámbito de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española, en relación con su posible limitación como consecuencia de la necesidad de prevención o persecución del delito, debe indicarse:

— Para que la diligencia policial de cacheo pueda legitimar los elementos probatorios adquiridos por su mediación, es necesario que aquélla se haya realizado con observancia de los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

— El concepto de domicilio en relación con la diligencia de registro se extiende a todo aquel espacio que el sujeto destina habitual o transitoriamente a preservar su intimidad.

— La invasión de aquel espacio sin consentimiento del titular sólo podrá efectuarse con autorización judicial, que habrá de ser motivada y explicitada o en caso de flagrante delito.

— La flagrancia a los efectos de esta diligencia requerirá reunir las condiciones de inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente.

— La diligencia de registro judicialmente autorizado, precisará necesariamente la presencia del interesado, persona designada por él o dos testigos y el Secretario Judicial, oficial habilitado o funcionario designado al efecto.

— En ningún caso los funcionarios policiales que practiquen la diligencia podrán actuar como testigos en defecto del titular o su representante.

— Las escuchas telefónicas habrán de contar siempre con autorización judicial previa, suficientemente motivada, que revestirá la forma de auto.

— Sólo podrán acordarse en función de la persecución de delitos graves, debiendo, en principio, excluirse los sancionados con penas inferiores a la de prisión menor.

— El contenido de las grabaciones efectuadas no podrá hacerse valer en contra de personas distintas a las destinatarias de la intervención acordada, ni frente a aquéllas, por delitos distintos a los motivadores de la intervención.

— La intervención telefónica deberá realizarse bajo el control directo y permanente del Juez.

— Los soportes de las conversaciones intervenidas deberán entregarse al Juzgado, originales e íntegros, acompañados de su transcripción completa.

— El Secretario Judicial deberá advenir la fidelidad de aquella transcripción. (Asturias.)

## J) CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN EL NUEVO CODIGO PENAL

### 1. INTRODUCCION

Dice Cándido Conde Pumpido que conciliar desarrollo y medio ambiente es la tarea de nuestro tiempo en la que el hombre ha de emplear todos los medios de que dispone, y para ello el Derecho constituye un instrumento destacado al permitir que se establezcan los mecanismos de delimitación de los intereses en conflicto, y de protección del interés que deba predominar en cada caso.

Efectivamente, la protección del medio ambiente suele entrar en conflicto con otros intereses igualmente susceptibles de protección jurídica, como la economía, el desarrollo industrial, etc., y de tal conflicto de intereses uno de ellos debe entenderse el predominante. ¿Cuál es éste?

Dependerá del caso o del supuesto con el cual nos enfrentamos, pues no es posible establecer una preferencia absoluta, ni del

medio ambiente, ni de la economía. Por eso, no podemos negar que la protección del medio ambiente es una necesidad básica de la sociedad actual, y así lo recoge nuestra Constitución en su artículo 45.

Ello hace que el medio ambiente haya nacido como un bien jurídico propio e individualizado, susceptible de protección a través del *ius puniendi* del Estado, y por tanto, a través del Derecho Penal. Por eso, el medio ambiente se protege por sí mismo y no en función del daño que con perturbación puede causar en otros valores también susceptibles de protección, como la vida humana, salud pública o individual, propiedad de las cosas, animales o plantas...

Por todo ello, el medio ambiente es un bien público nuevo con entidad propia.

## 2. PROTECCION PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Las vías que el legislador podría articular para proteger el medio ambiente, son las constituidas a través de una protección difusa, a través de leyes penales especiales, o bien a través de la creación de tipos penales debidamente codificados. La doctrina desde siempre, optó por este segundo sistema, es decir, por la articulación de un tipo penal, y no a través de la creación de leyes penales, que supondrían una disminución de la eficacia de la protección penal, y esto es así, porque la práctica diaria ha demostrado que las leyes penales especiales se convierten en un Derecho Penal menor, o de escasa trascendencia. Sin embargo, la doctrina administrativa ha reclamado y sigue reclamando la protección penal del medio ambiente a través de leyes penales especiales sectoriales basándose en que el alejamiento de las normas penales pueda producir problemas de interpretación dada la conexión entre el tipo penal y la norma administrativa.

Sin embargo, ha sido la postura que defiende la creación de un tipo específico en el Código Penal, lo que ha prevalecido, y lo que desde nuestro punto de vista es la correcta. Ya que no podemos olvidar que el artículo 45 de la Constitución prevé sanciones penales o administrativas para la protección del medio ambiente, porque, en realidad, ambos tipos de sanciones (penales o administrativas)

coexisten sobre la misma materia, de tal manera que se complementan y refuerzan mutuamente.

La norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañosas para el medio ambiente, sancionando toda conducta contraria a la normativa reguladora, mientras que la ley penal se reserva, por aplicación directa del principio de intervención mínima que informa el Derecho Penal, para aquellas conductas más graves, sin olvidar que la norma penal también cumpla una función preventiva, de mayor eficacia que la administrativa, ya que el infractor siente un mayor temor a la sanción penal que a la administrativa.

### 3. DELITO ECOLÓGICO

El «nuevo» delito ecológico se regula en el Título XVI, que recoge los «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», siendo los Capítulos III, IV y V los que regulan la materia propia de este estudio.

Hemos puesto entre comillas nuevo porque, como veremos más adelante, el tipo básico que a continuación examinaremos goza de la misma naturaleza jurídica y estructura que el anterior, recogido en el artículo 347 bis del Código Penal.

#### a) *Tipo básico*

Como elementos del tipo aludiremos a los siguientes: a) conducta típica; b) necesidad de infracción administrativa; c) resultado.

#### a') *Conducta típica*

El artículo 325 del Código Penal establece como conducta típica la siguiente acción:

— Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos y captaciones de agua,

en la atmósfera, en el suelo, en el subsuelo, aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencias incluso en los espacios transfronterizos.

La conducta infractora debe partir por tanto de la provocación o realización de los actos anteriores. La expresión «provocar o realizar» es sinónimo de originar, facilitar o promover, y además es la misma que aparecía en el artículo 347 del anterior Código Penal.

Sin embargo, mientras el referido artículo delimitaba la conducta típica a la expresión «emisiones o vertidos de cualquier clase», en el artículo 325 del nuevo Código Penal, aún recogiendo ambas conductas, amplía la modalidad de los mismos en los términos ya vistos. Tal ampliación, a juicio de algunos sectores de la doctrina, no era necesaria por entender genéricos los términos emisiones o vertidos de cualquier clase. Sin embargo, toda clasificación realizada por el legislador debe ser bien recibida, ya que la ampliación de las conductas típicas tiene como beneficio una mayor claridad interpretativa de la misma, y con ello, por lo tanto, evitar la creación de vacíos legales y producir la atipicidad de conductas contrarias o que perjudiquen el medio ambiente, por el simple hecho de no estar específicamente recogidos en el texto legal.

Tales conductas, según el mismo Código Penal, deben producirse en la atmósfera, en el suelo, en el subsuelo, en las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, así como novedad más importante, en los espacios transfronterizos.

El legislador, una vez más, ha clarificado y simplificado el ámbito donde debe plasmarse la conducta, frente a la escueta descripción del antiguo 347 bis, que constreñía las conductas sancionables a la atmósfera, el suelo y las aguas terrestres o marítimas.

Especial novedad supone la referencia a los espacios transfronterizos, expresión ésta que también aparecía en el Proyecto de Código Penal del año 1992. Con tal tipificación lo que se pretende es hacer sancionable también aquellas conductas que aun habiéndose producido fuera del territorio nacional, tienen una influencia directa en el equilibrio ecológico nacional. La posibilidad de que la norma penal alcance a hechos ocurridos en el extranjero se deriva de la ratificación de internacionales directamente aplicables por el juzgador, como es, por ejemplo, el Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza («BOE» de 10 de marzo de 1983).

Novedad introducida por el Código Penal de 1995, que como tal no se recogía en el proyecto de Código Penal de 1992, es la conducta de «Captación de aguas». Con ello el legislador no hace sino recoger aquellas conductas que, nacidas dentro de una problemática concreta, como es la sequía, puedan atentar al equilibrio ecológico de una determinada zona del Estado. Este es un vacío legal que, afortunadamente, ha sido completado desde la posibilidad de que a través de estas conductas, puedan llegar a producirse atentados contra el entorno ecológico.

#### b') Necesidad de la infracción administrativa

Tras la publicación del artículo 347 bis del Código Penal algunos sectores doctrinales criticaron al legislador por encuadrar el delito ecológico dentro de la categoría de las leyes penales en blanco, lo que hacía que la infracción administrativa se convirtiera en un elemento normativo del tipo. Tal naturaleza jurídica ha sido respetada en el Código Penal de 1995 al establecer como elemento normativo del tipo el artículo 325, la necesidad de contravenir «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente».

Inicialmente, se duda de la constitucionalidad de la utilización de este régimen legal en materia de Derecho Penal, por entender que era contraria a los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad que rigen este ámbito del Derecho. Tales dudas sobre la Constitucionalidad del precepto fueron solventadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/90, de 5 de julio, que analizando precisamente el artículo 347 bis, admite la constitucionalidad de las leyes penales en blanco siempre que se respeten una serie de requisitos:

1.º Reenvío normativo expreso en relación del bien jurídico protegido por la norma penal. Tal exigencia en el actual artículo 325, ya que la remisión no se efectúa de manera genérica al Derecho Administrativo, sino que se remite a la legislación administrativa exclusivamente protectora del medio ambiente. Además, el medio ambiente como bien jurídico protegido requiere tal técnica de reenvío por su propia naturaleza.

2.º Que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición. Este requisito también se cumple, ya

que la conducta típica no sólo debe ser contraria a disposiciones normativas protectoras del medio ambiente, sino que además debe producirse a través de las conductas típicas que el artículo 325 recoge y ya hemos examinado.

3.º Que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el cumplimiento indispensable de la norma, a la que la ley penal se remite, salvaguardando de este modo el principio de seguridad jurídica.

En definitiva, visto el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional es admisible la utilización de leyes penales en blanco, y es más, tal técnica es imprescindible en el ámbito de la protección del medio ambiente, de manera que en ningún caso puede ser sancionada como delictiva una conducta que sea lícita en el ámbito administrativo, teniendo en cuenta que en materia de medio ambiente corresponde a la Administración establecer el primer nivel de protección de carácter preventivo, y la necesidad de conciliar la protección ambiental y el desarrollo económico. Por tanto, este elemento normativo del artículo 325 actúa como una cláusula de garantía, al asegurar que mientras se actúa dentro del ámbito autorizado administrativamente no hay riesgo de infracción penal.

Por tanto, la infracción administrativa se establece como un elemento del tipo, que correspondería probar al Ministerio Fiscal y deberá ser valorado en el acto del Juicio Oral por el juzgador. Por ello es fundamental determinar a qué tipo de leyes o disposiciones normativas hace referencia el tipo.

Evidentemente, tales leyes o disposiciones normativas hacen referencia a las emanadas directamente del Estado y cabe preguntarse si en esta materia también cabe el reenvío normativo a favor de la normativa comunitaria, así como también a la derivada de las Comunidades Autónomas. Lo que primero debe destacarse es que el Derecho Comunitario forma parte del Derecho interno español, y así ocurre con los Reglamentos, por tener éstos aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno. No ocurre así, sin embargo, con las Directivas, pues para ser directamente aplicables éstas, se requiere que se dicte por parte del Estado miembro, legislación que adopte el contenido de dicha normativa. Por otro lado, las Comunidades Autónomas tienen reconocida su capacidad para

legislar en materia de medio ambiente, tal y como se recoge en el artículo 148 de la Constitución, y por lo tanto, si se produce una infracción de normativa protectora del entorno ecológico derivado de Comunidades Autónomas, también se da el elemento normativo del tipo del artículo 325.

### c') El resultado

El artículo 325 establece que las modalidades de conducta ya referidas, y que suponen una infracción de disposiciones legales protectoras del medio ambiente, deben tener capacidad para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Por lo tanto, el resultado del delito ecológico es un resultado de peligro y no de lesión. Con ello queremos decir que el resultado del delito ecológico no es el daño ecológico, sino la posibilidad de que éste se produzca. El Derecho Penal también aparece informado por el principio de culpabilidad, y así lo establece el artículo 5 del nuevo Código Penal: «No hay pena sin dolo ni imprudencia.» Esto supone que en las conductas típicas descritas, la infracción administrativa y el posible perjuicio grave al equilibrio del sistema natural, debe ser imputado al sujeto activo a título de dolo o imprudencia. En la generalidad de los casos nos encontramos ante supuestos de dolo eventual, ello debido a la dificultad que supone la prueba de un dolo directo en este tipo. Con el dolo eventual hacemos referencia a aquellas conductas en que el sujeto activo del delito no quiere perjudicar al medio ambiente, aunque sabe que con su conducta puede perjudicarlo, y pese a ello, lo realiza.

A efectos de penalidad, la comisión a título de dolo directo o de dolo eventual tiene la misma consecuencia primitiva. Una novedad de la nueva legislación del delito ecológico, supone la tipificación expresa de la imprudencia como título de imputación, según recoge el artículo 331, dada la nueva regulación de la imprudencia que se recoge en el Código Penal de 1995, por el cual se elimina el delito en general de imprudencia, que el antiguo Código recogía en el artículo 565, de tal modo que actualmente únicamente cabe la comisión culposa cuando específicamente lo determina el Código en el tipo.

Otra nota que debe destacarse, es que mientras el anterior 347 bis, con referencia al resultado, incide en que éste podría perjudicar gravemente las condiciones de vida animal..., etc., así como que pusiera en peligro grave la salud de las personas, tal referencia de distinción en el resultado desaparece en el actual artículo 325, ya que en el mismo, el grave perjuicio para la salud de las personas se establece como un subtipo agravado y que determina que la pena se imponga en su mitad superior, por lo tanto, el peligro para la salud de las personas supone una agravante penológica de la conducta.

Como hemos visto, el tipo califica el peligro como grave; ésta es precisamente la barrera que viene a definir el ilícito administrativo del penal. Tal gravedad constituye un elemento valorativo del tipo, que como tal debe ser objeto de prueba por parte de las acusaciones, y que en último término es objeto de valoración por el Tribunal enjuiciador. De todos modos, el Tribunal Supremo, al interpretar el elemento normativo, lo hace considerando que nos encontramos ante un tipo medio de gravedad (Sentencia de 11 de marzo de 1992), ya que los casos de gravedad más aguda constituyen subtipos agravados.

Como hemos indicado, lo que se sanciona es el riesgo o el peligro de que el medio ambiente resulte dañado, es esa puesta en peligro lo determinante; con ello queremos decir que si se ha producido la muerte de plantas o de especies animales, tal dato, si bien es relevante, no es determinante en la imposición de la pena, es decir, que no es necesario probar la relación causal entre el vertido, por ejemplo, y la muerte de los peces. Lo que determina si la conducta es típica o no, es que el vertido haya tenido la suficiente entidad para poner en peligro la vida de las especies naturales.

#### b) *Tipos agravados*

El nuevo artículo 326 contempla los tipos agravados del tipo básico ya estudiado. Como hemos señalado anteriormente también se establece como circunstancia agravante de la pena impuesta en el artículo 325, el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Por eso ahora nos ceñiremos a los distintos subtipos agravados del artículo 326.

a') Conductas clandestinas de desobediencia u obstaculizadoras

En este caso, la pena superior en grado se aplicará a aquellas empresas o industrias que, o bien funcionen clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o bien hubieran desobedecido órdenes expresas de la Administración, de corrección o suspensión de las actividades recogidas en el tipo básico; o bien hayan falseado u ocultado información sobre aspectos medioambientales de su actividad; o bien hayan obstaculizado la labor inspectora de la Administración. Como se ve, lo que se sanciona es la actitud renuente de la empresa ante la actividad que la Administración está llamada a cumplir, y por ello lo que se sanciona es el funcionamiento ilegal de la empresa, bien por ser clandestino, desobediente, falso u obstaculizador. Tales actuaciones eran contempladas también como subtipos agravados en el artículo 347 bis.

b') Riesgo de deterioro irreversible o catastrófico

Una vez más, lo que determina la aparición de este subtipo agravado es un elemento valorativo, el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, por lo que lo relevante, en última instancia, es la interpretación judicial. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990 se realiza un estudio pormenorizado a cuyo contenido nos remitimos, siendo la conclusión de dicha doctrina que el riesgo de deterioro irreversible o catastrófico no debe ser entendido de manera literal, pues se vaciaría el tipo penal, ya que, dados los avances técnicos y científicos es difícil encontrar casos de irreversibilidad.

c') Extracción ilegal de aguas en período de sequía

Este es un subtipo agravado novedoso en la regulación del delito ecológico, ya que esta modalidad no aparecía recogida ni tan siquiera en el Proyecto de Código Penal de 1992, antecedente más cercano a nuestro nuevo Código Penal. Como hemos indicado anteriormente, con esta modalidad agravatoria se da carta de natu-

raleza a una realidad evidente de nuestro tiempo, como es la sequía. Es la modalidad agravatoria que se deriva de las captaciones de agua que se recogen en el tipo básico. Así, cuando dicha captación de agua se produce en un lugar y durante un período de restricción, dicha captación de agua sería encuadrable dentro de esta modalidad o subtipo agravado.

Para concluir este apartado debemos hacer mención a que en los tipos agravados debe concurrir todos los elementos del tipo básico ya estudiados.

### c) *Sujeto activo del delito*

El sujeto activo del delito es aquel que realiza la conducta típica. El problema nace cuando dicho autor, es una persona jurídica, ya que ninguno se planteará cuando autor es una persona física. En la mayoría de los casos la conducta contaminante nace de la actuación de una empresa y, en tal caso, ¿a quién debe imputarse tal conducta?, ¿sobre quién recaería la responsabilidad criminal?, dado que en el sistema clásico penal español rige el principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, tal aforismo ha sido rechazado tanto por la doctrina, como por el legislador, ya que desde el punto de vista de éste, ya el actual Código Penal en su artículo 15 bis, zanjó la polémica, y de manera idéntica lo hace el artículo 31 del nuevo Código Penal publicado por Ley Orgánica 10/95, al decir que «el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona física, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Por lo tanto, sería imputable la conducta típica a aquellos directivos de la empresa sobre cuya responsabilidad recaiga la actuación contaminante y la decisión sobre su realización o no. Ya que en estos últimos casos nos encontraríamos ante una autoría de comisión por comisión, que el Tribunal Supremo admitió en cargos directivos de la empresa, en su Sentencia de 30 de noviembre de 1990.

d) *Nuevos tipos penales*

a') Capítulo 3.º del Título XVI

Dentro de este Capítulo ya hemos estudiado el tipo básico y los tipos agravados que el nuevo Código Penal recoge en relación con el delito ecológico (arts. 325, 326 y 331). Pero en este Capítulo también se recogen tipologías novedosas que son las siguientes:

— Artículo 328: En este artículo se recoge una nueva modalidad atentatoria contra el medio ambiente y cuya tipificación era de todo punto necesaria. Este artículo sanciona el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos, o residuos sólidos o líquidos, que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas.

Esta modalidad de delito ecológico también podrá tener entrada en el artículo 347 bis, a través del vertido previsto en el mismo, pero tras su tipificación expresa se salva el principio de la seguridad jurídica. Para la aparición de esta figura delictiva se precisa la existencia de un depósito o vertedero, cuyo contenido sea considerado tóxico o peligroso, a ello hay que añadir, dada la existencia de la conjunción copulativa «y», que dichos residuos puedan perjudicar gravemente los sistemas naturales. Una vez más aparecen elementos normativos y valorativos en el tipo. El elemento normativo se determinará por la infracción de leyes o disposiciones generales que regulen el control de los depósitos o vertederos, y también por la infracción de las disposiciones que califiquen a los residuos como tóxicos o peligrosos. El elemento valorativo se desprende de que los referidos depósitos o vertederos deben tener capacidad para perjudicar gravemente los sistemas naturales.

Este tipo de delito será aplicable en aquellas zonas del territorio, que se vean afectadas por los denominados «suelos contaminados», como es el caso del ámbito territorial del País Vasco muy afectado por este tipo de conductas.

— Artículo 329: En este artículo se tipifica una figura encuadrable dentro de la prevaricación, y por tanto, a nuestro modo de ver, la figura delictiva del artículo 329, tendría una naturaleza híbrida, al proteger tanto el Medio Ambiente como el correcto funcionamiento de la Administración.

Este delito sería encuadrable dentro de los denominados «delitos de propia mano», ya que únicamente pueden ser sujeto activo de este delito las Autoridades o los funcionarios.

En lo que atañe a la culpabilidad del agente, es de destacar, la utilización de la expresión «a sabiendas», ya que esta expresión, determina la imposibilidad de apreciar una comisión imprudente, limitándose la tipicidad a aquellos casos en que la conducta de la Autoridad o funcionario constituye un actuar doloso.

De un lado se sancionará a la Autoridad o funcionario, que a sabiendas informe favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, recogidos en los artículos 325 y 326. Y también sanciona a la Autoridad o funcionario, que en el cumplimiento de su labor inspectora, silencie la infracción de disposiciones legales protectoras del medio ambiente. Por último, también se sanciona a la Autoridad o funcionario público, que por sí, o como miembro de una corporación hubiesen resuelto o votado favorablemente en la concesión de licencias administrativas, relativas a las conductas de los artículos 325 y 326; tal inciso no se recoge expresamente, pero dada la remisión efectuada por el párrafo 1.º, entendemos que la referida remisión, también existe en este segundo párrafo, aunque de manera tácita.

— Artículo 330: Si algo denota la existencia de una sociedad evolucionada, es que ésta tenga conciencia del entorno ecológico que la sustenta y de que el mismo debe ser protegido contra cualquier ataque que pudiera recibir. Por otro lado, cada entorno natural tiene un biotipo propio y característico, que delimita su ámbito y naturaleza. Para salvaguardar entornos naturales característicos, el Estado delimita estos espacios y guarda los mismos mediante una legislación especialmente protectora, sobre todo en el ámbito administrativo. Hasta la publicación del Código Penal de 1995, estos espacios naturales especialmente protegidos, sólo gozaban de protección penal, a través del delito previsto en el artículo 347 bis del Código Penal y siempre que se produjera en el entorno natural alguna de las conductas sancionadas en dicho tipo. El nuevo artículo 330 viene a proteger los espacios naturales protegidos, cuando se produzca un grave daño en aquellos elementos de la naturaleza que hayan servido para calificarlo como tal. Obsérvese que nada delimita la acción típica de este artículo, por lo

que entrará en aplicación, a través de cualquier conducta, tanto activa como omisiva, siempre que la misma suponga un ataque a esos elementos naturales especialmente protegidas.

#### b') Capítulo IV del Título XVI

Este Capítulo contempla los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna. Con anterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 10/95, las conductas que se tipifican en el presente capítulo, sólo tenían como vía de sanción las disposiciones establecidas en leyes penales especiales, como la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, la Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre represión de la pesca con explosivos o sustancias venenosas o corrosivas, o la Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial. En concreto, los artículos 334, 335, 336 y 337, son los artículos que tipifican conductas relacionadas con la caza y la pesca, del siguiente modo:

— El artículo 334 sanciona la caza o la pesca de especies amenazadas, o la realización de cualquier otra actividad tendente a impedir o dificultar, verbos típicos de la conducta, la reproducción y migración de tales especies, así como también el tráfico de las mismas o de sus restos. Se introduce también en este artículo el elemento normativo al exigir la infracción de leyes o disposiciones generales protectoras de fauna silvestre. Las conductas anteriores se agravan cuando recaigan sobre especies en vías de extinción.

— El tipo del artículo 335 es mucho más genérico, ya que se refiere a todo tipo de especies, y siempre que la caza o la pesca se realice con infracción de las leyes administrativas reguladoras de tales actividades.

— El artículo 336 tipifica la caza y la pesca a través de medios o sistemas especialmente destructivos de la fauna y la pesca, agravándose la conducta cuando el daño producido a través de dichos medios sea de notoria importancia.

— Por último, el artículo 337 establece una pena común a los tres artículos anteriores y consistente en la inhabilitación especial para el ejercicio de la caza y la pesca.

Además de estos artículos relativos a la caza y la pesca, el legislador ha previsto otras conductas sancionables penalmente y cuyo objetivo es proteger tanto la flora como la fauna.

— Así, el artículo 334 sanciona conductas consistentes en cortes, talas, quemas, arranques, recolecciones o tráfico ilegal de la flora amenazada, destruyendo o alterando gravemente su hábitat.

— Y el artículo 335 califica como delito la conducta de quien para alterar el equilibrio biológico de una determinada zona, introduce o libera en las mismas, especies de flora o fauna no autóctonas, contraviniendo las disposiciones generales protectoras de dicha flora y fauna.

#### c') Capítulo V del Título XVI

En este último Capítulo se recogen una serie de disposiciones comunes a los Capítulos anteriores, en el que es posible entrever la voluntad del legislador de atender preponderadamente a la protección de los espacios naturales protegidos. Así, según el artículo 338, todas las conductas anteriores serán sancionadas con la pena superior en grado cuando ataquen a espacios naturales protegidos. También el legislador ha previsto la adopción de medidas cautelares por parte de los Jueces y Tribunales y a cargo del sujeto activo del delito, directamente encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado (art. 339). Del mismo modo, cuando el sujeto activo repare voluntariamente el daño producido, se prevé la aplicación de la pena inferior en grado (art. 340).

#### d) Conclusiones

La Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, viene a completar el ámbito penal de protección al medio ambiente. Junto al delito ecológico, en su modalidad básica y agravada, y que en esencia no se diferencia de la regulación del artículo 347 bis, se recogen nuevas modalidades delictivas, que han supuesto una importante innovación, y que es muestra del compromiso de la sociedad en la defensa y protección del medio ambiente, mandato directamente derivado del artícu-

lo 45 de la Constitución de 1978. Para terminar, nada mejor que una cita de Paul Dupuy, que cita Cándido Conde Pumpido: «La tierra es vieja y está amenazada. Constituye el máximo recurso de la Humanidad compartida por todos los pueblos. Ha llegado la hora de que todos hagamos lo posible por preservarla.» (Bilbao. Fiscales señores Sola Ibarra y Coteló López.)

#### K) MORA DEL ASEGURADOR Y CONSIGNACION EN LA CIRCULACION DE VEHICULOS A MOTOR

a) Una de las materias, que dentro del campo del seguro, ha suscitado mayor interés en los últimos años, tanto en los pronunciamientos de los Tribunales, como en los estudios y comentarios de los profesionales del Derecho ha sido, sin duda, la referida al recargo por mora del asegurador, y en concreto, a su regulación legal, contenida en el artículo 20 de la Ley 50/80 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Resultaría por tanto redundante, incidir nuevamente en la totalidad de los aspectos que la cuestión plantea —los cuales han sido ampliamente debatidos doctrinalmente y tratados en múltiples resoluciones judiciales—, máxime cuando la discusión sobre la mayor parte de ellos ha resultado definitivamente zanjada con la nueva regulación introducida por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que además de derogar la polémica Disposición Adicional Tercera de la Ley 3/89 de 21 de junio y de dar una nueva redacción al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, modifica sustancialmente la antigua Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, sustituyendo también su anterior denominación por la de Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, a la vez que introduce en ésta una disposición adicional reguladora de la mora del asegurador en el seguro de responsabilidad civil, para la cobertura de daños personales y materiales con motivo de la circulación.

De este modo, han quedado resueltos la mayor parte de los extremos que la anterior e imprecisa regulación legal provocaba, comprendiéndose entre ellos, el relativo a la hipótesis de la aplica-

ción retroactiva de la norma la disyuntiva acerca de su exclusiva vigencia en el proceso civil, o también en el penal; el carácter resarcitorio o penitencial de los intereses; la determinación de la fecha inicial del cómputo de éstos; su aplicación de oficio o mediante petición de parte; la posibilidad de su acumulación a los intereses de los artículos 1.108 del Código Civil y 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil..., etc.

Sin embargo, existen otros distintos, que no obstante haber sido apuntados por algunos comentaristas, no han suscitado empeño, el necesario debate que posibilite la solución de los problemas que en su práctica la aplicación de la norma acarrea, y que al igual que se producían en la normativa derogada, afectan también a la vigente, sobre todo cuando se trata de afrontar su análisis desde una óptica que huya de cualquier planteamiento teórico o doctrinal, y que persiga la obtención de recursos jurídicos con los que dar respuesta a los variados episodios que la casuística procesal procura.

Dentro de dicho planteamiento, tiene su encaje la cuestión central de este trabajo, que es precisamente la referida a la consignación judicial de las indemnizaciones debidas por el asegurador, y los efectos que el incumplimiento de tal conducta conlleva, aspectos éstos que han originado una considerable disparidad en las resoluciones de los Tribunales.

Ahora bien, para que pueda iniciarse el examen del tema propuesto, aparece como necesario antecedente del mismo, un estudio —aún superficial— de la nueva normativa, puesto que las conclusiones a que pudiera llegarse, dependerán en gran medida de la concreta interpretación de sus preceptos, y del alcance y contenido, que haya reconocido la Jurisprudencia a las materias afectadas por la reforma.

b) La Ley 30/95, en su Disposición Adicional Sexta, al dar una nueva redacción al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, comienza por acotar el elemento subjetivo de la eficacia de la mora del asegurador, suprimiendo la discusión doctrinal acerca de la posibilidad de que la indemnización de daños y perjuicios por razón de aquélla —como expresión del principio general contenido en el art. 1.101 del CC—, quede o no limitada exclusivamente a quienes han sido parte en la relación obligacional que origina el Contrato de Seguro.

La nueva disposición define de forma explícita la eficacia subjetiva de la mora del asegurador, incluyendo con carácter general a aquéllos que son parte en el contrato: tomador o asegurado, y con carácter particular, al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, y al beneficiario en el seguro de vida.

Ha de hacerse notar, que dicho precepto, al indicar que afectará —entre otros— al asegurado, comprende en él a sujetos que no siendo al menos en principio, parte en el contrato, gozan de tal protección en base a un seguro como el denominado seguro de ocupantes, que como modalidad del seguro de accidentes, es de suscripción frecuente en el ámbito de la circulación.

Ello es así, en cuanto beneficiario de un seguro de ocupantes puede serlo el propio tomador (parte en el contrato), pero también el asegurado, que puede coincidir con el tomador, o puede ser simplemente un tercero al que alcanza tal condición por el simple hecho de viajar en un vehículo, sin que esa circunstancia, como es obvio, implique su carácter de partícipe en el contrato de seguro.

Partiendo del hecho de que el seguro de ocupantes es un seguro voluntario de accidentes, que posee la configuración propia de un seguro personal —y que conserva plena sustantividad e independencia frente a cualquier otra modalidad de seguro, y en particular frente al seguro de responsabilidad civil cuando ésta surge con motivo de un accidente—, habrá que convenir, en que la cualidad de asegurado afecta no sólo a ciertas personas no cubiertas por el seguro voluntario de responsabilidad civil (conforme a las exclusiones pactadas en el clausulado de la póliza correspondiente, y que en la práctica se centra en los familiares del conductor), sino también a cualesquiera otras personas que, careciendo de la citada vinculación parental, viajen en el vehículo, puesto que es un seguro por cuenta ajena, que protege contra los accidentes que sufra no sólo el contratante, sino el grupo de personas designadas por éste, y que por tal motivo ostentan la condición de asegurados.

Mas en este punto, se plantea la ausencia en el precepto comentado de mención alguna a otros terceros, que sin ser parte en el contrato ni asegurados (como beneficiarios de una estipulación en su favor) provocan la controversia relativa a la posibilidad de que a tenor del nuevo artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, les sea o no de aplicación el régimen de la mora instaurado por

el citado artículo, integrándose tal grupo, por los herederos legales del asegurado (ocupante), cuando lo acaecido sea la muerte de éste.

En tal caso, al no ser los herederos, ni tomadores ni asegurados, ni tampoco terceros perjudicados en el seguro de responsabilidad civil —puesto que el seguro de ocupantes es una categoría del seguro de accidentes—, ni beneficiarios de un seguro de vida, y dados los términos categóricos y taxativos del artículo 20, no resultarán por tanto afectados por las previsiones del precepto, de modo que el régimen de la mora así instaurado, no les será de aplicación, sin perjuicio de que rija con respecto a ellos, la disposición genérica establecida en el artículo 1.100 del Código Civil, siendo por tanto preciso para que pueda incurrir en mora el asegurador, la intimación del acreedor al cumplimiento de la obligación constituida.

Otro de los aspectos afectados por la reforma, es el relativo a la extensión objetiva de la indemnización de daños y perjuicios por mora, que abarca no sólo a la que corresponda mediante pago, sino también a la obligación que consista en la reparación o reposición del objeto siniestrado, así como a la mora en el pago del importe mínimo que a tenor del artículo 18 de la Ley de Contrato de Seguro proceda abonar, resultando tal precepto armonizado con el número 3.º del nuevo artículo 20, en el que se establece un doble plazo para entender que el asegurador ha incurrido en mora, señalándose con carácter general el del transcurso de tres meses, y con respecto al abono del importe mínimo, el de cuarenta días.

Por otra parte, se da finalmente respuesta a una de las cuestiones que mayor polémica había suscitado, cual es la de la aplicación del recargo, de oficio por los Tribunales o bien previa petición del acreedor, que había sido planteada ante el Tribunal Constitucional —el cual no había llegado a pronunciarse sobre ella, al considerarla materia propia de legalidad ordinaria, sin relevancia constitucional—, zanjándose definitivamente con la reforma tal extremo, al sancionar su imposición de oficio, y considerar por tanto, que el citado recargo no se halla sometido al principio dispositivo o de rogación que rige el ejercicio de acciones en el campo del derecho privado.

La cuantía del recargo por mora, así como los términos inicial y final de su devengo, son otros de los puntos modificados con la

nueva redacción del artículo 20, determinando la citada cuantía por referencia al interés legal del dinero incrementado en un 50 por ciento, y manteniendo no obstante el interés del 20 por ciento, en aquellos supuestos en los cuales transcurran dos años desde la fecha de producción del siniestro.

Aún habiéndose reducido sensiblemente el interés, con respecto a la anterior regulación, no por ello puede dejar de considerarse dicho recargo como una cláusula penal o multa penitencial, tal y como lo ha venido considerando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, apartándose en este sentido de la confusa conceptualización del mismo realizada por el Tribunal Constitucional, que en su trascendental Sentencia sobre la materia, 5/93 de 14 de enero, lo califica en su Fundamento Jurídico Segundo, como un «interés especial de demora», a la vez que lo incluye en la categoría de los «intereses-sanción», para volver en el Fundamento Jurídico Tercero a declarar el carácter meramente resarcitorio del mismo.

c) Junto al nuevo contenido del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, añade una disposición adicional que agrega una serie de peculiaridades a incorporar a la regla general de la mora del asegurador establecida en el artículo mentado, si bien acotando la vigencia de este particular régimen, al campo del seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes, con motivo de la circulación.

Quiere ello decir, que sólo en ese tipo de seguro tendrán virtualidad las prescripciones contenidas en la ya citada disposición adicional, de modo que cualquier otro seguro de naturaleza diversa al de responsabilidad civil, no se encontrará sometido a la regulación que en aquélla se contiene.

No obstante, la particularidad más sobresaliente de esta norma, es la referida a la posibilidad de la consignación judicial de las indemnizaciones a abonar por el asegurador, mereciendo tal extremo un estudio más detenido, en cuanto que las incidencias derivadas de tal actuación, han sugerido en la práctica —y vigente la actualmente derogada Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio—, la multiplicidad de interpretaciones a las que se ha dado lugar en las distintas resoluciones judiciales.

d) El punto de partida acerca de la finalidad que ha perseguido el legislador al regular la consignación judicial, es el relativo a la indagación sobre su naturaleza jurídica, esto es, si la consignación tiene un carácter estrictamente *cautelar*, o si por el contrario es *liberatoria*, y por tanto, una modalidad de pago, cuya regulación se contiene en el artículo 1.176 y siguientes del Código Civil.

La primera de las posiciones reflejadas anteriormente, supondría aceptar, que la norma trata de arbitrar un mecanismo tendente a estimular la diligente actuación de la entidad aseguradora, obligando a ésta a desechar la posibilidad de una actuación dilatoria y entorpecedora en el proceso judicial, puesto que el desembolso de la cantidad consignada y su correlativa imposibilidad de disposición, se convertirían así en un incentivo para procurar la pronta liquidación del siniestro.

La segunda, por el contrario, además de lo anterior, implica el pago anticipado de una obligación, como manifestación del régimen genérico de la consignación establecido en el Código Civil, y que se halla previsto en el ordenamiento jurídico como vía para el pago de obligaciones, cuando el acreedor se niega a cobrar.

A la dificultad para determinar cual sea la naturaleza de esta consignación, ha contribuido la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional, que en una confusa redacción de su último fundamento jurídico, alude al fin de la consignación como un medio para procurar «...la pronta y rápida liquidación de los daños...» —con lo que implícitamente da a entender que la cantidad consignada en el Juzgado debe ser inmediatamente entregada al perjudicado—, y a la vez razona la ausencia de lesión al principio de tutela judicial efectiva de los aseguradores, ni siquiera en el supuesto de que «...la sentencia condenase en cuantía inferior a la consignada *cauteladamente*...».

De admitirse uno u otro principio, las consecuencias procesales pueden ser diametralmente opuestas, y no obstante existir argumentos en favor de ambas, lo cierto es que la disparidad de resoluciones dictadas al respecto, propicia una indeseable quiebra del principio de igualdad, en cuanto se otorga un tratamiento diferenciado a supuestos de hecho idénticos.

Los argumentos en favor de la *consignación liberatoria* y, por tanto con efectividad para cancelar la obligación constituida, pueden relacionarse del modo siguiente:

En primer término, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/93 de 14 de enero, a cuyo tenor «...la obligación resarcitoria *no nace de la sentencia y ésta última únicamente determinará el importe finalmente acreditado...*»; con lo que el intérprete constitucional, afirma que la obligación surge cuando se produce el siniestro, y no cuando una resolución judicial (sentencia), declara la existencia de aquélla y fija además la concreta cuantía de la prestación en que la obligación consiste, siendo éste el criterio que también sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994, al hacerse eco de la doctrina constitucional sobre este punto.

En segundo término, se defiende el carácter de la consignación como una modalidad del pago, porque comprendiendo la disposición adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tanto la consignación de la indemnización, como la satisfacción de su importe directamente al perjudicado, este principio presume la existencia de una negativa del acreedor a percibir aquella cantidad, arbitrando con ello un medio para que el deudor pueda liberarse del abono del recargo por demora.

En tercer lugar, se aduce, que de entender la consignación como cautelar, se originaría un injustificado enriquecimiento del Tesoro Público, puesto que al sancionar el artículo 8 del Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, que los intereses que liquide la entidad bancaria en las cuentas de depósitos y consignaciones de los órganos judiciales, deben abonarse a aquél, resultaría privado el acreedor de unos ingresos que pueden ser cuantiosos en función de la duración del pleito, quedando solventado tal obstáculo a través de la entrega inmediata por el órgano judicial al perjudicado de la cantidad consignada, sin esperar a la conclusión del proceso.

Un argumento más en favor de la consignación liberatoria, lo prestan las Sentencias del Tribunal Constitucional 252/1993; 256/1993 y 262/1993, que obvian la norma general de que la consignación del artículo 1.176 del Código Civil requiere que la obligación sea líquida —lo cual no acontecerá en los casos de resultados lesivos en que se alcance la sanidad en tiempo superior a los tres meses—, señalando que al asegurador le es exigible, como obligado, una actuación diligente para determinar pericialmente la cuantía

del daño, de modo que la inicial liquidez, no le impedirá la consignación en el plazo exigido del importe de la tasación.

Por otra parte, tampoco es obstáculo para los defensores de ésta tesis, el hecho de que la cantidad consignada sea inferior a la que definitivamente establezca la sentencia, puesto que la interpretación del artículo 1.180 del Código Civil, admite la posibilidad de que el Juez mande cancelar parcialmente la obligación, ya que el acreedor puede aceptar lo consignado con la reserva de hacerlo en concepto de pago parcial y a cuenta del total debido.

Por último, desde el punto de vista de la protección social, se estima que en definitiva lo que ha pretendido el legislador, inicialmente con la Disposición Adicional Tercera, ahora derogada, y más tarde con la disposición adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, no es otra cosa que procurar la inmediata indemnidad de la víctima, tratando que la misma sea indemnizada con celeridad, acudiendo al mecanismo de la consignación de la cantidad debida, para su entrega al perjudicado, antes incluso de la terminación del proceso judicial.

Frente a los anteriores razonamientos, no faltan tampoco argumentos en los que sustentar la condición simplemente momento en que una sentencia reconozca y declare su existencia, difícilmente puede emplearse una particular modalidad de pago como lo es la consignación, para cancelar una obligación que aún carece de eficacia y virtualidad.

Por otra parte, y frente a la tesis de la consignación liberatoria que sostiene que la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, arbitra un sistema dirigido a posibilitar la liberación del deudor cuando el acreedor se niega a recibir el pago, se puede replicar, que dicho sistema sería innecesario y redundante, en cuanto que la posibilidad de consignar cantidades cuando el acreedor se niega a admitir el ofrecimiento de pago, es una facultad que con carácter general reconoce el ordenamiento jurídico —en concreto en el art. 1.176 y ss. del CC—, y por tanto no es preciso que otra norma reitere para un caso singular cual es la responsabilidad civil derivada de un hecho de la circulación, un principio de universal aplicación.

Asimismo, y ante la alegación de que la consignación cautelar puede originar un injustificado enriquecimiento del Tesoro Públi-

co, al abonarse al mismo los intereses que generan las cuentas de consignaciones judiciales, cabe contestar, que en el supuesto de entender la consignación como liberatoria, tampoco se evitaría ese enriquecimiento, ya que es posible que hecho el ofrecimiento de pago por el Juzgado al acreedor, éste se niegue a admitirlo, con lo que el importe de la indemnización seguiría depositado en la cuenta de consignaciones judiciales sin beneficio alguno para el perjudicado.

e) Los efectos de una u otra clase de consignación resultan ser completamente distintos, aplicándose así un régimen diverso en cada caso.

De estimarse como liberatoria la consignación, el régimen a aplicar será sin duda el establecido en el artículo 1.176 del Código Civil, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Quiere ello decir, que al ser la consignación una vía que el ordenamiento jurídico prevé para el pago de obligaciones, entre otros casos, cuando el acreedor rechaza cobrar, será precisa una oferta de pago fracasada, es decir rehusada por el acreedor, puesto que sin ella la consignación no es válida.

Dicha oferta, aunque no requiera forma alguna, tendrá que ser probada por el deudor cuando la alegue frente al acreedor; y para que la consignación produzca todos sus efectos, es decir la cancelación de la obligación y consiguiente liberación del deudor, deberá de hacerse aquella de forma incondicional, en el momento oportuno, y habrá de ser íntegra e idéntica a la que constituya el objeto de la obligación, así como líquida; requisitos éstos últimos que difícilmente pueden concurrir en la consignación a la que se refiere la disposición adicional tantas veces mencionada, aún cuando el Tribunal Constitucional haya devaluado la exigencia de algunos de ellos.

La aplicación de los anteriores principios al tema objeto de estudio, supone que la compañía aseguradora, debería de efectuar un previo ofrecimiento de pago a la víctima del hecho de la circulación, y en caso de que ésta se negare a admitir el pago, y acreditando la existencia del mismo (art. 1.178 del CC), podría ya aquélla consignar la cantidad ofrecida ante el Juzgado, para que éste la ofreciera a su vez al acreedor, y en caso de ser rehusada, se pronunciara acerca de si la consignación estaba o no bien hecha, con los efectos inherentes a dicha declaración.

Pero es que además, para que la consignación libere al obligado, el artículo 1.177 del Código Civil, requiere que ésta sea anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación, siendo ésta expresión lo suficientemente amplia para incluir a codeudores, coacreedores, fiadores, acreedores del acreedor, etc.

Tal planteamiento implica que en la práctica, el ofrecimiento del asegurador al perjudicado, deba ser previamente anunciado al conductor del vehículo que se presume causante del daño, ya que éste es un deudor solidario junto con el asegurador de la indemnización debida por razón del perjuicio originado.

Por lo que afecta al procedimiento aplicable para llevar a cabo la consignación liberatoria, debe distinguirse entre la actuación en la vía civil o en la vía penal, tramitándose en el primer caso a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, y en el segundo, en la correspondiente pieza separada. De modo que para que pueda cancelarse la obligación mediante la consignación, es preciso que el acreedor la acepte cuando le es ofrecida por el Juzgado, o en caso de que no la acepte y no exista oposición por su parte, la declare el Juez bien hecha mediante auto. Existiendo oposición, habrá de volverse contencioso el expediente, conforme al artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la vía penal, la oposición del acreedor determinará la continuación del procedimiento hasta que la sentencia definitiva se pronuncie sobre la responsabilidad civil del penado.

En ambos casos, la cantidad depositada en al Juzgado rendirá intereses en favor del Tesoro Público, y por lo tanto sin beneficio ni para el asegurador ni para el perjudicado, con lo que en la práctica la diferencia entre los dos tipos de consignación señalados: liberatoria o cautelar, resultará más aparente que real.

Es evidente por lo expuesto más arriba, que existen suficientes argumentos en favor de una u otra opción, más sin embargo, presenta mayor dificultad sostener la tesis de la consignación como medio de pago, pues no puede olvidarse que a una determinada institución jurídica le debe ser aplicable su régimen normativo en bloque, y cuando como ocurre en el presente caso, en que la excepción a la norma es habitual —piénsese en la excepción a la liquidez de la obligación, al vencimiento, o incluso a la posibilidad de retirar el deudor la cantidad consignada que postula el artículo 1.180 del Código Civil que desde luego no parece

armonizar con el principio inspirador de la disposición adicional—, habrá de concluirse que se está en presencia de una figura distinta, que en éste caso se materializa en un simple depósito cautelar en un Juzgado, con una finalidad disuasoria para el asegurador, de actividades procesales tendentes a la dilación y al entorpecimiento en la resolución del conflicto planteado ante el órgano judicial.

En definitiva, la cuestión principal que late en todo este planteamiento no es otra que la de dar respuesta a determinadas situaciones que producen consecuencias injustas, como que la entrega de cantidades millonarias por los aseguradores, no produzcan ningún beneficio ni a éstos, ni a los perjudicados, lucrándose con ello el Tesoro Público y, por supuesto, la entidad bancaria que en exclusiva es depositaria de las cuentas de consignaciones judiciales, lo que justifica que se haya tratado de superar tan inaceptable y abusiva situación, acudiendo al argumento de la consignación como medio de pago, para procurar una entrega inmediata del dinero a la víctima, reduciendo así el tiempo en que tal cantidad permanece a disposición de la entidad bancaria. Sería preciso en éste punto, una revisión de la actual normativa que evite el perjuicio económico para la víctima, cuando la duración del procedimiento judicial delimita un período de tiempo prolongado entre la consignación y la efectiva percepción por el perjudicado, que debe soportar los efectos de la disminución del valor de la cantidad inicialmente depositada. (Zamora.)

#### L) LA GUARDA, EL ACOGIMIENTO Y LA ADOPCION EN LA LEY ORGANICA 1/96

Deseamos aprovechar esta Memoria para analizar, en unas notas, las modificaciones que la Ley Orgánica 1/96 realiza en el Código Civil modificado a su vez por la Ley 21/87. Sobre la figura del desamparo, y las instituciones de la tutela, guarda, acogimiento y adopción, se han realizado algunos cambios, que en determinados casos van a dar lugar a la polémica, al desdibujar instituciones como el acogimiento y al crear con este nombre nuevos modos de ejercicio de la guarda. Veamos brevemente algunas consideraciones:

a) *Con respecto al desamparo y la tutela «ex lege»*

a') De Derecho material

Reguladas en el artículo 18, establece la obligación para la Administración, a través de la entidad pública, de actuar conforme al artículo 172 y siguientes del Código Civil cuando considere que el menor se encuentra en situación de *desamparo*, asumiendo su *tutela* y notificándolo al Ministerio Fiscal.

El desarrollo de este enunciado lleva a cabo en la Disposición Final 5.<sup>a</sup>, que realiza una nueva redacción del artículo 172 del Código Civil.

Aparece como previa la *constatación* de la situación de desamparo del menor. En efecto, la expresión «cuando constate» adquiere relieve, en cuanto que debe haber una previa investigación —por somera que ésta sea a la vista de las particulares circunstancias que puedan producirse, como puede ser un inminente peligro de muerte, necesidad de una intervención quirúrgica sin poder acudir a los padres, etc.— de la que se deriva la consecuencia de atribuir a la entidad pública la *tutela por ministerio de la ley*. Seguidamente dicha constatación y tutela *ex lege* impone tres obligaciones a la entidad pública:

— Adoptar las medidas necesarias para su *guarda*.

— Poner la decisión en conocimiento del Ministerio Fiscal.

— Notificar la situación en 48 horas a los padres, tutores y guardadores, añadiendo que esto debe hacerse de modo comprensible y claro sobre las causas que han hecho intervenir a la Administración y los efectos que produce. La notificación ha de ser, si es posible, de modo presencial.

— Por el contrario, el artículo 260 con la redacción dada por la presente ley, exime a la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley o la desempeñe por resolución judicial de la obligación de prestar fianza.

Estos requisitos, novedosos en la presente ley con respecto a la regulación anterior, otorgan las mayores garantías a las personas que se vean afectadas por la decisión de la Administración. Cabría

reclamar, junto a la información sobre las causas y efectos de la tutela, que se informara también de las posibilidades de impugnación, o al menos la posibilidad de acudir al Ministerio Fiscal a los mismos fines. Algo que, por otra parte, ya se viene haciendo en algunas Fiscalías, como la de Madrid.

El primero de los requisitos expresados supone el ejercicio de la *guarda forzosa*, que al igual que la guarda voluntaria, se realiza mediante el *acogimiento familiar o residencial*, del modo definido en el número 3 de este mismo artículo y del que hablaremos más adelante.

La definición del *desamparo*, permanece inalterable con respecto a la regulación actual.

Ahora bien, la actual redacción del precepto del Código Civil, establece una novedad muy importante que viene a resolver múltiples problemas suscitados con la anterior redacción al establecer taxativamente que la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo *la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*, dejando válidos los actos beneficiosos para el menor, de contenido patrimonial que realicen los padres o el tutor.

Así pues, la declaración de la administración, con efectos civiles, del desamparo, produce la suspensión de la patria potestad o tutela. Tiene gran trascendencia esta regulación, ya que la nueva ley lleva al Código Civil lo que se producía de *facto* al decretarse el desamparo y asumir la entidad pública la tutela automática. Este efecto está sometido al control jurisdiccional a través de la impugnación de la tutela asumida.

#### b') De Derecho procesal

La disposición adicional primera establece que se tramitarán por las normas de la jurisdicción voluntaria las actuaciones que se sigan:

— Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

— Las reclamaciones que se formulen frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela.

Además, en esta materia los recursos sólo se admitirán con el efecto devolutivo.

También se elimina la necesidad de reclamación administrativa previa, como ya se dijo más arriba —no podía ser de otro modo habida cuenta la naturaleza civil de los actos de la Entidad Pública en estos temas—, por lo que establece el artículo 172.6 del Código Civil, en las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela.

Viene esta regulación a eliminar los problemas suscitados en algunos órganos jurisdiccionales, y parece que de modo definitivo, aunque subsista la incertidumbre respecto a si la oposición convierte expediente en contencioso. En efecto, la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la presente Ley Orgánica 1/96, parece concluyente en cuanto a que la oposición se ventilará en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso respecto a la incapacitación, tutela ordinaria y guarda de hecho, pero para el presente caso no se argumenta expresamente. Así que, planteada la impugnación de la resolución de la administración, si la entidad pública se opone, ¿se convertiría en contencioso el expediente? Parece fuera de toda lógica que así ocurriera, pues desnaturalizaría la intención del legislador, pero no obstante llamamos la atención sobre la deficiente regulación vigente que mantiene las dudas que suscitaba el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresivo para la adopción y el acogimiento, pero confuso para los supuestos de *tutela* y *desamparo*.

## GUARDA DE MENORES

### a) *De Derecho material*

Regula el artículo 12 los tres supuestos de guarda que ya estaban contemplados en la anterior redacción del Código Civil de la Ley 21/87 y que aparecían en los números 2 y 3 del artículo 172.

#### a') *Guarda voluntaria*

La atribuye la ley a la voluntad de los padres que *no pueden cuidar al menor por circunstancias graves*. Así, pues, son dos los requisitos.

De una parte una declaración de voluntad de los padres que debe ser realizada por escrito y que debe ir acompañada por la información de cuáles siguen siendo las obligaciones respecto a los hijos, y del modo en que la entidad pública va a llevar a cabo la guarda.

No dice nada el Código si esta declaración de voluntad puede ser condicionada (por ejemplo, en cuanto al tipo de educación religiosa a dar a los niños), pero sí se puede deducir que manteniendo los padres obligaciones para con sus hijos, en este ámbito pueden condicionar el ejercicio de la guarda e, incluso, en aquellas obligaciones que van a delegar, y, en todo caso, los padres pueden retirar la solicitud de guarda si entendieran que la entidad pública no va a respetar algún valor esencial para ellos. En este caso podría surgir un conflicto, en el que el interés del menor podría determinar una declaración de desamparo. Tampoco hemos de olvidar la relación que existe entre la situación de la familia que va a solicitar una guarda porque no pueden cuidar al menor y la situación de riesgo en que puede vivir esa misma familia y que la ha llevado a tener que solicitar la guarda. Desde luego, los conceptos en esta materia están muy interrelacionados y próximos y exigen una valoración caso a caso, siempre teniendo presente el interés del menor.

Abunda el criterio de que los padres pueden establecer condicionantes a la guarda el hecho de que la entidad pública no puede, unilateralmente, modificar su ejercicio, sino que debe notificarle al Fiscal y a los propios padres, que podrán pedir en ese momento su cese.

#### b') Guarda forzosa

O consecutiva a la *tutela por ministerio de la ley* como consecuencia de una declaración de *desamparo*, y de la que ya hemos hablado.

#### c') Guarda Judicial

Corresponde a aquellos supuestos en que se atribuye la guarda a la entidad pública mediante una resolución judicial, recaída

tanto en procedimiento civil como penal en el que hayan de adoptarse medidas en interés de los menores.

Y específicamente en los supuestos:

- Del artículo 158 del Código Civil, en sus apartados 2 y 3,
- en supuestos de la Ley Orgánica 4/92,
- en el supuesto del artículo 103.1.º, último párrafo, del Código Civil, al regular la medidas provisionales de separación o divorcio y nulidad del matrimonio.

En todos estos casos, la guarda tiene el carácter que la propia resolución definitivamente dictada le haya dado, pero cabe afirmar que fundamentalmente será un criterio provisional, atendiendo al interés del menor y al conjunto de normas de protección de menores que, como se expone en la ley ahora comentada, la primacía del interés del menor sobre cualquier otro legítimo en concurrencia.

d') Disposiciones comunes a los tres tipos de guarda

— En cuanto a los criterios para llevar a cabo la guarda se atenderá al interés del menor, buscando la reinserción en la propia familia y que se mantenga la convivencia de los hermanos.

— La guarda se llevará a cabo mediante el *acogimiento familiar* o el *acogimiento residencial*. Esto es, por persona física designada por la entidad pública o por el director del centro donde reside el menor.

Sin duda, la nueva redacción de este artículo 172.3 del Código Civil ha querido solucionar los problemas ocasionados por la antigua redacción del mismo 172.3, que sólo preveía la guarda en instituciones. Sin embargo, introducir el término *acogimiento* en este precepto, lleva a confundir la regulación del acogimiento como figura única y con naturaleza definida (arts. 173 y 173 bis), con la guarda y su ejercicio (art. 172.3).

En efecto, ni en los modos de constitución, ni en los requisitos exigidos en cuanto a consentimientos, ni en el modo de cesar, elementos todos que determinan el ejercicio de la guarda, se dan en esta figura. De tal modo que parece que la Ley Orgánica 1/96, ha-

ber creado dos tipos de acogimiento. El que tratamos ahora denominado bien *acogimiento familiar* que no es sino una modalidad de la *guarda* ejercida por la persona o personas que determine la entidad pública, o bien *acogimiento residencial* también modalidad de la *guarda* cuando se ejerce por el director del centro donde está internado el menor, y *todos ellos del artículo 172.3 del Código Civil, bien distinto del acogimiento familiar regulado en los artículos 173 y 173 bis*, que presenta las características de una institución con naturaleza propia y diferenciada de la *guarda*, si bien el *acogimiento familiar preadoptivo del 173 bis.3* guarda relación con la adopción y que no participa de todos los requisitos exigidos para el *acogimiento familiar*.

Al analizar seguidamente el acogimiento, podremos comprobar lo antes indicado.

#### b) *De Derecho procesal*

La disposición adicional primera de la ley que estudiamos, establece que serán de aplicación las normas de la jurisdicción voluntaria para cualquier reclamación que surja con motivo del ejercicio por la entidad pública de sus funciones en materia de tutela y *guarda* de menores.

Es decir, que atribuida la *guarda* a la entidad pública y ejercida ésta —no debemos olvidar que contra la asunción de la *guarda* y la declaración de desamparo ya cabe la reclamación por jurisdicción voluntaria según el apartado 2.º de la Disposición Adicional Primera— a través de sus modalidades ya estudiadas de voluntaria, forzosa o judicial, cualquier reclamación debe tramitarse por la jurisdicción voluntaria.

No obstante lo anterior, la confusa redacción dada por la ley a los preceptos del *acogimiento* ya aludidos anteriormente como *residencial* y *familiar*, en cuanto tales son modalidades de la *guarda*, sí pueden producir problemas interpretativos. En efecto, la redacción del artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 21/87 establece los requisitos para la constitución y cese del *acogimiento* regulando el artículo 173 del Código Civil que, tanto en la redacción anterior de la Ley 21/87 como de esta Ley Orgánica 1/96, detalla el modo en que han de efectuarse los *acogimientos*.

Como hemos venido diciendo los mal llamados acogimientos del artículo 172.3. que no son tales, no se constituyen con las reglas del artículo 173 y, en consecuencia su constitución y cese, así como la reclamaciones sobre los mismos están regulados por la Disposición Adicional Primera a través del Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria teniendo como fondo de la cuestión a debatir la guarda acordada y el modo de llevarse a cabo y no aquellos elementos propios del acogimiento, como son los que determina el artículo 173 y el mencionado 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## EL ACOGIMIENTO

### a) *De Derecho material*

El artículo 173 del Código Civil viene redactado en lo dispuesto en la Disposición Final 6.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 96.

La redacción del citado artículo 173 del Código Civil constituye una figura con naturaleza jurídica propia distinta de la guarda y distinta de la adopción y, a nuestro juicio, distinta de los mal llamados *acogimiento familiar* y *acogimiento residencial* del artículo 172.3 y del *acogimiento familiar preadoptivo* del 173 bis 3.<sup>o</sup>

La nueva redacción de la ley establece expresamente que el acogimiento siempre se llevará a cabo por *persona física* y así distingue entre la persona o personas que sustituyen al núcleo familiar del menor o a la persona responsable del hogar funcional donde se ingresa. Esta distinción no debe confundir con lo regulado en el artículo 172.3 del Código Civil, que regula el acogimiento familiar o residencial, ya que éste, como hemos dicho reiteradamente, supone una modalidad de la guarda y no participa de la naturaleza jurídica del acogimiento.

### a) Elementos

a) *Personales*. Persona o personas que se hacen cargo del menor: Como se ha indicado anteriormente, han de ser personas físicas y, en el caso de la persona responsable del hogar funcional, pese a que no existe definición en la ley de qué se entiende por

«hogar funcional», cabe entender por la definición que realiza el número 2.6.º de este artículo que se trata de una institución de similar composición al hogar familiar, pero que no está constituido por una familia en el sentido civil del término.

La entidad pública o persona jurídica que ostentando o no la tutela o la guarda del menor debe intervenir en la formalización del acogimiento.

b) *Formales*. El acogimiento debe realizarse por escrito y en él debe figurar.

Igualmente, este artículo regula la cesación del acogimiento modificando la presente ley a la regulación anterior, la posibilidad de que el cese se produzca a *instancia de la entidad pública* (art. 173.4 4.º) cuando considere necesario el cese para salvaguardar el interés del menor.

c) *Clases*. El artículo 173 bis regula dos tipos de acogimiento: el acogimiento familiar simple y el acogimiento familiar permanente y ya hemos visto que el artículo 173.3 regula un acogimiento familiar provisional. El acogimiento familiar preadoptivo del artículo 173 bis participa a nuestro juicio más de la naturaleza jurídica de la adopción como paso previo a ésta, que de la propia del acogimiento.

a') *Acogimiento familiar provisional*. Previsto en el artículo 173.3, párrafo 2.º, tiene por objeto facilitar la incorporación del menor a la familia acogedora, o al hogar funcional en tanto se sustancia el procedimiento de jurisdicción voluntaria de acogimiento. Este supuesto se venía resolviendo en la práctica, por solicitud mediante otrosí por parte de la entidad pública del Juzgado que tramitaba el procedimiento oído el Ministerio Fiscal.

No requiere el consentimiento de los padres o tutor, pero sí el del propio menor; no cabe sino en la modalidad administrativa.

El nuevo acogimiento familiar cesará una vez recaiga la resolución judicial y como novedad la ley establece un plazo para presentar la propuesta de acogimiento de manera inmediata y, que no podrá durar más de 15 días desde que se realizaron «las diligencias oportunas y concluido el expediente». Estas diligencias entendemos que se refieren tanto a las del acogimiento a tramitar en vía judicial, como a las del presente acogimiento familiar provisional. Se justifica el plazo además de evitar demoras innecesarias una vez tramitado y valorado la necesidad del acogimiento, el que el

propio acogimiento familiar provisional puede llevarse a cabo sin los consentimientos necesarios previstos en este artículo 173 y, en consecuencia, debe contar con la autorización judicial a la mayor brevedad posible que se ha establecido en quince días.

b') *Acogimiento familiar simple.* Es el acogimiento familiar tipo y corresponde a la regulación de la Ley 21/87; tiene como fin la reinserción del menor en su propia familia o, según dice expresamente la ley, que «se adopte una medida de protección que revista el carácter más estable».

No dice la ley cual ha de ser esta medida de carácter más estable, que pudiera ser la adopción, si bien para ese supuesto parece más adecuado articular un acogimiento familiar preadoptivo.

El acogimiento familiar simple, que participa de todos los requisitos antes aludidos y, en particular, de la integración del menor en una familia o en un hogar funcional, destaca el mencionado carácter transitorio, no determinando la ley la duración de dicha situación transitoria por lo que quedará a las circunstancias en que se desarrolle el mismo de las propias del menor, su valoración. De todo ello, deberá darse cuenta al Ministerio Fiscal, bien a través de lo expresado en el documento de formalización o bien, en los informes de seguimiento elaborados durante su vigencia.

c') *Acogimiento familiar permanente.* Previsto para aquéllos casos en que la edad, u otra circunstancia del menor y su familia, así lo aconsejen. Prevé la ley que en este caso en la solicitud de acogimiento efectuada ante el Juez la entidad pública podrá solicitar que se atribuya a los acogedores aquellas facultades de tutela que facilite el empleo y su responsabilidad. Ahora bien, parece estar pensando el legislador en el acogimiento judicial, es decir aquél que ha de tramitarse ante el Juez, por lo que cabe preguntarse si en el acogimiento no judicial o administrativo que se formaliza documentalmente, cabe atribuir a los acogedores las mismas facultades de tutela, o si, en todo caso, hay que acudir al Juez.

#### b) *De Derecho procesal*

Desde este punto de vista cabe hacer una doble distinción en los acogimientos regulados en los artículos 173 y 173 bis del Código Civil.

a') *Administrativo*. Como ya se ha indicado anteriormente está regulado exhaustivamente el artículo 173.2 del Código Civil en todos sus requisitos. Queda fuera del proceso por tener tramitación administrativa.

Ahora bien, si durante la vigencia del acogimiento formalizado del modo establecido en el 173.2 se retirase alguno de los consentimientos necesarios previstos o se produjera el supuesto del 173.4, 4.º, es decir, la de elevar la propuesta de adopción del menor debiendo entenderse que es un supuesto similar al acogimiento provisional antes mencionado.

Respecto a los acogimientos familiares o residenciales del artículo 172.3 no cabe aplicar las normas del 1.828, toda vez que como ya se ha repetido hasta la saciedad, se trata de modalidades de la guarda.

En cuanto a la posibilidad de que se vuelva contencioso el expediente, posibilidad ésta que no ha quedado suficientemente aclarada en la nueva ley al subsistir exclusivamente lo dispuesto en el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para juicio verbal en los expedientes de adopción, efectuando una interpretación sistemática y en conjunto de la ley, se puede afirmar que tratándose precisamente de la oposición por falta de los consentimientos previstos en el Código Civil, lo que se ventila en este procedimiento no cabe otra solución que el considerar que en todo caso el trámite ha de ser el de la jurisdicción voluntaria.

## LA ADOPCION

### a) *La adopción*

#### a') De Derecho material

La Ley Orgánica 1/96 ha precisado la regulación de la adopción al modificar los artículos 176 y 177 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 21/87.

a") El artículo 176 se regula la *idoneidad del adoptante o adoptantes* para el ejercicio de la patria potestad.

Constituye la idoneidad una declaración de la entidad pública que se constituye en cuestión previa a que por el Juez se dicte auto acordando la adopción.

Se trata de una decisión de carácter administrativo formada en virtud de los criterios técnicos apreciados por la entidad pública para el ejercicio de la patria potestad y que debe ser emitida bien previamente al proponer la adopción ante el Juez, o en el curso del procedimiento para dicha declaración.

Como tal resolución de la Administración es susceptible de impugnación por parte de los particulares afectados conforme a lo que autoriza la Disposición Adicional 1.ª 2.ª en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que para el caso de que produzca una vez efectuada la propuesta dará lugar a un incidente con suspensión de los autos principales de la adopción.

De la redacción de la ley se desprende, por lo tanto, que debe constar una declaración de idoneidad y para el caso de que el particular no esté de acuerdo con la no declaración cabe el recurso a la jurisdicción. Ahora bien, ¿cabe por el Juez, apartarse de la declaración de idoneidad? La ley no prevé dicha posibilidad y si la declaración de idoneidad no es impugnada por ninguna de las partes en el expediente deberá tomarla como un requisito más de los requeridos para decidir sobre lo solicitado. Ahora bien, el Ministerio Fiscal, en interés del menor, sí puede impugnar la declaración de idoneidad efectuada tramitándose entonces, por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria conforme a la Disposición Adicional Segunda de esta Ley Orgánica 1/96.

b'') *Acogimiento familiar preadoptivo*: Regula el artículo 173 bis 3.º este tipo de acogimiento que como se ha indicado anteriormente no participa de naturaleza jurídica del *acogimiento* porque no se constituye ni cesa del mismo modo, ni produce los mismos efectos, ni se requieren los mismos requisitos para su tramitación.

Se establecen dos clases:

1. Que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción o *simultáneo*.

Este acogimiento se formalizará administrativamente al elevar la propuesta de adopción del menor dándose además, los siguientes requisitos:

— Que los acogedores reúnan los necesarios para adoptar.

— Que haya sido prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción.

— Que se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

Los dos primeros requisitos señalados, no presentan dificultad al tratarse de requisitos perfectamente determinados en la ley, ahora bien, plantea alguna incógnita la expresión relativa a la situación jurídica al menor en cuanto sea adecuado o no para su adopción.

En efecto. ¿Qué se entiende por *situación jurídica adecuada*? ¿La de estar en situación de desamparo y tutelado por la entidad pública? ¿el que sean desconocidos sus padres o tutores? o ¿que éstos hayan prestado su consentimiento a la adopción? El artículo 173 bis 3.º no precisa a que situación jurídica se puede referir, pero necesariamente debe referirse a los supuestos regulados en los artículos 176 y 177 que establecen los requisitos que debe reunir el menor para poder ser adoptado y, en consecuencia, habrá de referirse a dichos preceptos para valorar la situación del menor antes de constituir un *acogimiento familiar preadoptivo* que deberá contar con los mismos requisitos que el posterior procedimiento de adopción y de ahí que consideremos que la naturaleza jurídica de esta figura se aproxima a la de la adopción de la que deriva y no a la del acogimiento del que sólo toma el nombre.

2. *Acogimiento preadoptivo*, previo a la propuesta de adopción, cuando la entidad pública considere necesario establecer un período de adaptación a la familia; tiene un plazo determinado por la ley ya que expresa que el período de adaptación del menor a la familia que justifica esta figura, será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

c') Modifica la presente ley la posibilidad de que sean los particulares los que promuevan la adopción cuando el menor lleve más de un año acogido por el adoptante, para establecer que debe llevar acogido legalmente bajo la medida de acogimiento preadoptivo. De lo anteriormente expuesto cabe deducir que sólo se refiere al caso en que la entidad pública formalice el acogimiento *antes de la presentación de la propuesta de adopción*, apareciendo la condición insalvable entre esta regulación del 173 bis último párrafo y la del 176.2 3.ª, ya que según aquél no puede lle-

var más de un año de acogimiento preadoptivo pues la ley impide que el plazo pueda superar el año.

Es decir, que en el caso de la primera modalidad, acogimiento familiar preadoptivo *simultáneo* no tiene sentido el que el adoptante efectúe por sí mismo una propuesta que ya está hecha por la entidad pública; y en el caso segundo, *previo*, no podrá cumplirse el requisito de llevar más de un año legalmente porque este tipo de acogimiento no podrá exceder de más de un año.

d') Mantiene la presente ley la distinción de consentimiento y asentimientos que poco aportan en la práctica y que respecto a los que sólo cabe considerar que los consentimientos conforman el negocio jurídico y los asentimientos son requisitos necesarios de éste.

Entre las audiencias que prevé el 177.3 añade la ley el de la entidad pública a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año tutelado o acogido por aquél, lo que vuelve a poner de manifiesto la contradicciones en que incurre la ley porque en la modalidad simultánea ya hay propuesta, por lo tanto hay ya declaración de idoneidad, y en la previa no podrá llevar el año que exige la ley.

Tal vez esta intervención de la Entidad Pública tuviera sentido si el acogimiento en cuestión no fuera exclusivamente el preadoptivo, sino los *acogimientos simples o permanentes* supuestos para los que no contempla la ley la posibilidad de que los acogedores hagan la propuesta de adopción; y también quizá debería estar prevista la audiencia de la entidad pública a fin de apreciar la idoneidad del adoptante en los casos de los restantes números del artículo 176 siempre para valorar el interés del menor.

#### b') De Derecho procesal

La regulación que la Ley 21/87 hacía de la adopción permanece vigente con la presente ley, es decir, la organización del procedimiento por las reglas de jurisdicción voluntaria y la tramitación conforme al artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la oposición por ausencia de sentimiento de los padres citados en el expediente, por los trámites del juicio verbal.

El artículo 177.2 2.º ha pretendido aclarar la posición en que se encuentran los padres que pueden ser declarados incurso en causa legal para la privación de la patria potestad y que son llamados simplemente para audiencia. El citado artículo 177.2, 2.º establece ahora que el estar incurso en causa legal, para la privación de la patria potestad sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es decir, que lo que hasta el momento, por regulación de la Ley 21/87 era de carácter imperativo «se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal» ha pasado a ser facultativo al establecerse que «podrá tramitarse», lo que podrá acarrear graves disfunciones al procedimiento de adopción cuando el órgano jurisdiccional opte por la tramitación a través del procedimiento declarativo ordinario.

#### b) *La adopción internacional*

El artículo 25 de la Ley Orgánica 1/96 modifica la legislación actual otorgando a las entidades públicas de protección de menores mayores competencias de las ya atribuidas por la Ley 21/87 y en concreto las siguientes:

1. La gestión de las solicitudes de adopción internacional ejecutadas en el territorio de su competencia recibiendo y tramitando las mismas.

2. Al igual que, en el caso de la adopción nacional, la declaración de idoneidad del adoptante expidiendo el certificado correspondiente, así como, en el caso de que el país de origen lo requiera, la expedición del compromiso de seguimiento y su práctica.

3. Respecto a las entidades de mediación se otorga a la entidad pública todas las actuaciones de inspección y control, además de su acreditación tras el correspondiente expediente administrativo y las directrices de su actuación.

Junto a las entidades públicas, adquieren protagonismo en la presente ley, las entidades de mediación, que podrán ser acreditadas en el Registro que se crea al efecto, y cuya finalidad ha de ser la de protección de menores que realizará sin ánimo de lucro diri-

gidas y administradas por personas cualificadas y que cuente con medios materiales y equipos multidisciplinarios para el desempeño de las funciones encomendadas; el artículo 25 de la ley, describe las funciones:

— Información y asesoramiento a los interesados en esta materia.

— Intervención en la tramitación de los expedientes de las autoridades tanto extranjeras como españolas.

— Todo tipo de asesoramiento en materia de trámites y gestiones, tanto en España como en el extranjero.

El procedimiento para la acreditación o retirada de la ya concedida se hará por las normas del Derecho Administrativo y estará sujeta al control jurisdiccional de tal naturaleza.

También regula la ley, que la comunicación entre Estados se basará en el Convenio, en materia de adopción internacional de La Haya, de 29 de mayo de 1993, ratificado por España el 30 de junio de 1995.

a') El Código Civil precisa en el artículo 9.4 que para determinar la ley aplicable a la filiación y a las relaciones paterno filiales, además de la nacional del hijo se estará, y esto es novedad, si no pudiera determinarse aquélla, a la de la residencia habitual del hijo.

También regula en el artículo 9.5 las especialidades derivadas de la adopción internacional de las que cabe destacar:

1. Primacía de la ley española para la adopción que constituyan la autoridad judicial en España.

2. Excepción a lo anterior en cuanto a la aplicación de la ley nacional del adoptando en cuanto a su *capacidad y consentimientos* si:

— Reside habitualmente fuera de España.

— Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española.

3. Atribución a la entidad pública de la propuesta previa a la tramitación y la declaración de idoneidad salvo que si el adoptante no tuvo residencia en España en los dos últimos años, en cuyo caso la autoridad que otorga la adopción deberá recabar informes

suficientes para valorar su idoneidad en el lugar de residencia. Esta redacción modifica la anterior de la Ley Orgánica 21/87 que ponía como condición que para eludir la propuesta previa, el adoptante nunca hubiera tenido su residencia en España.

4. Competencias al Cónsul español cuando el adoptante es español y el menor adoptando esté domiciliado en la demarcación judicial.

5. En cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios, continúa rigiendo la ley del adoptando, así como que éstos podrán prestarse ante la autoridad del país de origen o bien, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente (75).

En este ámbito de los consentimientos exigidos y capacidad del menor no existen cambios con respecto a la Ley Orgánica 21/87.

6. Incluye, la Ley Orgánica 1/96, dos requisitos nuevos para el reconocimiento en España de la adopción constituida en el extranjero por el adoptante español:

— Que los *efectos* de la adopción efectuada en el extranjero se corresponda con los previstos en la legislación española.

— Que la entidad pública haya declarado la idoneidad.

— Si el adoptante fuera español y estuviera en España al tiempo de la adopción. Es decir, que la competencia para la declaración de idoneidad lo es sí se dan los dos requisitos en el adoptante: nacionalidad española y domicilio en España.

#### b') De Derecho procesal

No recoge la ley ninguna peculiaridad respecto a la adopción por lo que sirve lo expuesto anteriormente respecto a la aplicación de jurisdicción voluntaria con la especialidad del artículo 1.827 y

---

(75) En la actualidad existen convenios para adopción de menores suscritos con Rumania, Perú, Bolivia y Colombia, estando en trámites con China, India y Ecuador.

La adopción aprobada conforme a las leyes del país del menor adoptando, surte sus efectos ante el encargado del Registro Civil o Cónsul. Aquellos países, como Chile o India, en los que la institución surte efectos distintos a los previstos por la legislación española (art. 9.5, 3.º) que requerirá la correspondiente tramitación en España con propuesta al Juzgado de la entidad pública en la que constarán todos los requisitos del Código Civil.

lo ya indicado respecto a la posibilidad ahora indicada, de tramitar el incidente que los padres estén incurso en la privación de patria potestad por los trámites de juicio verbal. (Madrid. Fiscal señor Pantoja García.)

## II) OBSERVACIONES DE INTERES

### A) INCENDIOS FORESTALES: INVESTIGACION Y VIGILANCIA

En este trabajo, tras centrar la importancia de los incendios forestales como elemento de primer orden en el deterioro del medio ambiente, estudiaremos la regulación de los incendios en el Código Penal de 1995, con referencia a algunos elementos en que debe centrarse la investigación. Después referiremos algunos supuestos concretos, con incidencia en la prueba valorada para dictar la correspondiente sentencia, y, finalmente, relataremos algunos problemas prácticos que pueden plantearse en la investigación de un incendio forestal.

#### I. IMPORTANCIA DE LOS INCENDIOS FORESTALES

Los incendios forestales son de importancia como causa trascendente de deterioro medioambiental. Factor esencial en la desertización que afecta cada vez en mayor medida a nuestro país. Los poderes públicos deben tomar conciencia de ello y poner todos los medios a su alcance para luchar contra los incendios, ya sea mediante labores preventivas, propias de la Administración, ya, una vez acaecido el incendio, en labores de investigación criminal tendentes a descubrir y sancionar a quienes han provocado un incendio forestal.

Las graves consecuencias de los incendios forestales las podemos ejemplificar en un incendio concreto, el de Yeste, que se inició en la tarde del día 7 del mes de agosto de 1994, quedando extinguido el día 14. Durante este tiempo ardieron un total de 14.284,283 hectáreas de arbolado y pastos, que constituyen la riqueza primordial de la zona y el medio de vida esencial de sus ha-

bitantes. Durante su desarrollo hubieron de ser evacuados para evitar daños personales un total de 1.300 personas de 30 campamentos y pedanías, falleciendo un voluntario de 69 años cuando se dirigía o volvía de desempeñar funciones de extinción.

Además de la muerte referida y de la extensión del fuego, es necesario destacar las importantes consecuencias ecológicas y socioeconómicas del incendio. Desde la perspectiva ecológica, la pérdida de superficie forestal propicia la erosión del terreno, la destrucción de suelo y, por tanto, su desertización, así como la disminución de las precipitaciones en la zona y del aporte de agua a los acuíferos, nacida de esa falta de lluvia y de cubierta vegetal que favorezca la retención y filtración de las aguas pluviales, lo que tiene bastante importancia, considerando que en las cercanías de las zonas siniestradas nacen los ríos Mundo y Taibilla, así como los arroyos, que aportan agua a éstos y al río Segura, de los que sacian su sed los pueblos y ciudades de la región de Murcia y de parte de la provincia de Alicante. No en vano, los expertos de la Guardia Civil que investigaron el incendio de Yeste, han calificado el hecho como de verdadera «catástrofe ecológica».

Desde la perspectiva socioeconómica, el modo de vida de la sierra se centra esencialmente en la explotación de la madera, ahora quemada, y últimamente en el turismo, que es de suponer que habrá sido ahuyentado de la zona al calcinarse los montes que lo atraían.

A la vista de las graves consecuencias de los incendios forestales, fácil es concluir que cuantos ostentamos una parcela de poder público estamos obligados a luchar contra esa plaga que azota nuestros montes, y si ese poder que ostentamos es penal, deberemos esforzarnos de manera intensa por descubrir a los responsables de los incendios provocados y posibilitar que sean sancionados. Estas obligaciones nos vienen impuestas por el artículo 45 de la Constitución, que establece el derecho de todos a «disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en

los términos que la ley fije se establecerán *sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*».

La Fiscalía General del Estado ha manifestado su interés por el tema en concretas Instrucciones (1/86 y 4/90), en la atención que todos los años presta a la materia en las Memorias al tratar el medio ambiente y en la organización de unas Jornadas que se desarrollaron en Madrid el 23 de junio de 1995, con asistencia de las administraciones competentes (ICONA, Comunidades Autónomas), SEPRONA, Policías autonómicas y de Fiscales de las distintas Comunidades Autónomas. En las Jornadas se pusieron en común los problemas de prevención e investigación de los incendios y se propusieron soluciones.

## II. LOS INCENDIOS FORESTALES EN EL NUEVO CODIGO PENAL

Los incendios forestales como delito autónomo son relativamente recientes, introduciéndose en el Código Penal, por Ley Orgánica 7/87. La regulación del nuevo Código Penal de 1995 coincide en su esencia con la anterior.

### a) *El bien jurídico protegido*

El Código Penal sitúa este delito en el Título XVII «de los delitos contra la seguridad colectiva». Pero no sólo está en juego la seguridad de quienes viven en la zona afectada por el incendio, sino que este delito también atenta contra el patrimonio quemado y, de una manera esencial, contra el medio ambiente, que entendemos constituye el bien jurídico principal defendido mediante la tipificación de los incendios forestales, a causa de las importantes consecuencias ecológicas que de ellos derivan, a las que nos hemos referido al iniciar este trabajo.

Que nos encontramos ante un delito contra el medio ambiente, se desprende del artículo 356, que al tipificar los incendios en zonas no forestales, requiere para su sanción por esta vía que se haya perjudicado «gravemente el *medio natural*». Por ello entendemos que la ubicación sistemática más adecuada para estos de-

litos, sería el Título XVI que trata de los delitos contra el medio ambiente.

b) *El tipo básico*

Viene descrito en el artículo 352.1.º, que sanciona al que «*incendiare montes o masas forestales*», con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a dieciocho meses.

El Diccionario de la Real Academia define *monte* como «la tierra inculta cubierta de árboles, arbustos o matas». No obstante, a efectos penales hemos de atender al concepto legal, más específico, que nos ofrece el artículo 1.2.º de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, conforme al cual será monte, «la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo».

La ley contiene tres exclusiones del concepto de monte, que afectan al terreno con vegetación arbórea o arbustiva de carácter forestal que forme parte de una finca agrícola y que sea necesaria para el sostenimiento del ganado, a los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de esa naturaleza y a las praderas situadas en el litoral cantábrico. Entiendo que, a efectos penales, la primera de esas exclusiones no es aplicable, constituyendo incendio forestal el que afecte a un terreno de tal carácter. Nos suscitan dudas los prados, cuya quema puede constituir incendio de zona no forestal, del artículo 356.

Puesto que «forestal» es lo relativo a los bosques y al aprovechamiento de leñas (Real Academia), por *masa forestales* entendemos *bosque, terreno cubierto de masa arbórea*, con lo que la inclusión del tal concepto en la tipificación del delito es reiterativo, por cuanto viene incluido en el más amplio de monte.

En los atestados, los investigadores han de hacer constar la naturaleza de los terrenos quemados, si son de monte bajo, o si son de arbolado. También deberá constar la extensión quemada, y el riesgo que haya existido para las zonas forestales contiguas, pues puede incendiarse una zona de monte bajo de fácil acceso, junto a una zona arbolada importante, lo que puede indicar el ánimo del autor de que ardieran los árboles.

La acción consiste en *incendiar*, que significa «prender fuego a algo que no debería quemarse» (Real Academia).

Los medios pueden ser de lo más diverso, desde la tradicional cerilla o mechero, a mechas con un retardo, utilización de medios aéreos, o animales, como una liebre, a la que se ata una tea ardiendo.

En el atestado deben de hacerse constar los medios empleados, si se conocen, y si no se conocen, los indicios que pueden servir para concretar cómo se ha provocado el incendio

### c) *Los tipos agravados*

1. *Peligro para la vida o integridad física de las personas* (art. 352.2.º). En este caso se prevé la imposición de una pena de diez a veinte años y multa de doce a veinticuatro meses

Han de constar en el atestado, o ponerse de manifiesto durante la instrucción, las circunstancias de ese peligro, por ejemplo, si los bomberos se ven rodeados por el fuego, si los voluntarios tuvieron que apartarse rápidamente como consecuencia de la expansión del fuego al caer el agua arrojada por un hidroavión, etc. Es claro que existe este peligro si se produce la muerte de alguien o lesiones, o simplemente, a la vista de la Sentencia de 28 de marzo de 1996 de la Audiencia Provincial de Valencia, si ha sido necesaria acordar la evacuación de personas que se encontraban en lugares a los que podía llegar el fuego.

Caso de ocurrir muerte o lesiones, responderá el autor del incendio, además, por homicidio o lesiones, doloso o imprudente, según los casos.

2. *Agravaciones de segundo grado* se encuentran en el artículo 353, que prevé una serie de supuestos en los que se imponen las penas previstas en el artículo 352, en su mitad superior (tres a cinco años, o quince a veinte años y las correspondientes multas). Son los siguientes tipos:

a) Que el incendio afecte a una superficie de considerable importancia

«*Considerable importancia*» es un concepto abstracto que habrá de ser integrado por la Jurisprudencia, aunque no hay duda

que concurre tal agravación en incendios como los de Yeste (más de 14.000 hectáreas) o Moratalla (unas 20.000 hectáreas). La antes referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de marzo de 1996, aprecia esta agravación en el incendio de 5.313 hectáreas de monte.

b') Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos

Esta es una cuestión técnica que se deberá informar por expertos y órganos de esa naturaleza. No obstante el investigador deberá manifestar las circunstancias que puedan dar lugar a esos efectos erosivos (como es que arda la ladera de un monte en la que después la lluvia arrancará la capa fértil de tierra), dando incluso su opinión razonada al respecto, de manera tal que el Instructor o el Fiscal pueda conocer la existencia de tal riesgo y pedir los oportunos informes.

Se tratará, normalmente, de una previsión de futuro, pues en el plazo razonable en que el delito será investigado y juzgado no se habrán producido esos efectos, que requieren cierto tiempo. Por eso el precepto exige «*que se deriven*», no que se produzcan.

c') Que se alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal

Cuestión también técnica, que merece iguales consideraciones que las hechas en el anterior apartado.

d') Que afecte a algún espacio natural protegido

La Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, clasifica los espacios naturales protegidos en Parques, Reservas Naturales, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos.

En la instrucción se deberá concretar cuál es el espacio natural protegido, su grado de afectación, cuál es su titular, etc.

Aunque el daño sea escaso, se dará el subtipo agravado pues, aunque poco, el espacio natural se ha perjudicado. La mayor o menor gravedad del resultado se tendrá en cuenta, en virtud del principio de proporcionalidad, para determinar la pena.

e') Que se produzca grave deterioro o destrucción de los recursos afectos

Deterioro supone que se hayan producido desperfectos, no necesariamente la destrucción, que de producirse se tendrá en cuenta a efectos de concreción de una pena más grave.

En la instrucción, constarán los elementos deteriorados o destruidos y, en su caso, el tipo de deterioro, y su valoración, a efectos de determinar la responsabilidad civil.

f') Cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio

Es autor responsable del fuego tanto el directo, el que materialmente produce el incendio, como el inductor, aquel que, normalmente mediante precio, induce al autor material a quemar el monte, y que suele ser titular de intereses económicos que se verán beneficiados por el incendio. Tales intereses y los correlativos beneficios económicos que nacen del fuego pueden ser diversos, como madereros, urbanísticos, o de apropiación patrimonial (adquisición a precio reducido de terrenos que antes de quemarse eran más caros). En la instrucción han de investigarse esos intereses económicos, las sociedades que pueden haberse formado para beneficiarse con las consecuencias del fuego, sus socios, movimientos económicos, cuentas, etc.

El artículo 355 del Código Penal introduce una novedad para luchar contra ese móvil económico, permitiendo al Juez o Tribunal que prohíba la recalificación de los terrenos durante treinta años, que acuerde la intervención administrativa de la madera, o que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en la zona afectada.

d) *Tipo atenuado y exención de pena (art. 354)*

1. *Que no llegue a propagarse el incendio de los montes o masas forestales.* Se trata de un tipo atenuado para el que se prevé una pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.

La aplicación de este tipo, fundado en el escaso daño producido, supone que haya empezado el incendio, pero que no se haya extendido a una porción importante de monte. Si no ha llegado a prender el fuego, a pesar de intentarlo el sujeto, nos encontramos ante un supuesto de tentativa de incendio, no ante este tipo atenuado, que requiere que se haya ejecutado la acción, y que el fuego haya comenzado, aunque ardiendo sólo unos pocos metros.

2. *Que el incendio no se propague por la acción voluntaria y positiva de su autor.*

En este supuesto se prevé una exención de pena, se supone que con idea de favorecer el arrepentimiento inmediato de quienes incendian el monte.

e) *Incendio en zona de vegetación no forestal, perjudicando gravemente el medio natural (art. 356)*

Se incluye en este tipo el incendio de zonas de vegetación que no sean las señaladas antes, montes y masas forestales. Puede afectar, por ejemplo, a cultivos de olivo en las sierras de Jaén, o al incendio de praderas en el norte de España. Se exige siempre que resulte un perjuicio grave para el medio natural que, de no concurrir, daría lugar a la sanción del hecho como daños del artículo 266. Si además del daño al medio natural se produce un concreto peligro para la vida o integridad física, entendemos aplicable el artículo 351, no el 356.

f) *Formas imperfectas*

El delito se consuma con el inicio del fuego, cualquiera que sea la extensión quemada, salvo que sea tan pequeña (centímetros) que pueda afirmarse que no se ha empezado a quemar el monte.

Cabe la tentativa, como ya se ha señalado, cuando se ejecutan todos o parte de los actos para quemar, pero el fuego o no se pro-

duce, o es tan pequeño que no se puede afirmar que haya comenzado el incendio.

#### g) *Culpabilidad*

Este delito se puede cometer tanto por *dolo*, ya sea directo o eventual, como por *imprudencia*, que ha de ser *grave* y que aparece expresamente prevista en el artículo 358

La imprudencia grave supone la omisión de las cautelas más elementales tendentes a evitar el fuego que puede nacer de la acción del sujeto. Así, es imprudencia grave la de quien, en una zona forestal, enciende fuego para asar chuletas en época de gran sequía.

A veces pueden surgir problemas para concretar la intención del sujeto, al tratarse ésta de una cuestión psicológica que hay que deducir de los hechos. Por ello, una vez más, serán de interés los elementos concretos de hecho para deducir ese ánimo. Así, en el ejemplo citado, si el fuego para asar las chuletas se enciende sobre una alfombra de hojas secas, en una zona de vegetación muy cerrada, nos podemos encontrar más ante un dolo eventual que ante una acción imprudente, pues de tales circunstancias parece desprenderse que el sujeto prevé la probabilidad del incendio y la asume, haciendo propias de su voluntad las consecuencias que deriven del fuego.

#### h) *Responsabilidad civil*

La responsabilidad civil ha de abarcar tanto el valor del daño material causado, foresta, edificaciones, material público o privado, como el propio daño ecológico. Este último será difícil de valorar, cuando no imposible, pero en la medida en que se pueda cuantificar debe ser indemnizado.

Entendemos que la responsabilidad civil debe incluir el coste de las medidas necesarias para volver las cosas a la situación anterior al incendio, lo que se desprende del artículo 37.2.º de la Ley de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, precepto según el cual el infractor debe reparar el daño causado sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que se le impongan; y se desprende también tal consecuencia del propio artículo 45 de la Constitución, en cuanto establece la obligación de reparar el daño causado.

### III. ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS

No son muchos los supuestos que llegan a los Tribunales debido a la dificultad de prueba. Así lo reconoce la Fiscalía General del Estado en la Memoria del año 1994, que sin afanes estadísticos, recoge que durante ese año sólo se calificó una causa en Barcelona; cuatro en León, de las que en dos recayó sentencia condenatoria; existiendo más causas en Valencia por una adecuada coordinación con las autoridades administrativas, que permite un buen seguimiento de los incendios que se producen.

Referiremos seguidamente algunos supuestos reales, expresando el material probatorio sobre cuya base se ha acusado o condenado:

1. En primer lugar, y con referencia a supuestos de prueba directa, citar que en Albacete se realizaron durante 1995 dos calificaciones por incendios forestales. En ambas, el mismo autor prendió fuego en diversos focos al margen de la carretera. En uno de los supuestos ardieron 4.000 metros cuadrados de terreno, que contenía veinte pinos maderables, ciento cincuenta pimpollos y matorral bajo compuesto esencialmente por tomillo y romero. En el otro supuesto sólo ardieron cuarenta y cinco metros cuadrados de monte bajo, en las cercanías de un bancale de olivos y de una masa de pinos maderables.

No se plantean problemas de prueba, pues en ambos casos la acción fue vista por ciudadanos que circulaban por la carretera, quienes intervinieron en la extinción del fuego, identificaron al acusado y que, en una de las ocasiones, llegaron a detenerlo.

2. Sentencia importante, en cuanto considera no vulnerados derechos fundamentales por la resolución anterior, recurrida en amparo, es la *Sentencia del Tribunal Constitucional 384/93, de 21 de diciembre*.

La sentencia recurrida, condenaba, por incendio forestal causado por imprudencia temeraria, a tres meses de arresto mayor y al pago de importantes indemnizaciones.

El hecho consistió en la quema de rastrojos en la finca del acusado, quien no ejerció el debido control sobre el fuego, que se propagó a otra zona e incendió el monte.

La prueba fundamentadora de la condena fue la siguiente:

— La inspección ocular de la Guardia Civil que determina la existencia de una hoguera con restos de ramas quemadas en la finca del acusado.

— La declaración del hermano del acusado quien, durante la instrucción, manifestó ante el Juez de Paz, que el condenado le había dicho que «se le había ido el fuego» cuando quemaba ramajes. Esto coincide con lo que dijo el mismo testigo el día de autos al Secretario del Ayuntamiento, lo que confirmó el Secretario en su declaración durante el juicio oral. De todo esto dedujeron el Tribunal sentenciador y el Constitucional, la veracidad de la incriminación que hizo el hermano del acusado en fase instructora, aunque con posterioridad se retractara en el acto del juicio.

Los recurrentes pretendían que se anulara la sentencia por fundarse en prueba ilícita, con infracción de derechos constitucionales. En concreto entendían que la condena se basaba en la confesión obtenida del acusado, cuando se encontraba en cama, con una fuerte depresión y sin informarle de sus derechos. El Tribunal Constitucional, tras declarar que, efectivamente, esa prueba es nula, defiende la validez de la sentencia recurrida, por cuanto la condena no se fundó en esa confesión, sino en la prueba que antes se ha señalado.

3. *Sentencia 299/95, de 10 de octubre, del Juzgado de lo Penal número 2 de Albacete.*

La prueba valorada aquí para dictar la sentencia es indiciaria: un testigo ve la moto que normalmente conduce el acusado en el lugar donde se inicia el fuego. Momentos después ve el fuego y la moto ya no está. Otro testigo ve pasar al acusado en su moto, a pocos kilómetros del incendio y alejándose del fuego. Con este material el Juzgado consideró al acusado autor del incendio aunque, al ser esquizofrénico, lo absolvió, apreciándole la eximente de enajenación mental, número 1 del artículo 8 del Código Penal y acordando su internamiento en un centro psiquiátrico.

4. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 96/96, de 28 de marzo.*

Se declara probado que el condenado, causó el incendio con un liquido inflamable vertido en zona boscosa, ardiendo un total de

5.313 hectáreas de pinos maderables y pimpollos. Tuvieron que ser evacuadas de la zona sesenta y nueve personas que se encontraban en un balneario, otras treinta y ocho personas más y un pueblo.

La Audiencia condena a diez años y un día de prisión mayor y multa de veinticinco millones, por un delito de incendio forestal de los artículos 553 bis a) y 553 bis b) 1.º (actuales 352.2.º y 353.1.1.º), por entenderse que concurrió peligro para la vida o la integridad física de las personas y que el fuego afectó a una superficie de considerable importancia.

La prueba en que se fundó la declaración de culpabilidad del acusado fue la siguiente: el acusado fue visto salir de un bar antes del incendio, y coger la furgoneta roja que normalmente conducía. Esa furgoneta roja fue vista merodeando por la zona donde se produjo el incendio sobre una hora antes de su iniciación. El conductor de un camión de bomberos que se dirigía a extinguir el fuego, se cruzó con la furgoneta, que provenía de la zona de fuego, por un camino que sólo conduce a ese lugar y no se dirige más allá. En la furgoneta se encontraron varios recipientes aptos para transportar líquidos inflamables y un mechero, que el acusado no llevaba encima a pesar de que reconocía fumar «caliqueños para los mosquitos en la huerta y celtas».

5. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de julio de 1994.*

Esta resolución absuelve de un incendio forestal por imprudencia temeraria a unos operarios que cuando hacen una quema de rastrojos, pierden el control del fuego y se produce un incendio forestal.

Considera la Audiencia que no hay temeridad porque era invierno, no había viento y se adoptaron medidas para extinguir el fuego cuando se produjo el incendio.

#### IV. ALGUNOS PROBLEMAS PRACTICOS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA INVESTIGACION DE UN INCENDIO

Seguidamente, pasamos a exponer algunos de los problemas que pueden plantearse en la investigación de un incendio forestal haciendo una propuesta, necesariamente modesta, para su solución.

1. La primera cuestión que se plantea es *determinar si el fuego es o no provocado*.

No se plantea esta cuestión cuando existe una prueba directa de cómo se inició el fuego, pero puede ocurrir que haya de deducirse su origen, accidental o provocado, de las circunstancias de hecho que rodean el inicio del incendio. Así, por ejemplo, se puede deducir si un fuego es provocado, del número de focos primarios no relacionados entre sí que iniciaron y facilitaron su propagación, así como de la localización de esos focos en zonas estratégicas que garanticen la propagación inmediata. En este sentido, contundente es la afirmación de uno de los técnicos que dirigieron la extinción de un incendio forestal, al que calificó de «*intencionado y organizado*», lo que deduce de su magnitud y de los «focos que se producían de forma extraña», concluyendo el técnico que una sola persona no había podido causar todo el incendio, salvo que se utilizaran mechas con un retardo o una avioneta. Afirmó asimismo este ingeniero, que de no concurrir las circunstancias referidas, «el incendio habría sido sofocado».

2. En segundo lugar se plantea un problema hoy por hoy irresoluble: *la idiosincrasia de los habitantes de algunas sierras*, desconfiada y temerosa, que dificulta enormemente la obtención, mediante declaraciones, de datos esclarecedores de las circunstancias del incendio y de sus autores pues, o bien existe una radical negativa a declarar, por desconfianza o miedo o, al contrario, determinados testigos hacen afirmaciones inculpativas gratuitas, fundadas en la simple sospecha, o en el conocimiento de previas actividades delictivas de determinadas personas, afirmaciones que pueden dar origen a una línea de investigación pero que jamás podrían fundar una acusación o sentencia condenatoria.

Quizás la solución de estos problemas pasara por una adecuada concienciación de la opinión pública. Todos los veranos se nos bombardea desde los medios de comunicación con anuncios referentes a «paellas o chuletas incendiarias», causantes del incendio de nuestros montes por la imprudencia de quienes se aprestan a degustarlas. No estaría de más que esa propaganda incidiera también en el carácter delictivo que pueden revestir los incendios, y en la necesidad de que los ciudadanos colaboren con la Policía y la Justicia para identificar, detener y sancionar a sus responsables.

En materia de publicidad, y para concienciar a los responsables del fuego de que su acción puede no quedar impune, se concluyó en las Jornadas sobre incendios forestales celebradas en Madrid el 23 de junio pasado, que es conveniente comunicar a los medios de difusión social, tanto las detenciones consecuencia de la investigación de un incendio forestal, como las sentencias condenatorias o sanciones administrativas impuestas por actos origen de esos incendios.

3. El tercer problema, se puede plantear ante la *dispersión de datos referidos a incidentes ocurridos durante el incendio*, que pueden constar en diversos informes o documentos, o simplemente no hacerse constar. De algunos de los datos, por ejemplo, puede quedar constancia en el diario de incidencias de los bomberos, de otros en informes elaborados por quienes participaron en la extinción, o en los atestados realizados por las diferentes fuerzas policiales que pueden haber intervenido en la investigación (Policía Local, Policía Autónoma, Guardia Civil).

Tal dispersión implica que si se encarga a una determinada unidad policial la investigación, ésta haya de dedicar gran cantidad de tiempo y esfuerzo a localizar cada uno de los datos para luego investigarlos.

Así se ha dado el supuesto de la entrada de personas en la zona del incendio, que han tenido una actitud sospechosa y que han sido identificadas por sujetos que intervenían en la extinción, sin que luego estos hechos y datos se hicieran constar en lugar alguno, con la dificultad añadida que eso supone para los equipos de investigación, que deben, primero, descubrir, normalmente de manera casual, que hubo personas extrañas en la zona de incendio y, segundo, identificarlas.

Como solución a este tema, se plantea la necesidad de establecer una Central de comunicaciones en la zona siniestrada, dependiente del cuerpo de seguridad encargado de la investigación. En esa Central, se llevaría un diario de incidencias. En este diario se harían constar cuantos episodios sospechosos se pudieran denunciar, debiendo comunicar esos episodios a la Central todos cuantos intervinieran en la vigilancia o extinción del fuego. De esta forma el equipo de investigación dispondría de una relación de incidentes sospechosos y, en su caso, de la identificación de sus autores, lo que facilitaría su labor y la redacción de los atestados que, además, tal y

como se recoge en las conclusiones de las Jornadas sobre incendios forestales de 23 de junio de 1995, deberían redactarse minuciosamente, con datos objetivos que faciliten las diligencias posteriores.

4. Con relación a lo expuesto, se plantea el problema de la *entrada a la zona del incendio de personas ajenas a la extinción*. Esto no debe permitirse, la zona del incendio y sus alrededores debe considerarse zona de circulación restringida, debiendo identificarse a las personas ajenas a la extinción que en ella entren, por cualquier circunstancia aparentemente justificada, o salgan.

5. *Descoordinación policial.*

En las Jornadas celebradas en Madrid el 23 de junio pasado, se planteó la existencia de descoordinación policial, cuando son varios los cuerpos y fuerzas de seguridad que intervienen en la investigación de un incendio, planteándose que los diversos cuerpos policiales debían actuar de forma coordinada, elaborando un solo informe técnico.

6. El quinto problema se plantea respecto de la presumible *intervención de medios aéreos en la provocación o propagación del fuego*.

La falta de control de la actuación de aviones en la zona del incendio, da lugar a que, desde ellos, se pueda provocar o facilitar la propagación del fuego y que esta acción sea de difícil prueba.

Como solución a la posible intervención de aviones, se propone, en primer lugar, la limitación del uso del espacio aéreo de la zona, de forma que el mismo sea utilizado sólo por los aviones de extinción de incendios. En segundo lugar, la existencia de un sistema de control de la acción de tales aviones desde que se requiere su presencia hasta que llegan a la zona siniestrada y, una vez en ella, descargar el producto que transportan. Y, en tercer lugar, la necesaria colaboración del Ejército del Aire en la identificación y control de aeroplanos sospechosos.

Esta es, además, una cuestión que si no se soluciona planteará problemas de orden público, pues en una determinada aldea, los habitantes se echaron al monte con escopetas dispuestos a abrir fuego contra cualquier avión que les resultara sospechoso.

7. Se deben efectuar *comprobaciones sobre los intereses económicos que se han visto beneficiados por el fuego*.

Se han de concretar los empresarios de la madera que se encuentran trabajando en el incendio, los intereses urbanísticos y de compra de la madera, etc.

8. El octavo problema es la *tradicional carencia de medios de la Administración de Justicia*.

Debieran crearse uno o varios grupos de Policía Judicial, dedicados de manera exclusiva a la investigación de los incendios forestales, que recibirían una formación específica en la materia y a cuya disposición se pondrían los medios necesarios para el eficaz desempeño de su labor.

Es necesario insistir que esos grupos especiales o, en su defecto, las unidades de Policía Judicial, deben comparecer en el lugar del incendio en el momento en que se sospeche que es provocado, y deben tener, desde ese momento, pleno acceso a las informaciones de que dispongan quienes se ocupen de la extinción. Estos últimos, tal y como se señaló en las Jornadas sobre incendios forestales, deben recibir formación en las técnicas de investigación de esos incendios, pues al ser los primeros que intervienen en la zona afectada, están en condiciones inmejorables para recoger y preservar todo indicio que allí se encuentre, que puede ser esencial para la identificación de los responsables.

9. En relación con la carencia de medios y la *falta de costumbre de Jueces y Fiscales de inspeccionar el lugar del hecho*.

Los Fiscales y los Jueces de Instrucción debemos acostumbrarnos a desplazarnos al lugar de los hechos, para ver las zonas en las que se hayan producido episodios que puedan resultar sospechosos y en esto, quien escribe estas líneas, ha de entonar el *mea culpa*.

En un determinado supuesto, el Juez Instructor dedicó muchas horas a recibir declaraciones para identificar a un incendiario que había sido visto en la sierra. Asimismo, intensa fue la labor del equipo de investigación tendente a identificarlo. Cuando después de esa importante labor de investigación, fuimos a ver el lugar del hecho el Juez y yo, llegamos a la conclusión de que el incidente era muy sospechoso, pero no tenía nada que ver con el incendio.

Estos han sido algunos de los problemas que se han planteado y se pueden plantear en la investigación de los incendios forestales. Algunos de ellos, como se ha podido señalar, han merecido la atención de las Jornadas sobre incendios forestales.

Terminamos así este trabajo, deseando que su contenido sea de utilidad en la lucha contra esa plaga, los incendios, que asolan cada verano nuestros montes y amenazan en convertir España en un desierto, que recibirán las generaciones venideras, si la socie-

dad y los Poderes Públicos no luchan contra el fuego y sus causantes con denuedo y sin escatimar medios y esfuerzos (Albacete: Fiscal señor Ríos Pintado).

B) ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS  
A LA INVESTIGACION E INSTRUCCION  
DE PROCESOS PENALES POR FRAUDES  
CONTRA EL FONDO DE COHESION

Es esencial, ante todo, delimitar, a efectos jurídico-penales qué debe entenderse por fraude y sus manifestaciones principales. Como *fuentes de conocimiento*, además de los continuos proyectos e informes de los distintos órganos de la Unión Europea (v.gr., Conclusiones del Consejo Europeo de Copenhague, junio 1993, y Corfu, de junio de 1994; proyecto de decisión y propuesta de acto del Consejo de Ministros, junio de 1994; informe del Tribunal de Cuentas de noviembre de 1994, etc.) son de primer orden las Resoluciones del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 1991, 29 de noviembre de 1993 y 6 de diciembre de 1994, sin olvidar las Conclusiones de aquél sobre la lucha contra el fraude de 11 de julio de 1994 y cuantas acciones se han tomado al respecto a lo largo del año presente.

La idea central es, conforme al artículo 209 A del Tratado de la Unión Europea la adopción por los Estados miembros de las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros, a través de la coordinación de acciones de lucha contra el fraude por el instaurado Comité Consultivo y a la espera del balance de la Comisión sobre aplicación por los Estados del citado artículo, lo más tarde a finales de 1995. La Resolución de 6 de diciembre de 1994 se inclina por las sanciones penales, sin perjuicio de otras administrativas, siguiendo siempre el *principio de proporcionalidad* que insistentemente menciona el Tribunal de Justicia (Sentencia de 22 de marzo de 1983, Asunto 42/82. Comisión contra Francia; Sentencia de 17 de mayo de 1984, Asunto 15/83. Demanda por Holanda de decisión prejudicial; Sentencia de 7 de abril de 1987, Asunto 196/85. Comisión contra Francia; Sentencia de 21 de septiembre de 1989,

Asunto 68/88. Comisión contra Grecia; Sentencia de 8 de abril de 1992, Asunto 256/90. Petición de decisión prejudicial, Italia, Sentencia de 2 de agosto de 1993, Asunto 276/91. Comisión contra Francia, Sentencia de 23 de noviembre de 1993, Asunto 365/92. Schumadier contra B. Hannover, Sentencia de 2 de junio de 1994, Asunto 2/93. Prejudicial Bélgica, y otras muchas, todas ellas en materia de fraude a los intereses financieros).

En virtud del citado *principio de proporcionalidad* y, según matiza la conocida sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 21 de septiembre de 1989, los Estados miembros deben velar intensamente por que las violaciones del Derecho comunitario sean castigadas, en condiciones de fondo y de procedimiento, que sean análogas a las aplicables a las violaciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un *carácter efectivo, proporcionado y disuasorio*. Esta resolución judicial, como es sabido, supone el verdadero soporte jurisprudencial del deber legal de los Estados miembros de usar de la misma diligencia en las violaciones del Derecho comunitario que la utilizada para las producidas contra las legislaciones nacionales (art. 209 A del TUE).

El punto 7 de la Resolución del Consejo de Ministros sobre protección jurídica de los intereses financieros de las Comunidades de 6 de diciembre de 1994 establece unos *principios rectores* a seguir en el instrumento jurídico que se quiere dotar de naturaleza de Convenio entre los Estados miembros para el logro eficaz de aquella protección. Destaca la necesidad de elaborar una definición de fraude, como *actos u omisiones intencionados* que abarquen como mínimo, las siguientes conductas en perjuicio del presupuesto comunitario:

a) *Declaraciones inexactas y ocultación de hechos*. Al ir referidas, necesariamente, a documentos irreales o incompletos, integrarían delito de falsedad en documento, inclinándose generalmente la doctrina científica por entender que se trata de falsedad en documentos públicos u oficiales y residualmente (Ruiz Vadiello), documentos privados.

b) *Incumplimiento de obligaciones de notificación pública* que supongan desvío, retención abusiva y aplicación indebida de fondos, por un lado, y disminución abusiva de fondos, por otro. In-

cluiría delitos de los funcionarios (prevaricación, cohecho y malversación) y cooperadores, así como los fraudes a subvenciones.

La comisión considera que, además del dolo, debería castigarse la *negligencia grave*.

El espacio de *distinción entre delito e infracción administrativa*, a juicio del Consejo, estaría en la gravedad o cuantía abusiva del fraude, a determinar.

Otras orientaciones lo son en el sentido de la *cooperación judicial* intra-comunitaria y de extradición, *sanciones* a las personas jurídicas y a los funcionarios comunitarios, así como en materia de *blanqueo de capitales*. En este último punto, el Reglamento español de 9 de junio de 1995 (Decreto 925/95) que desarrolla la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, prevé en su artículo 29 el intercambio de información con otros Estados, tanto en el marco de convenios y acuerdos internacionales suscritos en esta materia como de la *normativa comunitaria*, dentro de la reciprocidad y secreto profesional.

### *Problemas de aplicación*

El Ministerio Fiscal, como los demás Poderes del Estado, está sujeto al *principio de legalidad* (Constitución: arts. 9 y 25).

Sin olvidar las medidas de *prevención del fraude*, a las que el Ministerio Fiscal aporta todo apoyo y colaboración aún sin contar con medios legales directos para ello, en la *persecución y castigo del fraude producido* y de acuerdo con los informes anuales de la Comisión, la política de lucha contra el fraude es de esfuerzo continuo y a largo plazo y deben considerarse tales conductas, primordialmente, como infracciones penales (Programa Estratégico para la Lucha contra el Fraude, 1994, Bruselas, 23 de marzo de 1994, *in fine*).

En este sentido, el informe del Tribunal de Cuentas Europeo sobre el *instrumento financiero de cohesión* de 12 de enero de 1995 («Diario Oficial» de 8 de marzo de 1995, ed. española) critica los diferentes modos y sistemas en materia de proyectos de infraestructuras de transportes como referentes al medio ambiente, procedimientos para su aprobación, sistemas diferentes de contrata-

ción, evaluación, seguimiento y controles. Hay que insistir en la responsabilidad que asume en todo ello el Estado español por ser *beneficiario principal* de tales fondos. La respuesta de la Comisión («Diario Oficial» de 8 de marzo de 1995), se pronuncia sobre la importancia de los controles *in situ* para analizar los sistemas de gestión y control de los fondos de cohesión y proponer las mejoras necesarias. En cuanto a evaluación de los proyectos, parece rigurosa la crítica del Tribunal de Cuentas al respecto, dado el trabajo desarrollado por la Comisión y los Estados miembros, a veces en cooperación con el BEI.

Pero *al afrontar la persecución y castigo* de las infracciones contra los intereses financieros comunitarios, regresamos a la aislada soledad de las legislaciones nacionales. En *España*, nuestro Tribunal Supremo es reticente cuando se trata de ampliar la tipicidad penal a hechos contrarios a los intereses financieros de la Unión Europea (pugna entre el art. 25 de la CE y arts. 5 y 209 A del TUE), pues, aun cuando ha reconocido explícitamente en numerosas ocasiones —como no podía ser de otro modo— la primacía y el efecto directo del Derecho Comunitario, tanto originario como, en buena medida, el derivado (Sentencias de 20 de octubre de 1992, 19 de enero de 1993, entre otras), y el llamado principio de autonomía impide a los Tribunales aplicar normas internas, del orden o naturaleza que sean, contrarias a las comunitarias, incluidas las constitucionales, según la interesante y tan conocida evolución doctrinal del Tribunal de Luxemburgo en estos extremos (desde la Sentencia Simmenthal de 1978, pasando por las dictadas en los casos Nold y Costa-Enel en 1970 y 1974, y otras tantas), es lo cierto que el principio constitucional de legalidad y las garantías que deriva sigue pesando en el campo penal y dificulta la extensión de las tipicidades a los fraudes a los intereses comunitarios, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador.

La inexistencia de un Derecho Penal Comunitario, pese a tan meritorios esfuerzos por sentar sus bases y caracteres esenciales, no impide el *vaciamiento de tipicidades internas* contrarias *per se* o por su dimensión de normas penales en blanco incompatibles con el Derecho Comunitario, e incluso éste puede *sustentar causas de justificación o de inculpabilidad* por error, en beneficio del reo. Pero, a la inversa, es harto dudoso que pueda ampliar el conteni-

do de las tipicidades internas en contra del reo, salvo en los casos en que expresamente esté definido el delito contra intereses comunitarios (art. 194 del Tratado Euratom, 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia, acogido expresamente este último delito en el texto de nuevo Código Penal, que se debate en las Cortes, como delito de falso testimonio y el primero como delito relativo a la defensa nacional de revelación de secreto).

Pero estos tímidos avances legislativos contrastan con *reticencias evidentes* tanto legales como jurisprudenciales. Así, la reforma del Código Penal para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social de 29 de junio de 1995, sobre todo para el fraude de subvenciones (art. 350) no incluye, pese a los intentos habidos, los fondos comunitarios, salvo por la vía indirecta de que hayan sido concedidos y adjudicados por las llamadas Administraciones Públicas. Pero, como con acierto se expone en el capítulo sobre el estudio del fraude en España en materia de subvenciones y ayudas públicas emitido en el informe de julio de 1994 de la Unidad Especial para el estudio y propuesta de medidas para la prevención y corrección del fraude en general, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros Español de 4 de agosto de 1993, publicado por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia del Gobierno de 19 de octubre de 1993 («BOE» de 20 de octubre de 1993), en cuyos trabajos hemos intervenido miembros del Ministerio Fiscal, los procesos de gestión y control y las formas de utilización de las subvenciones plantean en nuestro país grandes dificultades y un elevado nivel de complejidad, por la gran diversidad en las distintas líneas y tipos de subvenciones y del rango normativo que las regula y la existencia de más de doscientos procedimientos distintos de gestión; sólo por lo que se refiere a la Administración General del Estado, así como la complejidad de los ámbitos administrativos intervinientes, tanto sectoriales (Ministerios, Entidades y Organismos Autónomos) como territoriales (junto a la Unión Europea, la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y hasta Diputaciones Provinciales, con organismos dependientes y no siempre jerarquizados), con la consecuencia de la gran dificultad existente no sólo para la coordinación, sino también por la concurrencia o duplicación de subvenciones para los mismos fines (denunciadas por el informe del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea de 1994),

las distorsiones en el seguimiento y en el control de ejecución y de resultados de los proyectos.

Por su parte, la *jurisprudencia* de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se resiste a dar cabida por extensión en los tipos penales de las conductas atentatorias contra los intereses financieros comunitarios y reclama soluciones de *lege ferenda*, tan sujetas como están al principio de reciprocidad. Así en su Sentencia de 19 de julio de 1995, tan reciente, entiende que el Tratado de la Unión no supone la total y absoluta descriminalización de las conductas de exportación clandestina de capitales dentro del ámbito comunitario europeo, por seguir tipificadas penalmente las salidas de capital (billetes de banco y cheques al portador) cuyo importe exceda de cinco millones de pesetas por persona y viaje, sin haber realizado la declaración previa que ha sustituido a la antigua restricción de la autorización previa.

Valga esta muestra para, con ella, dejar hasta aquí planteada la situación compleja, tanto legal como jurisprudencial, de la protección penal del interés financiero de la Unión y, en concreto, de los fondos de cohesión y demás fondos estructurales, bien que aquéllos estén concebidos con un ámbito nacional de actuación y no regional como los segundos o estructurales, articulados a través de los Marcos Comunitarios de Apoyo. Pero, en todo caso, se benefician de unos y otros las zonas más desfavorecidas de la Unión Europea. E insistir en el compromiso español sobre su correcta utilización, por ser beneficiario de esa horquilla entre el 52 y el 58 por ciento de la dotación total prevista para el período 1994-1995 en el Reglamento Comunitario 1164/94, destinándose, en general, el 60 por ciento al sector transportes y el 40 por ciento al de medio ambiente y a través del mecanismo de participación de las Comunidades Autónomas mediante *Convenios de colaboración*.

¿Qué puede y debe hacer el Ministerio Fiscal ante esta panorámica de la situación? El sector de esta institución más sensibilizado por estos problemas aboga, no sólo por la constitución e intervención más directa y eficaz de la Fiscalía en todas las fases del proceso penal en que se han de proteger los intereses financieros de todos cuantos integramos la Unión Europea, sino también acoger e impulsar las denuncias, en colaboración con todo tipo de Administraciones y organismos afectados por estas competencias, a través de las diligencias de investigación que autorizan las leyes

(art. 5.º del EOMF y 785 bis de la LECr.), en conexión con las unidades de Policía Judicial y, muy concretamente, las unidades especializadas, tanto de la Unión Europea (UCLAF), como nacionales (Grupos de Estafas y Servicios de Protección a la Naturaleza), impartiendo el Fiscal en sus investigaciones previas a la apertura del proceso penal las órdenes e instrucciones precisas para la mejor eficacia indagatoria (art. 781 de la LECr.) y valiéndose de cuantos asesoramientos, informes o pericias precise para ello de Autoridades de la Unión o Nacionales (art. 4 del EOMF). Una vez abierto el proceso penal, su constitución e intervención directa e impulsara en el mismo en contacto permanente con el Juez de Instrucción y con utilización de los medios procesales permitidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el estado actual de la legislación y ante la tibieza de algunos tipos penales, no por ello debe el Fiscal cerrar la vía punitiva y dar cuenta a las instancias administrativas competentes para la prosecución de procedimiento administrativo sancionador que corresponda ante las instancias pertinentes sino, al contrario, agotar la vía penal y sólo si ésta fracasa comunicarlo a los fines antedichos. En efecto, con apoyo en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a la jurisdicción española en el orden penal no sólo el conocimiento de los delitos cometidos en su territorio por españoles o extranjeros, sino también de los perpetrados por unos y otros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, entre otros que la ley relaciona, como falsificación que perjudique directamente al *crédito o interés* del Estado e introducción o expedición de lo falsificado (y qué mayor interés y crédito pueden afectar a España que la recepción y buena gestión de los fondos comunitarios con las finalidades conocidas). También compete, según el citado artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la jurisdicción penal española la persecución y castigo de los delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y *los delitos contra la Administración Pública española*, no debiendo olvidarse, en este punto, que el nuevo Código Penal de, al parecer, inminente aprobación parlamentaria incluye, entre tales delitos, la prevaricación, el cohecho, la malversación, el tráfico de influencias y, en definitiva, cuantas infracciones hoy conocemos como delito de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y tanto en el Tí-

tulo actual como en el venidero se prevé la agravación de la penalidad al funcionario público que, abusando de su cargo, cometiese estafa o apropiación indebida. El funcionario extranjero y el particular de cualquier nacionalidad puede asumir también responsabilidad criminal por inducción, cooperación necesaria o complicidad, además de no obstar para ello el grupo de delitos a que se refiere el apartado 3 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todos ellos referidos a hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, sin que planteen, lógicamente, problemas los que se produzcan en el territorio nacional. El apartado 4 del tantas veces mencionado artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, da entrada a la persecución penal, sin acepción de lugar de comisión o nacionalidad del sujeto activo, también a aquellos delitos que, según los convenios o tratados internacionales, deban ser perseguidos en España. Bueno sería emprender el camino y lograr convenios en materia penal y procesal sobre protección de intereses financieros comunitarios, de tal manera que se cumpla de una vez por todas ese común interés expresado tantas veces por autoridades y organismos comprometidos en la lucha contra el fraude y singularmente por:

a) Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 6 de diciembre de 1994: Necesidad de sanciones penales, diferencias y lagunas legales a superar por la cooperación de los Estados y coherencia de la legislación penal, elaboración pronta del instrumento jurídico que parta del proyecto del Reino Unido para una acción conjunta y de la Comisión para un convenio entre los Estados miembros sobre la base de unos principios rectores a los que ya se hizo alusión anteriormente.

b) Programa de Trabajo Estratégico de 1994 de la Comisión para la Lucha contra el Fraude: Presentación por la Comisión de propuestas para el tratamiento como infracciones penales por los Estados miembros de los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad y creación de un marco jurídico adecuado para perseguir a los responsables de los fraudes. La Comisión tendrá en cuenta las propuestas relativas a medidas extraterritoriales, de cooperación judicial e interestatal para combatir el fraude que afecte a varias jurisdicciones.

Para España, una vez que se alcanzaran los compromisos esenciales en estas cuestiones, bastaría en principio, para no retocar toda la legislación penal con precisiones acerca de la naturaleza de la función desarrollada por el funcionario público, el carácter de los fondos financieros utilizados, la significación del perjuicio producido, etc., que, la Ley Orgánica del Poder Judicial, al referirse a la extensión y límites de la jurisdicción española, incluyera un precepto claro que, a ser posible, afectara a todos los órdenes jurisdiccionales y no sólo al penal (dados los aspectos administrativos, laborales y hasta civiles que comporta la protección de los intereses financieros comunitarios), en que se determinara en su artículo 21.1 lo siguiente:

«Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros (más simple: personas de cualquier nacionalidad) con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte... (Añadido) y, en especial, los procedentes de la integración de España en la Unión Europea y la protección de los intereses comunes derivados de la misma.»

Después, el marco de los convenios definirá más precisamente las acciones a emprender.

El Ministerio Fiscal, junto a su actuación firme en el orden penal, ejercitando las acciones penales procedentes e impulsando las emprendidas por otros, deberá *intervenir en la coordinación de los controles administrativos*, no sólo por su posible inferencia en el campo penal, siempre que el Estado español le confiera la significación de alta autoridad coordinadora en cuestiones de fraude comunitario.

La normativa de apoyo actual a esta labor coordinadora se encuentra en los artículos 5 y 209 A del Tratado de la Unión, Reglamentos del Consejo con sus continuas remisiones a procedimientos judiciales y penales (729/70, 4253/88, 595/91, 2082/93, 792/93, 1164/94, estos últimos sobre fondos de cohesión, en relación con las conclusiones de 11 de julio de 1994 sobre fraude y Resolución de 6 de diciembre de 1994), y en la legislación española los artículos 18, 81 y 82 de la Ley General Presupuestaria, otorgan a la Intervención General del Estado competencia para la coordinación de controles de las ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmen-

te con cargo a fondos comunitarios, a través de las correspondientes Comisiones de Coordinación, dejando abierta la colaboración por propia iniciativa o a impulso de las Comisiones, de otros órganos o Administraciones, como también ha hecho la Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude presidida por el Secretario de Estado de Hacienda. Así pues, queda abierta esta intervención del Ministerio Fiscal en la fase pre-procesal como órgano investigador y canalizador de quejas y denuncias cuya consistencia jurídico penal no se encuentre aún fácilmente definida (arts. 4 y 5 del EOMF, 781 y 785 bis de la LECr., art. 20 del Decreto de Policía Judicial). (Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Granada.)

### C) LA CONEXIDAD MATERIAL COMO PRESUPUESTO PARA ADMITIR UNA ACUSACION CRUZADA

La conexión material se predica de una situación de hecho que reviste caracteres de delito sobre la que más de uno de sus protagonistas ejerce una pretensión penal que es antagónica a otra u otras deducidas en un mismo proceso. Para ello es preciso que la realidad fáctica debatida por las partes se asiente en una relación material objetivamente indivisible sobre la que quepa establecer una relación jurídica procesal compleja, y sólo en ese proceso. En estos casos, planteadas las pretensiones penales contrapuestas en la fase de instrucción, el Juez tiene que optar antes de concluir por una de estas dos decisiones: o bien rechazar la personación de uno de los imputados como parte acusadora —con efectos, cuando menos, suspensivos hasta la conclusión de las actuaciones—, o bien admitir la doble condición de imputado-acusador en sendas partes personadas (76). Es decir, el órgano judicial debe evitar, en cualquier caso, que el litigio sobre el supuesto de hecho pueda reproducirse en otro

---

(76) El Tribunal Constitucional, en Sentencia 55/1990, que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, simplemente manifestó en el Fundamento Jurídico 8.º que para los casos de doble denuncia cruzada «existen medios en nuestra legislación procesal, como la conexión o la continuidad de la causa, para asegurar una unidad de enjuiciamiento de estos hechos».

proceso en tanto que el abierto por él no haya concluido; esto es, el Tribunal, instructor o juzgador, no puede quedarse con el conocimiento de la acusación más grave y remitir al Tribunal inferior el —conocimiento— de la parte del hecho calificado como delito o falta, del que es competente por razón de la materia.

La conexidad material supone que el supuesto de hecho no puede ser y dejar de ser a la vez, o, lo que es lo mismo, que la valoración judicial a hacer sobre lo jurídico o antijurídico del comportamiento de uno de los intervinientes no puede ser distinta —en lo fáctico— ni puede contradecir —en lo jurídico— a la que haya de hacerse sobre lo lícito o ilícito del comportamiento del otro u otros partícipes.

Pongamos ejemplos de pretensiones punitivas cruzadas por concurrir conexidad material:

1. Las que se producen entre un agente de autoridad y un particular por un incidente surgido en el ejercicio profesional del primero.

Para apreciar el delito de resistencia, y, por ende, excluir el delito o falta de lesiones en que puede haber incurrido el funcionario, es preciso el concurso de determinados requisitos que todos conocemos. La extralimitación en el ejercicio de la autoridad hace perder al agente automáticamente su cualidad a los efectos de la protección privilegiada que la ley le otorga. Si la investigación judicial no aclara suficientemente cómo se produjeron los hechos, es admisible que por la acusación particular del lesionado se sostenga no sólo la concurrencia de circunstancias modificativas o extintivas de su responsabilidad criminal sino la existencia de delito o falta de lesiones en la conducta del agente de la autoridad. Le será lícito pretender la inaplicación de la eximente de cumplimiento de un deber o de ejercicio legítimo de cargo por no concurrir en el caso, por ejemplo, la necesidad en abstracto del uso de la violencia, o porque ésta no se empleó de una forma proporcional o menos lesiva posible en atención a las circunstancias concurrentes de tiempo, lugar y personas intervinientes. La prueba de estos elementos o hechos impositivos, que corresponde hacer en juicio a la defensa del particular, aparte de para excluir el delito de resistencia pueden servir, a la vez, de base para sustentar la acusación por lesiones contra el funcionario de Policía.

2. Las que se producen entre dos personas enzarzadas en una pelea con resultado de mutuas lesiones constitutivas, al menos una de ellas, de delito, y con acusación del Fiscal para ambas o sólo para una de ellas, manteniendo cada lesionado una pretensión punitiva —igual o distinta a la del Fiscal— contra el otro, desligando así la defensa de sus intereses de la postura procesal que asuma el Fiscal en sus conclusiones definitivas, aparte de que en el escrito de defensa se alegue la concurrencia de causa eximente o atenuante.

En estos casos debe permitirse la posibilidad de que el Juez de instrucción, si lo estima oportuno por razón de falta de claridad en la producción de los hechos, admita el ejercicio de pretensiones punitivas contrapuestas en el mismo proceso. El condicionamiento mutuo de esas calificaciones jurídicas ha de imposibilitar el enjuiciamiento separado del «hecho complejo», que no puede diversificarse en varias causas, posibilitando la emisión de pronunciamientos judiciales contradictorios. El ejercicio del *ius puniendi* ha de respetar esa máxima procesal. Lo contrario constituiría un verdadero despropósito jurídico.

Es preciso aclarar que no estamos ante un supuesto clásico de continencia de la causa, pues para que este supuesto se dé se requiere que varios hechos-delitos estén íntimamente relacionados en su comisión y en su prueba, mientras que la conexidad material presupone, como ya hemos dicho, la existencia de una única realidad fáctica sobre la que recaigan valoraciones jurídicas opuestas. Por eso el artículo 17.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que se consideran delitos conexos «los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas». Es decir, se está refiriendo a la continuidad en su realización, por personas reunidas en un mismo lugar, de hechos que histórica y jurídicamente no constituyen una unidad indivisible, de hechos penales perfectamente separables y diferenciados entre sí.

Una vez que hemos razonado el por qué cabe admitir la acusación cruzada, el centro de nuestra atención ha de recaer ahora en la garantía del control judicial sobre la constitución de una correcta relación jurídico-procesal en la causa. El Juez no debe tolerar que prospere una acusación infundada ejercida como mera estrategia de defensa, a modo de posición de fuerza.

Como es obvio, para poder dirigir la acusación cruzada contra alguien en procedimiento por delito es preciso superar sucesivos, y progresivamente más rigurosos, controles judiciales:

a) En primer lugar, se requiere que al imputado se le haya admitido la personación como parte acusadora, control judicial que incide de forma trascendental en el establecimiento de las relaciones procesales en el procedimiento penal. La decisión judicial que a este efecto se tome, puede ser modificada, obviamente, en cualquier momento.

b) En segundo lugar, se precisa que el Juez al acordar la apertura del procedimiento abreviado y concretar los hechos presuntamente constitutivos de delito y la persona o personas respecto a las que se estima que concurren indicios racionales de criminalidad, los incluya expresamente. Es decir, es el órgano judicial el que autoriza, en casos ciertamente excepcionales, el debate procesal cruzado al entender que existen indicios racionales de criminalidad en los dos imputados que permiten sustentar ambas pretensiones punitivas contrapuestas.

c) En tercer lugar, hechas las calificaciones provisionales por las partes acusadoras —el Fiscal deberá pedir el sobreseimiento de la causa para los imputados sobre los que no dirija la acusación—, el Juez tiene que acordar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de las actuaciones para cada uno de los acusados.

d) En cuarto lugar, en caso de que se admita la acusación formulada por algún acusado —en el mismo escrito de defensa, bajo una misma representación y una misma dirección técnica, prevaleciendo en todo momento la posición procesal de acusado sobre la de acusador—, el Juzgado tiene que dar nuevo traslado a las partes para que aleguen en nuevo escrito lo que estimen oportuno respecto de los hechos, calificación jurídica de los mismos y prueba propuesta, y para que propongan la prueba de descargo.

e) Por último, abierto el juicio oral, el Tribunal sentenciador tiene que pronunciarse sobre todas las pretensiones ejercidas definitivamente si no quiere incurrir en la lesión del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución Española (77).

---

(77) Ver Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79, de 26 de abril de 1990.

El enjuiciamiento conjunto del hecho sobre el que se ha admitido judicialmente la personación de dos acusaciones contrapuestas, apreciándose su conexidad material, se impone, básicamente, por exigencias de naturaleza procesal y constitucional. A saber: El conocimiento único se exige no sólo por razones de seguridad jurídica (78) y de economía procesal, que ya militan en favor de que se evite la ruptura de la continencia de la causa en caso de conexidad procesal, sino sobre todo por no vulnerar un presupuesto procesal de naturaleza objetiva, que consiste en no romper el debate judicial que se entabla desde dos o más frentes y en no abrir el enjuiciamiento parcial de esos mismos hechos en otro procedimiento. Es decir, con la observancia de esta exigencia se evita que con dos declaraciones judiciales sobre la verdad histórica de un mismo hecho se lesione el principio *ne bis in idem*.

La postura procesal que sostenemos es respetuosa con los derechos de todos los que postulan en la causa, y deja que sea la propia autoridad judicial la que, en momento procesal oportuno y por resolución que es susceptible de modificación de oficio o través de los oportunos recursos, resuelva el conflicto jurídico que surja entre quien, por un lado, alegue indefensión por falta de tutela judicial de sus pretensiones y quien, por otro lado, sostenga que la acusación contra él es infundada (Asturias. Fiscal señor Lorca Martínez.)

---

(78) La seguridad jurídica, garantizada en el artículo 9.3 de la Constitución Española, y en íntima relación con el principio de certeza del Derecho, debe superponerse a cualquiera otra consideración, porque su valor es preponderante, debiendo evitarse los graves inconvenientes que pueden derivarse de resoluciones judiciales contradictorias al romperse la continencia de la causa, dictadas en procedimientos distintos, en los que los medios de prueba difícilmente van a ser iguales. La posibilidad de revelaciones o retractaciones, por muy leves que éstas sean, en los testigos o en los acusados, o de incidencias procesales diversas en la celebración de las vistas de los juicios, potencian el peligro siempre existente de que se valore de manera diferente la actividad probatoria, la causa y la forma de producción de los hechos, personas intervinientes y demás circunstancias, con arreglo a los dictados del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y como sabemos, y como se afirma con toda claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991, las declaraciones fácticas hechas en sentencia por un Tribunal Penal no son extrapolables al otro órgano de la misma jurisdicción.

#### D) EXPEDIENTES DE REFORMA DE MENORES: SU ARCHIVO POR MAYORÍA DE EDAD PENAL

El problema planteado relativo al archivo de los Expedientes cuando el menor ha alcanzado la mayoría de edad penal no está resuelto legalmente, y puede generar en la práctica notables cuestiones que es necesario resolver.

Entre ellas podrían destacarse las siguientes:

— En primer lugar, se suscita el problema de si las medidas acordadas deben cesar cuando el menor llega a la edad de dieciséis años o si, por el contrario, puede acordarse dicha medida prolongándose en el tiempo después de esa edad. Al respecto, no existe ninguna duda de que si la medida ha sido impuesta antes de que el menor cumpla la indicada edad de los dieciséis años, el artículo 16, apartado 1.º, final de la Ley Orgánica 4/92, fija el tiempo máximo de duración en dos años, por lo que, poniendo en relación este precepto con el del artículo 18 de la vieja Ley de 1948, que no ha sido modificado y que establece el límite de la acción tutelar en la mayoría de edad civil, habremos de concluir que dentro de estos parámetros podrá acordarse una determinada medida que se seguirá ejecutando con independencia de que el menor alcance la mayoría de edad penal y que no se interrumpirá hasta que aquél alcance los dieciocho años de edad.

A este respecto, el anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, en su artículo 73 establece que la ejecución de las penas y medidas impuestas a los jóvenes y menores no se interrumpirá aun cuando éstos alcancen los dieciocho años; y, a mayor abundamiento, el artículo 80, en relación a la pena juvenil cuya duración puede llegar hasta los diez años, expone que cumplirán dicha pena en centros cerrados hasta cumplir la edad de veintiún años, fecha en la que pasarán a cumplir el resto de la pena que les quede por extinguir en centros penitenciarios para jóvenes.

Como puede verse, por tanto, no se plantearán excesivos problemas técnicos para que la medida acordada antes de alcanzar el menor la mayoría de edad penal, pueda prolongarse en su aplicación hasta los límites temporales que acabamos de exponer.

— En segundo lugar, mayores problemas suscitan los supuestos en que, cometido el acto ilícito durante la minoría de edad penal, se sobrepasa ésta sin que todavía haya recaído medida reformativa alguna. Sobre este punto, la Instrucción número 1/93 de la Fiscalía General del Estado dispone que las medidas tendentes a lograr la motivación del menor en el respeto a los bienes jurídicos ajenos, sólo se explican y justifican por y para el menor y que cuando éste ya ha dejado de ser tal, carecen de todo fundamento quedando expedida la vía civil.

Pese a lo expuesto y sin querer introducir ningún atisbo retribucionista dentro de esta peculiar jurisdicción que nos ocupa, entiendo que si de *lege data* está permitido que se sigan cumpliendo medidas, fijadas para menores, hasta los dieciocho años y que dicho cumplimiento, por tanto, no es contrario a la finalidad perseguida por la ley, nada impide que si los hechos fueron cometidos durante la minoría de edad y la incoación del expediente se ha producido durante esa minoría, pueda imponerse una medida de las establecidas en el artículo 17 de la ley, aunque en ese momento el menor sujeto a expediente haya alcanzado ya la edad de los dieciséis años.

Cosa distinta sería si el descubrimiento de la comisión del hecho ilícito se produce cuando el autor ha cumplido ya la edad de dieciséis años, porque en tales supuestos debería de atenderse al caso concreto para determinar si mediante el expediente vamos a alcanzar o no la finalidad perseguida en esta jurisdicción; por tanto, si las medidas que puedan imponerse van a ser beneficiosas para el menor sujeto al expediente y pueden ayudarle a lograr la normalidad frente al proceso de motivación del precepto penal y el ilícito no ha prescrito, nada impediría la incoación del expediente.

No consideramos que exista un obstáculo distinto a la posibilidad de enjuiciar estas conductas ya que la ley no establece que no pueda incoarse un expediente cuando el menor ha cumplido los dieciséis años, pues el artículo 9 de la misma recoge que los Tribunales Tutelares de Menores serán competentes para conocer los hechos cometidos por mayores de doce años y menores de edad, fijada en el Código Penal a efectos de responsabilidad criminal. (Teruel.)

## E) CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRUEBA DE LA PATERNIDAD

Desde el año 1987 nuestro más alto Tribunal indicaba la existencia de dos tipos de pruebas; las directas e indirectas, estableciendo tal distinción en base a lo dispuesto en el artículo 135 del Código Civil, que indica que aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito de la proposición de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. En este sentido, indicaba una Sentencia de 27 de junio de 1987 del Tribunal Supremo que entre las pruebas directas cabría englobar a las biológicas, antes mencionadas, y en las indirectas se podrían incluir las propiamente referidas en el mentado artículo 135 del Código Civil, así como todas aquellas «de las que se infiera la filiación de modo análogo». A éstas habría que añadir, como indica el Magistrado De Castro García las representadas por aquel conjunto de circunstancias fácticas y objetivas que tal como se producen podríamos denominar cuasi-directa. En los laboratorios se van implantando progresivamente los medios técnicos adecuados para analizar el polimorfismo del ADN de los sujetos (ácido desoxirribonucleico); la ventaja de este método científico consiste en la posibilidad de averiguación de la identidad de un individuo partiendo de una muestra de su material genético; el método se fundamenta en la existencia en el ADN de los cromosomas humanos de ciertas secciones silenciosas, llamadas así porque no parecen portar ningún mensaje genético y no codifican la síntesis de proteína, papel esencial del ADN; de este modo el profesor J. Jeffreys, Jefe del Laboratorio de Genética de la Universidad de Leicester, descubrió que los grupos de frecuencia de tales secciones silenciosas de ADN, también denominadas minisatélites, ocupan miles de lugares diferentes en los cromosomas, pero según un reparto propio y diferenciado para cada ser humano, así cada individuo posee una distribución única en el mundo, disponiendo de una huella genética personal, que bien pudiéramos considerar un auténtico carácter de identidad cromosómico. Así, estadísticamente, la probabilidad de que dos personas tengan la misma huella genética se cifra en 50 millones; si actualmente la población mundial ronda los 6.000 mi-

llones de habitantes es obvio que resulta del todo imposible que dos personas tengan la misma huella genética. Aplicando esto a las pruebas de paternidad supone la posibilidad de éxito en cuanto a resultados no sólo en los casos en que contemos con ambos progenitores (posibles), sino también cuando no es posible contar con alguno de ellos, pero sí con otros familiares directos del mismo (ascendentes).

La Sentencia de 11 de julio de 1991 establece una escala de porcentajes que representan una probabilidad de paternidad cifrados en prácticamente probada cuando se alcanza un resultado del 99,73 por ciento, considerando del 90 al 95 por ciento una paternidad probable; no tomando en consideración resultados inferiores al 90 por ciento, en el grado de probabilidades. En esta tesitura parece indicado abordar el problema de si es posible imponer la relación de pruebas biológicas por medios coercitivos entendemos que ello no es posible desde el punto de vista jurídico y ni siquiera lo consideramos aconsejable desde el punto de vista práctico. Así, la persona solicitada a someterse a las pruebas biológicas por la interposición de una demanda puede amparar su actitud negativa en los artículos 15 y 18 de la Constitución Española, es decir, en los derechos a la intimidad y a la integridad física y moral.

El Tribunal Supremo afirma a este respecto en su jurisprudencia de forma continua la legitimidad de tal negativa al sometimiento, y así la Sentencia de 25 de abril de 1991 indica que nadie puede ser sometido ni obligado coactivamente ni por ningún otro medio a prestarse a tal prueba. Por tanto, y partiendo de la inexigibilidad contra el sometimiento a pruebas biológicas por el demandado, es conveniente determinar las consecuencias que en el orden procesal tal actitud reunente puede conllevar. Conviene destacar que el presunto padre es no sólo sujeto del proceso, sino también objeto del mismo pasando el cuerpo humano a ser objeto de la prueba pericial sobre el que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropomórficas. Invariablemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera la negativa al sometimiento un indicio que en sí mismo tiene un alto valor, dado el índice de exactitud que el estado actual de la ciencia confiere a las pruebas en cuestión, por lo que la negativa deberá ser debidamente ponderada en el conjunto de elementos fácticos y probatorios de que dispongan en cada caso, dándole de esta forma el significado co-

rrespondiente. En ningún caso el Tribunal Supremo ha considerado la negativa como una *ficta confessio* que individualmente estimada llevará necesariamente a la determinación legal de la paternidad. Como requisito de procedibilidad, el artículo 127 del Código Civil, en su párrafo 2.º, dispone que para la admisión de la demanda sobre investigación de paternidad se habrá de aportar un principio de prueba; es ésta una medida cuya seguridad en cuanto al contenido de exigencia debe quedar a buen criterio de los Tribunales esta traba legal que operaría a modo de filtro para evitar posibles abusos procesales, en la práctica ha quedado bastante flexibilizada por la interpretación y exigencia que de la misma han hecho los Tribunales, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1988 considera suficiente la aportación de fotografías donde aparece el demandado junto a la madre actuante, en circunstancias tales que permiten inferir como probables la existencia de relaciones amorosas entre ambos. Pero la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 va más allá de la valoración de este requisito y considera que ni siquiera es necesario que este principio de prueba deba plasmarse en un determinado documento, sino que basta que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado procesalmente a ello. Por lo expuesto, parece difícil e improbable que en base a la exigencia del principio de prueba se rechazase *a limine* la demanda interpuesta respecto a la paternidad de un individuo, resultando obvio que en tal caso no impediría el nuevo género de la acción cumpliendo la exigencia normativa. Por último, nos detendremos brevemente a estudiar la denominada *exceptio plarium concubentium* o alegación que el demandado del hecho de la cohabitación con el demandante en la época de la concepción de varios sujetos sin que ello conlleve negar por el demandado que él fue uno de éstos.

En principio si toda alegación es probada debidamente, la presunción de paternidad se desvanece, pues la procreación se da también como posibilidad y probabilidad en cuanto a otros. En este supuesto es evidente que la condición de progenitor sólo podrá obtenerse recurriendo a las precitadas pruebas biológicas, así la expuesta operación como tal conllevará la absolución del demandado en caso de duda.

Debemos, por último, mostrar preocupación por cuanto recientes resoluciones judiciales vengán a desnaturalizar la negativa

al sometimiento a la prueba de paternidad, dejándolo de considerar como un indicio y pasando a declarar la paternidad en base exclusiva tal negativa, nos parece excesivo que la negativa en vez de considerarse un fuerte indicio de paternidad que debe en todo caso valorarse conjuntamente con otros, sea considerada elemento por sí solo suficiente para llegar a una conclusión positiva de paternidad.

Junto a la preferencia y prevalencia del derecho del nacido a conocer quién es su progenitor masculino, y el derecho de la madre a que se le reconozca legalmente con quien ha tenido ese hijo, está la posible interpretación legalista consistente en la interposición de una demanda de paternidad indiscriminadamente a cualquier sujeto, y que éste se ve constreñido a someterse a pruebas biológicas para probar algo que, por evidente, supone para él una vejación injustificada; debiendo someterse como ser humano, como objeto de petición, para negar lo evidente y con ello ver atentado sus derechos al honor y a la intimidad. Además, como acertadamente apunta cierto sector doctrinal, podría darse el absurdo y paradójico caso de que una mujer demandase a varios hombres como posibles padres de su hijo, todos ellos alegasen la *exceptio plurium concubentium*, y, consiguientemente, se negasen a someterse a las pruebas de paternidad, siguiendo la peligrosa e insegura tesis antes apuntada, todos, sin excepción, deberían ser declarados padres de la criatura, consecuencia que no puede ser más contraria al espíritu constitucional postulado en el artículo 39.2 de la Constitución y los artículos 127 y 135 del Código Civil.

El tema objeto de estudio con lo indicado al comenzar este trabajo, en el sentido de procurar por los medios legales posibles y adecuados que la realidad biológica coincida con la filiación como hecho jurídico, entramos a tratar el tema de la investigación de la paternidad. Una novedad supuso en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 39.2 de la Constitución en el que, tras indicar que los poderes públicos asegurarían la protección integral de los hijos, considerándolos iguales ante la ley, con independencia de su filiación, se ponía de manifiesto que la ley posibilitaría la investigación de la paternidad, haciéndose eco de tal declaración de principios el legislador reflejó la nueva tendencia legal en el artículo 127 del Código Civil, en el que se indica que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad

mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Así las cosas no sabíamos cómo iban a interpretar los Tribunales tales normas, y en qué medida serían flexibles o no a la hora de obtener consecuencias jurídicas de su aplicación. A modo de apunte, conviene indicar que aun cuando los avances científico-técnicos permiten albergar esperanzas en cuanto a prácticas médicas innovadoras que conlleven un establecimiento indubitado de los progenitores de un sujeto, lo cierto es que actualmente tres son las pruebas o procedimientos fiables de determinación de la filiación; a saber, dos pruebas que permiten únicamente excluir la paternidad, la de los grupos sanguíneos, la del grado de madurez del recién nacido y una prueba que permite tanto excluir como afirmar la paternidad en un altísimo grado de probabilidad y certeza, ésta es la llamada heredobiológica o antropomórfica, consistente en la comparación y estudio de hasta 300 caracteres del hijo, padre y madre.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1991 argumenta que la justificación ético-social de la prueba de investigación de la paternidad ha de basarse en el carácter prioritario y fundamental del interés protegido, que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, por lo que el principio de investigación de la paternidad ha de respetarse y protegerse. Por ello, al margen de la amplitud a considerar en la admisión de pruebas de investigación de la paternidad, debe ser el precedente para poder llegar a las mayores proximidades de la verdad material; esta meta propuesta por la veracidad de la filiación ha llevado al Tribunal Supremo a buscar decididamente la realidad biológica prescindiendo en algunos casos de las limitaciones propias del recurso de casación. (Toledo.)

## F) ASUNTOS INDETERMINADOS: UNA LAGUNA LEGAL

Ya hace años, y en otros lugares, cuando el redactor de esta Memoria, preparaba la Estadística Anual e iniciaba la acostumbrada elaboración de la Memoria, se encontró con que, buen número de Juzgados, arrojaban unos datos finales totalmente descompensados. En efecto, junto a un número inusualmente corto de

diligencias previas, aparecían unos datos de Registro General sumamente elevados.

Analizados estos datos y solicitados de los Juzgados los Libros Registros Generales, en cumplimiento de las Instrucciones y Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo, a las que luego me he de referir, apareció ante mí ese mundo, muchas veces extraño y casi siempre oculto al Fiscal, de los denominados asuntos indeterminados que, sin justificación alguna y con propósitos de legalizar su existencia, también son denominadas diligencias, en aquellos Juzgados en los que se abusa de su utilización.

Recuerdo que, examinados aquellos Libros, buen número de «asuntos», deberían haberse seguido como diligencias previas y, al no hacerlo así, suponía hurtar al conocimiento del Fiscal de buen número de procedimientos, que con un auto de archivo nunca notificado, constituía el adecuado mecanismo para marginar al Fiscal.

En aquellas ocasiones, y siempre que fue posible, el Fiscal, interesado y consiguió sacar a la superficie procesal aquellos «asuntos indeterminados».

Ello dio lugar a manejar un escaso material de trabajo, entre el que se encontraba una monografía de Luis Alonso Prieto, Presidente de la Audiencia Provincial de Avila, que abordaba este tema, prácticamente inexplorado, señalando excepcionalmente los asuntos, que por no tener lugar adecuado en los procedimientos vigentes por aquellas fechas, podían ser objeto de una elemental tramitación, registrándose por el Secretario, «según su diferente naturaleza».

Es decir, que el único soporte legal que permitía y sigue permitiendo llevar en el Juzgado este tipo de «asuntos», es el Reglamento del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

Quiere ello decir, que no existe una regulación legal de los mismos, ni mucho menos una definición o descripción de su naturaleza, sino que, al decir de Prieto Castro y G. de Caviades, constituyen casos o situaciones que no permiten encontrar encaje adecuado en alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así pues, traspasar la frontera de lo excepcional, convertía a estos asuntos en irregulares e ilegales, sin que los asusten los calificativos utilizados varias veces en la doctrina unificadora de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

La expresada situación quedó claramente recogida en las Consultas de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1924 y 11 de junio de 1963, en las Circulares de 2 de junio de 1969 y número 4 de 1979, o finalmente, en la consulta de 19 de abril de 1995 de la Fiscalía General del Estado.

En especial, son de tener en cuenta, las dos Circulares citadas, que mantuvieron una línea especialmente dura con las diligencias indeterminadas y obligaban al Fiscal a adoptar medidas contra el uso abusivo de que eran objeto. Espíritu que, recientemente, en otros momentos se manifestó, continúa vigente.

La primera de ellas llegó a sostener que «la corruptela e ilegalidad que supone la instrucción de diligencias indeterminadas... tal proceder es ilegal y arbitrario, ante el cual no puede ni debe aquietarse el Fiscal», tales valoraciones son completadas por la Circular en los concluyentes párrafos que se transcriben en su literalidad, así: «tales actuaciones son improcedentes, porque se sustraen al conocimiento de los destinatarios de la instrucción (Fiscal y partes) y precisamente por su carácter ilegal o clandestino carecen de las exigencias procesales requeridas para que puedan obligar coercitivamente las decisiones adoptadas en ellas por el Juez, además representan una expresa contradicción con los principios de oficialidad y carácter público que dominan al procedimiento penal... y, por tanto, resultará inadmisibles, por arbitraria, cualquier actuación procesal que pretenda impedir que el Fiscal pueda reclamar contra la decisión del Juez». En esta misma Circular, «se ordena a los Fiscales que si tienen conocimiento de la incoación de diligencias indeterminadas improcedentes, les den el valor de meras denuncias e interesen del Instructor que actúe aplicando el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o, en el caso de no rechazarse de pleno la denuncia, se acuerde la incoación del procedimiento correspondiente»; finalmente «insta a los Fiscales a poner en conocimiento de las Salas de Gobierno estas irregularidades y de esta Fiscalía».

He recogido textualmente el contenido más inequívoco y rotundo de la Circular, que no deja abierta ninguna duda sobre el carácter de los «asuntos», ni sobre la actuación del Fiscal sobre ellos.

Espigando en el contenido de otras Circulares o Consultas, en la número 4/79, se recuerda a los Fiscales que permanezcan atentos a su *prudentísimo uso* (la cursiva es nuestra) y que, en el caso de haberse excedido de aquellas normas, deberá promoverse por

los Fiscales, con muy buen criterio, el oportuno incidente de nulidad de actuaciones.

Posteriormente, ya años después, esta Fiscalía planteó una Consulta, sobre contenido y ulterior tramitación procesal de las diligencias informativas del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ella se abordaba, aunque tangencialmente, el tema de los asuntos indeterminados, itinerario procesal escogido por el Juez en algunos supuestos de procedimiento preliminar Fiscal.

La Fiscalía General del Estado, resolviendo el tema planteado en Consulta número 2/95, volvió sobre los asuntos indeterminados, haciéndolo en los siguientes términos: «aunque se convenga en que las diligencias indeterminadas no son cauce adecuado en el supuesto examinado (se trataba de unas diligencias informativas convertidas por el Juzgado en indeterminadas y archivadas), ello no conduce inexorablemente a la nulidad. El mero seguimiento de un cauce procesal inidóneo no es por sí solo, motivo de nulidad... Es necesario además que se haya producido indefensión».

Por lo tanto, lo decisivo no será comprobar si era procedente o no adoptar la resolución en el marco de unas previas, o de un asunto indeterminado, sino si con ello, se ha generado algún tipo de indefensión.

Interesa destacar de esta Consulta que la Fiscalía General del Estado sigue considerando a las diligencias indeterminadas como improcedentes y como cauce no adecuado, o inidóneo, aunque suaviza y matiza anteriores pronunciamientos, poniendo especial énfasis en que la incorrección procesal de referencia no haya producido indefensión, al ser notificada la resolución al Fiscal o las partes.

Solución correcta siempre, naturalmente, que la resolución dictada en el «asunto indeterminado», sea notificada al Fiscal, puesto que la posibilidad del recurso no lo sitúa en situación de indefensión.

Pero, ¿y en aquellos, no pocos casos, en los que el Fiscal desconoce que su procedimiento preliminar, que está regulado en ley, ha sido desviado al, más o menos conocido, trámite de asuntos indeterminados? ¿Qué hacer ante estas situaciones?

La contestación, teóricamente es sencilla, el Fiscal tiene medios suficientes para conocer el destino de su procedimiento preli-

minar y, en consecuencia, siempre podrá conocer su destino a efectos de recurso.

Sin embargo, la realidad diaria suele ofrecer situaciones muy diferentes a la expuesta.

Así, por ejemplo, en buen número de Juzgados, no se acostumbra a dar noticia alguna de acuse de recibo de las diligencias, ni del número de diligencias previas que han debido de incoarse; es práctica diaria, que ni reiterándolo se consigue rectificar.

Si ello es así, y lo es porque la realidad de las diligencias de investigación del Fiscal, aún no han sido bien comprendidas en buen número de Juzgados, que consideran esta función como propia de un intruso, no será de extrañar que ante la ignorancia del «paradero» de las diligencias en un «mundo» de Juzgados, el Fiscal pierda la pista de ellas y surja de inmediato una situación de indefensión.

Por ello y aceptando, por supuesto, la impecable técnica de la Consulta, sí quiero matizar que, no obstante, podría resultar más que conveniente la apertura de diligencias previas, en evitación de situaciones como las que quedan reflejadas y que no deben producirse.

Otra cosa sería que los Juzgados, siempre acusaran recibo de las diligencias que le son remitidas y especificaran el número de previas o «asuntos» por el que son reconducidas.

Ya abandonando la solución que al tema de las «indeterminadas» ha dado la Fiscalía General, busquemos otras posibles soluciones procedentes de otros campos.

Es conocida la postura contraria a ellas, manifestada en la Circular de la Inspección Central de Tribunales de 24 de octubre de 1977, en la que se sostenía «que la utilización de diligencias indeterminadas por los Juzgados habrá de efectuarse con criterio restrictivo, limitándose a supuestos como los enumerados o a otros de indudable semejanza con ellos y absteniéndose, en cualquier caso, de seguir ese cauce procesal para indagar sobre hechos que pudieran ser delictivos, ya que tales diligencias no deben utilizarse cuando se trate de actuaciones judiciales para el esclarecimiento y persecución de delitos y faltas».

Sin duda, constituía un fuerte pronunciamiento sobre el carácter excepcional que deben de tener este tipo de asuntos, que no permitía ni permite la más mínima actividad procesal, como no sea la de rechazar de plano una denuncia, o los excepcionales supuestos no investigatorios, mencionados por la Circular.

En el entorno de otro ámbito territorial, el Presidente de la entonces Audiencia Territorial de Canarias, señor De Vega Ruiz, en 1983, también se encontró con la necesidad de adoptar el Acuerdo o Circular, que se refería a las diligencias indeterminadas, dado el elevado número de ellas que se incoaban en los Juzgados de su territorio; resaltaba en ella «los riesgos e imperfecciones de un sistema que posiblemente sustraía el conocimiento de los asuntos al Ministerio Fiscal», «concretando los escasos supuestos que podían permitir seguir tan denostada tramitación».

De estas excepcionales situaciones de las que llegó a hablar De Vega Ruiz, fueron eliminadas por la propia dinámica de las modificaciones legales que se fueron produciendo, los siguientes casos:

a) Las cuestiones de competencia por inhibitoria, ya que en ellas, según el renovado artículo 782, número 1.º, era necesaria la Audiencia del Ministerio Fiscal, lo que tan sólo puede hacerse en un procedimiento en curso.

b) Las actuaciones dirigidas a resolver peticiones de extradición pasiva, que tienen, según Ley de 1985, una tramitación especial.

c) Las solicitudes encaminadas a la obtención de un mandamiento de entrada y registro o de intervención telefónica y que al afectar a derechos fundamentales de la persona, exigen un proceso con todas las garantías, como se reconoce en alguna resolución a la que luego me refiero (tema Naseiro).

d) Las denominadas diligencias de prevención a las que se refiere el artículo 602 del Código Penal, igualmente, no deben de seguir el curso de diligencias indeterminadas, a la espera de la correspondiente denuncia; en efecto, aparte de que tal itinerario procesal no tiene reconocimiento en la ley, en estas ocasiones es preciso hacer un ofrecimiento de acciones para provocar la denuncia, y una incoación de indeterminadas a la espera de una posible denuncia puede afectar a los derechos de defensa y tutela judicial del ofendido.

Desde la época de los aludidos pronunciamientos, este supuesto mecanismo procesal ha merecido juicios negativos en diferentes resoluciones del Tribunal Supremo, así la Sentencia de 30 de mayo de 1994, en la que se acuerda su nulidad y absolución de los pro-

cesados al haberse acordado ciertas diligencias en el referido trámite.

En parecidos términos, subrayando que ciertas actuaciones procesales solamente tienen cabida en el marco de un proceso penal y dentro de él, se pronuncia el Auto de 18 de junio de 1992, y últimamente, en forma más rotunda, en Sentencia de 26 de septiembre de 1995, en la que después de invalidar el resultado de una investigación telefónica, acordada en diligencias indeterminadas, dice: «la utilización de un Libro Registro especial para las denominadas diligencias indeterminadas es contrario a la normativa vigente, ya que sólo se admite la incoación de asuntos penales por la vía de las diligencias previas o sumarios.»

Lo que figura seguidamente en la expresada sentencia es de tal valor y contundencia que no podemos resistir a continuar recogiendo literalmente alguno de sus párrafos.

«Por otro lado, procedimientos penales son aquéllos que están expresamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

«La utilización del cauce de las diligencias indeterminadas para poner en marcha un procedimiento de interceptación de conversaciones telefónicas, es una irregularidad en la que frecuentemente incurrir los órganos jurisdiccionales encargados de la investigación criminal... Las denominadas en el uso forense *diligencias indeterminadas*, que también podrían denominarse *asuntos indeterminados* o varios, puede constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción, pero siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los Libros de asuntos ordinarios. La llevanza de un Libro de Diligencias Indeterminadas, responde a exigencias meramente administrativas o burocráticas del órgano que las práctica, sin más trascendencia que la constancia fehaciente de una actuación judicial.»

Finalmente, se hace eco de lo que llama «una línea prudencial que ha venido relajando considerablemente esta irregularidad».

Así pues, sin llegar aún a la doctrina científica a la que me he de referir, ¿no sería más técnico, y sobre todo más clarificador, que el legislador acometiere el reconocimiento de las diligencias indeterminadas, o por el contrario un más expreso pronunciamiento en contra de su utilización?

Ello permitiría que tanto la Fiscalía General como el propio Tribunal Supremo sostuvieran con firmeza un criterio determi-

nado, que repercutiría a su vez en la diaria práctica de los Tribunales.

Creo que esa abismal distancia que se hace de los asuntos indeterminados no contribuye a fijar y mantener unos seguros criterios de actuación procesal.

La opinión de la doctrina científica tampoco suele ser favorable al uso de estos «mecanismos procesales»; así, Majada muestra su extrañeza ante lo que denomina gran variedad de criterios sobre ellas, ya que mientras en algunos Juzgados se ha proscrito su utilización, en otros se usa en forma abusiva «incurriendo en extralimitaciones que vulneran las reglas procesales, al traer a este campo lo que necesariamente ha de ventilarse en un proceso penal».

Asimismo, Gutiérrez, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, página 1.074, igualmente lamenta que al no ponerse remedio a esta situación, se van incoando diligencias indeterminadas improcedentes, con vulneración de las garantías procesales.

Recientemente, Carolina Sanchís en «El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado», elabora unas ideas en las páginas 113 y siguientes, que aunque en algún extremo mantenga discrepancias esenciales con la Fiscalía General del Estado, en otros, considera inadmisibles la conversión del Procedimiento Penal Fiscal en asuntos indeterminados.

Así, cuando trata de la finalización del procedimiento del Fiscal dice «que cuando el Fiscal insta del Juez de instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas por considerar el hecho presuntamente punible, nos encontramos ante lo que podríamos denominar imputación Fiscal, que deberá hacerse por medio de querrela» (aunque no siempre, según criterio de la Fiscalía General del Estado).

La petición de incoación al Juez puede suponer la apertura formal de diligencias con asignación de un número concreto al asunto, si a la vista de lo actuado por el Fiscal, el Juez considera que hay material suficiente para formular acusación... *En otro caso, implicará la práctica de nuevas diligencias* (art. 789.3 de la LECr.); con ello, descarta que la investigación del Fiscal pueda seguir cauces distintos a los propios de las diligencias previas.

Ya al comienzo de esta exposición se hizo una clara referencia a aquellas situaciones que no encajando en ninguno de los proce-

dimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obligaban a ser reconducidos por la vía de los «asuntos indeterminados», y ello era lo que justificaría siempre la existencia de un ponderado número de asuntos.

Se han dado por diversos autores una serie de supuestos que podrían permitirlos. La propia Circular de la Inspección Central de Tribunales (hoy sustituida por la Inspección del Consejo General del Poder Judicial) incorporó algunos supuestos que podrían permitir tales diligencias.

Dentro de este grupo de asuntos, destacaba uno que sí podía dar lugar a un importante número de diligencias, como lo eran las actuaciones practicadas por el Juzgado para elevar la detención a prisión y su rectificación, cuando se pusiera a su disposición un detenido, y no sea él el competente para conocer del procedimiento.

Sin embargo, la expresada situación, ya no puede dar lugar, legalmente, a ser materializada en algo que no sea un procedimiento penal.

En efecto, la introducción del artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectuada en el curso del pasado año, lo impide al implantar el régimen de comparecencia previa, que, obviamente, precisa hacerse en el curso de un procedimiento penal y no en unas simples indeterminadas.

A mayor abundamiento, el supuesto contemplado cae de lleno en el marco de la interpretación que hace la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/95.

Dice así, «cuando no existe todavía causa penal y el detenido es puesto a disposición de un Juez que no es competente para conocer de la causa... ha de practicar las primeras diligencias y decidir sobre la situación en el término de 72 horas, sin perjuicio de la ulterior inhibición... podrá decretar la prisión con o sin fianza, previa celebración de la audiencia prescrita en el artículo 504 bis 2; una vez adoptada, procederá la inhibición».

A ella deben incorporarse las exclusiones que, por diferentes motivos, he relacionado más arriba.

Para concluir, y a modo de resumen, entiendo que son demasiados los problemas y oscuridades generadas por diligencias indeterminadas, que carecen de reconocimiento y regulación alguna, pero que, sin embargo, son objeto, en buen número de Juzgados, de una utilización abusiva.

Es necesario, pues, acudir a la vía legislativa para determinar claramente, los contornos que deben de tener las diligencias indeterminadas, lo contrario seguirá constituyendo un foco generador de problemas.

De no ser así, en mi modesta opinión, sería aconsejable que una Instrucción o Circular examinara en profundidad el tema, para que los Fiscales, en el año 1996, y con una situación procesal muy distinta a la de hace quince o veinte años, sepamos a qué atenernos, con respecto de ellas. (Pontevedra.)

#### G) UN SUPUESTO DE APARENTE PLURALIDAD DE PARTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LA JURISDICCION CONTABLE

Con ocasión de la tramitación del procedimiento de reintegro por alcance número 5/91, Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, se ha suscitado una cuestión que consideramos como un supuesto aparente de pluralidad de partes.

En el citado proceso se dio traslado al Instituto Social de la Marina Mercante, a fin de que interpusiera la oportuna demanda, siempre que lo estimase conveniente.

El indicado Instituto contestó manifestando que no existía pretensión que deducir renunciando a formular la demanda, por lo que los autos siguieron su curso pasando al Ministerio Fiscal, el cual, al amparo del artículo 73.3 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, formuló demanda contra D. A. C. P., contratado laboral del mencionado Instituto Social de la Marina, como responsable contable directo, a fin de que indemnizara al Tesoro Público en la cantidad de 1.514.855 pesetas.

Al mismo tiempo, el Ministerio Público interesaba que se tuviera por apartado del procedimiento al Instituto Social de la Marina, dado que no intervenía ni como demandante ni como demandado.

Esta última petición fue desestimada por el Excmo. señor Consejero, a virtud de Auto de 10 de julio de 1995.

El Fiscal recurrió la anterior resolución y de nuevo por Auto de 17 de noviembre de 1995 fue desestimada su pretensión argu-

mentando el Consejero lo siguiente: «Para saber quiénes pueden ser parte en los procesos jurisdiccionales contables hay que acudir al derecho material, el cual determina quién puede actuar como parte en cada procedimiento contable. Los sujetos así individualizados reciben en nuestro derecho la denominación de “partes legítimas” y la cualidad que poseen se llama “legitimación”, como parte actora (legitimación activa) o como parte demandada (legitimación pasiva). La legitimación es el efecto del poder dispositivo que sobre los derechos subjetivos poseen sus titulares, en cuanto obedece al principio de que sólo a éstos se les ha de reconocer autorizados para ejercitarlos. Sin embargo, existen ocasiones en que la facultad del ejercicio de los derechos no es la que confiere la legitimación, ni por tanto la cualidad derivada del derecho material, sino que se atribuyen por el derecho procesal, debido a las razones de interés general que están en juego. Este es el caso de la intervención del Ministerio Fiscal en determinados procedimientos, entre ellos los contables, en los que la ley le otorga la legitimación para la defensa de un interés que trasciende del interés propio a quien comparece en el proceso. Así pues, aunando los criterios anteriores, el ordenamiento jurídico contable determina quiénes pueden ser partes actoras en los procesos jurisdiccionales contables poseyendo, por tanto, la cualidad de legitimados activos. De este modo el artículo 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece que estarán legitimados para actuar ante la jurisdicción contable quienes tuvieren interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso, siendo desarrollado este precepto por el artículo 55.1 de la Ley de Funcionamiento, que atribuye la legitimación activa en todo caso a la administración o entidad pública perjudicada y al Ministerio Fiscal. Este tipo de legitimación es conocida por la doctrina procesal con el nombre de litisconsorcio necesario impropio, entendiendo por tal aquellos supuestos en que la legitimación se otorga a varios sujetos por separado, de tal suerte que el ordenamiento no impone la actuación conjunta de todos ellos, pero la sentencia que recaiga les afectará de igual manera a todos, pues se trata de una única pretensión. Por tanto, la limitación que impone este tipo de litisconsorcio necesario impropio consiste en que todos aquellos que quieran ejercitar su pretensión lo han de hacer en el mismo proceso; y dicho en sentido contrario, no todos los legitimados tie-

nen obligación de ejercitar su pretensión, basta que lo ejerciten cualquiera de ellos, ya que no es obligatoria la actuación conjunta de todos los legitimados.»

Señala la citada resolución judicial que tales extremos se encuentran amparados por los artículos 69 y 73 de la Ley 7/1988.

Por otra parte el auto afirma que ninguno de estos dos artículos prevén, como sanción, que si los comparecidos como parte actora no formulan demanda queden excluidos del procedimiento, añadiendo el Consejero que: «la ordenación de los actos procesales no impone derechos y deberes a las partes», y que «la acción de las partes es siempre libre, discurriendo a través de las expectativas y cargas procesales, dentro de los cauces del procedimiento. Por tanto, cada parte puede aprovechar las expectativas que le brinda el devenir procesal, o puede dejar transcurrir la oportunidad de un determinado acto. En el proceso, las situaciones jurídicas por las que discurre la actividad procesal son tan sólo ofertas de acción de las partes, pero no apremios».

La ley prevé que se produzcan personaciones de los entes públicos perjudicados en la pieza separada del artículo 45 de la Ley 7/1988, o en las actuaciones previas a que se refiere el artículo 46.1 del mismo texto legal y que posteriormente en el trámite de los artículos 68 y 73.1 de la citada Ley de Funcionamiento comparezcan en el procedimiento de juicio de las cuentas o en el de reintegro por alcance, según que el hecho motivador no constituya o constituya alcance, respectivamente, a fin de que formulen demanda, si lo estiman pertinente.

Suele ocurrir, con alguna frecuencia, que la entidad perjudicada, a través de su representante procesal, entienda que no procede formular demanda. En estos casos, el Tribunal da traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que formalice la demanda si procede (arts. 69.2 y 73.3 de la Ley de Funcionamiento).

Si éste tampoco interpone demanda se archivan los autos, pero si la formula el procedimiento se inicia en sentido propio. En este último caso, los distintos Departamentos de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, siguen considerando parte actora a los entes públicos perjudicados, como es el caso del procedimiento que venimos comentando, que no han formulado demanda y que no plantean ninguna pretensión contra el demandado o los demandados, que lo han sido por el Ministerio Fiscal.

El citado Auto de 10 de julio de 1995, con base en los artículos 55, 59, 69 y siguientes de la Ley 7/1988 considera que existe la posibilidad de que «en los procedimientos declarativos de responsabilidades contables pueden coexistir legitimados activos que ejerzan pretensiones de dicha clase de responsabilidad, adquiriendo en ese caso la posición procesal de demandante, y legitimados activos que no ejerzan dicha clase de pretensión y que no pasan de ser meros comparecidos en las actuaciones, presentes en las mismas por tener algún interés legítimo en la controversia suscitada».

Esta distinción en el ámbito del derecho procesal no consideramos que pueda extraerse de la lectura de los preceptos de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas citados en el auto.

Así el artículo 55 de la Ley 7/1988 establece:

«1. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 2/1982, la legitimación activa corresponderá, en todo caso, a la administración o entidad pública perjudicada que podrá ejercer toda clase de pretensiones de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas sin necesidad, en su caso, de declarar previamente lesivos los actos que impugne, y al Ministerio Fiscal, que podrá ejercitar las pretensiones de aquella naturaleza que resulten procedentes. Las restantes entidades del sector público a que se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica citada, estarán legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de responsabilidad contable que les competan, con sujeción a las reglas por que cada una de ellas se rige.

2. Se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.»

En el artículo 59.1 la citada ley dispone: «Las partes legitimadas activamente podrán pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales o efectos públicos y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios. Los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos.»

El artículo 69.1 del mismo texto legal afirma: «Hecha la publicación anteriormente prevenida y transcurrido el término de los emplazamientos se dará traslado de la pieza y demás actuaciones,

o en su caso del expediente administrativo al Letrado del Estado, al representante procesal de la entidad del sector público perjudicado, caso de que no estuviera representada por aquél y a los demás comparecidos como parte actora para que, dentro del plazo común de 20 días, deduzcan la oportuna demanda.»

Y, por último, el artículo 60.1 de la citada ley establece: «La jurisdicción contable juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones de las mismas.»

Ni desde una interpretación literal, ni lógica ni sistemática de estos preceptos puede afirmarse que en el proceso de reintegro por alcance existen dos clases de legitimación activa, como pretende el auto transcrito.

Los citados preceptos sólo reconocen una legitimación activa en el proceso, que supone el ejercicio de una pretensión, la cual debe insertarse en la demanda, puesto que no se olvide que nos encontramos ante una auténtica jurisdicción (79) (80).

Parece evidente que una cosa es quién *puede* ser parte en el proceso y otra quién *es* parte. Sólo es parte aquél que ejercita pretensiones o frente al que se ejercitan (81) (82).

En este sentido Prieto-Castro afirma: «Partes son las personas físicas o jurídicas (en sentido amplio) que se constituyen en sujetos de un proceso, para pretender en él la tutela jurisdiccional y que, por tanto, asumen la titularidad de las relaciones que en el mismo se crean, con los derechos, las cargas y las responsabilidades inherentes» (83).

---

(79) ALVAREZ CIENFUEGOS SUAREZ, José María: «El Ministerio Fiscal y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Extensión y límites», *Estudios del Ministerio Fiscal*, n.º II, 1995, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pág. 704.

(80) MENDIZABAL ALLENDE, Rafael: «La función Jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 1.357 y ss.

(81) GONZALEZ PEREZ, Jesús: «La pluralidad de partes en el proceso administrativo», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 1.281 y ss.

(82) SERRA DOMINGUEZ, Manuel: «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», *Revista Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1971, núms. 2-3, págs. 573 y ss.

(83) PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzadi, 1985, 2.ª edición, pág. 230.

Por otra parte el Auto de 17 de noviembre de 1995 plantea cuestiones relativas a la diferente legitimación que tienen los entes públicos perjudicados y el Ministerio Fiscal, de un lado, y el tema del litisconsorcio necesario impropio, de otro, con la finalidad de argumentar la decisión de mantener en el proceso como parte actora al Instituto Social de la Marina.

Sin embargo, como veremos a continuación, un análisis en profundidad de tales conceptos procesales nos lleva a una tesis contraria a la mantenida en los citados autos.

De acuerdo con la doctrina más moderna hay que distinguir entre una legitimación ordinaria y una legitimación extraordinaria.

La ordinaria es la que nace de la relación jurídico-material y, por tanto, como señala Fernández-Espinar, por tal hay que «entender la relación jurídico-procesal que surge cuando quien demanda afirma al mismo tiempo ser titular del derecho subjetivo subyacente respecto del cual se postula amparo jurisdiccional en virtud del ejercicio de la concreta acción —la “Rechtsschutzanspruch” en terminología acuñada por la dogmática alemana— e imputa la titularidad pasiva al demandado, en tanto que en la legitimación extraordinaria, y a diferencia de la anterior, el demandado no asevera una o ninguna de las dos circunstancias anteriores» (84).

La legitimación ordinaria, por tanto, es la que tienen los diferentes entes del sector público para incoar los procedimientos contables cuando sufren algún perjuicio.

Dentro de esta legitimación ordinaria puede existir una relación singular o plural. Como indica Fernández-Espinar: «Por la primera el actor afirma ser titular del derecho subjetivo así como que la *obligatio* subsiguiente corresponde al demandado —es decir legitimación activa y pasiva—. En la legitimación plural, por el contrario la afirmación activa debe realizarse por varias personas o la imputación pasiva debe efectuarse frente a varios demandados simultáneamente, situación que puede presentarse en virtud de una obligación *ex lege* verbigracia en los supuestos de los artículos 1.139 Código Civil y 1.539 Ley de Enjuiciamiento Civil, re-

(84) FERNANDEZ-ESPINAR, Gonzalo: «Aproximaciones a una delimitación del concepto y la naturaleza jurídica de la legitimación en el proceso civil», *Poder Judicial*, junio de 1995, 1984, nota 16.

lativos, respectivamente, a los efectos de la imposibilidad de división entre los acreedores o deudores del crédito o la deuda de una obligación mancomunada así como a la exigencia de contestación a la demanda del actor tercerista, “dentro del término correspondiente”, por parte del ejecutante y ejecutado o bien por devenir impuesta por la propia Naturaleza de la relación jurídica material controvertida sobre la que se realizan las afirmaciones» (85).

En definitiva, la pluralidad de sujetos en la legitimación ordinaria surge en función de que exista una relación jurídico material entre varias personas que deban figurar en el proceso como partes activas o pasivas.

El llamado litisconsorcio necesario impropio es una creación jurisprudencial, que ha establecido la obligatoriedad de que todas las personas que puedan verse afectas por el proceso estén presentes en el mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1981, 10 de marzo de 1980 y 3 de octubre de 1977).

La doctrina científica ha señalado su existencia desde el punto de vista pasivo y habla de litisconsorcio pasivo necesario impropio, en el sentido de que aun cuando no venga expresamente establecido por la ley, determinadas personas a las que afecta la sentencia deben ser obligatoriamente demandadas, pues en caso contrario el Juez estará obligado a dictar una sentencia absolutoria en la instancia, sin entrar en el fondo del asunto.

En algún caso (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 2 de marzo de 1974) la jurisprudencia ha reconocido la existencia del litisconsorcio necesario activo, en supuestos de cotitularidad jurídica, pero esta expresión ha sido matizada posteriormente.

Así, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de distinguir claramente entre el lado activo y el pasivo de la relación procesal, señalando que cuando son varias personas las que tienen que demandar necesariamente, y sólo lo hacen algunas, más que ante un supuesto de litisconsorcio activo necesario, nos encontramos ante un supuesto de falta de *legitimatío ad causam*.

De esta manera expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 22 de diciembre de 1993, RJ 1993/10.104 afirma: «En cuanto a la falta de litisconsorcio activo necesario tie-

(85) FERNANDEZ ESPINAR: *Op. cit.*, págs. 86 y 87.

ne declarado esta Sala [Sentencias de 10 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8.960) y 3 de junio de 1993 (RJ 1993/4.382)] que la figura del litisconsorcio activo no está prevista en la ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (*legitimatio ad causam*).»

Esta doctrina ha sido reiterada en otras sentencias, entre las que cabe destacar las de 28 de julio de 1995, RJ 1995/6.758, y 24 de octubre de 1995, RJ 1995/7.520, ambas de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

Como vemos, el caso que venimos comentando no es susceptible de ser reconducido a un supuesto de litisconsorcio activo necesario, por una parte porque no existe cotitularidad en la relación jurídico material entre el ente del sector público perjudicado y el Ministerio Fiscal, y por otra porque la jurisprudencia habla en estos supuestos de falta de legitimación activa.

Más bien nos encontramos ante un supuesto de legitimación extraordinaria, la cual no requiere la afirmación de un derecho subjetivo. Esta legitimación extraordinaria es la que ostenta el Ministerio Fiscal.

Las razones de la legitimación extraordinaria pueden ser privadas, sociales o públicas.

Las privadas obedecen al hecho de que el legislador en algunos casos permite que un particular, actuando en nombre propio, afirme derechos subjetivos ajenos como medio para que un acreedor no sea perjudicado por la inactividad de su deudor al abstenerse éste de ejercitar su derecho. Supuestos de tal proceder los tenemos en los artículos 507 del Código Civil (usufructuario que puede reclamar *per se* los créditos vencidos que forman parte del usufructo si hubiere dado fianza), 1.522 del Código Civil (arrendador que puede reclamar del subarrendatario el importe de la renta convenida en el subarrendamiento) y artículo 1.111 del Código Civil (acción subrogatoria), entre otros supuestos de sustitución procesal.

En el caso de la motivación social nos encontramos ante la defensa de los intereses colectivos y difusos, entendiendo por los pri-

meros aquéllos que «resguardan no ya intereses individuales de personas concretas sino de un amplio colectivo entre los cuales subsiste un vínculo jurídico, cual acaece singularmente en procesos laborales y administrativos, desplegando en este sentido toda su fuerza hermenéutica el artículo 7.III de la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer que «los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de éstos últimos se reconocerá la legitimación de las Corporaciones, Asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados» (86).

Los intereses difusos (son) «... aquellos cuya titularidad pertenece a personas indeterminadas, no existiendo entre ellos vínculo jurídico ni un ente, sea o no persona jurídica, que agrupe el colectivo de las personas físicas, cual acaece, por ejemplo, en el artículo 19.II.b de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal» (87).

Aquí tenemos que mencionar la problemática interesantísima que presenta la protección jurisdiccional de los intereses de grupo, que tan fecundamente ha sido desarrollada por la doctrina científica (88) y la jurisprudencia.

La defensa de los intereses de grupo nos introduce en un mundo nuevo que sobrepasa los clásicos y estrictos cauces del Derecho Procesal, para permitir el acceso a la jurisdicción de organizaciones con personalidad jurídica y sin ella que defienden un interés social con unos contornos inespecíficos y cada vez más importantes (consumidores, medio ambiente, urbanismo, etc.), debido al protagonismo que la sociedad (diferente del Estado) va adquiriendo.

Estos intereses colectivos están siendo defendidos por personas, grupos o asociaciones que actúan con independencia de los intereses subjetivos, planteando sus pretensiones en los Tribunales de forma autónoma.

Por ultimo, nos encontramos con la legitimación extraordinaria de interés público, en donde la ley quiere que una parte del de-

---

(86) FERNANDEZ-ESPINAR: *Op. cit.*, págs. 90 y 91.

(87) FERNANDEZ-ESPINAR: *Op. cit.*, pág. 91

(88) BUJOSA VADELL, LORENZO: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Jose María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1995.

recho material sea defendida de una manera especial, para ello el legislador establece dos formas que se describen en función del órgano actuante y de la concreta acción procesal.

La figura del órgano actuante se refiere al Ministerio Fiscal que en aquellos procesos civiles en que interviene puede actuar bien como parte, ya sea plena (puede ser demandante o demandado), o limitada (sólo puede ser demandado); bien emitiendo una *opinio iuris*, a través de informes o dictámenes, sin ser parte.

Solamente cuando el Ministerio Fiscal interviene como parte procesal en el proceso civil ejerce una legitimación extraordinaria.

Una segunda forma de legitimación extraordinaria, por motivos de interés público se verifica a través de la concreta acción ejercitada, supuesto que la legislación atribuye a la acción popular (art. 125 de la CE).

Como señala Fernández Espinar: «El ejercitante de la acción no afirma ni puede afirmar su titularidad sobre un derecho subjetivo material, limitándose a proclamar el reconocimiento *ex lege* del derecho a la actividad o de acceso a la jurisdicción con base única y exclusivamente en la defensa y el debido respeto a la legalidad, no debiendo olvidarse nunca, asimismo, que la acción popular sólo podrá concederse en relación a las hipótesis en que esté en juego un interés público...» (89).

En el Derecho anglosajón existe una figura que mezcla la intervención del Ministerio Público y la iniciativa del ciudadano particular. Se trata de las *Relator Actions*.

Como señala Bujosa Vadell: «Normalmente el órgano equivalente al Ministerio Público —en general, el *Attorney General*— hace valer un interés general o trata de impedir una actividad contraria a tal interés; los individuos particulares, en principio, no pueden actuar en su protección, pero pueden excitar a este órgano público para que actúe; si no lo hace, de forma subsidiaria, el propio particular puede ejercitar su pretensión en nombre y con el consentimiento (*fiat*) del *Attorney General*. Por consiguiente, tal acción se ejercita *on the relation*, con el particular que se ha dirigido a él. Esta posibilidad se desarrolló en aquellos casos en que debían ser resueltos según la equidad (*equity*), y durante largo tiem-

---

(89) FERNANDEZ ESPINAR: *Op. cit.*, pág. 93.

po estuvo restringida a casos de daños públicos (*public nuisance*). En la actualidad se aplica para reprimir conductas ilegales en una amplia gama de situaciones de gran importancia: no se utilizan para defender intereses de los consumidores, sino principalmente para revisar la legalidad de las actividades de los poderes locales, para asegurar la reparación en casos de infracción de un *public right* (por ejemplo, *public nuisance*), asegurar la protección del medio ambiente (en particular contra proyectos urbanísticos), y para asegurar una administración apropiada de legados públicos y destinados a la beneficencia. El *Attorney General* en estos procedimientos ejerce una función de control discrecional sobre la iniciativa de los particulares para evitar el peligro de demandas frívolas o abusivas, aunque existe el peligro de que decida según criterios políticos. El peligro de abuso político se evita en aquellas jurisdicciones en que la concesión del *fiat* es prácticamente automático cuando se presenta un caso razonable. Pero la función del *Attorney General* no termina con este consentimiento otorgado al ciudadano particular, sino que, por lo menos en teoría, mantiene un control durante todo el proceso. Más correctamente, el *Attorney General* es el demandante nominal, y el ejercicio de la pretensión, en principio, permanece bajo su vigilancia: puede revocar su consentimiento y debe decidir respecto a cualquier acto de disposición o modificación de la pretensión. Pero, en la práctica el verdadero dueño de esta última es el particular (*relator*) y, es a éste a quien correspondería satisfacer las costas procesales en caso de no prosperar sus peticiones» (90).

En el proceso contable se dan también las dos formas de legitimación extraordinaria por interés público expuestas. Así se recoge en los artículos 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y en los artículos 55.1 y 56.1 de la Ley 7/1988.

De tales preceptos se desprende que tanto el Ministerio Fiscal como cualquier ciudadano (acción popular) pueden ejercitar la acción contable, sin necesidad de ser titular de un derecho subjetivo o de intereses directos en un asunto determinado (Auto de 11 de enero de 1986 de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas y Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 17 de julio de

---

(90) BUJOSA VADELL: *Op. cit.*, págs. 246 a 248.

1988). Ello con independencia de que también puede intervenir en el proceso como parte actora el ente público perjudicado (art. 47.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1982).

Esta función del Ministerio Fiscal ha sido calificada por Sala Sánchez, como una misión especialmente importante, entre las que tiene encomendadas en el Tribunal de Cuentas (91).

De lo anterior se deduce que si el ente público perjudicado (titular de la relación jurídico material) no formula pretensión procesal alguna debe ser apartado del procedimiento.

El legitimado extraordinario (Ministerio Fiscal o el que ejerce la acción pública) podrá interponer la demanda y actuará como única parte actora.

Tal solución encuentra su apoyo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de aplicación de conformidad con la disposición final 2.ª 2 de la Ley Orgánica 2/1982 que establece: «Para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden y prelación.»

El artículo 67 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que una vez recibido el expediente administrativo en el Tribunal se entregará al demandante para que deduzca la demanda en el plazo de 20 días, si no se presenta se declarará de oficio caducado el recurso del procedimiento.

En la jurisdicción contable, naturalmente, el hecho de que la entidad pública perjudicada no formule demanda no llevará consigo el archivo de las actuaciones, pero sí un efecto semejante para la propia entidad pública, es decir, que no continuará en el procedimiento, porque para ella falta un interés en estar presente en el mismo y como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo la intervención del demandante o del recurrente exige la existencia de un interés. Así afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, RJ 1990/649, de la Sala 1.ª, Fundamento Jurídico Tercero «...viene siendo doctrina de esta Sala la de que la acción

---

(91) SALA SANCHEZ, Pascual: «La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento», *Revista de Administración Pública*, número 122, mayo-agosto de 1990, págs. 146 y 147.

procesal y, por lo mismo todo el recurso a la jurisdicción han de estar sostenidos por un fin de interés legítimo y justificado...».

En el mismo sentido tenemos que mencionar las Sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1989, 27 de mayo de 1989, 7 de julio de 1983, 15 de octubre de 1984, 20 de marzo de 1981 y 28 de julio de 1992, todas de la Sala 1.<sup>a</sup> Igualmente esta doctrina es sustentada por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo y por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas (Auto de 21 de octubre de 1994).

Es evidente, por tanto, que si el legitimado ordinario (entidad pública perjudicada) entiende que no hay pretensión que formular, no es parte en el procedimiento contable y, por ello, debe dejarse sin efecto su inicial personación. El hecho de que un legitimado extraordinario (Ministerio Fiscal o actor público) interponga demanda no supone que necesariamente el legitimado ordinario sea parte, sino más bien lo contrario, puesto que la razón de ser de la legitimación extraordinaria radica en la posible inactividad del titular de la relación jurídico material (92). No existe un nexo entre ambas legitimaciones, una y otra caminan por senderos paralelos. La razón de ser es distinta, la ordinaria se basa en un derecho subjetivo, la extraordinaria se basa en la ley, que no quiere dejar exclusivamente en manos de su titular unos intereses de naturaleza pública.

Como señala González Pérez «... la no presentación del escrito dentro de plazo determina, no ya la caducidad de un trámite, sino la caducidad del proceso [art. 67.2 (se refiere a la LJCA)]» (93).

Esto es consecuencia de que del escrito de demanda, que debe contener la pretensión procesal, depende la existencia del proceso y su extensión.

No se trata simplemente de que haya precluido la posibilidad de formular una alegación de trámite sino que se trata del acto inicial del proceso, por lo que su falta tiene como consecuencia que el proceso no existe.

---

(92) IBÁÑEZ GARCÍA DE VELASCO, Miguel: «El Fiscal en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Contable», Estudios del Ministerio Fiscal, número II, 1995. Ministerio de Justicia e Interior, pág. 787.

(93) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1994, pág. 842.

Ahora bien, en el caso de que existan varios legitimados activos tal extinción del proceso sólo se refiere a aquel legitimado activo que no ha interpuesto la demanda, no a los demás.

Así viene a confirmarlo González Pérez: «En los supuestos de pluralidad de demandantes se ha planteado el problema de los efectos de la demanda formulada por alguno de ellos. En alguna ocasión el Tribunal Supremo ha estimado que ello determinaba la caducidad (Auto de 26 de junio de 1922; Sentencia de 16 de diciembre de 1967). Cuando se trate de un litisconsorcio activo necesario, esta doctrina jurisprudencial es admisible; pero no en otro caso. Si cuando existen varios demandantes el desistimiento de alguno de ellos no determina la extinción del proceso, que continuará con los que no hubieran desistido [art. 88.6 (se refiere a la LJCA)], no hay razón alguna para que cuando no formalicen la demanda algunos de los que presentaron el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, se extienda la caducidad a todos y no se limite a los que no la hubiesen formalizado» (94).

Como hemos creído haber demostrado, la intervención del Ministerio Fiscal o del actor público no son supuestos de litisconsorcio necesario activo, sino de legitimación extraordinaria y, por tanto, el ejercicio de sus acciones no está condicionado a la intervención procesal del ente público perjudicado. Por ello la caducidad del proceso contable se producirá respecto del ente del sector público perjudicado que no ha formulado demanda, y no respecto de los que sí la formulen.

Por otra parte, desde el lado pasivo del proceso contable, nos encontramos con que tanto en la pieza separada (art. 45 de la Ley 7/1988) como en el acta de liquidación provisional del alcance (art. 47.1. e) de la misma ley), pueden aparecer presuntos responsables contables, que posteriormente no resultan demandados. Aun cuando tales personas hayan comparecido en el procedimiento en el trámite de los artículos 68.1 y 73.1 de la Ley de Funcionamiento, si frente a ellos no se formula ninguna pretensión el Consejero debe declararlos apartados del procedimiento, puesto que la personación realizada está condicionada a que resulten de-

---

(94) GONZALEZ PEREZ: *Op. cit.*, pág. 865.

mandados. Ello con independencia de que al ser solidaria la responsabilidad contable directa no sea preciso demandar a todos los responsables.

En definitiva, se sigue el criterio general, sentado por la doctrina procesal, en materia de obligaciones solidarias (95).

#### CONCLUSIÓN FINAL

Como consecuencia de todo lo expuesto, consideramos que solamente son partes en los procedimientos contables aquellos que actúan como demandantes o demandados. (Fiscalía del Tribunal de Cuentas: Fiscal señor Torres Morato.)

#### H) LA PIEZA DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS. REFLEXIONES SOBRE LA CIRCULAR 1/95, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La Circular 1/95 al llegar al momento de las conclusiones establece, entre otras, que si la calificación de la quiebra lleva aparejada consecuencias penales cuando se reputa fraudulenta o culpable (arts. 520-521 del Código Penal) y media el requisito de procedibilidad, las insolvencias definitivas en las suspensiones de pagos, aún calificadas de culpables o fraudulentas, no constituyen, en ningún caso, el antecedente necesario para exigir responsabilidad criminal, por cuanto no existen tipos penales que prevean suspensiones de pago punibles, por lo que el Ministerio Fiscal en las demandas de responsabilidad fundadas en insolvencias fraudulentas o culpables, no solicita deducción de testimonio alguno de particulares para proceder criminalmente contra el suspenso. Esta conclusión plantea la cuestión de qué clase de responsabilidad se plantea en la pieza a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Suspensión de

---

(95) DE LA OLIVA, Andrés, y FERNANDEZ, Miguel Angel: *Derecho Procesal Civil I*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., págs. 566 y ss.

Pagos. La conclusión es clara, se trata de una responsabilidad de naturaleza civil patrimonial. Esto plantea el problema de contra quién se dirige dicha petición de responsabilidad civil, y como dice la propia Circular, no contra el suspenso, porque con un convenio aprobado o incluso ejecutado no tiene responsabilidades pendientes. Hasta aquí la Circular, pero la cuestión es si dicha interpretación es la única interpretación posible o si tanto la Ley de Suspensión de Pagos como el Código de Comercio se prestan a otras interpretaciones no sólo posibles, sino más acordes con los preceptos legales.

El Código de Comercio establece, en su artículo 878, que el comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, por tanto, en principio, sólo el comerciante que se halla en situación de insolvencia provisional puede declararse en estado de suspensión de pagos. Claro que la naturaleza de la insolvencia es una cuestión de hecho que se presta a interpretaciones y que, en definitiva, debe ser objeto de una prueba que deberá verificarse en un proceso judicial: el proceso que regula la Ley de Suspensión de Pagos. Si como consecuencia de lo aprobado en el procedimiento de suspensión de pagos se produjera la declaración judicial de insolvencia definitiva, el comerciante que ha instado la declaración de suspensión de pagos, no está en una situación de suspensión de pagos, sino en una situación de quiebra, situación de quiebra a la que la Ley de Suspensión de Pagos, en sus artículos 20 y 21, considera de aplicación tanto los artículos 879, 880, 881 y 882 que rigen la retroacción de la quiebra, como los artículos 886 a 894, todos del Código de Comercio, que rigen la calificación de la quiebra.

Es cierto que el Código Penal sólo pena la quiebra de los comerciantes, no la suspensión de pagos, pero en el artículo 20, al establecer la ley que a la calificación de la insolvencia definitiva serán aplicables los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, lo que está declarando la ley es que la insolvencia definitiva del comerciante que se declaró en suspensión de pagos sea declarada quiebra en el procedimiento de mayor cuantía en el que se tramita la responsabilidad, responsabilidad no civil, que ya se tramita en los autos principales, autos de ejecución colectiva y patrimo-

nial, sino responsabilidad penal. Es decir, la pieza de responsabilidad de la suspensión de pagos, al igual que la pieza de calificación de la quiebra tiende a que por el Juez civil se haga tanto la declaración de quiebra como la de haber méritos para proceder criminalmente, conforme establece el artículo 896 del Código de Comercio. En cualquier otra hipótesis interpretativa que impida que el procedimiento de suspensión de pagos termine con una sentencia declarando al suspenso en estado de quiebra fortuita, culpable o fraudulenta, si la insolvencia definitiva subsiste, carecería de sentido la remisión que el artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos hace a los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, incluso carecería de sentido una pieza de responsabilidad civil en un procedimiento de ejecución universal, en el que ni siquiera esa responsabilidad civil que se pide va dirigida contra el suspenso, según la propia manifestación de la Circular.

Precisamente porque la insolvencia definitiva no es en rigor una situación de suspensión de pagos, tal como viene definida en el artículo 870 del Código de Comercio, sino una quiebra encubierta, el artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos establece un procedimiento tendente a que el falso suspenso sea declarado quebrado de conformidad con los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, si el pleito de mayor cuantía termina con la declaración de quiebra culpable o fraudulenta, lo procedente es pedir deducción de testimonio para que el Juez penal proceda criminalmente contra el suspenso, ya declarándolo quebrado en la sentencia del juicio de mayor cuantía, lo que obvia tanto la falta de requisito de procedibilidad, como la falta de tipicidad, puesto que el suspenso ha sido declarado quebrado en el procedimiento regulado en el artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos, ya decretando se deduzca testimonio para que el Juez Penal proceda criminalmente.

Si se acepta como buena la tesis de esta Memoria, los escritos de los Fiscales a que se refieren las Sentencias de 7 de junio de 1968, 26 de marzo de 1976 y 10 de julio de 1980, citadas en la Circular, tienen pleno sentido y son ajustado a Derecho, lo mismo que la Sentencia de 27 de marzo de 1987, que fue confirmada en apelación. Como se alude en la Circular, mayor valor tienen las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1931, 10 de julio de 1980 y 27 de marzo de 1987, que dan por buena la doctrina de esta Memoria.

En conclusión, todo se reduce a si en el juicio de mayor cuantía del artículo 20 de la Ley Especial, la sentencia, por aplicación de los artículos 886 y 894 del Código de Comercio, tiene como contenido declarar al suspenso en estado de quiebra, o si, por el contrario, no es éste su cometido, pero entonces, ¿qué significado tiene la readmisión a los referidos artículos del Código de Comercio? Y si no es ése su contenido, ¿cuál es el contenido de la sentencia? ¿Qué es entonces lo que debe pedir el Fiscal en su demanda, si no es que se declare en quiebra al suspenso? ¿Debe pedir que pague sus deudas? Obviamente no, porque esto se supone en un juicio de ejecución universal. Luego, ¿qué debe ser lo que el Fiscal debe pedir y lo que el Juez debe conceder si lo estima procedente? (Málaga.)

## I) SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS

### EN EL AMBITO PENAL

En el área de la responsabilidad civil *ex delicto* juega un papel fundamental, la determinación de quién o quiénes y cómo deba llevarse a cabo la indemnización económica cuando no resulten posibles la reparación ni la restitución. Hasta tal punto es así, que la asignación de criterios no sólo legales, sino además justos, coadyuva de forma notoria a la verdadera represión del delito, a la prevención del delincuente y, en definitiva, a la satisfacción del perjudicado.

La idea sobre la que versa este trabajo radica en que, en los casos de actuación de las personas jurídicas con transcendencia penal (art. 15 bis del CP vigente y art. 31 del CP de 1995), ésta responde solidariamente con el representante, directivo o responsable, que como persona física haya sido condenado, de las indemnizaciones debidas por los daños y perjuicios ocasionados, no siendo imprescindible que en todos los casos se acuda a la reponsabilidad subsidiaria de aquélla.

En consecuencia, no nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en que la persona jurídica responde subsidiariamente por la

comisión de hechos delictivos de una persona física a que hacen referencia el artículo 22 del Código Penal vigente y artículo 120.3.º, 4.º y 5.º del Código Penal de 1995; uno y otro supuesto corresponden a situaciones diferentes.

La reforma de 25 de junio de 1983 introdujo en el Código Penal el artículo 15 bis. Ello respondía a una insistente reclamación de la doctrina y la jurisprudencia. La propia Exposición de Motivos fija con nitidez el planteamiento:

«La urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen, además, abusos frente a los que el Derecho Penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente (anterior a 1983) en modo alguno concebido para tales hechos.

El problema se agranda cuando de individualizar la responsabilidad se trata; de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requiere que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo artículo 15 bis, que amplía los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual (anterior a la reforma de 1983) artículo 14. La, al principio expuesta exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal, disipa cualquier temor en relación con los aparentes peligros que entrañará la aplicación de la regla que se incorpora.»

La imputación de responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 22 y concordantes del Código Penal vigente (lo mismo ocurre con el CP de 1995) parte del principio de que quien (persona física o jurídica) se beneficia de la actividad de alguien que se encuentra bajo su dirección también se encuentra ligado para lo adverso (*cuius commoda, eius incommoda*).

Sin embargo, el artículo 15 bis va más allá. Supone una novedad insólita en nuestro Derecho Penal respecto a la cual la inercia,

en la práctica de los planteamientos previos a su inclusión impide extraer todas sus consecuencias (96).

Con arreglo a este precepto debe entenderse mudado el aforismo clásico *universitas delinquere non potest* por otro que, más o menos, sería *universitas punire non licet*. No se trata de una ficción sino del reconocimiento de una realidad. Las personas jurídicas actúan en la vida social, política, cultural, mercantil, laboral... Si pueden actuar pueden cometer delitos, pueden ser autoras, en el sentido estricto, jurídico-penal, de delitos.

Desde el punto de vista sistemático, el artículo 15 bis se encuentra en el Capítulo I: «De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas»; Título II: «De las personas responsables de los delitos y faltas»; Libro I: «Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas». Se encuentra a continuación de los que deban ser considerados como autores (arts. 14 y 15) y antes de los cómplices (art. 16) (97).

Según su propia dicción: «El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él, y *si en la entidad en cuyo nombre obrare*, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.

En consecuencia, la persona jurídica es la autora del delito aunque quien responde penalmente es el directivo, responsable o representante.

---

(96) Algo similar ocurre con la reforma penal de 1989 respecto a las formas imperfectas de ejecución en el delito de lesiones, especialmente de las agravadas del artículo 421.1 (empleo de arma). Cuando queda clara el dolo de lesionar y de buscar un resultado lesivo concreto la tipificación no plantea ningún problema, aunque aquél no sea consumado. *Mutatis mutandis* es aplicable toda la jurisprudencia sobre la revelación del *animus necandi*. Con anterioridad a la citada reforma, al exigirse necesariamente un resultado para la tipificación, no era posible salvo en los delitos de mutilación y castración.

(97) En el Código Penal de 1995, artículo 31, Título II «De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas», Libro I: «Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal». Tras la definición de autores y cómplices (art. 27 a 29) y los autores a través de medios o soportes de difusión mecánicos (art. 30).

Una vez sentado esto, no hay razón para que la persona jurídica no pueda responder, civilmente, como una autora o coautora, de forma exclusiva o solidaria. Frente a la posible objeción de que la solidaridad no se presume (arts. 1.137 y 1.138 del CC) cabe señalar que no se trata de una presunción, sino de la solidaridad de los coautores a que hace referencia el artículo 107.1.º del Código Penal vigente: «Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.» De similar tenor, el artículo 116.2.º del Código Penal de 1995: «Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.»

Obviamente no estamos haciendo referencia a los supuestos en que la voluntad y la actuación delictivas parten exclusivamente de una persona física que es directivo, responsable o representante, sino a aquellos en que, sin olvidar la necesaria culpabilidad como elemento del delito, de la persona física, la acción u omisión delictivas vienen determinadas o impuestas por la persona jurídica.

Aplicar automáticamente en todos los casos el criterio de la subsidiaridad previsto en los artículos 21, 22 y concordantes del Código Penal vigente y en los artículos 120.4.º y 5.º y 121 y concordantes del Código Penal de 1995, puede dar lugar a injusticias. La práctica muestra numerosos ejemplos. Expongamos sólo dos de ellos.

Una enfermera de hospital, la cual, ante la escasez de medios humanos para afrontar el trabajo cotidiano, en un día de especial afluencia de enfermos le es encomendada una tarea que no conocía, la administración de una inyección citostática en una planta del hospital, la de carcinomas, en la que jamás había trabajado. Tal inyección difiere de aquéllas a las que la enfermera estaba acostumbrada, sólo se administraba en la planta a la que la enfermera, cumpliendo órdenes, había acudido por primera vez; aquélla no había sido avisada por nadie de las diferencias y el enfermo, y era consciente de ello, debía recibir la inyección inmediatamente o perdería la vida. Como consecuencia de una administración defectuosa, al hacerlo la enfermera como si se tratara de una inyección ordinaria, el enfermo sufrió graves lesiones.

Otro ejemplo. Una empresa química que para conseguir mayores beneficios económicos vierte aguas contaminadas sin depurarlas. De esta manera ahorra el gasto de instalación y mantenimiento de las depuradoras y además, el producto fabricado resulta más barato y consigue una mayor aceptación en el mercado que los de las empresas de la competencia. Asimismo, efectúa vertidos para los que no existe, en el estado actual de la técnica, depuración posible. Por tanto, en estos otros productos, carece de competencia en el mercado al ser la única que los fabrica. Con todo ello, da lugar a daños medioambientales muy cuantiosos.

En ambos ejemplos, la decisión social de no incorporar medios humanos, en el primer caso, ni incorporar medios materiales y abstenerse de elaborar algunos productos en el segundo, permite mayores beneficios económicos por ser menores los gastos, pero provoca, el resultado prohibido por las correspondientes figuras de delito.

Sin entrar en el tema de la responsabilidad penal (aunque cabrían interesantes consideraciones, como se ha dicho, sobre la culpabilidad), desde el punto de vista de la responsabilidad civil, al hacer responder primariamente a la enfermera y a los responsables y directivos se da lugar, por un lado, a que las entidades que se han beneficiado con el delito respondan sólo económicamente y ello de forma subsidiaria. Pero además, que necesariamente se arruine a la persona física condenada quien jamás, con sus solos ingresos, podrá hacer frente a la indemnización total.

Aún más; la gran mayoría de sociedades posee seguros de responsabilidad civil que cubren a las empresas, pero no la responsabilidad civil a que puedan ser condenados sus empleados, por lo que se da la paradoja de que en ocasiones, aunque la compañía aseguradora quiera hacerse cargo del pago de las indemnizaciones, no resulta posible sin previa excusión de los bienes de la persona física condenada siendo que, en última instancia quien ha cometido el delito ha sido la persona jurídica y ésta y los socios, son los beneficiarios.

El Código Penal de 1995 contiene un supuesto expreso de responsabilidad civil solidaria de la persona jurídica en su artículo 212: «En los casos a que se refiere el artículo anterior (injurias y calumnias cometidas por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante) será responsa-

ble civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o la injuria.»

El tema de la solidaridad en la responsabilidad civil es algo frecuente en las modernas disposiciones legales de carácter administrativo (98).

La Ley del Suelo, artículo 265: «Las personas jurídicas serán sancionadas por las infracciones cometidas por sus órganos o agentes y asumirán el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico vulnerado, sin perjuicio de las indemnizaciones por daños y perjuicios a terceros a que haya lugar.»

Artículo 266: «Los que como consecuencia de una infracción urbanística sufrieran daño o perjuicio, podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento e indemnización.»

La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos (adaptación de la Directiva de la CEE 85/374, de 25 de julio de 1985), artículo 7: «Las personas responsables del mismo daño, por aplicación de la presente ley, lo serán solidariamente.»

Reglamento de Dominio Público Hidráulico (849/1986, de 11 de abril), artículo 325.2.º: «Las obligaciones de reponer las cosas a su primitivo estado y las de reparar los daños serán exigibles de forma solidaria, en primer lugar a los responsables directos y, en segundo lugar, a los cómplices y encubridores.»

Ley de Conservación de las Especies Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (Ley 4/1989, de 27 de marzo), artículo 37.3.º: «Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la infracción, la responsabilidad (civil) será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir...»

Ley General Tributaria (Ley 230/1963, de 28 de noviembre, reformada por la Ley 25/1995, de 20 de julio), artículo 89.3.º: «En el

---

(98) Aunque referido sólo a la propia responsabilidad administrativa y no a la civil derivada de la misma, resulta de interés el trabajo de César ALVAREZ LINARES Y URÍA: «La responsabilidad solidaria en el Derecho Administrativo sancionador», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XII, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas, sus obligaciones tributarias pendientes se transmitieron a los socios o partícipes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado» (si bien este caso no se trata de responsabilidad civil sino de deuda).

Reglamento de Residuos Tóxicos y Peligrosos (RD 833/1988, de 20 de julio), artículo 48 (con redacción idéntica al art. 15 de la ley):

«1. La responsabilidad será solidaria en los siguientes supuestos:

a) Cuando el productor o gestor de los residuos tóxicos y peligrosos haga su entrega a persona física o jurídica que no esté autorizado para recibirlos.

b) Cuando sean varios los responsables de deterioros ambientales o de daños y perjuicios ocasionados a terceros y no fuese posible determinar el grado de participación de las distintas personas, físicas o jurídicas, en la realización de la infracción.

2. En el caso de que los efectos perjudiciales se produzcan por acumulación de actividades debidas a diferentes personas, la Administración competente podrá imputar individualmente esta responsabilidad y sus efectos económicos.»

#### EN EL AMBITO LABORAL

Estatuto de los Trabajadores, artículo 42:

«2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su cargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o

industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.»

Desde la órbita jurisprudencial, que ha ido decantándose hacia una responsabilidad civil cuasi objetiva en ámbitos no penales (99) reconoce expresamente, en materia civil, la solidaridad en la indemnización derivada de responsabilidad extracontractual en base a los artículos 1.902 y concordantes y 1.144 del Código Civil. En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981 y 28 de mayo de 1982.

## CONCLUSION

Como se ve, el planteamiento que efectuábamos al inicio de este trabajo se halla recogido por nuestro ordenamiento jurídico en ámbitos diferentes del penal. Se puede objetar que se trata de supuestos en los que cabe responsabilidad civil solidaria porque también es posible sanción, administrativa o civil. Sin embargo, lo determinante no es tanto la posibilidad de sufrir sanciones como la *posibilidad de cometer ilícitos*. La responsabilidad civil deriva de esta última y no de la anterior, la cual no es sino una consecuencia.

Resultaría absurdo que una misma contaminación fluvial o infracción laboral, por ejemplo, supusieran una indemnización más rápida, cómoda, segura y justa si se ejercitara la acción administrativa o social que si fuera la penal (en los ejemplos, delito ecológico o delitos de alzamiento de bienes laboral), máxime si se tiene en cuenta que en el Derecho vigente la acción civil debe ser ejercitada por el Fiscal conjuntamente con la penal (art. 108 de la LECr.). Y si se reserva la acción civil el perjudicado, ha de esperar a que concluya el juicio criminal (art. 112.1.º de la LECr. y, en cuanto al CP de 1995, la facultad de elección en el art. 109.2.º).

En ocasiones, el planteamiento que proponemos no podrá llevarse a cabo porque la persona física ha cometido el delito por vo-

---

(99) En materia contencioso-administrativa, vid., por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 23 de marzo de 1992. Ello, sin perjuicio de que, en cuanto a la esfera sancionadora administrativa, el Tribunal Supremo reconoce en numerosísimas sentencias la operatividad de varios principios y garantías penales aplicables a todo Derecho sancionador.

luntad propia y absolutamente independiente de la persona jurídica. Entonces operará la responsabilidad civil subsidiaria de esta última.

En otras ocasiones la dificultad puede derivar de que la acusación no se dirija contra la persona física adecuada según las reglas del artículo 15 bis del Código Penal y no le pueda ser exigible, penalmente, otra conducta (porque carezca de facultades de decisión vinculantes para la empresa o sociedad).

Sin embargo, en el resto de los casos, y en todos los de empresarios individuales (responsabilidad civil solidaria del patrimonio de la empresa, «levantando el velo»), entendemos cabe. (Tarragona: Fiscal señor Monreal Buero.)

## J) LA DILIGENCIA DE INSPECCION OCULAR

### a) INTRODUCCION

La inspección ocular, regulada en los artículos 326 a 333 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consiste en el examen personal y directo del lugar donde ha ocurrido el delito investigado, siendo una diligencia de instrucción considerada como medio de investigación. Su contenido no se limita sólo a un examen del «escenario del crimen», también se extenderá a la recogida de huellas, vestigios o pruebas materiales que puedan ser útiles en la investigación de los hechos delictivos cometidos, razón por la cual tiene una especial relación con las diligencias generales dirigidas a la conservación del cuerpo del delito.

El carácter de la diligencia de inspección ocular como medio de investigación *directo* se manifiesta en que entre el instructor y lo investigado no se interpone ningún tipo de elemento personal o material que pueda influir en el contenido de la diligencia que tratamos, lo reflejado en la misma será la percepción personal del propio autor de la instrucción, sin interferencias que puedan desvirtuar la finalidad probatoria del contenido de lo actuado.

Por otra parte, como atinadamente establece el procesalista Valentín Cortés Domínguez, el que la ley califique la diligencia como *ocular* no quiere decir que la inspección que haga el instructor se limite sólo al sentido de la vista, aquél al encontrarse en el

lugar de la comisión de los hechos puede plasmar en el acta todo aquello que perciba por cada uno de sus sentidos, sea ocular o no.

De lo dispuesto en los artículos citados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprenden tres formas de practicar la diligencia de inspección ocular:

a) Cuando el delito investigado haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, en cuyo supuesto se recogerán y conservarán, haciéndose una descripción del lugar del delito y de todo aquello que tenga relación con el hecho investigado. Es importante esta forma que prevé el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto una vez recogidos los vestigios o pruebas se posibilita la aplicación sobre ellos de todas las modernas técnicas de investigación criminal.

No entendemos que *a priori* esta ocupación de vestigios tenga que limitarse a delitos de gran transcendencia o que lleven aparejada en el Código Penal una sanción elevada, en la práctica observamos que en delitos contra la propiedad, en los que no consta el autor y no se ha realizado la inspección ocular en el momento de ser descubierto, cuando se dirige el procedimiento contra alguna persona al paso del tiempo resulta dificultoso determinar la naturaleza del delito o los daños que en la comisión del mismo se causaron impidiéndose así calificar correctamente los hechos y determinar la responsabilidad civil nacida del delito.

b) Cuando no hayan quedado huellas o vestigios del delito, dispone el artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se hará constar si las pruebas materiales han desaparecido natural, casual o intencionadamente y las causas de la desaparición.

c) Por último si el delito es de los que no dejan huellas de su perpetración, se deberá hacer constar por testigos u otros medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa, cuando el delito hubiese tenido por objeto la sustracción de la misma, según dispone el artículo 331 de la ley citada.

#### b) LA INSPECCION OCULAR COMO DILIGENCIA POLICIAL

La diligencia de inspección ocular tiene una naturaleza jurídica fundamentalmente judicial, como tal está prevista en la Ley de

Enjuiciamiento Criminal en los artículos ya citados anteriormente y por tanto en su forma más perfecta debe practicarse por el Juez de Instrucción asistido por el Secretario judicial, los que auxiliados por la Policía Judicial realizarán todas las labores propias de la diligencia.

Esta afirmación no supone que la Policía Judicial tenga que abstenerse de realizar la actuación que tratamos por sí misma y por tanto sólo poder practicarla cuando acuda al lugar del delito auxiliando a la autoridad judicial. Puede actuar de *motu proprio* al realizar las primeras investigaciones del delito, incluso antes que el Juez de Instrucción tenga conocimiento del mismo, como así lo prevé el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el procedimiento abreviado el artículo 786, regla segunda, de la propia ley, que autoriza a la Policía judicial a secuestrar los efectos del delito para que no desaparezcan las pruebas del mismo o en casos de muerte a mover el cadáver, señalando el lugar exacto donde se encontraba.

También el artículo 28 a) y e) del Reglamento que regula la Policía Judicial, Real Decreto de 19 de junio de 1987, al establecer las atribuciones de las unidades adscritas de Policía Judicial dispone que éstas podrán realizar inspecciones oculares y recogida de pruebas, otorgando así competencias en esta materia a efectivos policiales sin que exista intervención judicial. Inspección ocular, recogida de huellas y vestigios que no sería en caso alguno nula, como así lo ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1995.

De todo lo anterior podemos llegar a la conclusión, lo que tiene relevancia para determinar el valor probatorio de la diligencia de inspección ocular, que siendo la misma una actuación judicial puede, sin embargo, realizarse por efectivos policiales constituyendo así una diligencia complementaria del atestado o parte del mismo, teniendo el idéntico valor procesal que aquél, postura mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de noviembre de 1994, sin que quepa, por otra parte, *delegación judicial de la inspección*, lo que significa que el Juez de Instrucción no está facultado para comisionar a la Policía Judicial para su realización, en cuyo caso la diligencia sería nula al no ajustarse a lo previsto en los artículos que la regulan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Hay que añadir a lo anterior que la actuación de la Policía Judicial debe estar motivada por razones de urgencia, ya que la misma interviene «a prevención» de la Autoridad judicial, como señala el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así, cuando cesen esas razones ha de ser el Juez de Instrucción el que se haga cargo de la diligencia, otorgándole de tal manera el carácter de prueba sumarial. En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre.

La diligencia practicada policialmente debe estar sometida, como no podía ser de otra forma, a la legalidad y en concreto a los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la desarrollan, teniendo especial importancia lo establecido en el artículo 333 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo a la citación del procesado para que esté presente en la misma, el que podrá ser asistido por Abogado, citación que hay que hacer extensiva al detenido si lo hubiere, el que también podrá ser asistido por Letrado, conforme al artículo 520.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; de no hacerse así la inspección estaría viciada y, por tanto, nula.

Tal nulidad no afectaría a todo el proceso, sólo a la diligencia y a las actuaciones que de ella tuviesen causa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1990 estimó la obligatoriedad de citar a la inspección a los que se hallen privados de libertad en tal procedimiento e incluso apunta la posibilidad de la necesidad de citar a aquellas personas que tengan la consideración de imputados, lo que nos parece correcto desde la óptica de salvaguardar los derechos fundamentales de defensa y a la no indefensión recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

Como dice el Fiscal y Profesor universitario Emilio de Llera Suárez-Bárcena, la inspección ocular, desde el punto de vista policial, en las últimas décadas ha revelado gran importancia con motivo de la aplicación de las técnicas de policía científica en la investigación criminal gracias a los avances de las ciencias auxiliares de la investigación, poniéndose así de relieve en muchas ocasiones lo decisivo que puede ser la inspección ocular bien realizada para poder dar acceso a las citadas ciencias auxiliares de la investigación.

### c) ATESTADO POLICIAL: VALOR PROBATORIO

Antes de entrar en el valor probatorio de la diligencia de inspección ocular, al constituir ésta una parte o ampliación del atestado, hemos de determinar en primer lugar el valor procesal de éste y posteriormente estudiaremos las diferentes posibilidades probatorias de aquélla.

La regla general está contenida en el artículo 297, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dispone que «los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubieren practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales». Por tanto, todo lo que es apreciación policial sobre los hechos investigados y posibles responsables de los mismos carecerá de la consideración de prueba, siendo una mera denuncia que deberá ser acreditada por los medios probatorios legales. Debemos incluir en este apartado todo lo que son opiniones o informes no cualificados de la Policía Judicial, declaraciones de testigos o imputados, aun asistidos de Letrado, diligencias de reconocimiento en rueda u otro tipo de identificaciones.

Este principio general tiene una primera excepción en el propio artículo citado, cuando establece que los hechos de conocimiento propio de los agentes de policía recogidos en el atestado tendrán la consideración de declaraciones testificales, es decir, el carácter de prueba testifical sometida a las reglas propias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no será en caso alguno denuncia.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en numerosísimas sentencias, entre ellas la 100/1995, de 3 de octubre, la 161/90, de 19 de octubre, o la de 13 de octubre de 1992 han declarado que los datos objetivos de los atestados o las pruebas periciales en ellos contenidos de imposible repetición, tendrán la consideración de prueba y si son asumidos por las partes en el proceso, sometiéndose a contradicción, se deben tener como válidos a efectos probatorios. Criterio que hace suyo plenamente también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus resoluciones; así, la Sentencia de 29 de junio de 1992 declara que los datos objetivos y materiales, como la ocupación de droga, suponen prueba suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, te-

niendo igual consideración los resultados de las pruebas alcohólicas.

#### d) INSPECCION OCULAR: VALOR PROBATORIO

Como ya hemos anunciado con anterioridad el valor probatorio de la diligencia de inspección ocular va ligado íntimamente a la fuerza probatoria que tenga el atestado, ello no nos va a impedir matizar con más profundidad en las diferentes formas o contenidos que tiene en la práctica la inspección ocular.

Podemos establecer tres tipos generales de actuación policial dentro del ámbito de la inspección ocular:

1.º El contenido de la inspección se concreta en la recogida de objetos del delito, instrumentos utilizados para su comisión, huellas o vestigios dejados por los partícipes de la acción y que pueden ser tenidos como piezas de convicción, incluyéndose igualmente las fotografías. Todo lo anterior es considerado como prueba directa, objetiva e irrepetible, teniendo valor *convictivo per se* y, por tanto, si las partes en el proceso no lo ponen en tela de juicio, alcanza la categoría de prueba a todos los efectos. En tal sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1994 cuando dice que son pruebas directas, objetivas e irrepetibles el hallazgo de cadáveres o lesionados, las huellas o instrumentos del delito, las que no siendo impugnadas por las partes, disfrutan de plenitud probatoria, estando sometidas, como no podía ser de otra forma, a la libre valoración del Tribunal conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal Constitucional le ha otorgado el valor de prueba preconstituida denominando a los actos citados de «constancia», los que se limitan a reflejar fielmente datos o elementos fácticos de la realidad externa. Sentencia de dicho Tribunal 138/1992, de 13 de octubre.

2.º En el acta de inspección ocular pueden plasmarse percepciones de los agentes que la practican y que por tanto tienen la consideración de hechos de conocimiento propio, como pueden ser la frenada de vehículos, planos de cómo quedó el lugar de los hechos delictivos o personas que se encontraban en el mismo. Estas apreciaciones tienen el valor de prueba testifical y por ello so-

metidas a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, lo que supone que tienen que ser reproducidas en Juicio Oral respetándose los principios indicados. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 201/1989, de 30 de noviembre, otorga dicho valor al croquis confeccionado por agentes de tráfico.

Es de destacar en este apartado la aplicación del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos en que por circunstancias extraordinarias, fallecimiento del agente, que se encuentre en el extranjero, no pueden reproducirse en el Juicio Oral los hechos de conocimiento propio contenidos en el acta de inspección, en cuyo caso, para salvaguardar fundamentalmente el principio de contradicción, la misma será leída en el Juicio Oral. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo contenida entre otras Sentencias en las de 7 de julio de 1995 respecto de testigos fallecidos y la de 1 de abril de 1993 o 13 de mayo de 1995 referidas a testigos en ignorado paradero o que se encuentren en el extranjero.

Hay determinadas situaciones en las que es difícil distinguir entre lo que son datos objetivos plasmados en el atestado y lo que son hechos de conocimiento propio apreciados por los agentes policiales. Entendemos que los primeros supondrán la ocupación material de objetos, vestigios o huellas, quedando reflejada en el atestado tal ocupación y los segundos se refieren a lo que los agentes observan directamente y también lo hacen constar en el atestado, como el plano del lugar del delito, huellas de frenada de vehículos, las que se pueden describir pero no ocupar materialmente o el comportamiento de personas que se encuentren en el citado lugar.

3.º Por último en la diligencia de inspección ocular pueden también contenerse informes periciales, aplicación de conocimientos técnicos a hechos constatados por los policías actuantes, como el hallar la velocidad de vehículos implicados en una colisión, o la inclusión de informes dactiloscópicos o de balística, los que tendrán la consideración de prueba pericial realizada por organismo oficial.

Las pruebas periciales deben ser ratificadas y sometidas al principio de contradicción en el Juicio Oral, siguiendo el principio general de que todas las pruebas han de producirse en la vista oral, siendo una excepción de los informes periciales confeccionados por organismos oficiales, los que tendrán valor probatorio suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia sin que sean tratados en el juicio, salvo que las partes pidan su repro-

ducción en el mismo, en cuyo caso si ello no ocurriese éste carecería de valor probatorio. Criterio jurisprudencial totalmente pacífico recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994, 24 de febrero y 2 de diciembre de 1995, señalando esta última que los dictámenes de organismos oficiales fiables, no cuestionados por las partes, serán válidos como prueba, a pesar de no ser ratificados en el Juicio Oral.

Entendemos por nuestra parte que los informes de tráfico de la Guardia Civil u otras policías, además de los confeccionados por los gabinetes de policía científica, son emanados por organismos oficiales fiables e imparciales y, por tanto, gozan del valor probatorio aludido.

Terminaremos diciendo que un acta de inspección ocular puede tener, como ha quedado expuesto, diferente tratamiento probatorio en función de su diverso contenido, lo que pone de manifiesto el interés del tema tratado y la importancia de la buena ejecución de la diligencia de que nos venimos ocupando para conseguir el fin que se pretende en el proceso penal. (Navarra: Teniente Fiscal señor Muñoz Cuesta.)

#### K) DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL Y DELITO DE ACUSACION Y DENUNCIA FALSA

En otra ocasión ya expuse el problema y que reproduzco este año porque estimo que es preciso abordarlo por las consecuencias prácticas de cierto calado que se están originando. La cuestión es la siguiente: en aquellos supuestos en que presentada una denuncia en Fiscalía y acordándose su archivo por no tener absolutamente matices penales, el interrogante es: ¿Puede considerarse este archivo como requisito de procedibilidad para poder ejercitar las correspondientes acciones por delito de acusación o denuncia falsa? Planteado así el problema, pudiera en principio parecer una mera cuestión doctrinal con escasa repercusión en la práctica. La realidad es otra; en efecto, el asunto tiene inequívoca relevancia como lo demuestran las experiencias que al menos en esta Fiscalía han tenido.

Ocurre en ocasiones que la denuncia presentada en la Fiscalía tiene una finalidad exclusivamente torticera consistente en obte-

ner una publicidad a sabiendas de que el objeto de la denuncia en absoluto tiene viabilidad penal, y así, aquí se han producido dos supuestos en los que, curiosamente, el denunciante, antes incluso de presentar la denuncia en Fiscalía, acudió a un medio de comunicación indicando que se había presentado la denuncia; ese medio publica al día siguiente en rica tipografía: «La Fiscalía procede a investigar...» Pasadas unas fechas se presenta la denuncia en Fiscalía; se procede a su estudio y se llega a la conclusión de que el contenido de la misma carece en absoluto de relevancia penal, por lo que así se hace saber al denunciante con la posibilidad que tiene de repetir la misma ante el Juzgado de Instrucción. Naturalmente que el denunciante conocería de antemano esa solución, pero ya ha conseguido lo que realmente buscaba, que no es otra cosa que la publicidad.

Llegas a la conclusión de que se ha utilizado al Fiscal para la consecución de unos fines totalmente reprochables.

Planteadas así la cuestión, vuelvo a insistir en el interrogante del archivo acordado por el Fiscal. ¿Puede estimarse como requisito de procedibilidad para poder ejercitar las oportunas acusaciones por delito de acusación o denuncia falsa?, porque el problema se ciñe exclusivamente al ámbito de procedibilidad, dado que el contenido de la denuncia es inequívocamente falso y desprovisto de todo matiz penal.

Estimo que es preciso el tratar el tema de esos condicionantes de procedibilidad, porque la cuestión ni mucho menos es pacífica, ni doctrinal, ni jurisprudencialmente.

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional mantienen criterios dispares. En efecto, el primero ha venido exigiendo los dos requisitos de procedibilidad del artículo 325 del Código Penal, siendo la Sentencia de fecha de 16 de diciembre de 1991 la que, recogiendo la pauta de fallos anteriores, establece incluso que el primero de los condicionantes, esto es, la necesidad de que para proceder por estos delitos tenga que fundamentarse en sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento, sea interpretado en el sentido de que el auto firme tiene que ser necesariamente de sobreseimiento libre no bastando el mero auto de sobreseimiento provisional. Por el contrario, el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia de 6 de mayo de 1983, entiende que en absoluto es ne-

cesario que el auto de sobreseimiento tenga que ser libre, sino que hasta con un auto que establezca el sobreseimiento provisional. En cuanto el segundo de los condicionantes, esto es, que sea el Tribunal que hubiera conocido el delito imputado el que mandara proceder de oficio contra el denunciador, aunque el Tribunal Supremo venía exigiendo su cumplimiento, para dirigirse contra el denunciador o acusador, a partir de la Sentencia de 16 de diciembre de 1991, parece asumir la postura del Tribunal Constitucional que ha venido declarando la supresión de este condicionante, lo que parece más lógico dado que si este tipo de delitos sólo se podría perseguir cuando así lo considere el Tribunal, es indudable que ello supondría cerrar el paso al ejercicio por parte del ciudadano del derecho fundamentalmente a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Resumiendo todo lo expuesto, parece desprenderse que para el ejercicio de la acción en los delitos de acusación o denuncia falsa ya no es preciso que conjuguen los dos requisitos de procedibilidad del artículo 325 del Código Penal, sino que es suficiente que se origine la sentencia o auto firme de sobreseimiento provisional, sin que sea preciso que el auto tenga el carácter de libre, ni tampoco que el Tribunal acuerde proceder.

Extrapolando toda esta cuestión a las llamadas diligencias de investigación llevadas a cabo por el Fiscal al amparo de lo establecido en el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los interrogantes son varios, pero se podría resumir en lo siguiente: ¿Cabe el ejercicio de la acción penal contra aquellas denuncias hechas ante el Fiscal y que carecen en absoluto de todo contenido penal?; o, lo que es lo mismo, ¿es posible la persecución por delitos de acusación o denuncia falsa cuando tienen éste carácter y por ello son archivadas por el Fiscal?

El problema es relevante, dado que si llegamos a una postura negativa, y de momento no parece existir otro camino, puede ocurrir lo que ya está acaeciendo en la práctica y es que el denunciante que acude al Fiscal denunciando unos hechos inequívocamente desprovistos de todo contenido penal, busca un exclusivo fin publicitario utilizando a la Fiscalía para tal fin, dándose la indefensión del denunciado que ni siquiera sabe el resultado de esa denuncia que conoce por medios de comunicación, ya que el Fiscal lo único que preceptivamente tiene que hacer es comunicar al

denunciante el archivo de la denuncia, y con la advertencia de que puede acudir al Juzgado de Instrucción repitiendo esa misma pretensión. Para salvar el escollo del requisito de procedibilidad del auto firme de sobreseimiento podría pensarse que el Fiscal que detecte que la denuncia obedece a un fin de publicidad sin fundamento penal alguno, lo que debería hacer es remitir esa denuncia al Juzgado de Instrucción con el fin de que se procediera a incoar diligencias previas que desembocarían en el correspondiente sobreseimiento. En absoluto soy partidario de esta posible solución, porque es inexcusable que lo que tienen que hacer los Fiscales al recibir una denuncia desprovista de todo contenido penal es proceder sin más a su archivo; el tratar de salvar el requisito de procedibilidad a través de ese traslado al Juzgado para que éste acuerde su sobreseimiento, entiendo que incluso rozaría la prevaricación por parte del Fiscal, quien tampoco puede ejercitar la querrela directamente, dado que sería rechazada al no contar con el oportuno condicionamiento preceptivo. Se produce la paradoja que la denuncia falsa hecha, por ejemplo, ante la Policía gozaría siempre de la posibilidad de proceder contra el denunciante una vez que, como es obligatorio, es puesta en conocimiento del Juzgado correspondiente, posibilidad que por las razones apuntadas no se origina cuando es hecha ante el Fiscal y se archiva de plano.

De *lega ferenda* la solución tampoco se vislumbra. En efecto, el nuevo Código Penal y bajo la rúbrica «De la provocación indebida de actuaciones» recoge en el artículo 435 el requisito de procedibilidad, tal como lo viene configurando la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que para proceder por este tipo de delitos se exige exclusivamente la sentencia firme o auto también firme, del sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que hubiera conocido de la infracción imputada estableciendo la posibilidad de que el hecho pueda también perseguirse no sólo de oficio del Juez o Tribunal, sino también por parte del ofendido por el presunto delito de acusación o denuncia falsa.

A pesar de la apertura que supone este precepto en cuanto a los condicionantes procesales para ejercitar la acción por este tipo de delitos, el problema respecto al Fiscal sigue en pie porque en todo caso es inexcusable la sentencia firme o el auto, también firme del sobreseimiento o archivo dictado por el Juzgado o Tribunal.

De todo lo expuesto, considero que la única vía posible para solucionar esta cuestión es que, o bien a través de la ampliación del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o, en su caso, de la modificación del futuro artículo 435 del Código Penal, se considere el archivo decretado por el Fiscal como verdadero requisito de procedibilidad para este tipo de delitos, homologando tal condicionante a la sentencia firme o auto, también firme de sobreseimiento o archivo dictado por el Juez o Tribunal. (Burgos.)

## L) SOBRE LA PRISION PREVENTIVA

### I. INTRODUCCION

La Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (100) —que entrará en vigor el día 24 de noviembre de 1995— altera sustancialmente el régimen procesal de las medidas cautelares personales penales al modificar las condiciones y requisitos, no sólo de la prisión preventiva, sino también de la libertad provisional con fianza, introduciendo el artículo 504 bis 2 y modificando el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El nuevo sistema legal, potenciando el sistema acusatorio, implanta dos nuevos principios configuradores de la institución, conforme a los cuales:

1.º) *Sólo puede decretarse la prisión preventiva o la libertad provisional con fianza previa petición del Ministerio Fiscal o de cualquier otra parte acusadora, cualquiera que sea el momento del proceso.*

2.º) *Sólo puede decretarse la prisión preventiva o la libertad provisional con fianza tras una comparecencia y audiencia obligatoria de las partes (acusadoras y acusadas) del proceso.*

Los efectos inmediatos de la reforma, por tanto, incidirán en un doble sentido en la actividad del Ministerio Fiscal, no sólo porque le otorgará un protagonismo de especial transcendencia, toda vez que —en la normalidad de las ocasiones— de su *iniciativa* de-

---

(100) Cuya modificación ha sido aprobadas por las Cortes, aun cuando su publicación en el «BOE» haya quedado diferida al mes de noviembre del presente año.

pendará que tan graves medidas afectantes al derecho fundamental de la libertad (art. 17 de la CE) puedan ser adoptadas por el Juez de Instrucción; sino también, porque le exigirán una *intervención necesaria* en un nuevo momento procesal que condicionará su sistema de respuesta ante situaciones de urgencia, significadamente en Fiscalías, que, como las del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, se caracterizan por su complejidad organizativa, derivada, entre otros factores, de la existencia de multitud de Juzgados de Instrucción periféricos.

Se hace, por tanto, preciso adoptar una serie de reglas concernientes, ya al momento de la decisión, ya a la organización, capaces de solventar las numerosas cuestiones derivadas de la nueva regulación de la prisión preventiva y de la libertad provisional con fianza, con objeto de lograr un criterio uniforme de actuación en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma.

## II. CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE LA PRISION PREVENTIVA O DE LA LIBERTAD PROVISIONAL CON FIANZA

### 1. *Doctrina del Tribunal Constitucional*

Desde la Sentencia de 2 de julio de 1982, el Tribunal Constitucional ha ido configurando una doctrina plenamente asentada sobre el instituto de la prisión preventiva fijando el alcance y límites de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguiendo, en todo caso, las directrices marcadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y del Convenio de Roma (101).

---

(101) «La mayor amplitud semántica del concepto de detenido no autoriza, obviamente, la invocación del artículo 17.2 de la Constitución Española, en supuestos como el presente, de prisión provisional. Lo que sí obliga, por la vía que expresamente indica el artículo 10.2 de la Constitución Española es a interpretar los preceptos de la misma relativos a esta institución (arts. 17.1 y 17.4) conforme al tenor de los citados artículos 5.1c y 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y teniendo en cuenta los criterios elaborados por el Tribunal Europeo en su aplicación, *Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995*.

Partiendo de la afirmación de que el artículo 17.4 de la Constitución Española «encierra un auténtico derecho fundamental que asiste a todo preso preventivo a no permanecer en prisión provisional más allá de un plazo razonable (102), que se encuentra debidamente delimitado en nuestra Constitución (103), el Tribunal Constitucional proclama los siguientes principios reguladores de esta medida cautelar personal:

A) *Principio de excepcionalidad y de la subsidiaridad.* Conforme al mismo, la adopción de una medida de esta naturaleza, no puede regularse legalmente como obligatoria para la Autoridad Judicial, sino que vendrá condicionada por las circunstancias de cada caso y en la medida en que sea estrictamente necesaria (104).

---

(102) Vid., Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1991, núm. 206/91. Además es configurado este derecho por el Tribunal Constitucional en el ámbito de las *garantías jurisdiccionales*, dado que al declarar inconstitucional el artículo 504 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, se fundamenta que «es contrario a la Constitución Española, por cuanto viene a privar al detenido o preso de la garantía inherente a su derecho de libertad consistente en la intervención judicial, ponderada y razonable, para la adopción o para el mantenimiento de una situación de privación cautelar de libertad»... «La ley no puede privar al Juez de su facultad de disponer sobre la situación del detenido o preso, ni sustituirla por la del Ministerio Fiscal», Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 1994, núm. 71/1994.

(103) «La institución de la prisión provisional situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la Constitución Española por las afirmaciones contenidas en: a) el artículo 1.1, consagrando el Estado social y democrático de derecho(.); b)...el artículo 17, número 1, en el que se establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley; y c) el artículo 24.2.º, que dispone que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas... y a la presunción de inocencia (Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1982, núm. 41/1982), hasta tal punto que «el Tribunal Constitucional, sin invadir la jurisprudencia penal, puede revisar si en un determinado caso la excepcional prolongación del límite de la prisión provisional se hizo cumpliendo o no los requisitos de la ley a que se remite el artículo 17 de la Constitución Española, pues el incumplimiento de tales exigencias legales implicaría la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.4 *in fine*» (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de julio de 1985, número 85/1985).

(104) «Al consistir la prisión provisional en una privación de libertad debe regirse por el *principio de excepcionalidad*»... «En apoyo de esta tesis, la Resolu-

B) *Principio de razonabilidad*. La decisión debe estar fundada en la ponderación tanto de los datos objetivos como subjetivos concurrentes en cada caso que determinen razonablemente la necesidad de la medida, ya en el momento inicial (105) como en la determinación de su duración (106), de tal manera que *la falta de*

---

ción 11 (65) del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: a) *no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso*; b) *debe considerarse como medida excepcional*; y c) *debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso aplicarse con fines punitivos*», Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 1982, núm. 41/1982, vide, también, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

(105) «El derecho a la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares, entre las cuales los pactos indicados (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convenio de Roma) se refieren específicamente a la detención preventiva, que se conecta con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento»... «*En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso*», Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, núm. 108/1984. En efecto, se afirma por el Alto Tribunal: «que la constatación de “razonables sospechas” de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar que, además... queda supeditada en su aplicación a una *estricta necesidad y subsidiaridad que se traduce tanto en la eficacia de la medida como en la ineficacia de otras de menor intensidad coactiva y queda también gobernada por los principios de provisionalidad, en el sentido de que debe ser revisada si cambian las circunstancias que dieron origen a su adopción, y de su proporcionalidad, limitativo tanto de su duración máxima como de la gravedad de los delitos para cuya efectiva sanción y prevención pueda establecerse*», Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

(106) El *plazo de duración* debe situarse en el límite de lo razonable según las circunstancias de la causa (STEDH, Neumeister y Wmhoff), vid., Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 1982, núm. 41/1982: «Este carácter razonable del mantenimiento de la detención de un acusado debe apreciarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa». Dado que «de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el artículo 17.4 se fijan unos *plazos* determinados, ya que el constituyente no se contentó con acudir a un concepto indeterminado como es el del “plazo razonable”... La ley establece el plazo máximo de 30 meses como excepción para los casos que en ella se citan y que incluyen tanto aquellos en que la instrucción de la causa fuera de *extraor-*

*motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma* (107), que puede condicionar un amparo constitucional (108). A este respecto se hace necesario tener en consideración:

a) *Proporcionalidad de la medida*: estaría injustificada la fijación no sólo de la prisión, sino también de su duración cuando por la naturaleza del hecho y las circunstancias concurrentes en cada caso pudiera *encubrir una finalidad punitiva* (109) y no meramente asegurativa del buen fin del proceso, hasta tal punto que no dependerá

---

*dinaria complejidad... Esta duración máxima, de carácter excepcional, sólo puede prolongarse cuando la causa sufriera dilaciones imputables al inculpado... Queda, pues, clara la voluntad del constituyente y cumpliendo su mandato, del legislador, de fijar plazos y, entendiéndose bien, efectivos. Y aunque esos plazos puedan variarse por el legislador, mientras la ley fije unos, es evidente que han de cumplirse y que ese cumplimiento integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Española.* Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de diciembre de 1984, núm. 127/1984. En efecto, «la duración de la prisión provisional no ha de exceder de un plazo razonable, de tal suerte que el derecho consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución Española guarda un estrecho paralelismo con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución Española, viniendo a superponerse y a constituir una doble garantía constitucional». Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 1990, núm. 8/1990.

(107) Vide, Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

(108) «Al Tribunal Constitucional..., tan sólo le corresponde supervisar la existencia de motivación suficiente —en el doble sentido de resolución fundada y razonada— y su razonabilidad, entendiéndose por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional». Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995; porque, «los plazos de duración máxima de la situación de prisión preventiva fijados por el legislador han de cumplirse y ese cumplimiento integra, aunque no agota, la garantía constitucional de la libertad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Española». Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 1992, núm. 103/1992.

(109) Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, núm. 108/1984 (vid. nota 6) y Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995 (vide nota 18).

únicamente de las necesidades de preparación del Juicio Oral (110), ni de la gravedad del delito (111). Ello significa que es debido acreditar no sólo la estricta necesidad y eficacia de la medida, sino también la inexistencia e ineficacia de otras de menor intensidad coactiva (112).

b) *Duración*: el derecho consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución Española afecta también a la extensión temporal de la prisión provisional hasta tal punto que no es siempre lícito agotar los plazos máximos marcados por el legislador (113). Ello sólo

---

(110) «Aun reconocido su carácter de simple medida cautelar, la prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el *status* de libertad personal del inculpado y, por lo mismo, es, con toda evidencia, restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1 y 4 del artículo 17 de la Constitución Española, como restrictivas de este derecho son también con la misma evidencia las leyes orgánicas que establecen las condiciones de aplicación y la duración máxima de aquella medida cautelar para los diferentes delitos... De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculpado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión...», Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987, núm. 32/1987.

(111) Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

(112) *Ibidem*.

(113) El artículo 17.4 de la Constitución Española encierra un auténtico derecho fundamental que asiste a todo preso preventivo a no permanecer en prisión preventiva más allá de un plazo razonable.. Ciertamente, si se vulneran los plazos del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se habrá producido la lesión del derecho proclamado en el artículo 17.4 de la Constitución Española; *pero sin necesidad de rebasar tales limitaciones temporales, puede también lesionarse el referido derecho fundamental, si el imputado permanece en situación de prisión provisional más allá de un plazo que, atendidas las circunstancias del caso, puede objetivamente estimarse que excede de lo razonable*», Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1991, núm. 206/1991. En efecto: «Debido, pues, a la circunstancia de que la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1), el legislador constituyente no se limitó a exigir mediante el artículo 14.4 que ningún ciudadano pueda permanecer en situación de preso preventivo más allá de un plazo razonable, plazo que el legislador ordinario ha establecido, como límite máximo, en dos años para los delitos graves, pero que en modo alguno excluye que dicho plazo, por aplicación de los preceptos constitucionales oportunamente mencionados, sea sensiblemente inferior, atendida la naturaleza de la causa», Sentencia

tendrá lugar cuando la causa revista una complejidad extraordinaria o las dilaciones sean imputables al comportamiento del acusado, o «a la sinuosa actividad defensiva desplegada por la representación del acusado» (114). La prisión preventiva es *provisional* en el sentido de que debe ser revisada si cambian las circunstancias que dieron origen a su adopción (115).

c) Rige el principio *in dubio pro libertate* para el supuesto de que no esté perfectamente delimitada la necesidad de adoptar tan gravosa medida (116).

---

del Tribunal Constitucional, de 18 de enero de 1990, núm. 8/1990. Vide, también, Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

En el caso analizado se justifica plenamente si se tiene en cuenta la sinuosa actividad defensiva desplegada por el recurrente. «*Ciertamente... la defensa está legitimada y constitucionalmente amparada para interponer cuantas excepciones, defensas y medios de impugnación le pueda otorgar el ordenamiento procesal. Es cierto también que el derecho a la tutela comprende también el derecho a ejercitar los recursos legalmente preestablecidos... Pero tampoco lo es menos que todos, incluidas las propias partes, están obligados a colaborar con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso. Pues bien, uno de los deberes de colaboración de las partes en el proceso, a fin de que pueda obtenerse una rápida y eficaz tutela efectiva, estriba, precisamente, en la obligación procesal de actuar en el proceso de buena fe, con probidad, sin chicanas ni enredos*», Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1991, núm. 206/1991.

(114) «El mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga, puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso», Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

(115) «Como ha declarado el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones, en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos, lo que implica que, ante la duda suscitada por un conflicto temporal de leyes sucesivas, reguladoras de las situaciones de prisión provisional, los órganos judiciales habrán de aplicar el principio *in dubio pro libertate*», Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1987, núm. 117/1987.

(116) «La legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de los fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la natu-

d) Integran la *motivación de la resolución* que acuerda la medida: el mayor o menor riesgo de sustracción a la acción de la justicia por el acusado, debiendo tomarse en cuenta no sólo la gravedad del hecho imputado, sino también las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, tales como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países y los medios económicos de los que dispone; la obstrucción de la instrucción penal y la reiteración delictiva (117).

raleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos...» ...«Responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva», Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995. Por ello, «la valoración de dicho plazo ha de estimarse teniendo en cuenta, de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1991, núm. 206/1991). «La adopción de una medida cautelar excepcional de esta trascendencia requiere la consideración de elementos subjetivos», Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, número 128/1995. «En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad», Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, número 128/1995. «Corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley... (porque) la propia lógica de dichas actividades exige una inmediatez a la que sólo pueden acceder los Tribunales ordinarios», Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

(117) «Lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados»... Insistiéndose en la idea: «con mayor razón proscribire (la presunción de inocencia) la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales», Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

e) Es absolutamente contrario al artículo 17.4 de la Constitución Española la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones (118).

El Tribunal Constitucional, complementando las disposiciones de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha establecido los siguientes elementos valorativos:

1. Que la fianza de libertad tiene la misma función que contemplan los artículos 5.3 del Convenio de Roma y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (119).

2. Que el plazo máximo de prisión preventiva no debe computarse para cada uno de los delitos por el que se acusa a una persona (120).

3. Son causas motivadoras de «gran complejidad» justificativas de una prórroga de la prisión preventiva: a) la dificultad para

---

(118) «El mantenimiento de fianza (de libertad) (en caso de sentencia absolutoria no firme, al haberse recurrido en casación)..., *ya no puede tener el sentido de permitir eludir la prisión provisional, pero, caso de no cancelarse, cumple la misma función que contemplan los artículos 5.3 del Convenio de Roma y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... al constituir una garantía en orden a la comparecencia para la ejecución del fallo que pueda dictarse eventualmente en casación*» (su mantenimiento debe decidirse caso a caso), Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, núm. 108/1984.

(119) El plazo de fijado no debe computarse para cada uno de los delitos imputados. «La voluntad del constituyente, concretada por la ley, es, sin duda, determinar el tiempo fijo que ha de durar la prisión preventiva. Hacer depender esa duración del número de delitos imputados supone, en la práctica, que el plazo máximo fijado por la ley depende de un elemento incierto como es el número de delitos con que se acusa a una persona...» los pactos internacionales serían violados, «pues el resultado de multiplicar el plazo máximo legal de prisión provisional por el número de delitos imputados en este caso, conduce a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable...» «...La puesta en libertad a consecuencia de lo dispuesto en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede estar condicionada por la imposición de una fianza...», Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de diciembre de 1984, núm. 127/1984.

(120) Es causa motivadora de la determinación del plazo máximo y de la *complejidad* «la derivada de la dificultad para determinar la competencia del órgano jurisdiccional que deberá conocer de ella» y «las graves consecuencias que en el ámbito nacional producen los delitos de la naturaleza del enjuiciamiento», Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1985, núm. 85/1985.

determinar la competencia del órgano jurisdiccional que deberá conocer de ella; b) la naturaleza del delito objeto de enjuiciamiento si es de los que producen graves consecuencias (121).

4. Está vedada la aplicación retroactiva de normas restrictivas de derechos individuales, entre las que figuran las normas contempladas en los artículos 503 y siguientes (122).

5. Está prohibido, por concurrir vicio insubsanable, prorrogar la situación de prisión fuera del límite marcado por la ley (123).

---

(121) «La sola vulneración del mencionado principio (de irretroactividad) no es por sí sola susceptible de amparo constitucional... Pero no por ello cabe excluir que la prohibición de aplicaciones retroactivas de normas restrictivas de derechos individuales opere con carácter general como una garantía constitucional frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal». Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987, núm. 32/1987. Vide, también, Sentencia del Tribunal Constitucional, 32/1987 de la misma fecha. Del mismo modo: «la prohibición de la retroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 de la CE) obliga a no otorgar a la nueva ley una eficacia hacia el pasado que comporte la prolongación de la situación excepcional de prisión por encima del límite máximo establecido en la ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad». Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1987, núm. 117/1987.

(122) Es incuestionable... que la Sala Penal pudo prolongar la situación procesal de la prisión preventiva antes del transcurso de los dos años desde el inicio de ésta, conforme al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se dieran los requisitos de la norma. Pero no lo hizo así, es decir, en el tiempo obligado, sin tampoco, como era preceptivo, poner en libertad al procesado. Por eso, cuando a instancias de éste acuerda la prórroga de la prisión dos meses y unos días más tarde de la fecha en que cumplía el plazo legal perentorio..., «ya no cabía subsanar la vulneración constitucional de la garantía de la libertad personal no respetada por la omisión del órgano judicial», Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de abril de 1987, núm. 40/1987; sin embargo, como con posterioridad a los autos recurridos ha sido condenado el recurrente, «aun cuando hemos de declarar... la nulidad de la medida cautelar que nos ocupa... la existencia de un nuevo título jurisdiccional por el que se aplica el *ius puniendi* del Estado contiene un interés constitucionalmente protegido y se erige en causa de justificación suficiente para restringir el derecho a la libertad del condenado», Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 1992, núm. 103/1992.

(123) El primer párrafo del mencionado precepto (art. 540 de la LECr.), cuando alude a una *causa por delito al que corresponda pena de...*, «no se está refiriendo a la pena que en concreto quepa imponer por ese delito, sino a la prevista en abstracto en el tipo penal que lo contiene, esto es al marco penal trazado con carácter general por el legislador y no a la individualización judicial... El sumario instruido contra el demandante de amparo lo fue por un delito de homicidio frustrado y no por un delito de homicidio consumado. Ergo,

6. La determinación de la prisión provisional, en atención a la pena que corresponda al delito perseguido, estará fundada en la pena que resulte de aplicar las reglas específicas del Código Penal en la mayor o menor perfección del delito o en las disposiciones de los artículos 65 y 66 del mismo Texto Legal (124).

7. Para delimitar los riesgos de fuga, *deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado..., arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.* (125).

## 2. *Doctrina de la Fiscalía General del Estado*

La Fiscalía General del Estado en tres ocasiones se ha pronunciado no sólo sobre los criterios de interpretación a los que han de ajustarse los Fiscales en materia de prisión preventiva y libertad provisional con fianza, sino también sobre los mecanismos de control que necesariamente han de llevarse a cabo sobre las

---

el delito cuya comisión se le imputa, no es el que se describe y sanciona en el artículo 407 del Código Penal con la pena de reclusión menor... El delito que, por consiguiente, ha de tomarse como punto de partida no es otro que el de homicidio frustrado... De lo que se deduce que la pena que en abstracto corresponde a un homicidio frustrado no es la de reclusión menor prevista en el artículo 407 del Código Penal únicamente para el homicidio consumado, sino ex artículo 51 en relación con el artículo 407 del Código Penal, la pena inferior en un grado, esto es la de prisión mayor»... «Si para determinar dicha duración máxima de la pena privativa de libertad que habría de abonar el preso preventivo, caso de resultar condenado... se acude a la prevista para un delito distinto y más grave que el presuntamente cometido se contraviene el objetivo de proporcionalidad, al tenerse en cuenta como elemento de comparación un marco penal que excede a todas luces del correspondiente al delito en verdad atribuido»... «De la necesaria interpretación restrictiva a que debe someterse toda limitación del derecho a la libertad, forzoso es concluir que, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del Código Penal, la pena imponible en abstracto al demandante de amparo (menor de 18 años) por un delito de homicidio frustrado no puede ser superior a la de prisión menor», Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994, núm. 9/1994.

(125) Vide Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1995, núm. 128/1995.

prisiones acordadas: 1) *Consulta de 15 de diciembre de 1897* (126) sobre «fianzas de libertad»; 2) *Circular de 4 de noviembre de 1982* sobre «prisión provisional», y 3) *Instrucción de 6 de mayo de 1983*, también sobre «prisión preventiva».

Todas sus disposiciones son plenamente vigentes por ser acordes con la doctrina constitucional señalada. Por ello conviene, en estos momentos, recordarlas, aun de manera sintética, al objeto de establecer el marco general al que los Fiscales deberá ajustar sus criterios a la hora de informar, dictaminar o interesar la adopción de medidas cautelares de esta naturaleza:

1. *Sobre la prisión provisional*: A) En los procesos penales, la alternativa libertad-prisión de los inculcados debe concentrarse exactamente en la forma prevista de *modo flexible* por la ley. B) Incondicionalmente primará el criterio de una *interpretación restrictiva* de las conductas integradoras de estructuras punibles capaces de determinar la medida cautelar de la prisión preventiva, con lo que esta situación impeditiva del ejercicio del derecho constitucional a la libertad se reducirá siempre al máximo, respetando el ámbito de las normas reguladoras. C) El Ministerio Fiscal deberá valorar circunstancias tales como: a) *Mayor o menor probabilidad de que la persona sujeta a prisión provisional sea condenada*, atendido el dato fáctico del conjunto de las pruebas practicadas; b) *Si la sanción penal previsible se halla virtualmente cumplida*; c) *Menor gravedad de las penas a imponer y circunstancias personales del autor* que hagan presumible que no se sustraerá a la acción de la justicia; d) *El desvalor social del comportamiento que se incrimina, en principio, al que se halla en situación de prisión pro-*

---

(126) La situación en que se coloca a un procesado al que se señala para obtener su libertad fianza pecunaria en cantidad muy crecida y desproporcionada con los medios de que dispone, carece de justificación y constituye un espectáculo lamentable. La clase y cuantía de la fianza las deja el legislador al arbitrio del Juez; mas esa facultad ha de estar siempre regida por la imparcialidad y la prudencia... «Con arreglo al artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial».

*visional, según criterios de rigurosa actualidad, que por otra parte, evolucionan como la realidad social misma* (127).

Del mismo modo, la valoración del tiempo máximo de prisión preventiva se verificará conforme al criterio de «plazo razonable» contenido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (128).

2. *Sobre la fianza de libertad*: se recuerda que para la determinación de la calidad y cantidad de las fianzas de libertad se deberá tomar en consideración no sólo la naturaleza del delito, sino también el Estado social, la capacidad económica y antecedentes del acusado (129). (Madrid, Teniente Fiscal señor Sánchez Covisa.)

## M) LA COSA JUZGADA Y EL DESAMPARO DE MENORES

El artículo 172 del Código Civil define la situación de desamparo como «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Esta situación así definida es el supuesto de hecho habilitante en nuestro ordenamiento, tras la reforma operada por la Ley 21/87 de 11 de noviembre para que la Entidad Pública de Protección pueda asumir automáticamente la tutela de un menor.

---

(127) Vide. Circular de 4 de noviembre de 1982.

(128) Vide. Instrucción de 6 de mayo de 1983.

(129) La situación en que se coloca a un procesado al que se señala para obtener su libertad, fianza pecuniaria en cantidad muy crecida y desproporcionada con los medios de que dispone, carece de justificación y constituye un espectáculo lamentable. La clase y cuantía de la fianza las deja el legislador al arbitrio del Juez: mas esa facultad ha de estar siempre regida por la imparcialidad y prudencia... «Con arreglo al artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad Judicial». Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1897.

Las decisiones (actos administrativos) por las que se acuerda declarar el desamparo de un menor y consiguientemente asumir la tutela son susceptibles de revisión por los órganos jurisdiccionales (como no podría ser menos en un Estado de Derecho). Como peculiaridad de estas decisiones administrativas que inciden en las facultades de guarda y custodia inherentes a la patria potestad, las mismas pueden ser combatidas ante el orden jurisdiccional civil, encauzándose habitualmente mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Estos expedientes de jurisdicción voluntaria son *sui géneris*, pues no se adaptan a la definición que, con carácter general, da el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los mismos: «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que se necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas». En efecto, en los expedientes de oposición al desamparo hay partes —padres biológicos, Entidad Pública de Protección, Ministerio Fiscal— y existe controversia. En definitiva, estos procedimientos sólo tienen de jurisdicción voluntaria la denominación, pues materialmente son verdaderos procesos contenciosos.

Los expedientes de oposición al desamparo terminan por auto, en el que el Juez de Familia se pronuncia sobre si existe situación de desamparo. Si se desestima la oposición la entidad de protección continúa con la tutela del menor y si la oposición se estima el menor debe ser reintegrado a su familia biológica.

Firme una sentencia, o, en estos casos, por auto, la misma es inatacable (salvo en los supuestos tasados de revisión), y debe ejecutarse en sus propios términos, entroncando ello con la obligatoriedad de cumplir las resoluciones judiciales (art. 118 de la CE) y con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE).

Se plantea en los casos de estimación de la oposición al desamparo la «reversibilidad» de la decisión o, dicho de otro modo, los límites de la cosa juzgada en estos pronunciamientos en los casos en que con posterioridad a la decisión jurisdiccional, sobrevenga una situación de desamparo del menor.

Para analizar este problema es necesario partir de la definición legal que de la cosa juzgada se contiene en el artículo 1.252 del Código Civil: «Para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la

sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.»

La doctrina, tradicionalmente y de modo unánime, ha considerado que la cosa juzgado material (imposibilidad de que las resoluciones judiciales firmes puedan ser atacadas en otros procedimientos) tiene tres límites, a saber:

1. Subjetivo, es necesario que concurra la identidad de personas, no propiamente física sino jurídica.

2. Objetivo, es necesario que concurra la más perfecta identidad entre las cosas que se piden y las causas de pedir (*petitum y casa petendi*).

3. Temporales, pues el transcurso del tiempo puede determinar la desaparición de los efectos de la cosa juzgada, fundamentalmente en resoluciones cuya ejecución supone un tracto sucesivo, una situación que se prolonga en el tiempo. En estos casos, se sobreentiende que la resolución judicial lleva implícita una especie de cláusula *rebus sic stantibus*, conforme al viejo brocardo *contractus qui habent tractu succesivus, rebus sic stantibus intelliguntur*. Es decir, en estos casos, la resolución judicial sólo desplegará los efectos de la cosa juzgada en tanto en cuanto la situación que la ha fundamentado permanezca esencialmente la misma. Ejemplo paradigmático son las resoluciones que establecen pensiones (que dependen de las necesidades de quien las pide y de las posibilidades del obligado a prestarlas). En estos casos, la variación sustancial de la situación enjuiciada hace que la *res iudicata*, se transforme en *res iudicanda*, con la consecuencia de que puede volver a plantearse una nueva pretensión y abrir un nuevo proceso sobre el mismo asunto sin que pueda operar la excepción de cosa juzgada.

Este límite temporal de la eficacia de la cosa juzgada es, desde luego, aplicable a las resoluciones judiciales que deciden sobre si existe o no situación de desamparo, pues evidentemente puede ocurrir que tras la resolución judicial estimatoria de la oposición sobrevengan nuevas situaciones que dejen al menor privado de la necesaria asistencia moral o material. En estos casos, debidamente comprobada y documentada la situación sobrevenida por la Entidad de Protección de Menores, puede —y debe— declarar un nuevo desamparo y asumir de nuevo la tutela automática sobre el

menor sin que en tales casos quepa alegar un incumplimiento de la resolución judicial. Estos planteamientos no son «de laboratorio», sino antes bien, por la propia naturaleza de estos procedimientos, es frecuente que los padres biológicos —normalmente con graves sociopatías y factores de desestructuración y marginalidad— cuando formulan oposición en vía jurisdiccional hagan un esfuerzo por presentarse como normalizados o incluso por normalizarse efectivamente, esfuerzo que en algunos casos por artificial tiene escasa persistencia y decae una vez se ha conseguido el propósito de recuperar al menor declarado en desamparo.

Un supuesto extremo en la problemática del límite temporal de la eficacia de la cosa juzgada en las resoluciones estimatorias de la oposición al desamparo se plantea cuando el cambio esencial en la situación se produce tras la firmeza de la resolución judicial y antes de que el menor sea efectivamente entregado por la Administración a la familia biológica. Téngase en cuenta que cuando se estima la oposición al desamparo, una elemental prudencia puede aconsejar en aquellos casos en que el menor ha pasado largo tiempo alejado de la familia biológica que la entrega no sea inmediata e incondicionada sino que se realice tras un paulatino proceso de adaptación debidamente supervisado por personal especializado.

Pues bien, ¿qué ocurre si en esa fase de ejecución en la que el menor aún no ha sido entregado sobrevienen hechos nuevos que acreditan que los padres biológicos están imposibilitados para ejercer los deberes inherentes a la patria potestad? Una primera respuesta sería la de considerar que no cabe replantearse un nuevo desamparo pues los padres biológicos aún no han recibido a sus hijos y la eficacia de la cosa juzgada permanece incólume. Creemos que no es ésta la conclusión correcta y que cabe otra respuesta que, respetando la obligatoriedad de cumplir las resoluciones judiciales, permita dar adecuada protección a los menores en situación de desamparo sobrevenida.

Para abordar este problema vamos a analizar las vicisitudes judiciales del caso de dos hermanos menores que fueron declarados en desamparo por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales.

Dichas resoluciones fueron impugnadas por el padre originando el correspondiente expediente de oposición al desamparo el cual fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia acordando

dejar sin efecto el desamparo acordado. Dicha resolución fue apelada y confirmada en segunda instancia si bien la Audiencia introdujo cautelas en la ejecución para que la entrega de los menores se realizara de la forma menos perjudicial.

La Delegación Provincial de Asuntos Sociales (DPAS), con el fin de ejecutar la resolución judicial, elaboró un programa para insertar a los menores en su familia biológica, en el curso del cual se pusieron de manifiesto nuevos y graves indicadores de riesgo.

Ante esta situación, la Delegación Provincial de Asuntos Sociales antes de culminar el programa de entrega de los menores al padre biológico, los declara nuevamente en desamparo y promueve el acogimiento judicial de los mismos, lo que da lugar a la incoación de otros autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia que terminan con auto en el que se estima la alegación de cosa juzgada planteada por la representación del padre biológico y por tanto desestima la constitución del acogimiento.

El auto utiliza como argumento fundamental el de que los menores no llegaron a ser entregados al padre biológico y no llegando a tenerlos éste en su compañía no podía hablarse de un incumplimiento sobrevenido.

Este auto fue recurrido en apelación por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales, recurso al que se adhirió el Ministerio Fiscal.

El argumento en el que se basó el Ministerio Fiscal en la segunda instancia, y que creemos que da respuesta al problema planteado en el presente trabajo, es el de que partiendo de que efectivamente se habían producido hechos nuevos que ponían de manifiesto la grave desestructuración de la familia biológica y la consiguiente imposibilidad de proporcionar a los hijos de la necesaria asistencia, es improcedente apreciar cosa juzgada, aunque el padre biológico no llegara a tener en su compañía a sus menores hijos por cuanto el artículo 172 del Código Civil al definir la situación de desamparo habla de «incumplimiento» y, alternativamente de «imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección». El padre no ha incumplido sus deberes para con los hijos de nuevo, pues éstos no llegaron a ser entregados, pero se encontraba imposibilitado para cumplir tales deberes. La situación de desamparo se define en nuestro ordenamiento jurídico en términos objetivos y no puede interpretarse en términos de

juicio de reprochabilidad respecto de la conducta de los padres biológicos. Por tanto, si aún no concurriendo incumplimiento (que debe valorarse *ex post*) concurre imposibilidad de cumplimiento (que debe valorar *ex ante*), puede declararse la situación de desamparo. Los hechos sobrevenidos no pueden poner de manifiesto incumplimiento de los deberes del padre (pues no ha tenido a los menores en su compañía) pero sí pueden poner de manifiesto la imposibilidad objetiva de cumplir con tales deberes, y si esto ocurre pueden sin que la eficacia de la cosa juzgada despliegue sus efectos, procederse a declarar una nueva situación de desamparo.

Tal interpretación se coherente con el tenor del artículo 172 del Código Civil y ofrece mayores posibilidades de protección para los menores, siendo por lo demás coherente con el principio del *favor minoris* que preside esta rama del ordenamiento (art. 39 de la CE).

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto y constituyó el acogimiento de los menores. En dicho auto se niega que concorra cosa juzgada por haberse acreditado hechos sobrevenidos y en el Fundamento de Derecho Quinto se recoge el siguiente párrafo: «Debiendo primar en todo caso el interés de los menores y su integral formación psíquica y sociológica, a más de su propia seguridad física, sobre el interés personal del padre biológico, cuya incapacidad para hacerse cargo con dignidad y eficacia de los deberes inherentes a la patria potestad, ha quedado patente.»

En definitiva, la Audiencia Provincial acoge la tesis defendida y considera que no es necesario para que se produzca la entrega y convivencia de los menores con el padre biológico para, a partir de ahí, poder valorar si concurre una nueva situación de desamparo.

Creemos, por tanto, que si se constata (por la concurrencia de hechos sobrevenidos) antes de la entrega que el desamparo como situación de hecho se va a producir, cabe nuevamente declarar administrativamente tal situación. Otra interpretación llevaría aparejada la indeseable consecuencia de tener que esperar a que el menor pase nuevamente por el calvario de la desprotección, que ya se ha previsto que con toda seguridad concurrirá para, a *posteriori*, poder retirarlo. (Sevilla.)

## N) MATRIMONIOS DE COMPLACENCIA Y REGISTRO CIVIL

Uno de los problemas que se plantean en el Registro Civil es el posible fraude cometido a través de los llamados «matrimonios blancos o de complacencia».

Se trata de matrimonios contraídos con el fin de obtener facilidades para la entrada y residencia legal en España o para la adquisición de la nacionalidad española por el plazo reducido de un año de residencia legal (art. 22.2 del CC).

Un primer control para evitar esta situación es en la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio y, en este sentido, ya la Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995, determina que «han de extremarse las garantías formales y materiales para que el Encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que, es en rigor, nulo por simulación».

Como trámite esencial se ha de hacer hincapié en la audiencia reservada y separada de cada contrayente. Destacando la intervención del Ministerio Fiscal para denunciar cualquier impedimento u obstáculo para la celebración del matrimonio.

En Madrid solamente se ha producido un caso en que el Fiscal, informó negativamente a la celebración del matrimonio.

Se trataba de una súbdita marroquí y un español. De las audiencias reservadas de los contrayentes no se deducía que existiera un verdadero consentimiento matrimonial, sino un posible interés en beneficiarse de las consecuencias legales del matrimonio, aludiendo al pago de una cantidad de dinero por parte de la solicitante al futuro contrayente. Se les notificó la oposición del Ministerio Fiscal y desistieron del expediente.

Hay que advertir, no obstante, que esta forma de impedir la celebración de matrimonios, que podrían considerarse fraudulentos, se debe llevar en la práctica con extrema prudencia con el fin de evitar intromisiones ilegítimas en la intimidad de los contrayentes.

Otra forma de ejercer un control, si bien se produciría *a posteriori*: sería denegar la inscripción en el Registro del matrimonio

ya celebrado. Se refiere a aquellos supuestos de matrimonios contraídos en el extranjero conforme a la ley local por un súbdito español y otro extranjero o a matrimonios celebrados en España en forma religiosa (excepto matrimonios evangélicos o israelitas en que es requisito imprescindible la tramitación del expediente previo en el Registro Civil correspondiente).

La DGRN en resoluciones de fechas de 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995, ha adoptado el mismo criterio en los dos recursos presentados contra la calificación del Encargado del Registro Civil Consular de España en Pekín que deniega la inscripción del matrimonio en el Registro. Se trata, en ambos supuestos de matrimonios celebrados en China, concretamente en la misma localidad —Lishui, Zhejiang— conforme a la *lex loci*, entre un nacional español y una nacional china. La Dirección General de Registros confirma el acuerdo denegatorio, por entender que no había existido verdadero consentimiento matrimonial y que se trataba de matrimonios nulos por simulación.

Sin embargo, es muy discutible que pueda llegarse al total convencimiento de la falta de consentimiento matrimonial para poder impedir el acceso al Registro Civil del matrimonio. (Madrid, Fiscal señora Padilla Mendivil.)

## Ñ) CONSIDERACIONES EN TORNO AL RECHAZO DE EXTRANJEROS EN LAS FRONTERAS

La Ley Orgánica 7/85 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España establece normas mínimas que regulan la entrada de extranjeros en España, así el artículo número 3 establece: «Los servicios policiales podrán rechazar a quienes no reúnan los requisitos señalados en el párrafo 1 del presente artículo.» El requerido número 1 condiciona la entrada al cumplimiento de tres obligaciones: primero, hallarse provisto de la documentación requerida, el segundo, disponer de los medios económicos suficientes en los términos previstos reglamentariamente, y tercero, no estar sujetos a prohibiciones expresas. Frente a esta potestad que tienen las autoridades españolas según la Ley Nacional, el Convenio de Schengen, como normas Comunitaria y de la que es signataria

le impone la obligación de rechazar la entrada de todo extranjero que incumpla los requisitos exigidos en el artículo 5.º del referido Convenio, es más, incluso la concurrencia de todos los requisitos no otorga de por sí un derecho de entrada, al contrario, es el Estado Miembro concernido quien deberá otorgarla o negarla atendiendo a otras consideraciones tales como razones humanitarias, de un interés nacional o derivadas del cumplimiento de su obligaciones internacionales.

Es importante resaltar, que si se hiciera uso de tales excepciones su validez queda limitada al Estado que las aplique y no vincula a los otros Estados signatarios del Convenio de Schengen, de forma que nada impedirá al ciudadano rechazado por estos motivos discrecionales el intentar introducirse en el espacio europeo por otra frontera exterior sometida a la soberanía de otro Estado si cumple los requisitos mínimos exigidos por el artículo 5 del Convenio. A la inversa en caso de que un Estado autorizase la entrada a un extranjero en base a tales excepciones, la autorización quedará circunstancia al territorio del Estado que la otorgó, pero no implica la concesión de un derecho a la libre circulación por el territorio común sin fronteras.

El artículo 5 del Convenio de Aplicación establece:

1. Para una estancia que no exceda de tres meses, se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes Contratantes a los extranjeros que cumplan las siguientes condiciones:

a) Poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité Ejecutivo.

b) Estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido.

c) En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

d) No estar incluido en la lista de no admisibles.

e) No suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes Contratantes.

A diferencia de los extranjeros los ciudadanos comunitarios que disfrutan del derecho de libre circulación en el espacio común con las únicas restricciones derivadas del orden público, salud pública y seguridad pública, gozan de un derecho de entrada por las fronteras exteriores y sólo serán sometidos a un control de identidad.

El Real Decreto 155/1992, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 dedica la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo 2.<sup>o</sup> a la entrada: requisitos y prohibiciones incorporando casi literalmente el Convenio de Schengen, así el artículo 38 dice: 1) «Los extranjeros podrán ser autorizados a entrar en el territorio español siempre que se encuentren provistos de la documentación necesaria y válida de medios económicos suficientes, presente en su caso, los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, no estén sujetos a prohibiciones expresas ni se encuentren en las listas de no admisibles, sin perjuicio de lo dispuesto legalmente para los estados de alarma, excepción y sitio.»

2) A los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo les será denegada la entrada en el territorio español.

3) Excepcionalmente por motivos humanitarios de protección del interés nacional o derivados de compromisos internacionales, la Secretaría de Estado de Interior podrá autorizar la entrada o en tránsito por el territorio español, a los extranjeros que pretendan hacerlo sin cumplir los requisitos de entrada, presentando documentación defectuosa, o incluso sin ella, pudiéndose adoptar en tales supuestos las medidas cautelares precisas. Esta facultad podrá ser delegada en órganos centrales o periféricos dependientes de dicha Secretaría de Estado.

Sin embargo, en la frontera de Barajas, a pesar de la claridad de las normas que obligan a los funcionarios de policía encargados del control de la frontera exterior e impedir a todos quienes no reúnan los requisitos anteriormente indicados la entrada en el espacio común europeo y en el Estado español, se producen solicitudes de *habeas corpus*, a nuestro juicio improcedentes, ya que no se trata de una detención, sino de una restricción de libertad derivada del incumplimiento de las obligaciones impuestas por las leyes y convenios internacionales a todo ciudadano extranjero

para entrar en el territorio de Schengen en base a las siguientes consideraciones:

Primero. El extranjero administrativamente no se encuentra en España ni el espacio común de Schengen, aunque sí en territorio sometido a la Soberanía Española, puesto que no se ha efectuado la entrada.

Segundo. No existe una voluntad de las Autoridades Españolas de mantenerlo en esa situación, sino más bien una imposibilidad material de cumplir con la voluntad del legislador, que no es otra distinta a la de la retornarle a su punto de origen o a un tercer Estado que ofrezca garantías de acogerlo a la mayor brevedad. Eso es precisamente lo que se intenta y la razón de que se le mantenga en tal lugar y situación, ya que el Estado del cual partió está obligado a recogerlo, aunque no sea nacional suyo, por el solo hecho de haber emprendido viaje desde allí con la sola certificación del transportista que vive obligado a retornarlo en el primer viaje de vuelta.

La situación anterior no se daría si el extranjero llegara a traspasar la frontera exterior, ya que el viaje se consideraría válido para el transportista y dejaría de estar obligado a retornarlo y, desde luego a certificar ante el país de origen que lo transportó ilegalmente hasta las fronteras de Schengen, lo que obligaría a las Autoridades Españolas a incoarle un expediente de expulsión, documentarle debidamente y proveerle del correspondiente billete de viaje practicando así una expulsión que previsiblemente demoraría su privación de libertad, ya que deberá permanecer mientras se cumplimentan todos los trámites en el Centro de Internamiento puesto que no puede circular por el espacio común.

Tercero. El extranjero no se encuentra confinado en un lugar determinado, sino que goza de una libertad limitada al espacio de la zona internacional de tránsito, alojándose en las instalaciones que al efecto ha dispuesto el transportista, siendo a cargo de este último los gastos de manutención y demás necesarios para atender sus necesidades, así como los de transporte, que deberá ser a la mayor brevedad posible hasta que emprenda viaje de regreso. De otra parte, en caso de que las razones alegadas para entrar en el territorio común se fundarán en el temor a ser víctima de persecución o represalias injustas, el extranjero puede solicitar asilo en el mismo puesto fronterizo y su petición se le tramitará por un pro-

cedimiento especial debiendo permanecer en las dependencias de dicho puesto fronterizo hasta que se proceda al examen de su solicitud, artículo 5 de la Ley 9/1994 y así se le informa en el oficio por el que se le comunica la denegación de entrada.

Cuarto. La situación de restricción de libertad le es imputable únicamente al extranjero que pretendió traspasar las fronteras exteriores de la Unión sin procurarse los requisitos exigidos para entrar válidamente en el territorio común, ya que era previsible y debía haberlo previsto que no se le permitiría la entrada, por lo tanto el riesgo de que se derivasen estas consecuencias fue asumido voluntariamente. Únicamente en el caso de que fuese objeto de persecución en el país que abandono, estaría justificada su decisión de presentarse en la frontera exterior de la Unión y en este caso tiene derecho a solicitar asilo según las disposiciones del Convenio de Schengen en la forma prevista en el artículo 5 de la Ley de Asilo como se ha dicho.

Por último, entendemos de conformidad con lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil que el permitir una entrada, prohibida en base a un recurso de *habeas corpus* sería un acto en fraude de ley, ya que se ampara en una norma para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico y no se impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, en este caso, la expulsión del súbdito extranjero. (Madrid, Fiscal señor Martínez García.)

#### O) UNA CUESTION EN TORNO AL DELITO DE ROBO Y HURTO DE USO DE VEHICULOS EN EL NUEVO CODIGO PENAL

La cuestión que se plantea es la de dilucidar si quien usa el vehículo sustraído sin haber intervenido en su apoderamiento puede ser sancionado, a tenor del artículo 244 del nuevo Código Penal. La respuesta ha de ser afirmativa, de acuerdo con los clásicos criterios de interpretación gramatical, sistemático y teológico:

a) *Gramatical*: la reiterada jurisprudencia *interpretativa de ese verbo —sustraer—* comprende exclusivamente los supuestos de apoderamiento de cosas ajenas.

Poco aporta, a nuestro entender, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que, en la voz *sustraer*, remite a *substraer* y, en ésta, se equipara el robo y el hurto de lo ajeno.

En cualquier caso, debe entenderse el verbo como descriptivo de conductas de apoderamiento.

b) *Sistemática*

1. Es ciertamente *sorprendente la rúbrica del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal*, que reza así: «Del robo y hurto de uso de vehículos». Se vuelve así a la *primitiva redacción* y se desplaza la de «utilización ilegítima de vehículos ajenos» introducida en el Capítulo II bis conforme a la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, y ya contenida en la Ley 39/74, de 28 de noviembre.

El legislador de 1995 ha querido expresamente rubricar el tipo penal que se examina con una terminología elocuente, «hurto de uso», que rescata de una legislación de hace más de veinte años.

El motivo no puede ser más claro: *lo que se reprocha penalmente* —y éste es el nervio central de nuestras consideraciones— *es la sustracción o el robo de un vehículo*.

Ese reproche penal ya está contenido en los artículos 234 y 237 del Código Penal, que recogen el hurto y el robo de objetos. *Lo que en el artículo 244 del Código Penal se castiga específicamente, como norma especial, es la sustracción del uso de un vehículo o ciclomotor, no la sustracción —insistimos— del propio vehículo o del ciclomotor que tienen ya una previsión distinta*.

2. Lo anteriormente sostenido se asienta no sólo en la interpretación sistemática que integra el verbo «sustraer» con el objeto sobre el que se despliega la sustracción: «el uso del vehículo».

Basta el repaso de la «historia legislativa» de la norma para confirmar lo anterior: lo reprochado por el legislador es la *sustracción del uso* de un vehículo no de éste como objeto.

En este sentido, las rúbricas de la Ley 122/62 que incriminó por vez primera esta conducta, el proyecto de 1996 sobre este tipo penal y la reforma de 8 de abril de 1967 «Del robo y hurto de uso de vehículos de motor», son harto expresivas de lo que se arguye.

c) *Teleológica*

1. Es sabido que el criterio teleológico *atiende al fin de la norma*. El intérprete tiene presente el hecho social, considera las consecuencias y las acepta o rechaza según se corresponde o no con el fin de la norma (F. Antolisei: *Parte general*).

2. Entendemos que es pacífico el motivo del legislador al recoger esta conducta: su frecuencia y el disgusto —cuando menos— que produce en la víctima que se ve privada de su vehículo cuando se va a servir de él.

3. La jurisprudencia, interpretando teleológicamente el antiguo —aunque en vigor a efectos de cotejo en procesos en curso— 516 bis llegó a considerar autor también al que con posterioridad a la sustracción se «incorpora» al tracto delictivo y sube al vehículo. Y ello pese a que no sustrajo el mismo ni intervino inicialmente en su manipulación (Sentencia del Tribunal Supremo 12 de noviembre de 1990, entre otras, por expresiva).

Obviamente el fundamento se asentaba en que penalmente también era reprochable su conducta, porque, como el conductor, *estaba consintiendo y aprovechándose de un uso ilegítimo del vehículo y privando del mismo consiguientemente a su legítimo titular*.

4. *El ocupante de un vehículo de motor o ciclomotor de cuyo uso se ha privado al titular es también autor del delito del artículo 244.1 de Código Penal.*

a) Porque *no cambiando el sentir del legislador*, antes al contrario ha precisado cuál es el objeto del delito: *el uso* de un vehículo ajeno del que tanto disfrutan —y privan a su titular— el que lo conduce y el que va de pasajero.

b) Porque sólo una lectura apresurada puede referir el verbo del tipo penal recogido en el artículo 244.1 al vehículo o ciclomotor; *el verbo sustraer debe encadenarse al uso, no al objeto de uso*.

c) Porque son *trasladables los argumentos recogidos en la doctrina jurisprudencial* relativos al artículo 516 bis al hoy artículo 244.1. Es más, resulta más forzado si cabe, entender que el ocupante «utilizara» el vehículo que el hecho de que «sustraiga su uso» y el Tribunal Supremo no desplazó en aquél precisamente inspirado en la «voluntas legis»: el castigo del uso ilegítimo.

d) Porque, por su propia naturaleza, hay *acciones que sólo pueden perpetrar una persona, aunque varias se beneficien* y no intervengan materialmente. Piénsese en la doctrina jurisprudencial sobre delitos de falsedad: sólo uno puede materialmente falsear un documento y no por ello dejan de ser responsables como autores los que con aquél actúan de consuno. (Sentencias 1.333/94, de 23 de junio, 19 de julio y 3 de noviembre de 1993.)

Trasladable es lo anterior, pensamos, al que no puede realizar el «puente», pero sí vigila la manipulación y luego ocupa el asiento de acompañante o, simplemente, junto con el conductor disfruta —y perjudica— del uso del vehículo. (Tenerife, Fiscal señor Eguiluz Casanovas.)

## P) REFLEXIONES SOBRE LA APLICACION DEL ARTICULO 10 DE LA LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA

Las gravísimas lagunas de que adolece el Ordenamiento Jurídico Penitenciario se ponen especialmente de manifiesto cuando se pretende lograr una interpretación y aplicación coherente del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Su desafortunada redacción y la ausencia del correspondiente desarrollo reglamentario ha provocado una carencia de criterios unitarios y de fundamentación no sólo en las Autoridades de la Administración Penitenciaria, sino también en los distintos órganos jurisdiccionales de Vigilancia Penitenciaria.

En la redacción actual del precepto se configuran los establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales como solución excepcional respecto de los presos (penados y en su caso preventivos) que hayan sido *calificados* de peligrosidad extrema o los inadaptados a los regímenes ordinario y abierto, siempre que estas dos circunstancias hayan sido *objetivamente acreditadas en resolución motivada*. El Reglamento Penitenciario completa la regulación de manera harto insatisfactoria en un conjunto de preceptos (arts. 34, 35, 38, 43, 46, 97, 103, 243, 263 y 267) que si bien no deben ser tachados de ilegales (*contra legem*) es lo cierto que admiten una aplicación incorrecta de aquélla hasta tal punto que la resolución de los recursos contra los acuerdos

de esta naturaleza han constituido uno de los contenidos de mayor entidad de la jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (vide, el Criterio Refundido núm. 10 adoptado en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitencia, publicado por el CGPJ, 1994).

Los problemas surgen fundamentalmente: 1.º porque la judicatura no admite que el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria autorice un régimen penitenciario especial distinto del ordinario, abierto y cerrado, debiéndose distinguir este último del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente; 2.º porque las Autoridades Administrativas no verifican resoluciones que comprendan una motivación rigurosa, esto es, donde se haya analizado los distintos informes de los equipos de tratamiento, de los médicos y de los Jefes de los Servicios de los establecimientos (art. 34) que reflejen a través de un juicio lógico y fundado en hechos o conducta exteriorizada del interno su peligrosidad extrema o su inadaptación. Esta forma de proceder (casi rutinaria) se ha generalizado cuando de presos pertenecientes a bandas terroristas se trata, entendiéndose que por su propia militancia y con una errónea interpretación del artículo 43.3 del Reglamento Penitenciario, no es precisa mayor fundamentación; 3.º porque las condiciones de aplicación, bajo la pretendida cobertura del artículo 46 del Reglamento Penitenciario, en lo referente a la fijación de limitaciones de las actividades en común, así como las de naturaleza recreativa o deportiva, en muchos casos han sido de tal entidad que, de hecho, ha implicado su negación.

La reforma propuesta del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y la entrada en vigor de los artículos 89 y siguientes del Nuevo Reglamento Penitenciario pretende solventar parte de los anteriores obstáculos, aun cuando creemos que no va a lograr pacificar la aplicación de tan debatido precepto.

En efecto, el Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria —como afirman sus redactores— tiene como meta definir con claridad y con los límites necesarios las dos modalidades de vida en régimen cerrado (departamentos especiales para los presos extremadamente peligrosos y módulos o centros de régimen cerrado para los inadaptados al régimen ordinario o abierto), diferenciadamente de la sanción de aislamiento en celda. Sin embargo, la fundamentación de la pretendida Reforma legal debe ser acogida a reserva de los matices que en su día esta-

blezca la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la resolución que ponga fin al Recurso de Amparo 3.081/1993 interpuesto el 29 de diciembre de 1993 contra la inclusión de dos internos en el denominado régimen FIES y que ha provocado con carácter cautelar la suspensión del tratamiento penitenciario de que eran objeto por Auto de 15 de septiembre de 1994.

Los artículos 89 y siguientes del Nuevo Reglamento reguladores del Régimen Cerrado que desarrollan el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como los directamente relacionados con aquél (art. 102, respecto de la clasificación en primer grado), sin embargo, no merecen una valoración favorable: 1.º Porque se sustrae de la regulación reglamentaria —en contra de sus propias predicciones— un importante número de aspectos que, previstos en la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 28 de febrero de 1995 sobre «Actualización de Normas de Departamentos Especiales y de Régimen Cerrado», que no deben ser asumidas por los Consejos de Dirección u otras instancias administrativas para no verse lesionados los principios de igualdad y seguridad jurídica, eliminando cualquier resquicio por donde pueda ocasionalmente introducirse supuestos de sanciones encubiertas. En concreto, tanto en lo que respecta a la regulación de la modalidad de vida en departamentos especiales (art. 93), como lo que respecta a la modalidad de vida en centros o módulos cerrados (art. 94) sin perjuicio de considerarse que hubiera sido preciso la delimitación objetiva de los derechos y deberes contemplados en el número 5 del artículo 93, así como su correspondiente mención en la regulación de la segunda modalidad, mediante el establecimiento de una fijación de la periodicidad temporal o cuantitativa según la naturaleza del derecho afectado, tal y como se recoge en la mencionada Circular en las reglas 6 a 15 en el primer caso y 5 a 11 en el segundo, es lo cierto que no puede escapar al control reglamentario la definición de los límites del derecho de comunicación, tanto personal como familiares, como las telefónicas (reglas 16 y 17 de la Circular, respectivamente); 2.º Porque, si bien es aceptable la determinación de las horas diarias de salida al patio (tres y cuatro, según el tipo de modalidad) establecidas en los artículos 93 y 94, sistema más generoso que el que actualmente prevé la Circular reguladora, carece de justificación la limitación —como norma general— a un número de cinco re-

clusos que como máximo pueden permanecer juntos para la ejecución de actividades programadas en la primera modalidad, cuando en la actualidad está permitido, por normas internas, hasta seis. Del mismo modo, no encontramos la razón por la que el artículo 94.2.<sup>a</sup> delega en el Consejo de Dirección la fijación del *maximum* de participantes en forma conjunta en el caso de la segunda modalidad que puede implicar de hecho una reducción de los 50 actualmente consentidos; 3.<sup>o</sup>) porque el artículo 102.5 de Anteproyecto sigue manteniendo, aun cuando con mayor rigor técnico, una serie de elementos valorativos asimilables a los establecidos en el actual artículo 43.3 del Reglamento Penitenciario que pueden autorizar de hecho la posibilidad de una clasificación automática y formularia de determinados individuos sin que penitenciarmente quede constatada su virtual peligrosidad.

Durante el año 1995 se ha complicado seriamente el panorama de la virtualidad práctica del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en nuestro territorio al haber decidido un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria mediante los correspondientes Autos dictados en resolución de previas quejas de los internos, ordenar la inaplicación de la Circular 8/85, relativa a la Instrucción de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios sobre los FIES, a los reclusos internados en los Centros Penitenciarios a los que se extiende su ámbito de jurisdicción.

Contra dichas decisiones hemos reaccionado inmediatamente mediante la interposición de los correspondientes recursos fundados en una pluralidad de argumentos: 1.<sup>o</sup>) Porque dichas resoluciones por una parte son improcedentes, y no ajustadas a derechos, ya que vulneran lo establecido en la letra g) del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pues del contenido de las mismas no se relacionan como acreditadas, ningún tipo de contravención por parte del Centro Penitenciario de los derechos fundamentales a los demás derechos y beneficios penitenciarios relativos al régimen y tratamiento del interno que formula la queja; 2.<sup>o</sup>) Porque los autos recurridos adolecen de nulidad de aplicación de lo prevenido en el número 1 del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que en ellos, tras el estudio de la valoración jurídica de la Instrucción de la Secretaría del Estado regulador del fichero FIES, dispone y ordena la inaplicación de dicha Circular a los Centros Penitenciarios enmarcados en el ámbito de

su jurisdicción, lo que sin género de dudas supone una decisión que trasciende claramente el ámbito de jurisdicción y competencia que le está atribuido legalmente a ese Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, porque: a) La Instrucción 8/85, no contiene más que una normativa de carácter interno, que tiene como única finalidad el conseguir una mejor organización penitenciaria, en lo relativo al control de los delincuentes que por el tipo de delitos cometidos, revisten aparentemente una mayor peligrosidad y alarma social, pero que en ningún caso supone la conculcación de ningún tipo de derechos y beneficios penitenciarios; b) Porque al tratarse en dicha Instrucción de una normativa organizativa dada en el ámbito estricto de la función administrativa penitenciaria, no le compete al Juez de Vigilancia Penitenciaria entrar a valorar y ordenar a los funcionarios de los Centros Penitenciarios a los que se extiende su jurisdicción, la inaplicación de dicha Instrucción, o lo que es lo mismo, la inobservancia de lo mandado por su superior jerárquico, es decir, por la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, pues supondría una evidente intromisión judicial en el ámbito de la competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria, lo que a su vez podría originar un Conflicto de Jurisdicción: 3.º) porque realiza una incorrecta interpretación del Auto del Tribunal Constitucional de fecha 15 de septiembre de 1994, porque: a) de éste solamente puede inferirse la necesidad de suspender —que no anular— el acuerdo o acto administrativo cuando la decisión contraria causa un perjuicio irreparable del recurrente y perturbación grave de los intereses generales o de los derechos y libertades públicas de un tercero; b) porque en el caso concreto que resolvía se fundamentaba en la constatación de los dos recurrentes en amparo de la posibilidad de sanción encubierta y en la privación grave de la posibilidad de movimiento y de comunicación encubierta; c) porque la resolución del Tribunal Constitucional tiene su origen en una Circular ya derogada de fecha de 2 de agosto de 1991, siendo la actual reguladora de la Base de Datos FIES, en cuya exposición de motivos se pone de relieve el carácter puramente administrativo y, por tanto, los datos que como consecuencia del seguimiento se almacenan y están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria siendo una prolongación del expediente personal penitenciario, que tiene exclusivamente vocación de aumentar la información sobre un recluso concreto y nunca incidir

en su régimen penitenciario, que vendrá determinado por su clasificación penitenciaria.

Ello, no obstante, no significa que nos hayamos mostrado indiferentes a los posibles excesos que pudieran derivarse de una incorrecta interpretación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y concordantes del Reglamento Penitenciario. En efecto, constituye argumentación común en el enfoque jurídico de la cuestión el manifestarnos del siguiente tenor: *«Que sometido un interno al régimen aplicable a los reclusos clasificados en Primer grado, fase 1.ª, que responde a la existencia en el Centro de modalidades distintas de regímenes de vida que tienen como destinatarios a los internos que se hallen incluso en el indicado Primer Grado, según unos criterios aprobados por la Junta de Régimen que deben seguir las directrices señaladas en el artículo 48 de la Ley Penitenciaria, en los que se valoran distintos factores capaces de establecer unas diferencias de vida entre ellos, caracterizada, en cada caso, por el mayor o menor grado de control que sea necesario ejercer sobre cada uno, por lo que la actuación del Centro debe moverse dentro de los límites que le marcan las normas internas que reglan los distintos regímenes, los que son necesarios adaptar a la carencia de espacio adecuado y de funcionarios que impide el poder establecer tantas modalidades de vida como las que serían necesarias para cubrir las distintas situaciones penitenciarias especiales en las que se pueden hallar los internos, cuando las razones de seguridad, orden y disciplina deben encontrar también uno de los lugares preferentes en la línea de actuación de los funcionarios.*

Sin embargo, aunque el citado artículo 46 autoriza a que el horario aprobado abarque todas las actividades de los internos durante las 24 horas del día, y que se pueden establecer limitaciones de las actividades en común, así como del número de internos participantes en las mismas, ello no quiere decir que la limitación pueda quedar convertida en privación absoluta, ni el número reducido hasta el extremo de eliminar de las actividades la nota de actuación en común.

Igual ha de ocurrir con las actividades deportivas y recreativas que en la medida de lo posible, y en función del número de internos y de funcionarios que los controlen, se deben programar buscando la forma de dar cumplimiento a lo establecido reglamentariamente, sin llegar a la privación absoluta de estas actividades por muy limitada que puedan estar en cuanto al lugar de su ejecución, tiempo

que se dedique a ellas, número de personas que participen en las mismas y variedad de las que se practiquen.

El Centro Penitenciario ha de adecuar su actuación de forma tal que manteniendo las distintas fases o regímenes de vida que en razón a las particularidades de los internos han sido precisos establecer, y en los que se ha de valorar muy particularmente la peligrosidad de algunos de los reclusos, se ponga en consonancia con la posibilidad, sin duda variable, según los sujetos, de que puedan tener en la medida en cada uno de ellos se lo merezca, al menos, un mínimo de participación en aquellas actividades.»

Nuestros argumentos han sido hasta ahora aceptados por la Audiencia Provincial que, en resoluciones de recursos que hemos interpuesto, han acogido nuestras tesis, revocando las decisiones de instancia (Madrid).



## CIRCULAR NUMERO 1/1995, de 6 de abril

### ACERCA DE LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS SUSPENSIONES DE PAGOS

#### I. INTRODUCCION

La causa de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de quiebra se halla legalmente determinada: calificar las insolvencias, eventualmente a incluir en estructuras de responsabilidad punible (arts. 895 del CC, 1.383-1.384 de la LEC en relación con los arts. 520-521 del CP). En las suspensiones de pagos el Ministerio Fiscal, es parte en la pieza separada que se forma para calificar las insolvencias definitivas con la finalidad de depurar las responsabilidades en que haya podido incurrir el comerciante declarado en suspensión de pagos (art. 20 en relación con el 8 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922); e interviene además en ellas con la misma condición de parte, desde la iniciación del procedimiento hasta su terminación, cuyo momento coincide con el cumplimiento total del convenio (art. 23 de la Ley de Suspensión de Pagos), que es la solución normal del expediente. El tenor de los textos es claro: el Ministerio Fiscal es parte tanto en la pieza de calificación de la insolvencia definitiva como en el procedimiento de suspensión; su presencia en ellos es esencial porque como dijo la ya vieja sentencia de 20 de diciembre de 1949 la falta de emplazamiento del Ministerio Fiscal origina necesariamente una contravención del orden público, por ser al propio tiempo que el sujeto activo y necesario de la relación jurídica procesal, el órgano específico de

fiscalización. Mas esa claridad no aparece ya en la norma cuando se trata de perfilar cuál sea el objeto que persigue la calificación. Y tampoco en la práctica de las suspensiones de pagos hay coincidencia sobre la intensidad y la forma de proyectarse la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos, pues sucede que instalado en sus distintas fases de modo genérico, unas veces la actividad desarrollada en ellos es real, la que corresponde a su cualidad de parte, pero en otras ocasiones es puramente formal o mero destinatario de notificaciones de actos procesales y de resoluciones judiciales. Actitudes que se armonizan con las heterogéneas interpretaciones mantenidas desde hace tiempo sobre las normas reguladoras, y que aún se mantienen, como puede apreciarse en algunas de las observaciones recogidas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994, pues mientras para algunos Fiscales sería deseable la revisión de aquéllas, reduciendo la intervención del Ministerio Fiscal a la estricta vigilancia de los procedimientos, otros entienden que en los puntos claves las disposiciones legales limitan y coartan lo que debía ser una auténtica intervención. Estos contrapuestos puntos de vista, muy generalizados, ante un mismo lenguaje jurídico, deben eliminarse, bien saliendo de la inhibición quienes hayan llegado a ella o, mejor aún, conciliando la diversidad buscando una interpretación unificadora que garantice una verdadera presencia del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos. Es lo que pretende esta Circular.

La exposición del esquema histórico-legislativo de las suspensiones de pagos resulta ilustrativo para mostrar cómo las funciones asignadas en ellas al Ministerio Fiscal no han sido las mismas en las sucesivas etapas: en un principio sólo informa en la pieza de calificación, después interviene en la calificación de la clase de quiebra, momentos a los que siguieron las fases de inexistencia de intervención y de intervención máxima (en la pieza de calificación y en el procedimiento de suspensión). Estas alternativas con oscilaciones radicales y el hecho de que no fueran inicialmente miembros caracterizados del Ministerio Fiscal quienes despachaban las suspensiones de pagos, quizá pudo contribuir al desinterés y a la falta de un criterio con soluciones únicas.

## II. ANTECEDENTES INMEDIATOS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS SUSPENSIÓNES DE PAGOS

Coincidiendo con los precedentes nacionales de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que consideraban quiebra de primera clase la de los comerciantes que no pagan lo que deben a su debido tiempo (los «quebrados atrasados»), el Código de Comercio de 1829 —en parte vigente, como es sabido— configura la suspensión de pagos como una de las clases de quiebra (arts. 1.002.1.º y 1.003), sin ofrecer un tratamiento procesal y sustancial esencialmente diferenciado, aunque es cierto que sólo los suspensos pueden obtener un convenio de espera y no están sujetos a sanciones penales. A fin de calificar el tipo de quiebra se formaba un expediente en el que intervenían de una parte, el quebrado (art. 1.137), y por otra los Síndicos y el Comisario, quienes presentaban al Tribunal, respectivamente, informe y exposición sobre la clase de quiebra (art. 1.139), de los que se debe dar traslado al Promotor Fiscal del Juzgado para que, si encontrare algún delito o falta, promueva su castigo (art. 1.140), pero no para proponer calificación de la quiebra lo que correspondía en exclusiva al Juez quien procedía a la formación de causa criminal si existían méritos para incluir la quiebra en cualesquiera de las insolvencias fraudulenta o culpable o en el alzamiento (art. 1.144).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se sigue considerando la suspensión de pagos como una clase de quiebra. Al Promotor Fiscal se le pasan ya los autos (art. 1.383), y no sólo los informes y exposición de Comisario y Síndicos, y con la específica finalidad de que pueda deducir pretensión formal sobre la calificación de la quiebra, procediéndose criminalmente contra el quebrado si se incluyera entre los supuestos de fraudulencia o en el alzamiento (arts. 1.386, 1.387).

En el Código de Comercio vigente, las únicas clases de quiebra son las derivadas de las insolvencias fortuita, culpable y fraudulenta, excluyéndose ya de ellas la suspensión de pagos (art. 886), regulada como institución autónoma (arts. 870-873). Aún cuando hasta la reforma operada por Ley de 10 de junio de 1897 figuraron en el marco de las suspensiones de pagos hechos constitutivos de insolvencia definitiva, no se previó para ellas pieza de calificación, ni tampoco, en consecuencia, intervención alguna del

Ministerio Fiscal en el procedimiento. La calificación de las quiebras si se hace siempre con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 895), persiguiéndose las culpables y fraudulentas siempre que el Juez o Tribunal estime que existen méritos para proceder criminalmente (art. 896), y si las fortuitas excluyen el tipo penal de quiebra punible, no son obstáculo para la apertura de procesos penales cuando de los juicios pendientes sobre convenios, reconocimientos de créditos o cualquier otro incidente, resultaren indicios de la comisión de hechos punibles (art. 897).

En definitiva, de todas las antiguas clases de quiebra, atendida la regulación del Código de Comercio, sólo la suspensión de pagos es ajena al ámbito penal, pues para ella ni hay disposición semejante a la del citado artículo 897, ni tampoco calificación capaz de generar responsabilidad directa. Si esto es así cabe preguntarse que sucedía con los procedimientos de suspensión de pagos antes de la Ley de 26 de julio de 1922, y qué papel se asignaba en ellos al Ministerio Fiscal, si es que tenía alguno. Su tramitación hasta la Ley de 10 de junio de 1897 pudo ajustarse al de quita y espera en el concurso, pero como para la suspensión de pagos en el Código de Comercio no existe pieza de calificación serían inaplicables las normas del concurso de acreedores sobre calificación, que es el único momento en que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal (arts. 1.296-1.298 de la LEC). Y con la promulgación de la Ley de 1897, que excluyó de las suspensiones de pagos las pretensiones de quita o rebaja de los créditos (art. 872 del CC), no existiría siquiera el paralelismo formal entre concurso de acreedores y suspensión de pagos, hasta el punto de disponer el artículo 873 del Código de Comercio que el expediente de suspensión de pagos se acomodará a los trámites marcados por una ley especial; pero lo cierto es que la reforma entró en vigor sin el cauce procesal que se anunciaba, conociéndose en el orden procesal únicamente que eran los Jueces de primera instancia los competentes para declarar las suspensiones de pagos. Espacio procesal que permanece vacío hasta la Ley de 26 de julio de 1922 tanto en lo que se refiere al procedimiento como a la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.

La síntesis muy resumida de la participación del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, sería ésta: o no intervención o intervención marginal. Y con una particularidad que patentiza la

entidad menor de los procedimientos de suspensiones de pagos. Intervienen en ellos los «Promotores Fiscales» creados por Decreto de las Cortes de 13 de septiembre de 1812. La expresión es recogida en el Código de Comercio de 1829 y permanece en el texto vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts., entre otros, 1.383, 1.385, 1.388), designándose con el término a quienes ejercían sus funciones exclusivamente en los Juzgados (los Fiscales, en las Audiencias y en el Tribunal Supremo). Ordenó la Ley Adicional a la Orgánica de 14 de octubre de 1882 la supresión «de la clase de Promotores Fiscales» (art. 56), y desde ese momento representarán al Ministerio Fiscal los Fiscales municipales Letrados en todos los negocios civiles en que deban ser oídos los Promotores Fiscales con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 58), y en los Juzgados en que no hubiera Fiscales municipales Letrados tales funciones se confieren a los sustitutos (Real Decreto de 11 de noviembre de 1882).

### III. EL MINISTERIO FISCAL Y LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS DE 26 DE JULIO DE 1992

Ya se dijo que conforme a los artículos 20 y 23 de esta ley, es obligada la intervención del Ministerio Fiscal tanto en la pieza separada de calificación como en el expediente de suspensión de pagos desde su apertura hasta la terminación con el cumplimiento del convenio. En los procedimientos de quiebras únicamente es preceptiva su audiencia o dictamen en la pieza de calificación (arts. 895 del C de C y 1.383 de la LEC), necesaria para poder exigir al deudor responsabilidad criminal (arts. 896 del C de C y 1.386 de la LEC). Claro resulta; que la actuación del Ministerio Fiscal en las quiebras es limitada, y que el motivo determinante es la persecución de hechos hábiles para integrarse en la estructura de cualesquiera de los tipos de quiebras punibles (arts. 520-521 del CP). Es manifiesto, asimismo, que aún siendo ya compatibles las suspensiones de pagos con un estado de insolvencia definitiva por actos fraudulentos o culpables del deudor, su inclusión en la calificación sólo lo es a efectos de exigencia de responsabilidades no penales. Resulta así una falta de congruencia entre las posiciones del Ministerio Fiscal ante las respectivas piezas de calificación de

quiebras y suspensiones de pagos, porque en tanto la audiencia al Fiscal en las quiebras se corresponde con la posible calificación de delictiva para éstas, la intervención del Ministerio Fiscal como parte en la pieza de calificación de las suspensiones de pagos no está legalmente condicionada por la eventualidad de perseguir un inexistente delito de suspensión de pagos fraudulenta o culpable. Si la intervención del Ministerio Fiscal en esta pieza de calificación no se encamina a sancionar posibles delitos de suspensiones de pagos, será necesario explicar de otro modo su función atendiendo a la defensa del interés público ya en el orden civil para lo que es colocado al menos en la misma situación procesal que acreedores e interventores.

#### A) INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PIEZA FORMADA PARA DEPURAR LAS RESPONSABILIDADES DEL SUSPENSO

##### 1. LA APERTURA DE LA PIEZA SEPARADA

En el mismo auto en que se declara el estado de suspensión de pagos, la insolvencia es calificada como provisional o como definitiva (art. 8, párrafo penúltimo). La firmeza del auto declarando la insolvencia definitiva es presupuesto condicionante para la apertura de la pieza separada dirigida a esclarecer las posibles responsabilidades del suspenso (art. 20, inciso primero). Sólo los autos que hayan adquirido la cualidad de firmes dan lugar a la apertura, porque las insolvencias definitivas declaradas pueden perder su eficacia con la conversión en insolvencias provisionales consignando o afianzando el *quantum* en que el pasivo supera al activo en el término previsto (art. 8, sexto párrafo), o cuando se impide la prosecución del expediente, ya sea por solicitarse el sobreseimiento o la declaración de quiebra por el deudor o por los acreedores que representen 215 del total del pasivo (art. 10, inciso uno).

La apertura de la pieza separada para calificar la insolvencia definitiva como culpable, fraudulenta o fortuita (art. 20, párrafo segundo), es decisión exclusiva del Juez y tiene como base el informe de los interventores referido en el artículo 8, y el testimonio

o certificación de los antecedentes que sirvan de fundamento a las apreciaciones y conclusiones del informe.

El Ministerio Fiscal se halla expresamente legitimado y sin limitaciones para intervenir en la pieza separada, calificar la insolvencia e iniciar, en su caso, el juicio de responsabilidad. La participación en ella de interventores y acreedores está condicionada. La ley, sin mayores precisiones, dice que el Ministerio Fiscal será parte en la pieza de calificación de la insolvencia definitiva (art. 20, párrafo segundo). A propósito de esta intervención hay que aclarar algunos temas a fin de que quede definida la posición a adoptar por el Ministerio Fiscal. Uno es éste: ¿una vez iniciada la pieza debe continuar, en todo caso, hasta su terminación? Lo que realmente se cuestiona es si en el supuesto de que se sobresea el expediente de suspensión de pagos después de la apertura de la pieza separada, continuarán los trámites pendientes en la pieza de calificación y el eventual juicio de responsabilidad. Otro tema: el mismo hecho de la continuidad o no de la sustanciación de la pieza, se plantea cuando, *medió tempore*, se ha aprobado el Convenio. Cuestiones que se analizan separadamente. Por último, trataremos de los efectos del desistimiento sobre la pieza de calificación.

a) El sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos, con el efecto de darle por terminado, puede acordarse por el Juez después de la firmeza del auto que declaró la insolvencia definitiva en los casos siguientes: cuando el deudor no concurriera a la Junta de acreedores convocada (art. 13, párrafo segundo); si abierta las sesiones de la Junta no asistieren acreedores que representen los 3/5 del pasivo (art. 13, cuarto inciso), y cuando en la votación que se haga en la Junta sobre el convenio, no se reúna la mayoría (3/5), con lo que se entiende desechada la propuesta de convenio (art. 15, párrafo segundo). Si en todos estos casos se archiva el expediente de suspensión de pagos ¿esta conclusión anormal del procedimiento principal extiende esos mismos efectos extintivos a la pieza separada, dándola por terminada cualesquiera sea el estado en que se hallare? La jurisprudencia ha entendido que el sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos impide la formación o la continuación, en su caso, de las piezas separadas cuya finalidad es calificar las insolvencias definitivas. Y de esa misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, que seguidamen-

te se cita, se desprende que el Ministerio Fiscal en los casos resueltos consideró compatibles sobreseimiento y juicio de responsabilidad contra el comerciante suspenso, lo que no es exacto.

Conforme resulta de la Sentencia de 7 de junio de 1968, declarada en suspensión de pagos una sociedad anónima, la insolvencia fue calificada de definitiva, por lo que se manda formar pieza separada para depurar las responsabilidades de los consejeros. A pesar de haberse sobreseído el expediente, el Ministerio Fiscal formuló demanda considerando fraudulenta la insolvencia, calificación acogida por las sentencias de instancia y que fueron anuladas por el Tribunal Supremo, porque si en cumplimiento del artículo 13 de la Ley se declaró legalmente concluido el expediente, tal procedimiento queda caducado sin ulterior curso ni recurso, por lo que la demanda para la depuración de las responsabilidades, de fecha posterior al sobreseimiento, no puede prosperar, y al acogerla la sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 20 de la Ley.

De los hechos de la Sentencia de 26 de marzo de 1976 se obtiene que formulada pieza separada para depurar posibles responsabilidades, se remitió al Ministerio Fiscal después de sobreseído el expediente, quien dedujo demanda de responsabilidad con la pretensión de declaración de fraudulencia para la insolvencia definitiva. Tesis no compartida por el Tribunal Supremo porque acreditado el sobreseimiento del expediente, lo que equivale a archivo sin ulterior curso, es improcedente la apertura de la pieza o su posterior sustanciación, a salvo el derecho de los acreedores para promover la quiebra.

Las dos sentencias se hallan en la misma línea y con idéntico presupuesto legal, sin que se hubiera instado la declaración de quiebra que autoriza el artículo 9, párrafo tercero, cuando termine la tramitación del expediente por sobreseimiento. Si, en armonía con esta doctrina, el sobreseimiento da fin al expediente de suspensión de pagos y es obstáculo para la existencia de la pieza de calificación, cuando se dé traslado de ella al Ministerio Fiscal y advirtiere que el procedimiento de suspensión de pagos ha sido sobreseído por alguna de las causas legales, dictaminará en el sentido de que procede dar por concluida la pieza, absteniéndose de formular demanda; y si el sobreseimiento tuviere lugar durante la tramitación del juicio de responsabilidad, instará el desistimiento en éste.

b) Pero a la firmeza del auto en que se declara la insolvencia definitiva puede seguir la llamada solución normal del expediente de suspensión de pagos, que es la aprobación del convenio, y no el sobreseimiento que es más infrecuente. El convenio aprobado judicialmente unas veces se cumple y otras no. Cuando el convenio aprobado, sea o no dilatorio, se incumple, sin que por los acreedores se pida su rescisión y la declaración de quiebra (art. 17, párrafo último) o cuando se ha cumplido o se está en fase de cumplimiento, es problemático si se trata de situaciones compatibles con la pieza para determinar las posibles responsabilidades del suspenso. Pero el convenio simplemente aprobado no debe cuestionarse su concurrencia con la pieza, porque como se decía en el preámbulo de la Ley de 26 de julio de 1922, en ésta «se sienta el principio de la responsabilidad del suspenso, aún en el caso de que llegue a celebrarse el convenio, porque sobre el interés privado del deudor y de los acreedores ha de prevalecer el interés público que impone que la imprudencia y el dolo tengan la debida sanción». Si el convenio es incumplido y se insta la declaración de quiebra, en este procedimiento concursal se aseguran las responsabilidades civiles. Pero el convenio aprobado y cumplido o en fase de cumplimiento ¿es conciliable con la apertura y prosecución de la pieza? El Tribunal Supremo ha declarado que la aprobación e incluso el cumplimiento del convenio no es incompatible con la pieza de calificación y la consiguiente demanda de responsabilidad. La Sentencia de 8 de noviembre de 1941 resolvió un recurso en el que se sostuvo que una vez aprobado el convenio el auto de insolvencia definitiva debe reputarse inexistente, sin que, además, pueda continuar el juicio de responsabilidad. Argumento que se rechaza, porque el artículo 20 ha hecho posible la subsistencia del juicio encaminado a la exigencia de responsabilidad (trazado en contemplación a un interés público y como tal no influido por el principio dispositivo), con el establecimiento de un convenio, por lo que el hecho de haberse aprobado no obsta a la declaración de culpabilidad o fraudulencia de la suspensión de pagos. En el mismo sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 1955. Otra sentencia, la de 7 de junio de 1968, anotaba que si el procedimiento de suspensión de pagos llega a su consumación con el acuerdo entre suspenso y acreedores, habiéndose dictado auto de insolvencia definitiva deberán depurarse las responsabilidades en que hayan podido

incurrir el comerciante suspenso o los consejeros o gerentes de las compañías mercantiles. Doctrina confirmada por la Sentencia de 30 de septiembre de 1987.

En definitiva, dado que el convenio aprobado y no impugnado obliga al suspenso y es compatible con la exigencia de responsabilidades contenido del juicio de esta naturaleza, no existen obstáculos legales para que el Ministerio Fiscal cuando se le dé traslado de la pieza de calificación, pueda formular demanda al amparo del artículo 20 de la Ley cuyo *petitum* será exclusivamente de naturaleza civil.

c) Valoración y efectos del desistimiento en la pieza de calificación.

No resulta infrecuente el hecho de que cuando se halla la pieza de calificación, tras grandes esfuerzos probatorios, muy próxima a la declaración de fraudulencia o de culpabilidad, se promueva por los administradores o gestores o por el suspenso, el desistimiento de la solicitud de suspensión de pagos. Tal petición acostumbra a aceptarse sin más trámites por los Juzgados, atribuyéndola efectos extintivos, que se extienden a las actuaciones practicadas en el expediente de suspensión y en la pieza separada. De donde se obtiene, de un lado, que todo el trabajo del Ministerio Fiscal, casi siempre difícil y laborioso, ha sido estéril, y por otro, que los acreedores solo dispondrán ya, como única vía para hacer efectivos sus créditos, del juicio universal de quiebra, largo y complicado. Resulta al menos extraño, dados los intereses que justifican la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, aceptar incondicionadamente que ese simple desistimiento de quien en la pieza es demandado y cualesquiera sea la fase procesal en que se encuentren el procedimiento principal y la pieza separada, obstaculice la prosecución de las acciones de responsabilidad emprendidas por el Ministerio Fiscal, para lo que está directa y especialmente legitimado (art. 20), lo mismo que para abandonar la acción (Sentencia de 8 de noviembre de 1941).

No está prevista en la Ley de 1922 la posibilidad de desistir de la suspensión de pagos solicitada, si bien a tal acto son asimilables en sus efectos las causas que dan lugar a la terminación o sobreseimiento del expediente por la sola voluntad del suspenso (arts. 2.º, 10.1 y 13). Partiendo de la admisibilidad del desistimiento, dado el carácter voluntario y de privilegio procesal renunciabile de

la suspensión de pagos, y tras identificar situaciones distintas, como son el desistimiento de la demanda en un juicio declarativo con desistimiento de la solicitud de un expediente de suspensión de pagos al que son ajenos los conceptos de demanda y demandado, es cuestión no resuelta siquiera en el plano jurisprudencial, la de la concreción del momento procesal final en que la facultad de desistir puede ser ejercitada. Conforme a un criterio restrictivo, el límite temporal coincidiría con el auto declarando la suspensión de pagos y expirado el plazo para el afianzamiento o consignación del déficit y partiendo de otra posición más amplia se admitiría el desistimiento hasta la aprobación del convenio, porque una vez aceptada por los acreedores la oferta contractual o proposición de convenio, es irrevocable por decisión unilateral. Con independencia de que se dé acogida a uno u otro criterio, debe partirse de que el desistimiento, acto en su origen rigurosamente unilateral del suspenso, no produce efectos inmediatamente después de la manifestación de esa voluntad sí ya estaba iniciada la pieza de responsabilidad, supuesto en el que será exigible un acto de comunicación al Ministerio Fiscal o acreedores que figuren como actores en la misma, para que tengan la oportunidad de oponerse, solicitar la continuidad de la tramitación y exigir sentencia definitiva que concluya el juicio de responsabilidad.

## 2. EL CONTENIDO DE LA PIEZA SEPARADA

Al declarado en suspensión de pagos cuya insolvencia fue calificada de definitiva y su propuesta de convenio ha sido judicialmente aprobada e incluso cumplida se le pueden exigir responsabilidades distintas a las derivadas del convenio. La naturaleza de estas condicionará el contenido de la demanda que debe construir el Ministerio Fiscal teniendo como antecedente la pieza de calificación.

La insolvencia definitiva del suspenso al igual que la insolvencia causante de la quiebra, puede ser culpable o fraudulenta, porque el artículo 20 se remite a los artículos 886-894 del Código de Comercio. En estos casos el fin de la calificación de la quiebra puede ser la exigencia de responsabilidad al deudor (art. 895 del C de C), siempre que el Juez de la quiebra decida deducir el oportuno testi-

monio para incoar el procedimiento penal (arts. 896 del C de C y 1386 de la L.E.C.). Si no media la providencia ordenando la deducción del testimonio, en cuanto es condición de procedibilidad, las quiebras fraudulentas o culpables son impunes; y aun cumpliéndose la condición de procedibilidad, a los estados de insolvencia culpable o fraudulenta no se anudan necesariamente consecuencias penales, porque el Juez penal no queda vinculado por la calificación civil de la quiebra (Sentencias de 23 de junio de 1984, 27 de enero de 1988, 18 de abril de 1990 de la Sala Primera del Tribunal Supremo y Sentencias, entre otras, de 13 de junio de 1959, 19 de abril de 1969, 23 de marzo de 1979, 17 de abril 1982, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo). En las suspensiones de pagos el fin de la calificación de las insolvencias definitivas no constituirá nunca el antecedente necesario para exigir responsabilidad criminal al declarado en suspensión de pagos, dada la inexistencia de tipos que prevean las suspensiones punibles. Sin embargo este es un tema que no resplandece con la claridad deseada en la Ley de Suspensión de Pagos. La formación de las piezas de calificación posteriores a la aprobación del convenio, así como las sentencias recaídas en el juicio de responsabilidad, pretenden la determinación y efectividad de las responsabilidades (arts. 8, penúltimo párrafo y 20, inciso uno); para nada se alude en la pieza de calificación a responsabilidad criminal, ni tampoco a la eventual deducción de testimonio de lo actuado en el juicio de responsabilidad. Y si el procedimiento a seguir para fijar estas responsabilidades del suspenso es el declarativo de mayor cuantía (art. 20, tercero) esa responsabilidad será, obviamente, de naturaleza civil y para asegurarla en el mismo proceso se adoptarán medidas cautelares sobre los bienes del deudor (art. 20, cuarto). Pero es que tampoco la referencia a responsabilidad puede centrarse en la responsabilidad penal nacida de delitos descubiertos durante la tramitación de la pieza, porque las resoluciones que recaigan en ella no prejuzgan ni impiden el ejercicio de acciones penales (art. 20, último párrafo). Sin embargo, indirectamente conocemos que este no es siempre el criterio del Ministerio Fiscal, sino que, en ocasiones, al suspenso cuya insolvencia se califica de fraudulenta o de culpable en la pieza abierta para depurar responsabilidades, se le atribuye la misma condición jurídica que al quebrado y en consecuencia se solicita por el Ministerio Fiscal la deducción de testi-

monios para proceder contra él criminalmente por suspensión de pagos punible, otras veces aunque no consta de modo expreso esta petición en el suplico de la demanda del Ministerio Fiscal, por lo menos se deduce que ha estado conforme con esos pronunciamientos anómalos al no haberlos impugnado. Ese conocimiento no directo se extrae de determinadas sentencias del Tribunal Supremo en las que se da cuenta de la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en los juicios de responsabilidad civil. Proceder que no es de ahora, ni aislado según se desprende de las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En la Sentencia de 7 de junio de 1968 consta que declarada la insolvencia definitiva de una sociedad anónima, el Ministerio Fiscal formuló demanda de responsabilidad suplicando sentencia por la que se decidiera que la insolvencia era fraudulenta así como que existen méritos para proceder criminalmente contra los demandados componentes del Consejo de Administración, por lo que es de declarar, asimismo, que existen méritos para actuar criminalmente contra ellos, ordenando instruir sumario. En parecidos términos, los antecedentes de las Sentencias de 26 de marzo de 1976 y 10 de julio de 1980.

Figura en la Sentencia de 27 de marzo de 1987 que la demanda del Ministerio Fiscal solicitaba la declaración de fraudulenta para una suspensión de pagos; acogida por la sentencia de instancia, agregaba la deducción de testimonio de los particulares necesarios para la formación de causa criminal, particular confirmado en apelación. Se halla en los antecedentes de la Sentencia de 8 de abril de 1990 que el Ministerio Fiscal instó la declaración de suspensión culpable para los gerentes de una sociedad anónima, tesis que fue aceptada en ambas instancias, estableciendo la sentencia de apelación que son parte en el lado pasivo de la pieza que para la calificación de la insolvencia se abra, el deudor o los gerentes o consejeros a los que haya de exigirse responsabilidad criminal derivada de la calificación de la insolvencia, pues aunque en tal pieza no proceda el formular condena alguna, constituye un requisito de procedibilidad que deja expedito el procedimiento penal en obligado acatamiento a lo dispuesto en el artículo 896 del Código de Comercio.

Más llamativo aún que la interpretación dada por el Ministerio Fiscal y las sentencias de instancia al artículo 20 de la Ley de Sus-

pensión de Pagos., es que el Tribunal Supremo (Sala Primera), y a veces de modo explícito, la confirma plenamente.

Ya la Sentencia de 23 de abril de 1931 dijo que lo único que cabe hacer en el juicio civil es declarar la suspensión de pagos culpable o fraudulenta, «expresando en este caso, si así se estima, que hay motivos para proceder criminalmente, declaración previa de insolvencia punible necesaria para el proceso criminal conforme a los artículos 537 y 538 del Código Penal (los actuales artículos 520 y 521).

La Sentencia de 10 de julio de 1980, en el marco de una suspensión de pagos, entiende que la insolvencia calificada de culpable a tenor del artículo 889.1.º del Código Civil sólo genera responsabilidades de orden civil, pero no en el penal, lo que sí se produce en los casos que contempla el artículo 888.

Para la Sentencia de 27 de marzo de 1987, igualmente referida a la suspensión de pagos, «la razón última de la calificación radica en el interés público, que demanda que el autor de todo delito sea castigado, y es este particular aspecto el que da lugar a la apertura de la pieza de calificación, cuya resolución final deviene como requisito previo de procedibilidad en el proceso penal, y en el normativo actúa como ley en blanco, en tanto en cuanto el tipo penal ha de integrarse con las disposiciones correspondientes del Código de Comercio».

Pero la atipicidad de las suspensiones de pagos culpables o fraudulentas es manifiesta, por lo que elevarlas a categoría delictiva no solamente está en contra de la prohibición de la analogía *in malam partem* (art. 4.2 del Código Civil) sino que infringe los principios de legalidad y de tipicidad (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución y 1 y 23 del Código Penal). Ni la conducta de referencia está en el Código Penal —en sus arts. 520 y 521 el sujeto activo es el *quebrado*— ni lo ha estado nunca (Códigos de 1848, arts. 433, 434, de 1870, artículos 537, 538, de 1932, artículos 512, 513). Y así lo ha entendido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la única ocasión en que el tema fue directamente planteado. Se trata de la Sentencia de 13 de febrero de 1957, que fue el resultado de una larga y laboriosa tramitación. Sus hechos son los mismos que los de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1941, en donde calificada una suspensión de pagos como fraudulenta, se ordenó la deducción de los testimonios ne-

cesarios para proceder criminalmente contra los comerciantes suspensos. Tras variadas vicisitudes, hasta el año 1956 no recayó sentencia penal en la audiencia, condenándose en ella por delito de insolvencia en suspensión de pagos definido en el artículo 512 del Código Penal de 1932 (idéntico al actual 520). Los condenados recurrieron, denunciando infracción del precepto penal aludido, al haberse aplicado a la suspensión de pagos la sanción prevista únicamente para el delito de quiebra fraudulenta. Se da lugar al recurso, entre otras razones, porque la Audiencia parte «de una interpretación extensiva que pugna con los principios informadores de los admitidos por las leyes penales y singularmente con el principio fundamental en este orden jurídico que se establece como base de nuestro ordenamiento en el artículo 1 del Código Penal, que exige la definición penal positiva del hecho susceptible de sanción... extensión inadmisibles ni aún bajo el pretexto, siempre repudiable, de la existencia de una laguna legal, por lo cual no puede aceptarse que la insolvencia definitiva calificada como fraudulenta en una suspensión de pagos por el Tribunal civil competente... pueda llegar a encajar en la tipificación del artículo 512 del Código Penal».

La situación para el futuro puede ser distinta. Las exigencias materiales del principio de legalidad se cumplirán al sancionar ciertas suspensiones de pagos, pues bajo la rúbrica de «insolvencias punibles» en el artículo 257 del Proyecto de Código Penal de 1994, junto a la quiebra y el concurso, se describe normativamente el tipo de injusto de suspensión de pagos con consecuencias jurídico-penales.

Sin aspirar a dar una respuesta exacta a los propósitos que hayan presidido la redacción de la nueva figura jurídica, merece que concurramos sobre algunos puntos a la reflexión sobre el tratamiento, dado que nos parece lleno de perplejidades.

No está determinado si la apertura de los nuevos procesos por delitos de suspensión de pagos está condicionada, como actualmente el de quiebra, ni el momento en que puede iniciarse el procedimiento. Aunque en la literalidad del artículo 257.1 parece que basta con que haya precedido la declaración de suspensión de pagos («el que fuere declarado en... suspensión de pagos») entendemos que ésta, como la declaración de quiebra, no es condición de procedibilidad sino en todo caso condición objetiva de punibili-

dad. Por diversas razones es necesario concluir que la calificación civil de la suspensión de pagos, y no sólo el auto de declaración, debe preceder a la apertura del proceso penal. Una, porque al decir el precepto (art. 257.4) que «la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal» se parte de que tal calificación ha de existir. A lo que debe añadirse que si sólo es punible la insolvencia causada dolosamente (art. 257.1), para conocer ese carácter, aunque no vincule, ha de mediar la calificación de la insolvencia definitiva. Todo ello se confirma con la dicción de que el delito se persigue «sin esperar a la conclusión del proceso civil» (art. 257.3), siendo así suficiente que haya llegado el momento de la calificación, sin perjuicio de continuar los trámites del declarativo de mayor cuantía (art. 20 de la Ley de Suspensión de Pagos), hasta que adquieran la sentencia y la calificación la cualidad de firmes. Surge, seguidamente, la incógnita de si la estricta calificación, como fraudulenta o culpable, es la condición de procedibilidad, o si se requiere además, en paralelismo con la quiebra punible, que el Juez civil que conozca del juicio de responsabilidad ordene sacar testimonio de las actuaciones para proceder en vía penal.

Otro tema. En el artículo 257.1 aparece claramente que el resultado típico en el delito de suspensión de pagos es la situación de insolvencia. Pero hay que añadir algo más a este elemento central para la definición del delito: la insolvencia definitiva, al ser la única objeto de calificación. Pero no la insolvencia definitiva culpable o fortuita, sino sólo la causada a título de dolo, separándose así este artículo del artículo 256.1 del Anteproyecto de 1983 en el que era hecho típico la insolvencia aún cuando fuera debida a la imprudencia.

El importe de la responsabilidad civil del delito deberá incorporarse, en su caso, a la masa (art. 257.3). Parece partirse de la acumulación de la acción civil en el nuevo delito de suspensión de pagos, en armonía con los artículos 108 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen en principio del ejercicio conjunto de la acción penal con la civil reparatoria. No es, sin embargo, pacífica en la actual legalidad, la cuestión relativa a la coexistencia del ejercicio de la acción civil en el proceso universal de la quiebra con la acción civil derivada del delito en el proceso penal por quiebra punible. A favor del sistema acumulativo se pronun-

ció la consulta de esta Fiscalía 2/1974, al declarar que no es incompatible el ejercicio de la acción civil en el proceso penal por quiebra con la acción civil ya ejercitada y nacida directamente de la situación de quiebra, porque el contenido de la responsabilidad civil derivada de la penal es distinto y más amplio que el de la otra responsabilidad civil coexistente. Pero, poco después, este criterio sin rechazarse de modo expreso, fue considerado excepcional en la Consulta 6/1976, de 9 de octubre, en donde se sostiene que, en general, todas las consecuencias económicas y patrimoniales de la insolvencia se resuelven en el proceso civil de quiebra, quedando limitado el proceso penal al castigo del quebrado o sus cómplices.

El planteamiento futuro, de permanecer el texto del proyecto, será distinto al actual, porque si ahora la conclusión del proceso penal es, necesariamente, posterior al proceso civil en el que se esgrimieron acciones civiles, con la nueva ordenación de las insolvencias punibles se persigue el delito sin esperar a la terminación del proceso civil correspondiente (art. 257.3), por lo que resulta ajustado expresar que, «en su caso», se incorporará a la masa el *quantum* de la responsabilidad civil.

Pero en la actualidad hay que situarse en un área ajena a la responsabilidad penal y sin perder de vista la naturaleza y peculiaridades de los convenios. El convenio judicialmente aprobado e incluso cumplido no es obstáculo para el juicio de responsabilidad civil. El objeto del convenio es una propuesta de cumplimiento de las obligaciones (o como dice el art. 2.4 de la Ley «para el pago de los débitos»), modificando el existente al tiempo de solicitar la declaración de suspensión de pagos. La propuesta ofrece diversas soluciones. Puede perseguirse con el convenio sólo un efecto dilatorio o aplazamiento del pago; también son posibles los convenios remisorios o de quita con lo que quedarían parcialmente extinguidos los créditos, sin que sean desconocidas en los convenios las cláusulas liquidatorias, entregando el suspenso su patrimonio en concepto de pago (Sentencias de 28 de febrero de 1989 y 26 de noviembre de 1991), o como cesión de bienes que libera de responsabilidad por su importe (art. 1.175 del CC). En estas modalidades de convenio, o se han modificado las obligaciones contraídas por el deudor antes de la solicitud de suspensión o se han extinguido, reemplazándose por las nacidas del convenio homologado no impugnado. Así, a los convenios no exclusivamente dilatorios van

unidos modos de extinción de las obligaciones o sustitutivos del cumplimiento, como son la remisión o condonación parcial y la dación en pago (*aliud pro alio* en su forma de *rem pro pecunia*), o prestaciones diferentes a las debidas, cuya aceptación por la generalidad de los acreedores hace que las obligaciones iniciales sean inexistentes.

De lo expuesto hasta ahora se desprende que debe excluirse de las pretensiones a deducir por el Ministerio Fiscal en la pieza de calificación —aún partiendo de insolvencias fraudulentas o culpables— la exigencia de responsabilidad criminal, con lo que el *petitum* de la demanda que inicie el juicio de responsabilidad se concretará en responsabilidades de otra naturaleza. Y como las obligaciones incumplidas de las que pudiera dimanar responsabilidad civil se han extinguido con la aprobación del convenio aceptado por los acreedores sustituyéndolas por las cumplidas o en vías de cumplimiento, ofrece dificultades la actitud a adoptar en estos casos por el Ministerio Fiscal. La Ley de Suspensión de Pagos nada resuelve sobre si esas responsabilidades, contenido del juicio declarativo que instaura su artículo 20, son de naturaleza civil, patrimonial, y, en su caso, cual sea su extensión. En unas ocasiones dice que la finalidad de la pieza de calificación es determinar y hacer efectivas las responsabilidades en que pueda haber incurrido el suspenso (art. 8, penúltimo párrafo), o que la pieza separada se forma para la depuración de responsabilidades (art. 20, uno). Y otras veces, que el proceso que se abre se denomina juicio de responsabilidad (art. 20, tres), en el que son parte pasiva el deudor o los gerentes a quienes haya de exigirse responsabilidad (art. 20, dos).

Lo cierto es que, como norma, las responsabilidades civiles atribuibles al suspenso se han liquidado en el proceso principal con la aprobación y ejecución del convenio. Mas hay que agotar todas las posibilidades interpretativas del artículo 20 en otro sentido, porque incluso tras la conclusión del procedimiento de suspensión de pagos, prevé la iniciación de un juicio declarativo para exigir responsabilidad distinta a la penal. Ante esta situación caben dos opciones para llenar de contenido la pieza de situación: acción civil de responsabilidad contra el suspenso o los administradores y acción civil para la ejecución forzosa del convenio.

La primera es que, de modo preferente, la demanda se dirija no contra el comerciante individual o social, declarado en suspen-

sión de pagos, sino contra los gerentes y administradores de sociedades mercantiles en tal estado, pues no en vano están citados *nominatim* en el artículo 20, inciso uno, como destinatarios de la depuración de responsabilidades, y en el párrafo siguiente de ese mismo precepto, como intervinientes en el proceso de responsabilidad en el concepto de posibles demandados para la exigencia de responsabilidades; esa llamada de gerentes y administradores al proceso estaría fundada en la remisión que hace el artículo 20, párrafo segundo, inciso primero, a los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, en dónde no sólo se establecen los tipos de insolvencia y las causas a considerar como culpables o fraudulentas, sino también quienes se reputan cómplices fraudulentos (art. 893) y las sanciones civiles prevenidas para los mismos (art. 894), conductas que pueden proceder de las personas que tuvieron responsabilidades en la gerencia y administración de las entidades mercantiles en suspensión de pagos cuya insolvencia se configuró como definitiva. Por supuesto que la responsabilidad civil del declarado en suspensión de pagos o de sus administradores se vinculará en la demanda a alguna de las causas legales de culpabilidad o fraudulencia, o bien cuando sin darse esas conductas típicas hayan perjudicado a los acreedores mediante actos que les sean directamente imputables (art. 1.101 del CC).

Otra opción es la que sigue. La demanda de responsabilidad se dirigiría contra el comerciante individual declarado en suspensión de pagos en supuesto muy específico de incumplimiento por su parte del convenio. El artículo 17, párrafo último, cuando el convenio no es cumplido por el deudor, atribuye a cualesquiera de los acreedores la facultad de instar la rescisión del convenio y la declaración de quiebra; pero, con este presupuesto de convenio no cumplido por acto voluntario, puede no ejercitarse por los legitimados la facultad reconocida en aquella norma dadas la inseguridad de esperanzas de un mayor reembolso y lo largo, costoso y complicado del procedimiento de quiebra; la demanda de responsabilidad tendría como contenido el cumplimiento forzoso o coactivo de las obligaciones aceptadas por el suspenso con la proposición y aprobación del Convenio, pues todos los interesados han «de estar y pasar por él» (art. 17, párrafo primero), voluntariamente o no. Hay que reconocer que las posibilidades de prosperabilidad de la demanda, a efectos prácticos, serán míni-

mas, por no decir nulas, cuando el incumplimiento del convenio traiga su causa de la insolvencia total del suspenso, por lo que antes del ejercicio de la acción habrá que asegurarse que existen activos sobre los que ejercitar el futuro fallo favorable, desistiéndose de su ejercicio si no existieren, o acompañando la demanda de solicitud de medidas cautelares en caso contrario. Otra dificultad es la derivada de que en el texto de la Ley no está prevista la acción dirigida al cumplimiento forzoso del convenio, sino sólo la rescisoria.

## B) PARTICULARIDADES DE LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSION DE PAGOS

### 1. *Naturaleza y precedentes*

a) No obstante los muchos años transcurridos desde la promulgación de la vigente Ley de Suspensión de Pagos y de la terminante dicción de su artículo 23, que incorpora, formalmente al menos y de modo pleno, al Ministerio Fiscal a los expedientes de suspensión de pagos, aún se cuestiona el sentido y la naturaleza jurídica de esa intervención. El tema no es accesorio, porque el alcance de su legitimación en el procedimiento será distinto según sea considerado como parte —procesal, si se quiere— o como informante y mero dictaminador. Obviamente que en el proceso principal, de suspensión de pagos, a pesar de que el formalismo normativo del artículo 23 le denomine parte, la actuación del Ministerio Fiscal, no se desenvuelve en el círculo de las partes plenas o en la vía de acción verdadera, por cuanto carece de facultades para promover el expediente, lo contrario a lo que sucede en el artículo 20, dentro de la pieza separada de calificación, con un Ministerio Fiscal situado en la posición activa tanto para el juicio de responsabilidad como en el proceso instrumental o cautelar. En el expediente de suspensión de pagos no alega hechos de propio impulso ni aporta pruebas. Pero aún sin ejercitar propias pretensiones, tampoco es un simple dictaminador a quien deba oírse en puntos concretos, sino que como se ha apuntado por algún sector doctrinal, es interviniente por vía de acción accesoría. Es más que dictaminador, aunque no alcance la posición de parte plena en

sentido técnico; si bien ni en el artículo 23 ni en ningún otro lugar de la ley se fijan las atribuciones del Ministerio Fiscal durante el proceso, lo cierto es que no se limita a emitir dictámenes cuando el Juez de la suspensión lo solicite, sino que en la realidad cuenta con ciertas iniciativas procesales con independencia de cuál sea la posición más ajustada para calificar ese protagonismo.

Tampoco fue muy explícito sobre la materia el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, en cuyo artículo 2.4 referido conjuntamente a las cuestiones de estado civil de las personas, títulos nobiliarios y suspensiones de pagos, se expresaba de modo genérico que el Ministerio Fiscal debe «intervenir ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes». Las disposiciones en vigor sobre títulos de nobleza y cuestiones de estado eran algo menos imprecisas sobre las funciones del Ministerio Fiscal en los respectivos procesos. Para las primeras, títulos nobiliarios, el Real Decreto de 13 de noviembre de 1922 había señalado el criterio a seguir por el Ministerio Fiscal, disponiendo que será parte en ellos (art. 1), e interpondrá cuando lo considere procedente, todos los recursos que las leyes procesales autorizan contra las resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales (art. 7), aclarando la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1922 que el Fiscal en esos pleitos en realidad no es demandante ni demandado, sino encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones dictadas en relación con la clase nobiliaria; y admitiendo la construcción procesal francesa entonces por muchos defendida, agregaba que el Ministerio Fiscal tiene la consideración de parte adjunta, interviniendo por vía de requerimiento. La intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones de estado civil para la época de la publicación del Estatuto de 1926, en el orden sustantivo estaban recogidas en el Código Civil, conforme al cual podía actuar como verdadera parte o como informante.

Volvamos a las suspensiones de pagos. Con el artículo 2.4.º del Estatuto anterior la posición del Ministerio Fiscal en estos procesos sigue siendo indefinida. Como en ellos no ejercita acciones, tan sólo «formulará las instancias procedentes», expresión que ni siquiera es legalmente determinable porque partiendo incluso de una remisión implícita a la Ley de Suspensión de Pagos, ésta silencia cualquier tipo de iniciativas o instancias del Fiscal.

b) Pero antes del Estatuto e inmediatamente después de la publicación de la Ley de 26 de julio de 1922 (que lo fue el 14 de septiembre siguiente), el Fiscal del Tribunal Supremo dictó la Circular de 16 de noviembre de 1922 sobre «La intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos», a la que siguieron otras de menor entidad, aclaratorias de algunos puntos. Son las de 13 de diciembre de 1922, 24 de enero de 1926 y 31 de mayo de 1926.

En la Circular de 16 de noviembre de 1922 se reconoce que hasta ahora ha sido manifiesta la «ausencia del Ministerio Fiscal en todos los trámites del proceso de suspensión de pagos», por lo que al amparo de lo prevenido en el artículo 23 de la Ley propone unas reglas orientativas para la interpretación de determinados preceptos. Una de ellas, la séptima se trata del carácter y límites de la intervención del Ministerio Fiscal.

Expresa, en primer término, que «el mismo procedimiento fijado en los artículos 1 a 19 de la Ley nos revela que la actitud del Ministerio Fiscal, a pesar de su carácter de parte, no ha de ser igualmente activa en todos los períodos y actuaciones de este juicio universal». Agrega, a continuación, que el Ministerio Fiscal en estos procedimientos «por regla general observará una prudente abstención», y, al efecto, se refiere a diversas cuestiones sujetas a ese principio que ocupan buena parte de los preceptos de la Ley. Si unas veces la no intervención se justifica por tratarse de facultades reconocidas a los acreedores y al suspenso, sin que se mencione en la particular norma al Ministerio Fiscal (así en el nombramiento de interventores del art. 4, y en la impugnación del auto de insolvencia definitiva del art. 8), en otras ocasiones la abstención del Ministerio Fiscal se fundamenta en la concurrencia de intereses exclusivamente privados, como sucede en la impugnación de créditos por los acreedores (art. 11), en la reserva para promover en ciertos casos juicio declarativo (art. 12), en la asistencia a las juntas de acreedores y también en las reclamaciones y oposición a los convenios (art. 1.º, 13, 14, 16, 17 y 18 ) y en la pieza de retroacción (art. 21 ) y las tercerías de dominio promovidas (art. 22). Y en fin, la aludida regla séptima concluye pasando de la «prudente abstención» a la incondicionada «no intervención del Ministerio Fiscal en aquellas cuestiones particulares extrañas al interés público», pensando quizás en la declaración del artículo 763

de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, a cuyo tenor el Ministerio Fiscal «promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público».

El carácter positivo o de la intervención, se destaca en otras reglas de la Circular. Con carácter general, los Fiscales «exigirán celo extremado en todo cuanto afecte a la pureza y normalidad del procedimiento, por lo que llamarán cuantas veces sea necesario, la atención del Juez por medio de sus escritos a fin de que se subsanen las infracciones que adviertan» (regla 8.<sup>a</sup>). Y al considerar singulares supuestos destaca como objeto de esa «llamada de atención» las providencias que tienen por solicitadas las suspensiones de pagos sin que se hayan acompañado los documentos exigidos en los artículos 2 y 3; las declaraciones de insolvencia provisional cuando proceda la insolvencia definitiva, o bien dejar de proveer respecto a alguno de los extremos fijados en el artículo 4; al propio tiempo coadyuvarán los Fiscales a la impugnación que se formule por los acreedores al nombramiento de interventores a fin de combatir ciertas prácticas abusivas, debiendo informar, asimismo, sobre el incumplimiento por los interventores de lo dispuesto en los artículos 5, 8 y 12 (reglas 9.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup>) e intervenir en las autorizaciones que el Juez pueda conceder al deudor para continuar las operaciones del negocio o para privar de la administración y gestión al suspenso, o proceder caso de incumplimiento como dispone el artículo 6, párrafo penúltimo (reglas 9.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup>).

## 2. *La intervención del Ministerio Fiscal en la actualidad*

Si en el Estatuto de 1926 (art. 2.4.<sup>o</sup>), se confirma la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, aunque con terminología distinta a la de la Ley reguladora, en el léxico del vigente Estatuto no figura, en la actualización que hizo de las funciones del Ministerio Fiscal, su intervención en procesos de aquélla naturaleza. Ahora el precepto más próximo a aquél es el del artículo 3.6.<sup>o</sup> Ya con la única cita de las cuestiones de estado civil, dispone que es misión del Ministerio Fiscal «tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos... que establezca la ley». Al suprimirse en el texto actual las suspensiones de pagos, puede pensarse que la idea de la interven-

ción está latente en las frases remisorias al interés público o social. De aceptarse este criterio lo que debe plantearse es si, por regla general, en todos los expedientes de suspensión de pagos subyace un patente interés público o social necesitado de protección y por el que esté obligado a velar el Ministerio Fiscal, o si, al contrario, no siempre trascienden en todos ellos claramente intereses de tal naturaleza que justifiquen la actuación del Ministerio Fiscal. Habría entonces que partir de una intervención variable, más o menos intensa según se tratara de suspensión de pagos de comerciantes individuales con pocos afectados y deudas no relevantes, o de grandes empresas en forma de sociedades con múltiples acreedores y déficit cuantiosos.

De cualquiera de las maneras, el giro «tomar parte» con que se inicia el artículo 3.6, es menos expresivo aún que el acogido en el artículo 2.4 del Estatuto de 1926. No equivale a ser realmente parte sino a participar o intervenir de algún modo en los procesos. Virtualmente es locución paralela a intervenir, por lo que en su radio cabe tanto la actuación de un Ministerio Fiscal dictaminador como el Ministerio Fiscal parte al modo previsto en el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos. Dos cuestiones no ofrecen dudas: que, legalmente, continúa siendo imprecisa la posición del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos y que debe calificarse de sustanciación irregular la que haya prescindido de la intervención del Ministerio Fiscal. Si el quebrantamiento de esta formalidad determina la ineficacia de todos los actos procesales ya realizados desde la solicitud de la declaración de suspensión de pagos, o si es posible la subsanación con la intervención posterior (normalmente en trámite de instrucción de las apelaciones, en la pieza principal o en los incidentes interpuestos por el suspenso o los acreedores) es tema que no está debidamente resuelto. Una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ya citada, de 20 de diciembre de 1949, *obiter dicta*, dijo que la finalidad de garantizar el crédito en general en aras del interés público, queda satisfecha con la intervención del Ministerio Fiscal, que debe ser parte en el expediente, de lo cual se infiere que su falta de emplazamiento originaría forzosamente una contravención del orden público. Sin embargo, la falta de intervención del Ministerio Fiscal en juicios sobre estado civil, con tratamiento procesal semejante al de las suspensiones de pagos, se ha considerado irregularidad o

defecto convalidable automáticamente desde el momento en que el Ministerio Fiscal haya intervenido, ya lo fuere en el recurso de casación (Sentencias de 5 de diciembre de 1964, 25 de mayo de 1988 y 23 de junio de 1994), o en la comparecencia del artículo 691 de la Ley Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 6 de febrero de 1991). Criterio este último extendido por Tribunales de apelación a las suspensiones de pagos (Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de abril de 1980 y 24 de noviembre de 1982).

Aunque puede decirse que están superadas buena parte de las normas orientativas de las Circulares de 1922 y 1926, técnica y prácticamente están vigentes en el orden procesal, no en el orgánico. A la interpretación restrictiva que dieron a la condición de parte en la ley pudieron contribuir variadas causas. El olvido virtual de una intervención extensa pudo justificarse porque en la práctica desde que las suspensiones de pagos dejaron de ser una clase de quiebra con el Código de Comercio de 1885 y su modificación por la Ley de 10 de junio de 1897, el Ministerio Fiscal era ajeno totalmente a las suspensiones de pagos, ya que tramitándose como la quita y espera del concurso en ellas no informaba el Ministerio Fiscal; y más aún si se anota que los representantes del Ministerio Fiscal en los procedimientos concursales de esta naturaleza eran los llamados Promotores Fiscales extinguidos al año siguiente de publicarse la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es necesario añadir las especiales circunstancias que concurrían en la Ley de 26 de julio de 1922, dictada por razones de inmediata e individual oportunidad —se aplicó a los procesos en trámite— y prevista como ley temporal, pues el Gobierno estaba autorizado para dejarla sin efecto transcurridos cuatro años dando cuenta a las Cortes (disposición adicional segunda). En tal sentido, al tiempo de dictarse las Circulares sus disposiciones, como las de la ley, tenían en principio carácter provisional y transitorio. Dada esta naturaleza no era trascendente el hecho de que para algunos momentos del procedimiento se dijera que el Ministerio Fiscal debería «observar una prudente abstención», y que para otras fases del mismo, cuando el interés público exija actuar, «llamarán la atención del Juzgado», sin perjuicio todo ello de «velar por la pureza y normalidad del procedimiento», mas es lo cierto que con el transcurso de los años el recuerdo exclusivo se ha centrado en la frase «prudente abstención», con lo que se ha coartado o inducido a de-

sistir a quienes trataron de actuar como parte, y también ha servido —no siempre, es cierto, ni en todas las Fiscalías— para que se dé cumplimiento al artículo 23 de la Ley con la firma de las notificaciones de actos acaecidos en el procedimiento de suspensión de pagos o en sus incidencias.

Las frecuentes crisis empresariales que llevan a graves situaciones de insolvencia por miles de millones con repercusión en intereses supraindividuales, son circunstancias alejadas del fundamento de las antiguas Circulares, por lo que en buena medida sus orientaciones sobre la conducta procesal a observar por el Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos no se ajustan a las funciones asignadas en la Constitución y el Estatuto orgánico, entre las cuales la defensa incondicionada de la legalidad y el interés público aparecen como esenciales (arts. 124 de la CE y 1.º del Estatuto) y a desarrollar con total imparcialidad (art. 7 del Estatuto). La intervención en suspensiones de pagos que afectan directamente al orden socioeconómico y a la seguridad del crédito mercantil, de modo especial cuando sea elevado el número de acreedores titulares de créditos ordinarios o el *quantum* económico, hay que replantearla con otras perspectivas. Ya no puede ser para el Ministerio Fiscal una ocupación marginal; a fin de no debilitar su creciente prestigio, su actividad debe potenciarse, sin inhibiciones ni abstenciones voluntarias, con una atención diligente en las diversas fases del procedimiento, porque el artículo 23, aún sin especificar, ni pone límites ni le excluye de ninguna de ellas. Sobre todo en los puntos claves del procedimiento, que se analizan más adelante, es indispensable preterir las actuaciones formalistas, sustituyéndolas por otras activas, críticas y analíticas, labor menos difícil ahora con nuevas generaciones de Fiscales que se están especializando en temas de auditoría y contabilidad, situándose por sus propios méritos y conocimientos en el campo de los expertos.

### 3. *Los distintos planos de la intervención del Ministerio Fiscal*

La finalidad de la Ley de 26 de julio de 1922 fue la de ordenar un procedimiento para la elaboración de suspensión de pagos, ley procesal especial anunciada ya en el artículo 873 del Código de

Comercio redactado por la Ley de 10 de junio de 1897. Como se ha visto, la presencia en él del Ministerio Fiscal estaba imaginada para intervenir como parte en el peculiar procedimiento que introduce. Mas durante su *iter* pueden aparecer *ex novo* hechos penales ya sean anteriores, coetáneos o posteriores a la iniciación del expediente, supuestos en que la función de vigilancia del procedimiento no se contraerá a pedir la subsanación de las irregularidades que advierta, sino que se extenderá a la persecución de tales conductas. De igual modo, pueden concurrir en su tramitación suspensiones de pagos y procedimientos penales iniciados autónomamente contra personas vinculadas a la dirección y gestión de empresas declaradas en suspensión, por presuntos fraudes. El ejercicio de la acción penal contra comerciantes que después de ese momento solicitan suspensión de pagos, no es obstáculo a la iniciación ni al curso normal del expediente. Tampoco es impeditivo de la continuación del procedimiento de suspensión de pagos el ejercicio de acciones penales contra los declarados en estado de suspensión o contra los interventores por los específicos delitos derivados del incumplimiento de ciertas obligaciones (arts. 6 y 8). No hay aquí preferencia de la jurisdicción penal en los términos expresados en los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo mismo cabe decir —no interrupción del procedimiento de suspensión de pagos— para los demás delitos que puedan cometerse en el expediente o en la pieza de calificación.

Así, la intervención del Ministerio Fiscal se desenvuelve sobre dos planos distintos. Uno es el de la dimensión procesal-mercantil, y otro el de su proyección penal, pues aunque las insolvencias definitivas sean atípicas, han de investigarse los hechos eventualmente constitutivos de delitos originados en comportamientos del empresario que solicitó la suspensión de pagos, en connivencia o no con otras personas.

#### a) Proyección en el orden penal

a') Siempre que el Ministerio Fiscal advierta la existencia de hechos delictivos cualesquiera sea el estado en que se halle la tramitación del expediente, procederá, en su momento, al ejercicio de

las acciones para depurar las responsabilidades. Las fuentes de esas infracciones penales pueden ser variadas, lo mismo que la naturaleza jurídica de éstas. La Circular de 16 de noviembre de 1922 al tratar de la inaplicabilidad para el procedimiento de suspensión de pagos de lo dispuesto en los artículos 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresa que pueden nacer contra el suspenso acciones penales conforme al artículo 6, párrafo último, y contra los interventores a tenor del artículo 8, y como expresaba la Consulta 7/1976, de 15 de noviembre, en ningún caso los procesos penales al carecer de precedencia pueden paralizar el expediente de suspensión de pagos. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1957, luego de establecer que la insolvencia definitiva calificada como fraudulenta por la jurisdicción civil no encaja en el artículo 520 del Código Penal, señala que en la Ley de Suspensión de Pagos está el camino abierto y expedito para perseguir y sancionar los delitos individualizados que se hubieren cometido para llegar a aquellas situaciones.

El Código Penal que siguió inmediatamente a la Ley de Suspensión de Pagos, el de 1928, incluyó delitos especiales relacionados con las suspensiones de pagos en el capítulo de las defraudaciones, junto al alzamiento y las quiebras punibles. Su artículo 715 tipificaba la presentación de relaciones inexactas de bienes para conseguir la declaración del estado de suspensión de pagos o la aprobación del convenio; sujeto activo era el comerciante individual o los representantes del social (art. 723) que para lograr aquellas finalidades presentare en los órganos jurisdiccionales competentes relación de su activo y su pasivo que no esté conforme con la realidad de sus operaciones; si como consecuencia de esas inexactitudes consiguiera ser declarado en suspensión de pagos la pena se imponía en el grado máximo. Por su parte, el artículo 716 elevó a la categoría de delito los conciertos o pactos del comerciante con algunos acreedores en fraude de los demás con el fin de obtener la aprobación del convenio. El círculo de los sujetos activos se amplía al responder tanto el comerciante como los acreedores que hubieren aceptado inteligencias con el deudor a fin de favorecer el convenio.

En ningún caso hay ya en nuestro derecho positivo para las suspensiones de pagos singularidades o concreción de figuras de

delitos especiales (*delicta propria*), o que exijan una cualidad en el autor, sino que son los mismos incriminados en los epígrafes comunes del Código Penal. En efecto, pueden cometerse muy variadas modalidades de fraudes y falsedades documentales, como la inclusión o exclusión indebida de créditos, reconocimientos de deudas ficticias, daciones en pago o ventas simuladas, hipervaloración de activos y documentos o balances amañados para conseguir la insolvencia provisional y enervar la formación de la pieza de calificación.

De todas maneras en el propio texto de la Ley de 26 de julio de 1922 hallamos algunos de los delitos que pueden cometerse durante la tramitación del expediente de suspensión de pagos.

Es desconocida para el declarado en suspensión de pagos cualquier tipo de estricta *capitis deminutio* que conlleve privación de derechos civiles patrimoniales, pero sí existe alguna restricción de esta naturaleza. Es lo que ocurre en el artículo 6.º de la Ley, porque siendo cierto que el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, lo es con limitaciones, ya que precisa el concurso o acuerdo de los interventores para continuar las operaciones ordinarias de su tráfico, realizar cobros, verificar pagos, contratos o llevar a cabo aceptaciones, endosos o protestos de efectos comerciales; y si los interventores no hubiesen tomado aún posesión del cargo es indispensable la autorización judicial para cualquier pago. La falta del consentimiento o de la autorización judicial, en su caso, para aquellos actos de administración y de disposición no sólo produce la ineficacia sino que puede generar responsabilidad criminal, por cuanto el penúltimo párrafo del artículo 6.º reenvía al artículo 548 del Código Penal (que concuerda con el artículo 529 anterior a la reforma de la Ley Orgánica 8/1983) y que ahora lo será al artículo 528. A destacar que no se trata de una infracción formal o que nazca de modo automático una vez acreditada la ausencia de los complementos de capacidad del suspenso, dado que para que los actos que enumera la norma realizados sobre el propio patrimonio constituyan estafa, como anotara la Sentencia de 2 de julio de 1947, ha de mediar el propósito de sustraer a la administración del negocio bienes afectos a los pagos debidos a la masa de acreedores de la suspensión. La interpretación restrictiva del artículo 6.º es doctrina mantenida en la Sentencia de 22 de abril de 1981, al establecer que

lo único vedado es la posibilidad de verificar las operaciones que menciona, pero no el formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales por parte del suspenso encaminadas al reconocimiento de un crédito.

El reenvío que hace el artículo 6, penúltimo párrafo, de la Ley de Suspensión de Pagos al precepto que definía la estafa en el Código Penal de 1870, ha dado lugar a que se identifiquen, incluso en la doctrina jurisprudencial, las conductas comprendidas en aquellas normas con el delito de estafa genérico. Sin embargo existen objeciones serias a ese encuadre. Unas derivan de la literalidad de la remisión contenida en la norma, pues el artículo 6 no dice que los actos de incumplimiento que enumera sean constitutivos de estafa, sino que el suspenso «incurrirá en la responsabilidad definida en el artículo» correspondiente a la estafa. De igual modo, atendiendo al elemento descriptivo no convienen a esas conductas las diversas tipicidades de estafa, sino que crea una nueva figura delictiva a sancionar como la estafa, por lo que sin el artículo 6 los hechos que engloba serían atípicos. En su estructura se parte siempre de bienes propios que se han sustraído al cumplimiento de las obligaciones frente a todos los acreedores, pues el único titular de esos bienes, aunque con límites legales para la administración y disposición, sigue siendo el suspenso. Se trata de sancionar actividades prohibidas al suspenso, pero sobre su propio patrimonio, lo que no se conforma con la estafa cuya finalidad es incorporar al patrimonio propio bienes ajenos mediante engaño. Si esto es así puede examinarse la posibilidad de exigir responsabilidad criminal por título distinto a la estafa. Determinadas resoluciones judiciales de órganos inferiores se han inclinado por el alzamiento de bienes a la hora de tipificar la conducta del suspenso consistente en disponer durante la suspensión de pagos de bienes contraviniendo lo establecido en el artículo 6. Y a ellos no es ajena la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de 7 de junio de 1993 incluyó en el artículo 519 del Código Penal un hecho que no se separa de los incumplimientos que el artículo 6 remite su sanción a la estafa: admitida a trámite una suspensión de pagos, la administradora única de la sociedad anónima declarada en tal estado, ante la evidencia de que el informe de los interventores se pronunciaría por la insolvencia como definitiva, solicitó el desistimiento, dictándose auto por el que se dejaba sin efecto la intervención de las

operaciones del suspenso una vez que aquel adquiriera la cualidad de firme; pero al siguiente día, y sin esperar a la firmeza, la administradora vendió los bienes inmuebles de la sociedad a algunos acreedores en perjuicio de los demás. Partiendo de esta tipicidad, porque por el suspenso se han realizado actos dispositivos de —sus bienes—, el círculo de los sujetos activos no se limita a los ya declarados en suspensión de pagos, sino que se extiende a todos los deudores comerciantes cuya solicitud de suspensión haya sido admitida a trámite, pues la autorización judicial es necesaria cuando no hayan tomado posesión los interventores y el nombramiento de éstos se hace en la providencia de admisión (art. 4, párrafo segundo). La prohibición de actos dispositivos permanece mientras se halle en tramitación el expediente. Al configurarse como un delito especial propio, que no subsume en la acción típica el comportamiento de un *extraneus*, se plantearán los problemas de participación característicos de estos delitos.

Si el convenio aprobado es incumplido por el deudor, los acreedores, sin *quorum* alguno, pueden instar su resolución y la declaración de quiebra consecutiva. Pero el convenio aprobado permanece y despliega sus efectos aún cuando se pronunciaren sentencias condenatorias contra el suspenso por delitos anteriores o concurrentes con la sustanciación de la suspensión de pagos. Hay, sin embargo, un supuesto en el que las sentencias penales firmes afectan esencialmente al convenio, extinguiéndole *ex tunc*. Está previsto en el artículo 20. Si en un principio en él se afirma que las acciones penales contra el suspenso son compatibles con la subsistencia del convenio, después agrega «a no ser que el delito se hubiera cometido en el concierto del convenio mismo y hubiera tenido influjo decisivo en éste, en cuyo caso la sentencia de lo criminal producirá respecto del expresado convenio los mismos efectos de revisión y por iguales trámites establecidos para las sentencias firmes de lo civil». Esta revisión exigiría una sentencia penal firme construida sobre hechos contemporáneos al concierto del convenio a incardinar en una de las subcausas del artículo 1.796.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: utilización de maquinaciones fraudulentas. Para el artículo 20 de la Ley las maquinaciones no serían simplemente procesales o las propias de aquel motivo de revisión, sino maquinaciones o actividades engañosas, realizadas personalmente por el suspenso con la cooperación de terceros,

hábiles para formar estructuras punibles consumadas durante los actos procesales que condujeron a la aprobación del convenio. Ahora bien ¿cuáles serán los delitos cometidos en el concierto del convenio que a través de la posterior revisión determinen la invalidez del auto que le aprobó? Los convenios irregulares y delictivos pueden presentar variadas causas ilícitas, sobre todo fraudes y falsedades procedentes sólo del declarado en suspensión de pagos o en connivencia con acreedores. Precisamente a ellos se refería el tipo penal inserto en el artículo 716 del Código Penal de 1928: pactos particulares en la concertación del convenio entre el deudor y algunos acreedores con fraude de los demás o inteligencias fraudulentas entre ellos. Estas conductas, atentatorias a la igualdad de condición de todos los acreedores sin derecho de abstención, realizadas durante la tramitación del convenio de las suspensiones de pagos, carecen de autonomía delictiva. La conservan, sin embargo, para algunos tipos de quiebras y concursos. Para la quiebra, porque el artículo 522 al sancionar la complicidad remite al artículo 893 del Código Civil, cuyo número 8.º reputa cómplices a los acreedores que en perjuicio y fraude de la masa hicieron con el quebrado convenios particulares y secretos. Norma paralela en el concurso es la del artículo 525.4.º del Código Penal. En las suspensiones de pagos las inteligencias fraudulentas entre deudor y uno o más acreedores para votar a favor del convenio, sólo constituye motivo de oposición a su aprobación (art. 16.3), pues aunque el artículo 20, inciso segundo, dispone que a la calificación de la insolvencia definitiva es aplicable lo que respecto a la quiebra expresan los artículos 886 a 894 del Código Civil y el artículo 893 ordena las causas de complicidad en las quiebras fraudulentas que tipifica el artículo 522, al ser atípicas las insolvencias definitivas fraudulentas en las suspensiones de pagos, inequívocamente también lo serán las conductas de cooperación. En cualquier caso las conductas descritas al no poder subsumirse en suspensiones de pagos punibles, sí pueden constituir falsedades mercantiles ideológicas.

■ Pero los delitos no sólo han de cometerse en el concierto del convenio, sino que, además, han de ejercer influjo definitivo en éste. Una sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) se ha pronunciado sobre este punto. Es de 30 de noviembre de 1955. Se había interpuesto recurso de revisión civil contra el auto que apro-

bó un convenio, alegando que el suspenso, confabulado con un acreedor, no había incluido en él una deuda existente y cuyo dinero procedía de un delito de malversación por el que fue condenado el acreedor como autor y el deudor en concepto de cómplice. El Tribunal Supremo no dio lugar a la revisión porque el artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos parte del principio de la integridad o subsistencia del convenio pese a recaer sentencias penales contra el suspenso, siendo única excepción la de que el delito se cometiera en el concierto del convenio y además que tenga influjo decisivo en éste, circunstancias que han de concurrir conjuntamente, y en el caso de autos es evidente que no se da la primera de las condiciones exigidas o delito cometido en el concierto del convenio, «concierto que consiste en las inteligencias fraudulentas o confabulaciones entre el deudor suspenso y uno o varios de sus acreedores, como puede verse en el artículo 16.3 de la Ley y en el artículo 903 del Código Civil relativos a la oposición al convenio, ya que no se ha ejercitado acción criminal para perseguir la simulación y confabulación, ni recaído sentencia que para todos los efectos las declarase».

Indicar, por último, que la demanda de revisión autorizada por el artículo 20 es muy peculiar, porque se extiende a los autos aprobatorios de un convenio cuando según la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.796-1.797) su objeto son exclusivamente las sentencias firmes. El título para estas revisiones es la sentencia penal condenatoria y su efecto inmediato es rescindir el auto en la forma y según los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero su posterior efecto rescisorio nunca será la obtención de un nuevo auto sustituyendo al que aprobó el convenio, sino la iniciación de un procedimiento de quiebra por analogía con el artículo 17, último inciso, en donde a la rescisión del convenio por incumplimiento sigue la declaración de quiebra.

Obligación esencial de los interventores es la de emitir dentro del plazo legal un dictamen cuyo contenido se halla en los dos primeros párrafos del artículo 8. Ese informe es fundamental para declarar el estado de suspensión de pagos y para calificar la insolvencia como provisional o como definitiva. Dada su trascendencia, junto a sanciones civiles para el interventor-acreedor (pérdida de su crédito) y los interventores-audidores (inhabilitación temporal), ese mismo artículo expresa que su incumplimiento «dará lugar a la

responsabilidad penal que les corresponda». La concreción de esa responsabilidad penal por delito, dependerá de la naturaleza de los interventores de la suspensión de pagos. Son interventores judiciales, en cuanto nombrados por el Juez en la misma providencia en que se tiene por solicitada la suspensión de pagos (art. 4), y destaca en ellos su condición de auxiliares o colaboradores del titular del órgano jurisdiccional; aún así el incumplimiento en la emisión del informe no encaja en la denegación de auxilio sino en el delito de desobediencia común a la autoridad.

b') El otro tema a considerar en el marco de la proyección penal, es el de los efectos de la eventual concurrencia de procesos penales iniciados contra administradores y gestores y apertura de expedientes de suspensión de pagos. Su coexistencia real en la tramitación es legalmente posible al no quedar afectada por la perjudicialidad penal del artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Simultaneidad que es reconocida, además, tanto en la Circular de 16 de noviembre de 1922 como en la Consulta 7/1976, de 15 de noviembre, sobre proceso penal y suspensión de pagos, por cuanto, se afirma, no existe precedencia del proceso penal respecto al expediente de suspensión de pagos, pero tampoco subordinación a éste —como no sea en la efectividad de las medidas cautelares—, al no ser aplicables los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, idea a la que contribuye también el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos al impedir que estos expedientes sean suspendidos o interrumpidos por incidentes o reclamaciones de cualquier índole. Tal compatibilidad en la sustanciación conlleva necesariamente interrelaciones entre ambos procesos, como serían, de un lado, la extinción de la responsabilidad civil nacida del delito si se llega a un convenio en la suspensión de pagos (art. 117 del Código Penal y Sentencia de 2 de abril de 1982 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), y de otro, el levantamiento de las medidas cautelares reales en el proceso penal si se ha reservado el ejercicio de las acciones civiles por el perjudicado (art. 113 de la LECr), pero sin que falten, sobre todo, unos especiales efectos limitados en los embargos penales, que se analizan por separado.

Sí se pueden decretar medidas cautelares durante la fase de instrucción de los procedimientos penales desde que resulten indicios de responsabilidad civil para el imputado o terceros (arts. 589,

615 y 785.8, b), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nada se opone a la posibilidad de que el embargo, en el orden penal, se extienda a las pertenencias de los gestores presuntos responsables penales, y si ni la fianza ni el embargo se hicieren efectivas, recaerán sobre el patrimonio de la sociedad en suspensión de pagos declarada responsable civil, ya lo sea en forma directa o subsidiaria, pero con la particularidad de que si tal empresa se hallare en actividad no es ineludible su paralización sino que se sujetaría a administración judicial (Decreto-Ley de 20 de octubre de 1969) en beneficio de los perjudicados por el delito.

Otra cuestión a ponderar es la de los efectos en el expediente de suspensión de pagos de los embargos decretados en procesos penales. Cabe decir que se encuentran limitados, tanto en la forma de su adopción como en su ejecución, por particulares normas de la Ley de 1922. En el embargo posterior acordado en el proceso penal no serán precisas medidas de aseguramiento superpuestas para hacerle efectivo. Durante la tramitación de un expediente de suspensión de pagos es obligado quedar en suspenso los otros embargos y administraciones judiciales que hayan podido constituirse sobre bienes del declarado en suspensión, sustituyéndose por la actuación de los interventores judiciales (art. 9, párrafo último), lo que es trasladable a los embargos trabados en procesos penales; sólo cuando concluya la suspensión de pagos sin convenio recupera su eficacia el embargo de los procesos penales paralelos. De igual modo, si queda en estado de suspensión hasta la terminación del expediente, la ejecución de las sentencias recaídas en determinados juicios que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos (art. 9, párrafo cuarto), también se suspenderá, en los mismos términos, la ejecución de las condenas civiles procedentes del orden jurisdiccional penal.

#### b) Intervención en el ámbito mercantil-procesal

Si, procesalmente, los confines del círculo sobre el que desenvuelve el Ministerio Fiscal su actividad, no están marcados con exactitud, atendido el orden temporal el radio de su intervención carece de límites: comprende todas las fases del procedimiento, al extenderse desde el comienzo hasta la conclusión del expediente.

El día inicial o *dies a quo* se adelanta hasta hacerle coincidir con la presentación de la solicitud ante el Juzgado competente, y no con el momento más tardío de la providencia del Juez teniendo por solicitada la suspensión de pagos, que sólo se pondera para establecer la preferencia entre quiebra y suspensión, pues como sostuvo la Sentencia de 7 de marzo de 1986, a estos efectos, el expediente de suspensión de pagos se halla en trámite desde la providencia en que la misma se tiene por solicitada, siendo éste el instante a partir del cual opera la prohibición para los acreedores de instar la quiebra. Y el *dies ad quem* no es el del auto aprobando el convenio, que puede dilatarse hasta la sentencia firme desestimatoria en la impugnación, sino otro posterior, el del cumplimiento.

Las actuaciones del Ministerio Fiscal en los distintos trámites no tiene siempre igual intensidad; destaca de modo especial en la fase de declaración de la suspensión sin olvidar el convenio cuestiones de las que nos ocupamos tratando de solucionar los puntos más conflictivos.

a') Presentación de la solicitud de suspensión de pagos

Como ya se decía en la Circular de 16 de noviembre de 1922, el precepto imperativo de que el Ministerio Fiscal sea parte desde su incoación en los expedientes de suspensión de pagos, requiere el cumplimiento respecto al mismo de los artículos 260 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que el emplazamiento se verificará en cuanto se presente el escrito inicial del procedimiento. La notificación de todos los actos y resoluciones, así como los emplazamientos constituyen presupuestos de la intervención del Ministerio Fiscal *opportuno loco et tempore*. Si la colaboración de los Juzgados en este sentido no fue plena en épocas pretéritas, en la actualidad se halla en el plano de la normalidad el cumplimiento de los actos de comunicación, a lo que puede contribuir, en su caso, el uso de la facultad atribuida al Ministerio Fiscal por el artículo 4.1.º del Estatuto.

Presentada la solicitud de suspensión existen los presupuestos previos al examen de la documentación que el Ministerio Fiscal tendrá en cuenta. Uno es la competencia y otro la cualidad de comerciante. La acumulación de solicitudes se presenta como posible.

## a") Competencia

No hay cuestión para las competencias objetiva y funcional. Desde siempre se ha atribuido a los Juzgados de Primera Instancia (art. 870 del CC). Puede haberla en la competencia territorial, y no porque para la determinación del domicilio de los solicitantes existan dificultades legales, sino porque en ocasiones las solicitudes se presentan ante Jueces territorialmente no competentes y alejados de la residencia de los acreedores para dificultar su actuación, o bien porque el domicilio comercial que se hace figurar no se corresponde con el de las actividades mercantiles.

El Juzgado del domicilio del deudor es el competente. Así se desprende del artículo 63.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque aunque en su dicción sólo constan «los concursos y las quiebras voluntarias», es de recordar que para la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suspensión de pagos no es figura jurídica independiente, sino una clase de quiebra. Al Juez del domicilio del deudor comerciante se refiere el artículo 870 del Código Civil, siendo su domicilio legal el del lugar en que se hallare el centro de sus operaciones comerciales (art. 65 de la LEC). Para las compañías mercantiles en general, el que figura en la escritura de constitución o en los estatutos por los que se rijan (art. 66 de la LEC). En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (art. 5), es domicilio «el lugar en que se halle establecida su representación legal o en donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto». La vigente Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, en su artículo 6.º da preferencia al domicilio real, al ser «el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación». La fijación dolosa en la solicitud de un domicilio social diferente al real, si no constituyera un fraude de ley (art. 6, párrafo cuarto, del CC), está tan próximo a él que puede dar lugar a la inadmisión, incluso de oficio, cuando el Juez examine la solicitud (art. 4 de la Ley de Suspensión de Pagos), jurídicamente es discutible la posibilidad de que el Ministerio Fiscal plantee cuestiones de competencia cuando apreciare el cambio o la alteración del domicilio en circunstancias tales que hagan presumir un fraude para los acreedores y tenga repercusiones en la competencia territorial. Hay que destacar como argumento para su rechazo, que

tanto la declinatoria como la inhibitoria (art. 79 de la LEC) contempladas en el marco de las peculiaridades del procedimiento de la Ley de 1922, tendrían carácter incidental, y que el artículo 9, párrafo primero, de esta Ley, establece que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos no se admitirá por el Juzgado pretensión alguna incidental que tienda en forma directa o indirecta a aplazar la inmediata efectividad de la declaración judicial. Razón que legitima estas conclusiones. En primer lugar, que las cuestiones de competencia territorial, en cuanto cuestiones incidentales no son admisibles en el expediente de suspensión de pagos. En segundo término, que cuando el Juez aprecie que la solicitud se deduce, de manera fraudulenta, y en perjuicio de los acreedores, en lugar distinto al que correspondería según las normas de competencia territorial, no puede, tampoco de oficio, apreciar este tipo de incompetencia, lo que sólo se prevé para la incompetencia *ratione materiae* (art. 74 de la LEC), pero con base en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial podrá inadmitir la solicitud reservando al deudor comerciante su reproducción ante el Juzgado territorialmente competente, Y, por último, si concurriendo las circunstancias reflejadas, el Juez hubiese admitido a trámite la suspensión de pagos, podrá el Ministerio Fiscal utilizar los medios impugnatorios oportunos.

#### b") La cualidad de comerciante

Aunque el término comerciante se viene sustituyendo, incluso en el Código de Comercio (nueva redacción dada a los artículos 16 a 49 por la Ley de 25 de julio de 1989), por el de empresario (empresario mercantil individual, empresario mercantil social), las suspensiones de pagos constituyen un privilegio que se concede a los deudores que tengan la consideración legal de «comerciantes o entidades mercantiles» (art. 2 de la Ley); los demás deudores en las mismas circunstancias deberán acudir al procedimiento de quita y espera. Dado que la cualidad de comerciante es esencial habrá que acudir al artículo 1 del Código Civil. Son comerciantes individuales o sociales quienes realizan de modo habitual o profesionalmente una actividad comercial, industrial o de servicios con ánimo de lucro y en nombre propio. Sin éste último requisito se-

rían comerciantes los factores y representantes legales (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1987, declarativa de que la condición de comerciante o empresario requiere no sólo la actividad profesional con habitualidad, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica no exigido en el art. 1.º del Código Civil consistente en el ejercicio del comercio en nombre propio y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial, y esto hace que el administrador sólo sea comerciante en sentido vulgar o puramente económico por no actuar en su propio nombre sino en el de la sociedad). Teóricamente y con fundamento en el artículo 1.º del Código Civil y en la jurisprudencia interpretativa la cualidad de comerciante no es difícil configurarla. Los supuestos de hecho documentales son decisivos para la apreciación: contenido de la Memoria, relación nominal de los acreedores y procedencia de la deuda (naturaleza de las obligaciones pendientes de cumplimiento), libros de contabilidad. Con base en esos antecedentes el Ministerio Fiscal está en condiciones de informar con seguridad sobre el requisito de la cualidad de comerciante en quien ha solicitado la suspensión de pagos.

No es pacífico, sin embargo, el tratamiento que deba darse a las solicitudes de suspensión de pagos instadas por sociedades irregulares. Como las sociedades mercantiles sólo pueden adoptar alguna de las formas establecidas (principio de tipicidad que consagra el art. 122 del CC) y su constitución y adquisición de personalidad jurídica tiene lugar con el cumplimiento de ciertos presupuestos solemnes (escritura e inscripción, según los artículos 116 y 119 del CC), si en ellas faltare cualesquiera de esos requisitos formales, su naturaleza será la de sociedades irregulares, hábiles para la producción de efectos internos o *inter partes*, pero no para establecer relaciones jurídicas con terceros. Siendo esto así parece claro que si la cualidad de comerciante no puede atribuirse a las sociedades mercantiles irregulares, tampoco pueden ser declaradas en suspensión de pagos. La Sentencia, ya citada, de 19 de noviembre de 1982, admitió, si bien de modo implícito, que las sociedades irregulares al carecer de personalidad jurídica independiente no están en condiciones de ser declaradas en suspensión de pagos, y como la responsabilidad de cada uno de sus socios componentes es separada e individual, la solicitud de suspensión de

pagos deberá hacerse a nombre de ellos si fueren comerciantes individuales que giren bajo la denominación de sociedad irregular. En definitiva, estas sociedades, irregulares normalmente en cuanto no insertas, aún teniendo por objeto la realización de actividades mercantiles, no están en condiciones de acceder a la declaración de suspensión de pagos, porque constituyendo este estado un beneficio legal debe partirse de la legalidad en la constitución y funcionamiento de la entidad solicitante, lo que presupone, entre otras cosas, la legalización de los libros de comercio, acto que sólo es posible para las sociedades previamente inscritas (art. 294.3.º Regl. Reg. Merc.). No obstante, en la práctica reciente, sobre todo la posterior a la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1989, han surgido dudas sobre la concurrencia de la cualidad de comerciantes para las sociedades irregulares en general, dado que el artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas considera a las no inscritas como sociedades en formación a las que, en determinadas circunstancias, se aplicarán las normas de las sociedades colectivas, y que según el artículo 286.2.º del Reglamento del Registro Mercantil, ante suspensiones de pagos de empresario no inscrito, expresa que en los casos de sociedades mercantiles irregulares se procederá a la inscripción de las mismas. Y esas dudas se han acentuado para algunos tipos de sociedades irregulares que ofrecen las siguientes características: estar formadas en fechas cercanas a la solicitud de suspensión de pagos creando la apariencia de ejercicio del comercio, en todo caso con denominación identificativa provisional, sin contabilidad legalizada y con cuya creación se ha pretendido conciliar los intereses de una verdadera sociedad mercantil anterior (una sociedad anónima por lo general) con los intereses particulares de algunos caracterizados accionistas de ellas (a menudo administradores) gravados con avales prestados a título personal a la sociedad anónima.

La conclusión más segura es que la constitución irregular de las sociedades al carecer de personalidad jurídica y de patrimonio privativo, supone un obstáculo para acceder al expediente de suspensión de pagos, y que tampoco está previsto para los dirigentes societarios, a no ser que se justifique, como en los hechos de la Sentencia de 19 de noviembre de 1982, que realmente han realiza-

do actos de comercio en nombre propio o común profesión, excedentes, por supuesto, de operaciones de afianzamiento mercantil.

c") Acumulación de solicitudes de suspensiones de pagos

No faltan en la práctica las solicitudes de suspensiones de pagos simultáneas, o sucesivas pero con breve intervalo, procedentes de grupos de empresas que tienen distribuidas las actividades de fabricación y comercialización, e incluso la titularidad de los inmuebles del establecimiento, por lo que son evidentes los vínculos de intereses comunes (por ejemplo, titularidad unitaria de acciones, reciprocidad de créditos y deudas, otorgamiento de garantías recíprocas). Solicitudes que exigen un tratamiento único y por el mismo órgano jurisdiccional, de las insolvencias respectivas, pero al que no puede llegarse siempre por el reparto de asuntos civiles. De todas maneras, el procedimiento de la Ley de 1922 no parece pensado para tramitar solicitudes conjuntas de empresarios con personalidad jurídica propias dado el concepto individualista de la solvencia patrimonial, por lo que en su marco es problemática la posibilidad de acumular solicitudes o expedientes ya iniciados; situación resuelta positivamente en la Sentencia de 19 de noviembre de 1982 al no considerar anómala la tramitación de una suspensión de pagos solicitada conjuntamente por tres comerciantes individuales que habían sido socios de una sociedad irregular «quienes aportaron a la masa del activo la totalidad de sus respectivos patrimonios, lo que justifica la tramitación en un expediente conjunto afectante a todos los que estaban y actuaban en un negocio común, con independencia de la indudable razón de la economía procesal».

Aún cuando un adecuado planteamiento técnico llevaría a la distinción entre acumulación de autos (expedientes) —dándose los presupuestos de existencia de procedimientos pendientes acumulables (arts. 161-163 de la LEC)— y acumulación de acciones (solicitudes), tratamos aquí únicamente de esta última situación, que procederá siempre que medie conexión subjetiva (art. 153 de la LEC) o causal (art. 156 de la LEC) y con la consecuencia (art. 159 de la LEC) de que todas las pretensiones se examinen en un mismo proceso y sean objeto de una decisión conjunta. Si bien

esta terminología no es trasladable íntegramente a las suspensiones de pagos, cuando en peticiones acumuladas no haya identidad de sujetos activo y pasivo entendida como plena identidad jurídica en cada uno de los sujetos, sino que se observe diversidad en solicitantes del beneficio de suspensión y heterogeneidad en los acreedores, ello supondría un obstáculo para la acumulación en razón a la inexistencia de conexión subjetiva; y para que pudieran tener cabida en la conexidad causal del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (acciones con identidad de título o de causa de pedir) las pretensiones dirigidas por varios individuos contra una pluralidad de personas, habría que partir de una interpretación extensiva de aquella norma; aún así, la diversidad de la causa de pedir, en aquellas pretensiones de acumulación sería patente, ya que al ser presupuestos de la suspensión de pagos la cualidad de comerciante en el deudor, la pluralidad de acreedores y la insolvencia de aquél, cuando se trate de personas físicas distintas, titular cada una de ellas de un patrimonio propio, sus respectivas insolvencias han de referirse a su incapacidad específica de disponer de bienes para el pago de las obligaciones exigibles, siendo insuficiente el hecho de que éstas sean las mismas para todos si a ello no se añade el que también existe una comunidad patrimonial.

En conclusión, atendidas las ventajas e inconvenientes que pudieran derivarse de la acumulación de solicitudes de suspensión de pagos de diversos comerciantes (normalmente empresarios sociales) el Ministerio Fiscal interesará la acumulación sólo cuando advierta entre ellas elementos de conexidad subjetiva o causal tales que conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil exijan su tramitación conjunta, y en este caso, con independencia de la calificación separada de las diferentes insolvencias, debería propiciar la afectación del patrimonio de los que eventualmente fueren solventes. A la satisfacción de las deudas de los que fueren declarados en insolvencia definitiva, dejando a salvo las preferencias crediticias que sean declaradas.

b') Los documentos a acompañar con la solicitud

En tono imperativo dice el artículo 2, inciso inicial, que a la solicitud deberán acompañarse determinados documentos, así como

los libros de contabilidad (art. 3). Unos y otros son, en principio, indispensables para tener por solicitada la suspensión de pagos (art. 4). Para esta declaración basta con la existencia de los documentos revestidos de las formalidades extrínsecas requeridas, sin perjuicio de que sí en la tramitación del expediente—actuando ya los interventores—se pusieren de manifiesto irregularidades internas (falseamiento de balances, defectos en la contabilidad) la insolvencia se califique de definitiva y fraudulenta o el convenio pueda ser impugnado.

Los documentos, con la misma procedencia, van referidos unos a la condición del deudor, su situación patrimonial y las causas de la suspensión, y otros a los acreedores y al convenio que se propone. Así como la omisión total de cualesquiera de ellos hace improsperable la pretensión del solicitante, incorporaciones *ex post* pueden ser hábiles para la prosecución del procedimiento. Sobre este punto y algún otro merece reflexionarse porque no es infrecuente que el Ministerio Fiscal deba pronunciarse sobre ellos.

A la solicitud debe acompañarse el balance (inventario de los bienes y derechos), y si no fuere posible, un estado de situación que refleje la relación en que se hallan los bienes del solicitante y el conjunto de sus obligaciones (art. 2.1.º), pero con eficacia, según el precepto, limitada a treinta días, sustituyéndose entonces por el *balance definitivo*. Los efectos del incumplimiento de esta obligación en el plazo señalado, carecen de expresión legal. No parece, sin embargo, que sea necesaria la confección de ese balance en aquel término esencial, ni que su falta origine, sin más, el sobreseimiento dando por concluido el expediente, porque el artículo 8, párrafo segundo, establece que con el informe de los interventores se presentará el balance definitivo «si antes no se hubieren aportado tales documentos». La consecuencia es que se puede tener por solicitada la suspensión de pagos acompañando sólo el estado de la situación, y que el incumplimiento por el peticionario de acompañar el *balance definitivo*, en el breve plazo legal, es subsanable, por cuanto puede presentarse con el informe de los interventores que es muy posterior en el tiempo, pues su nombramiento sigue a la admisión de la solicitud de suspensión de pagos. En conclusión, la falta de balance definitivo no impide la admisión provisional de la solicitud de suspensión de pagos, ni su posterior tramitación hasta la emisión del informe por los interventores,

momento en el que se resolverá aquella situación provisoria si el balance no es aportado.

Debe adjuntarse también relación nominal de acreedores con la cuantía de los créditos (art. 2.2.º), pero si aquellos pasaren de mil o si por la índole de las operaciones de que deriven los créditos no fuere posible precisar su cuantía, es suficiente el número aproximado de aquellos y el importe global de los créditos. Así, de igual modo que la aportación del balance con el escrito originario no es esencial, siendo sustituido de modo transitorio por el estado de la situación, la lista del número exacto de acreedores es sustituible provisionalmente por otra indeterminada relativamente, y el *quantum* individualizado de los créditos por su importe conjunto. Pero tanto un dato como otro deben constar ya con certeza en el informe de los interventores (art. 8, párrafo segundo) para después formar la lista definitiva de acreedores (art. 12, inciso primero).

Han de constar la totalidad de los créditos con independencia de su naturaleza jurídica, esto es tanto los comunes como los que atribuyen un derecho de abstención, pues la asistencia o no de sus titulares a la junta para deliberar sobre la propuesta de convenio y su vinculación o no al convenio es una facultad de los acreedores.

La solicitud de suspensión de pagos es un acto voluntario y exclusivo del deudor empresario individual. Cuando proceda de una sociedad anónima la voluntad es colectiva, la del órgano de administración ratificada por la junta general (art. 2.5), lo que implica necesariamente la aportación de los respectivos documentos. Uno es la certificación del acuerdo del Consejo de Administración autorizando la solicitud de suspensión de pagos, que deberá presentarse con este escrito; y otro, el que justifique la convocatoria de la junta de accionistas para someter a ratificación el acuerdo. Con ellos puede recaer providencia de admisión de la solicitud, pero son tan esenciales la celebración de la junta y las decisiones tomadas en ella, que el expediente de suspensión de pagos concluye o se sobresee, cualesquiera sea el trámite en que se hallare, si aquella no tuviere lugar en los plazos marcados en los estatutos o si el órgano soberano de la sociedad no confirma el acuerdo del Consejo de Administración, en cuyo caso quedan los acreedores en libertad para el ejercicio de sus acciones. Ratificado el acuerdo por la junta general (art. 2.5, segundo inciso) se adoptará otro ex-

presivo de las personas u organos que representarán a la sociedad en el expediente con facultades para modificar la proposición del convenio e intervenir en todas las cuestiones que se susciten.

A la ratificación del acuerdo en la junta celebrada *ad hoc*, puede seguir la impugnación por algunos accionistas y sentencia que declare la nulidad absoluta de la junta o del acuerdo, supuesto que debe equipararse al sobreseimiento plasmado en la falta de convalidación del acuerdo.

Con la petición de suspensión de pagos serán presentados también los libros de contabilidad obligatorios (arts. 25-26 del CC) y los que se hubieren adoptado voluntariamente (art. 3) con los requisitos formales y de orden temporal establecidos (art. 27 del CC). La no disposición por el solicitante de los libros obligatorios, produce el rechazo de la pretensión deducida. Las posibles irregularidades en los libros de contabilidad relativas a la forma o al contenido no son impeditivas de la admisión a trámite, en cuanto constituyen uno de los extremos sobre los que deben pronunciarse los interventores (art. 8, inciso primero, 2), que el Juez podrá valorar para declarar definitiva la insolvencia, para iniciar la pieza de calificación y para calificar de fraudulenta la insolvencia definitiva (art. 20, segundo párrafo, en relación con el artículo 890.3.4 y 5 del C de C).

La indisponibilidad de los libros contables preceptivos se interpreta en sentido absoluto, y no sólo es motivo de inadmisión o rechazo de la solicitud de suspensión de pagos sino que puede integrar una de las causas de quiebra fraudulenta, la definida en el artículo 890.3 del C de C. Y por disponibilidad de los libros se entiende la de aquéllos que sean exigidos por la normativa jurídico-mercantil vigente, que ha variado con el tiempo. En su versión originaria el Código de Comercio consideraba libros de contabilidad obligatorios junto a los libros diario, mayor y copiadores, el de inventarios y balances (arts. 33 y siguientes), a los que sin duda se está remitiendo el artículo 3 de la Ley de Suspensión de Pagos con el término «libros de contabilidad» a presentar por el deudor comerciante, y que no sólo deben ser objeto de inspección por los interventores (art. 5.1) sino que estos informarán sobre el estado de esa contabilidad en el dictamen previo al auto en que se declare la suspensión (art. 8, párrafo segundo). Más el Código de Comercio fue modificado parcialmente por Ley de 21 de julio de

1973 (arts. 33-49), y después en esta misma materia por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que regula de otro modo todo lo relativo a libros de contabilidad, estableciendo que el empresario (individual o social), deberá llevar, además de una contabilidad ordenada que permita un seguimiento cronológico de las operaciones de la empresa, los libros estrictamente obligatorios comunes a todos los empresarios, que son (art. 25. 1), un libro de inventarios y cuentas anuales, que se abre con el balance inicial detallado de la empresa (art. 28. 1), y otro diario (art. 28.2); al cierre del ejercicio es cuando se formulan las cuentas anuales, que comprende (art. 34.1 y 2) el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria, cuyos contenidos respectivos se especifica (art. 35), documentos contables que tienen como finalidad mostrar la imagen fiel del patrimonio, la de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

El artículo 3 de la Ley de 1922, en su inciso inicial dispone que se presentarán por el solicitante los libros de contabilidad «que deba llevar con sujeción al Código de Comercio o de leyes especiales», términos lingüísticos suficientemente claros que permiten la inclusión de la totalidad de los libros que por obligación legal se exijan en un momento histórico determinado por la legislación comercial común o por la especial. En el ámbito de ésta última se halla la normativa contable de las sociedades anónimas de la Ley de 22 de diciembre de 1989, que armonizándose con la establecida con carácter general por la Ley de 25 de julio de 1989, impone a los administradores la obligación de formular las cuentas anuales (arts. 171-172), integradas por el balance (arts. 175-188), la cuenta de pérdidas y ganancias (arts. 189-198) y la Memoria (arts. 199-201), documentos representativos de la situación financiera, que una vez revisados por auditores de cuentas y aprobados por la Junta general se depositan en el Registro Mercantil (art. 218 del Regl. Reg. Mercantil de 29 de diciembre de 1989), dándose publicidad al cumplimiento de esta obligación (art. 220), en la forma prescrita (arts. 329-335).

Como el artículo 3 de la Ley de Suspensión de Pagos, con su remisión al derecho común y al especial, no sólo no impide sino que obliga a los empresarios, y de modo particular a las sociedades anónimas que soliciten suspensión de pagos, a la presentación de los documentos contables cuya llevanza sea obligada y en la forma establecida, todas las suspensiones de pagos deben ajustarse a la

estricta legalidad con la aportación de los libros de contabilidad reputados esenciales u obligatorios. Si las solicitudes no fueren acompañadas por esa documentación contable, el Ministerio Fiscal informará en sentido negativo.

El balance anual de ejercicio es uno de los documentos constitutivos del libro obligatorio de cuentas anuales (arts. 25.1 C de C y 171-172 de la Ley de Sociedades Anónimas), con el que puede seguirse la actividad de la empresa, conocerse su patrimonio y los resultados de su ejercicio; el balance como documento autónomo a presentar con la solicitud de suspensión (art. 2. 1), que debe señalar el estado actual del patrimonio y sus eventuales variaciones, no se separará mucho del balance que forma parte de los libros de contabilidad (el de cuentas anuales), cuya aportación es también esencial (art. 3, párrafo primero), por lo que resulta evidente que la confección del balance definitivo sea por el deudor comerciante o por los interventores en un término esencial pierde parte de su importancia.

¿Subsiste el requisito de que en el balance figuren bienes suficientes? Si del auto declarativo del estado de suspensión de pagos resulta acreditado, tras el análisis del dictamen de los interventores, que el pasivo excede del activo, la insolvencia definitiva fijada en él puede permanecer, y es compatible con la continuación del expediente y su conclusión por convenio. Pero si del examen de la solicitud de suspensión y de los preceptivos antecedentes documentales se constata ya con claridad la situación de déficit patrimonial, nada dice la Ley Especial sobre la procedencia o no de su admisión a trámite. No es fácil que la insolvencia o insuficiencia de bienes, se reconozca por el solicitante al tiempo de instar la iniciación del proceso, siendo, por el contrario, práctica común la situación inversa, que consiste en reflejar un activo muy superior al pasivo sobrevalorando el activo o disminuyendo el pasivo. ¿Si el balance inicial o su sustitutivo, el estado de la situación, arroja directamente un activo inferior al pasivo el Ministerio Fiscal debe pedir que se rechace de plano la solicitud del deudor? En la redacción del Código de Comercio vigente al publicarse la Ley de Suspensión de Pagos, figuraba como requisito para solicitar la suspensión de pagos la solvencia del comerciante o suficiencia de bienes para cubrir todas sus deudas (art. 870) o pasivo (art. 871), que debía tener reflejo en el balance a acompañar a la solicitud (art.

872). En la Ley de 1922, de exclusivo carácter procesal según la previsión legislativa (art. 873), en contradicción con la ley sustantiva, ha desaparecido este presupuesto objetivo, por lo que se presenta como dudoso que el Juez haya de atender o no a la suficiencia de bienes para admitir a trámite la suspensión de pagos, que sí influye, sin embargo, en la calificación de la insolvencia declarada. Entendemos que deben equipararse la insolvencia manifestada por el solicitante en su escrito originario y la declarada judicialmente con apoyo en el balance presentado por el deudor o en el balance definitivo confeccionado por los interventores. En conclusión, del propio modo que la ausencia del presupuesto objetivo de la situación de suficiencia patrimonial no es obstáculo para declarar la suspensión de pagos, tampoco el déficit expresado y advertido con la presentación de la documentación tendrá relevancia para impedir su admisión a trámite. Sólo el incumplimiento del deber de aportar la documentación obligatoria determina que el Juez proceda incluso de oficio a rechazar las solicitudes, sin perjuicio de la obligación de oponerse a admisiones indebidas que pesa sobre el Ministerio Fiscal.

c') La providencia resolviendo la solicitud de suspensión de pagos: recursos

Así como la declaración de suspensión de pagos tiene lugar por medio de auto, por providencia se resuelve el pronunciamiento sobre la admisión a trámite de la solicitud, y si ésta «se hubiere producido en forma y la acompañaren los documentos y libros indicados en los artículos anteriores, se tendrá por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos» (art. 4, inciso primero). Si la admisión se condiciona a que la petición se hiciera cumpliendo los requisitos formales y procesales ya vistos, en caso contrario procederá la denegación. Para ambas hipótesis, la de providencia estimatoria dando curso al expediente y la de providencia que desestima la petición, se ha planteado la recurribilidad o no de las mismas a la vista de que el artículo 9, párrafo primero, no admite impugnaciones dilatorias del fin del expediente desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos. Las Circulares del Fiscal del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1922 y 31

de mayo de 1926 decidieron las dudas que sobre este punto se plantearon en sentido afirmativo. En la primera de ellas se sostuvo que contra la providencia que admitió la solicitud a pesar de no acompañarse libros de contabilidad, procedía el recurso de reposición. En la segunda, ante providencia que denegó la solicitud con infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley, se resuelve que el Ministerio Fiscal recurrirá en reposición o se adherirá al promovido por el instante de la suspensión de pagos. Doctrina que ha de reputarse vigente. Según la retorma operada por la Ley de 6 de agosto de 1984 en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 376 los recursos contra las providencias que dicten los Jueces de 1.<sup>a</sup> Instancia se reducen al de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia, de donde se deduce la firmeza de la resolución impugnada. Ahora está más claro que los recursos contra las providencias referidas no se oponen a lo dispuesto en el artículo 9, primer párrafo, de la ley, porque el régimen de esas impugnaciones no contribuye a indebidas dilaciones de los expedientes. Esto es así, de un lado, porque el recurso de reposición contra las providencias no es obstáculo para la eficacia de la resolución al carecer aquél de efectos suspensivos; y de otro, porque ya no hay apelaciones contra providencias, sino sólo contra la resolución de la reposición de autos, a diterencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior que las preveía para las que no fueran de mera tramitación (arts. 377 y 380) al estar equiparadas a los autos.

- d') La declaración judicial del estado de suspensión de pagos, el informe de los interventores, la impugnación del auto y la calificación de la insolvencia

Con la Ley de 1922, que introdujo la providencia para decidir sobre la admisión a trámite, la declaración de suspensión de pagos se pospone hasta más allá del nombramiento y posesión de los interventores, al ser el informe o dictamen de estos acto preparatorio de tal declaración. Está claro que la declaración del estado de suspensión de pagos no subsigue inmediatamente a la petición formulada por el deudor comerciante, pero no es tan diáfano que la declaración sea un acto automático, lo que significaría que, una

vez admitido a trámite el expediente, la única solución judicial posible es el auto declarativo de la suspensión de pagos, o un acto no automático, hipótesis en que para decidir sobre ella habrán de examinarse de nuevo los antecedentes documentales aportados, así como el informe de los interventores, posterior en cualquier caso a la providencia, y el Juez, a la vista de ellos, resolverá la única alternativa que es declarar la suspensión de pagos o rechazarla, acordando el archivo. Debe aceptarse la naturaleza no imperativa de la declaración de suspensión de pagos, a lo que contribuye el hecho de que el informe de los interventores deviene en este punto como esencial, porque el Juez en trances de dictar el auto, valora la generalidad de las actuaciones, pero debe tener «en especial consideración» el dictamen de los interventores (art. 8, párrafo cinco). Ciertamente el informe de los interventores no vincula al Juez, pero al emanar de expertos en la materia y estrechos colaboradores del órgano jurisdiccional, puede suministrar nuevos datos técnicos y contables capaces de dar a conocer con exactitud la situación real del deudor, y, al mismo tiempo, de influir, cuando rectifiquen algún presupuesto condicionante (inexistencia de la cualidad de comerciante, documentos esenciales aparentes) en el sentido total del auto hasta el punto de rechazar la declaración de suspensión de pagos: en otras ocasiones el informe, de efectos más limitados, contribuirá a la calificación de la naturaleza de la insolvencia como definitiva o provisional, lo que sucederá cuando del estado de la situación o del balance inicial se desprenda que el activo es igual o superior al pasivo y en el informe se aprecie claramente que el activo es superado por el pasivo, situación que si no justifica el sobreseimiento del expediente, ni impide, por tanto, la declaración de suspensión de pagos, sí incidirá en la calificación de la insolvencia como definitiva.

Si atendida la normativa de la Ley de Suspensión de Pagos, el Juez debe tomar en «especial consideración» el dictamen de los interventores y lo requerido en ella para ser nombrados interventores no acreedores era ser «peritos mercantiles o prácticos» (art. 4, párrafo segundo), ahora los informes se presentan como singularmente cualificados dado que sólo pueden desempeñar las funciones de interventores de las suspensiones de pagos los auditores de cuentas (disposición adicional cuarta de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988), cualidad que pueden ostentar los

titulados universitarios que superen un examen de aptitud profesional organizado y reconocido por el Estado (art. 7.2 de la Ley) con una formación práctica por un mínimo de tres años en trabajos realizados en el ámbito financiero y contable (art. 7.3) e inscritos en el Registro oficial de auditoría de cuentas (art. 6).

Los interventores auditores de cuentas junto al interventor acreedor, en los expedientes de suspensiones de pagos realizan actuaciones relacionadas con aspectos contables que no son actividades de auditoría, sino algo diferente (así, inspección en la elaboración del balance conforme al artículo 2.1 que después será objeto de revisión, diligenciado formal de los libros contables según el art. 3) pero desarrollan otras de verificación contable que encajan en el concepto de auditoría de cuentas, tal y como está definida en el artículo 1 de la Ley de 12 de julio de 1988, cuando emiten el dictamen con el contenido del artículo 8 de la Ley de 1922, en el que tienen proyección los documentos y libros citados en los artículos 2 y 3 de esta misma ley, porque si el fin de la auditoría de cuentas es la revisión y verificación de documentos contables al emitir informes que puedan tener efectos frente a terceros (arts. 1.1 de la Ley de 1988), precisando si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de una empresa (art. 1.2), los criterios seguidos al emitirse por los interventores el dictamen que prevé el artículo 8 vienen a coincidir con el específico de un informe de auditoría, puesto que debe centrarse no sólo sobre el estado e informalidades de la contabilidad sino de modo primordial sobre la existencia y exactitud o imagen fiel de los elementos patrimoniales relacionados en el balance según la normativa actual, que identifica los balances como uno de los documentos integradores de las cuentas anuales (art. 34.1 del C de C).

El auto declarando la suspensión, *conditio iuris* del estado, es inmediatamente ejecutivo (art. 8, párrafo último). Pero no todo él, porque en cuanto de su contenido forma parte la determinación del grado de insolvencia del deudor, las facultades del Juez se extienden a calificar en ese mismo auto la insolvencia, y si inicialmente lo hubiere sido como definitiva, como la consignación o la fianza por el pasivo excedente modifica el auto se elimina tal calificación (art. 8, inciso penúltimo); y si no hubiere cobertura ni prestación de garantía la cualidad de definitiva para la insolvencia se adquiere en un momento posterior.

Por lo demás, el auto es ejecutivo «sin perjuicio de que celebrada la junta de acreedores se pueda impugnar por cualquiera de éstos o por el suspenso en el modo y tiempo fijados en los artículos 16 y 17 de esta Ley» (art. 8, último inciso). Los artículos remitidos se refieren a la oposición a la aprobación del convenio y sus causas (art. 16), y al procedimiento incidental que deberá seguirse (art. 17), con lo que el auto puede ser impugnado bastante tiempo después de dictado (art. 16, párrafo primero) y anulado total o parcialmente tras agotarse los recursos de apelación y súplica (art. 17, párrafo tercero), siendo de resaltar que las causas de impugnabilidad del artículo 16 no tienen relación con la declaración de estado de suspensión de pagos, sino con la calificación de la insolvencia (inexactitud fraudulenta del balance, exageración de los créditos, error en la estimación del pasivo).

Otro tema de interés. Las dos únicas formas legales de revocar la insolvencia definitiva, recalificando la insolvencia provisional, son la consignación y el afianzamiento hecho por terceros en el *quantum* suficiente para eliminar el desbalance. Por virtud de la prestación de la garantía o de la cobertura del déficit se impide la apertura de la pieza separada de calificación y la eventual declaración de quiebra a instancia del deudor suspenso o de los acreedores que representen dos quintos del pasivo. Han de hacerse siempre por cuenta del deudor; la consignación se concreta (arts. 1.176 y siguientes del CC), en la entrega a título gratuito y a disposición del Juez de la suspensión, de la cantidad en que el pasivo supere al activo, y el afianzamiento, en el gravamen sobre inmuebles con anotación registral, o con el depósito en establecimiento público designado por el Juez de muebles, metálico o valores. Tanto la cobertura como la garantía suponen incremento del activo, y su validez se condiciona a la identificación del tercero y a que se realicen «a satisfacción del Juez» (art. 8, párrafo sexto). Se ha cuestionado la eficacia de formas atípicas, por representar reducción o modificación del pasivo y por ser distintas a la consignación y el afianzamiento, como sería la renuncia por algunos acreedores a créditos reconocidos que forman parte del pasivo con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial. No está prevista esta posible modalidad de recalificación de la insolvencia como provisional en la Ley de Suspensión de Pagos, pero el Código Civil regula como causa de extinción de las obligaciones con el nombre de condonación o re-

misión de la deuda (arts. 1.156 y 1.187), la renuncia al derecho de crédito por su titular. En apoyo de su admisibilidad hay que destacar que si están permitidos en la Ley de 1922 convenios remisivos, de condonación o de quita (paralelos a la quita como acuerdo previo del concurso de los artículos 1.912 y 1.918 del CC), de origen multilateral, en una etapa procesal posterior, también una vez abierta la fase para una posible revocación de la insolvencia definitiva, será eficaz un acto unilateral, o sin pacto ni convenio, de remisión o quitamiento (remisión y quita se emplean como sinónimos en el artículo 1.146 del CC). Es un acto que se perfecciona unilateralmente, sin contraprestación alguna, que debe llegar a conocimiento del deudor y del órgano jurisdiccional; la voluntad del deudor no perfecciona la renuncia y en cuanto favorece al suspenso no requiere tampoco su aceptación formal en virtud del principio *invito beneficia non conferuntur*. Parece, sin embargo, necesario, como ocurre con la consignación y la fianza, que la renuncia a los créditos lo sea «a satisfacción del Juez».

Así como la insolvencia calificada de definitiva en el auto que declara la suspensión de pagos puede ser recalificada de provisional si en el plazo fijado se cumplen las obligaciones de cobertura o de garantía (art. 8, párrafo cuarto), no prevé la ley expresamente la situación contraria o de conversión de la provisional en definitiva. Pero tal modificación es posible y debe dictarse un auto en ese sentido cuando prosperen ante el Juez de la suspensión o ante el que resuelva el posterior juicio declarativo las reclamaciones cuyo *petitum* sea la inclusión de un crédito excluido o el aumento del incluido (arts. 11, párrafo tercero, y 12, inciso segundo), o cuando se dé lugar a la oposición a la aprobación judicial del convenio por error en la estimación del activo o del pasivo si hubiere influido en la calificación de la insolvencia (art. 16.5.).

Analizamos aquí la posibilidad de que durante la tramitación del expediente se concluyan eficazmente negocios dispositivos o de enajenación sobre bienes y traslativos de créditos de la titularidad del suspenso. Se trataría siempre de actos excedentes de la ordinaria administración que exigen en el declarante como requisito legal de eficacia (*conditio iuris*) la plena capacidad de obrar o de ejercitar por sí los derechos y someterse a las obligaciones, requisitos que no se dan en el declarado en suspensión de pagos. Es cierto que como ha reconocido el Tribunal Supremo en interpreta-

ción de las oportunas normas (Sentencias, entre otras, de 28 de octubre de 1985, 11 de febrero de 1986, 22 de abril de 1987 y 18 de noviembre de 1988), que el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime convenientes, siempre contando con el concurso de los interventores para determinadas operaciones, por lo que no se trata como ocurre en la quiebra (art. 878 del C de C), de una inhabilitación equiparable a la incapacidad, sino de una actuación similar a la *auctoritas interpositio* semejante a la del tutor. Pero aunque en la declaración del estado de suspensión de pagos no se produce la inhabilitación total del deudor en la esfera patrimonial, si estamos ante una incapacidad parcial de obrar que restringe la aptitud para realizar actos de atribución patrimonial o de gravamen de inmuebles, puesto que requieren para su validez un complemento de capacidad (consentimiento de los interventores, autorización judicial). En efecto, en la Ley de 1922, una vez iniciada la suspensión de pagos, la capacidad de obrar del deudor comerciante ya no es plena, sino que para determinados negocios son imprescindibles actos complementarios que se erigen en requisitos constitutivos para la eficacia. En unas ocasiones (antes de la declaración del estado de suspensión y de la calificación como definitiva de la insolvencia), los límites a la capacidad de disposición pueden ser legales o bien impuestos expresamente por el Juez (art. 6). Otras veces (tras la calificación y permanencia de la insolvencia definitiva), los límites no tienen más fuente que la judicial (art. 8, párrafo sexto, último inciso).

Para la primera de las fases aludidas, e incluso hasta que el convenio obtenga la aprobación de los acreedores, es principio general que el suspenso conserva la administración de los bienes y la gerencia de sus negocios, pero con las limitaciones, sin restricción alguna, que, en cada caso, fije el Juzgado previo informe especial de los interventores (art. 6, inciso primero), por lo que si el acto a realizar se hallare en el área de los límites la capacidad habrá de completarse, pero sin que aquí el precepto diga cómo ni por quién. Por el contrario, si el Juez no se ha pronunciado sobre la graduación de la capacidad, regirán de modo directo las limitaciones *ope legis* a las que acomodará el suspenso la realización de los actos negociales (art. 6, párrafo primero, números 1, 2, 3), figurando entre ellas la necesidad del acuerdo o consentimiento de los inter-

ventores «para celebrar todo contrato» y para «la venta de bienes que sea necesario enajenar».

Para la segunda fase no existen límites *ex lege*, por lo que será obligatorio un explícito pronunciamiento judicial sobre los actos que puede concluir el suspenso y los que se condicionan a la autorización, al disponer el artículo 8, párrafo sexto, último inciso, que en el auto en que se declare la insolvencia definitiva, el Juez «fijará los límites de la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en este estado». En este caso no es necesario que preceda informe especial de los interventores para concretar la extensión de los límites a la capacidad de obrar, por lo que es libre la facultad del Juez para mantener los que pudiera haber acordado en la anterior etapa, reducirlos o ampliarlos.

No habrá, en consecuencia, impedimentos prácticos para la realización de determinados activos del suspenso siempre que se hayan situado excepcionalmente por el Juez en el círculo de su capacidad, o que concurren los elementos formales que completan la capacidad de obrar del suspenso. Tampoco hay cuestión en orden a que los requisitos particulares de validez (autorización judicial, acuerdo de los interventores), han de ser anteriores al acto dispositivo, sin que quepa la ratificación posterior en armonía con el principio de no convalidación de los actos nulos, por lo que si, eventualmente, hubieren subseguido, no pueden actuar retroactivamente, dándoles eficacia. Lo no resuelto es si en alguna ocasión la concurrencia de aquellos requisitos será cumulativa o conjunta; en particular, cuando el Juez no haya establecido límites, y entre los legales, como sucede en el artículo 6, se halle el acuerdo o concurso de los interventores para actos de disposición, ¿es necesaria, además, la autorización judicial? Interpretando restrictivamente los límites, el penúltimo párrafo de esa norma conduce a la solución negativa, porque según su tenor los actos que enumera «realizados sin el concurso o acuerdo de los interventores... serán nulos e ineficaces», y sólo es necesaria la autorización del Juez para los que puedan tener lugar «antes de que los interventores tomen posesión de su cargo». Así, son considerados el acuerdo de los interventores y la autorización judicial aisladamente, conduciendo su falta a la invalidez textual. Más la solución parece extraña, dado que los interventores son delegados o auxiliares del Juez para todos los actos en que está previsto su concurso, por lo que más

acorde con su naturaleza sería imponerles el deber de informar al Juez, e incluso a las partes, sobre causas y fundamentos de la enajenación de activos, y con oposición o sin ella el Juez podría confirmar o no el acto de disposición en proyecto.

e') El convenio: desde la proposición al cumplimiento total

Las normas de la Ley de 1922 ordenan, con exclusión de cualesquiera otras, el procedimiento de suspensión de pagos (art. 1), cuya conclusión más frecuente coincide con la aprobación por el Juez del convenio propuesto por el deudor, que tiene fuerza vinculante para todos si es aceptado por la mayoría legal de acreedores. Antes del refrendo judicial el convenio es impugnabile por determinados acreedores (los discordantes, los no asistentes a la junta y los eliminados de la lista definitiva, según puede verse en el art. 16); el incumplimiento por el deudor del convenio aprobado, no lleva aparejada la facultad resolutoria propia de los negocios jurídicos bilaterales, sino su rescisión y la declaración de quiebra; efecto del cumplimiento en el orden sustantivo es la extinción de las obligaciones preexistentes en los términos estipulados, y en el orden procesal representa el *dies ad quem* de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento.

Entre los presupuestos formales requeridos para la apertura del expediente de suspensión de pagos, uno de los cuales es la propuesta de convenio, y el cumplimiento del convenio, que le pone fin, existen variados actos, contractuales unos y otros procesales, y distintas formalidades que conducen a la homologación judicial. Algunas de ellas, en el marco de las relaciones privadas entre acreedor y deudor, extrañas a las funciones del Ministerio Fiscal. La exposición sucinta de su cronología muestra esas diferenciadas facetas.

La propuesta de convenio se acompaña a la solicitud (art. 2.4), quedando a disposición de los acreedores hasta el día señalado para la celebración de la junta (art. 10, último párrafo), a la que tienen derecho a asistir, y el deudor obligación, pues su falta da lugar a la conclusión del expediente (art. 13, párrafos primero y segundo); constituida la junta la propuesta de convenio se lee por el Secretario, abriéndose debate sobre el mismo, sin límites porque

se reconoce el *ius variandi* a acreedores y deudor, pudiendo concluir la oferta con la aceptación o aprobación por los acreedores si concurrieren los *quorum* exigidos (art. 14), o con su rechazo si no se reuniera esa mayoría (art. 15, segundo inciso), declarándose terminado en este supuesto el expediente (art. 13, párrafo cuarto); el Juez proclama el resultado de la votación favorable al convenio (art. 15, uno), y transcurridos ocho días desde la celebración de la junta sin que los legitimados hubieren formulado oposición (art. 16, párrafo inicial), el Juez dicta auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él (art. 17, primer inciso).

A este convenio aprobado en junta por los acreedores, o con adhesión oral al proyecto del deudor, se equipara el convenio mediante tramitación escrita o con la adhesión formal (notarial o judicial), prestada por los acreedores a la proposición del deudor, regulado en los artículos 18 y 19, si bien con algunas variantes en los trámites que llevan a la homologación del convenio o al sobreseimiento del expediente.

La fase contractual que se inicia con la oferta que hace el deudor para el pago de los créditos, y que se mantiene durante el perfeccionamiento por la adhesión mayoritaria de los acreedores, constituye un espacio jurídico sin funciones para el Ministerio Fiscal. Pero las recupera en etapas subsiguientes en las que la tramitación rebasa la expresión de voluntades de acreedores y deudor, que están formadas por la oposición a la aprobación y por la rescisión del convenio aprobado cuando fuere incumplido. En efecto, antes de la aprobación judicial, el convenio aceptado por mayoría de los acreedores no titulares del derecho de abstención, es impugnabile (la llamada oposición al convenio prevista en los arts. 16 y 19), por causas que van desde irregularidades formales al fraude; después del auto de homologación judicial, el incumplimiento puede hacer perder su eficacia al convenio (art. 17, párrafo último).

En la Ley (art. 16, inciso primero), figuran como legitimados para instar la nulidad del convenio aún no aprobado sólo algunos acreedores, y para promover su rescisión y la declaración consecutiva de quiebra cualquiera de los acreedores (art. 17, inciso final). No extraña la exclusión de los interventores judiciales porque cesaron en sus funciones cuando el Juez proclama el resultado de la votación favorable al convenio (art. 15, uno), si bien los acree-

dores, ya a título particular, pueden conferirles su representación para ejercitar las acciones procedentes (art. 15, párrafos primero y segundo). No se menciona tampoco al Ministerio Fiscal para su eventual intervención en el proceso incidental de oposición ni en el juicio declarativo a seguir en el supuesto de convenio incumplido. De nuevo habrá que acudir a la formulación general del artículo 23 sobre el Ministerio Fiscal parte «hasta el total cumplimiento del convenio», expresión comprensiva tanto de la fase procesal de la aprobación-oposición al convenio como de la del cumplimiento-incumplimiento. Interpretación que, aunque por vía indirecta, no es ajena a la jurisprudencia (Sentencias de 21 de octubre de 1973, 28 de abril de 1987), pues habiéndose alegado la anómala constitución de la relación jurídica procesal al no haber intervenido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo lo rechazó porque el artículo 23 lo que ordena es que el Ministerio Fiscal sea parte en el expediente de suspensión de pagos, pero el precepto no es aplicable a las reclamaciones judiciales contra quienes se hallen declarados en estado de suspensión de pagos, conforme a esta ajustada tesis, cumplimiento excesivo de la intervención del Ministerio Fiscal tanto en instancia como en casación, fue la que se desprende de los antecedentes de la Sentencia de 19 de noviembre de 1982 que trae su causa de demanda promovida por acreedores antes de formular oposición al convenio, en la que ejercitándose una acción declarativa se solicitó la nulidad del expediente de suspensión de pagos planteada al margen de este proceso ante la prohibición legal (art. 9, primero y segundo inciso), de solicitar dentro de él la nulidad, o la revocación del auto que declara la suspensión de pagos.

En el proceso incidental de oposición al convenio es necesaria la participación del Ministerio Fiscal. La razón es doble. Porque algunos de los motivos que lo autorizan se concretan en inobservancia de formalidades en el procedimiento (art. 16.7), en falta de personalidad (art. 16.2) o en errores de la estimación del pasivo o en la declaración del derecho de abstención (art. 16.5 y 6), todos configurados como causas de nulidad formal que afectan al procedimiento y a la eficacia del convenio. Y, sobre todo, porque entre los denominados motivos de oposición, hay causas de nulidad sustancial relacionadas con el fraude en muy diversas manifestaciones (inteligencias fraudulentas entre deudor y acreedores o de és-

tos entre sí con vulneración del principio de *par conditio creditorum*, exageración de créditos, de inexactitudes, también fraudulentas en el balance, art. 16.3 4 y 7), que no sólo repercuten en la formación de las mayorías o en el concierto y aprobación del convenio, sino que integran figuras delictivas comunes cuyas consecuencias civiles serían la invalidación del convenio.

A pesar de que la jurisprudencia configura el convenio como institución de carácter contractual que ha de cumplirse como los demás contratos (Sentencia de 15 de febrero de 1962), o como negocio jurídico *sui generis* (Sentencia de 30 de mayo de 1969), o complejo (Sentencia de 4 de julio de 1966), su incumplimiento por el deudor se sanciona de forma distinta a la prevenida para los contratos bilaterales, pues para la eventualidad del incumplimiento el artículo 17, último párrafo, sólo concede acción para instar un tipo de invalidez que, a pesar de no fundarse en la lesión o perjuicio, llama rescisión, y una vez obtenida la declaración de ineficacia del convenio en el correspondiente juicio declarativo (Sentencia de 8 de octubre de 1975), puede pretenderse la quiebra (Sentencia de 30 de abril de 1968). De esta manera resulta que los efectos del incumplimiento del convenio en la suspensión de pagos son paralelos a los del incumplimiento de los convenios en el concurso y en la quiebra; en el concurso de acreedores (art. 1.919 del CC), con el incumplimiento total o parcial renace el crédito primitivo y puede pedirse la declaración o la continuación del concurso, lo mismo que ocurre en los convenios de quita o espera (art. 1.155 de la LEC). La falta de cumplimiento del convenio en la quiebra legítima a cualquiera de los acreedores para pedir la rescisión y la continuación de la quiebra que ya había sido declarada (art. 906 del C de C).

Los efectos del incumplimiento del convenio en la suspensión de pagos están relacionados con la legitimación del Ministerio Fiscal para actuar en los procesos que los declaren. El Ministerio Fiscal es parte hasta el cumplimiento (art. 23) y como el incumplimiento es situación anterior a la satisfacción por el deudor de las prestaciones acordadas, en principio parece que se halla en el ámbito de la intervención del Ministerio Fiscal. Pero sucede que, presupuesto el incumplimiento, la acción cuyo ejercicio reconoce el artículo 17 no se dirige al cumplimiento del convenio sino a su extinción e ineficacia. Luego si el Ministerio Fiscal interviene sólo

hasta el cumplimiento, ha de entenderse hasta el cumplimiento normal o voluntario del convenio, porque frente al incumplimiento no existe en el artículo 17 la opción entre el ejercicio de la acción de resolución y la de cumplimiento forzoso sobre el patrimonio del deudor.

### C) PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS RESOLUCIONES RECAIDAS EN LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

En íntima relación con la protección de los derechos de los acreedores y con el principio de seguridad jurídica, hay que colocar la publicidad registral de la declaración del estado de suspensión de pagos y la de otras resoluciones dictadas en el procedimiento, porque al imponer ciertas limitaciones a la facultad de libre disposición del suspenso, influyen en la validez de negocios jurídicos a concluir permaneciendo aquellas situaciones. De ahí la necesidad del acceso a los asientos registrales de los actos del Juez que por disposición legal deben ser objeto de anotación o de inscripción. Materia ésta que tampoco debe ser ajena a las funciones a desarrollar por el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.

En orden a la capacidad de obrar del suspenso y de su aptitud para realizar negocios o actos de enajenación de bienes cuya titularidad le corresponde, ya se ha advertido que la intervención de las operaciones del deudor aunque aparentemente se presenta como medio de fiscalización y control de la administración y gestión, en realidad produce una limitación de la capacidad, al reputarse ineficaces en el artículo 6 de la Ley, los actos realizados por el suspenso sin que se hayan observado las formalidades que constituyen el complemento de capacidad. De modo que si la declaración de suspensión de pagos no supone incapacidad para el deudor o para los representantes o gestores de la sociedad, si constituye una limitación a la disposición de los bienes; uno y otros conservan intacta su capacidad de obrar general, pero no son absolutamente libres para perfeccionar válidamente actos de disposición sobre bienes propios o que tienen en administración en calidad de gestores o representantes de la sociedad declarada en estado de suspensión. Aunque la actividad encomendada a los in-

terventores no esté en función de la restricción de la capacidad de obrar del deudor y los gestores, sí es representativa de una prohibición que limita la libertad de disposición, de entidad tal que es susceptible de acceder al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y para el empresario individual también al Registro Civil, todo ello por razones de seguridad del tráfico jurídico y de los derechos de los acreedores o de terceros. En este sentido, dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1991, 20 de octubre de 1991 y 19 de abril de 1993, que la declaración de suspensión de pagos sólo tiene eficacia, respecto a la actividad patrimonial del deudor, desde el momento en que la declaración judicial de tal situación irregular para el normal tráfico jurídico impone la fiscalización de todas las operaciones del deudor con la consiguiente designación de interventores, y por tanto el deudor conserva intacta su capacidad, pero no es plenamente libre sino que tiene su operatividad controlada a fin de procurar su propio interés y de los acreedores mientras se halle sujeto al procedimiento.

Como con el sistema de publicidad ordenado legalmente para las declaraciones de suspensión de pagos y demás actos esenciales, no sólo se trata de proteger a los acreedores y a los terceros que puedan contratar con el deudor comerciante suspenso, sino también de afirmar el principio de seguridad jurídica de todo tipo de relaciones jurídico-privadas consagrado en el artículo 9 de la Constitución, es preciso que el Ministerio Fiscal cuide también la faceta registral del procedimiento de suspensión de pagos a fin de que por el titular del órgano jurisdiccional se cursen sin dilaciones los mandamientos prevenidos para que se inscriban o anoten, en su caso, las resoluciones que deban constar en los Registros respectivos; pues no en vano, como ha quedado expuesto, desde que la suspensión de pagos es admitida a trámite, y en mayor medida cuando es declarada, aunque no dé lugar a una restricción general de la capacidad, sí produce una modificación jurídica en la esfera patrimonial del suspenso por disposición de la Ley semejante a la que pueda derivarse de las prohibiciones de disponer.

Este tema de la publicidad registral de las resoluciones recaídas en expedientes de suspensiones de pagos no se halla armónicamente regulado en las distintas normas que se ocupan de ella. Una exposición analítica resumida de las mismas nos muestra las siguientes particularidades.

El acceso al Registro de la Propiedad de los autos declarando la suspensión de pagos y fijando la calificación de la insolvencia, tiene su amparo en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, al declarar inscribibles las resoluciones judiciales «por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes», y que está desarrollado por el artículo 10 del Reglamento Hipotecario, en el que se aclara que las resoluciones judiciales inscribibles en el Registro no son sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, «sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante». Si bien es cierto, como se ha dicho que la limitación de disponer que representa la declaración de suspensión de pagos no constituye incapacitación, la inscripción se hará en el Libro de incapacitados (art. 386 del RH) y la cancelación se hará por nota marginal (art. 386, inciso segundo, del RH). Mediante esta inscripción se da publicidad registral a la limitación impuesta a la libertad de disposición a fin de que pueda ser conocida por los eventuales adquirentes de bienes inmuebles pertenecientes al suspenso, al tiempo que facilita al Registrador el dato de esa limitación en el desempeño de la función calificadora; en otro caso podrían acceder al Registro actos nulos o anulables, no convalidables ciertamente por la inscripción según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, pero esa nulidad había de mantenerse en relación al tercer adquirente protegido por la fe pública registral consagrada en el artículo 34 de dicha Ley Hipotecaria.

Reconociendo que la solicitud de suspensión de pagos no presenta los caracteres, la forma ni la estructura de una verdadera demanda, a efectos de la posible anotación preventiva pueden identificarse. Y en tal sentido es procedente la anotación preventiva de la providencia que admite a trámite la solicitud de suspensión de pagos, porque sí en el artículo 42.5.º de la Ley Hipotecaria sólo se faculta para pedirla al que propusiere la demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el artículo 2.4, conforme al artículo 43. párrafo tercero, de la propia Ley Hipotecaria podrá hacerse también esa anotación preventiva de oficio en virtud de providencia judicial, a lo que debe añadirse que el artículo 142 del Reglamento Hipotecario establece, de

modo muy genérico, que procede la anotación preventiva de que trata el artículo 42.5.ª de la Ley Hipotecaria «en los casos de suspensión de pagos... previos los trámites establecidos en las leyes».

Si en la legislación hipotecaria la exigencia de publicidad derivada de la inscripción y la anotación preventiva para el auto que declare la suspensión de pagos y para la providencia de admisión a trámite de la solicitud, se obtiene de modo implícito e indirecto, en las normas reguladoras del Registro Mercantil (Reglamento aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1989), la obligación de la publicidad registral para determinados actos procesales del Juez dictados en el expediente de suspensión de pagos, aparece de forma expresa y directa, aunque con algunas imprecisiones. Se prevén en el Reglamento del Registro Mercantil tanto la inscripción como la anotación preventiva, procediendo una u otra según que la resolución remitida en virtud de mandamiento judicial sea o no firme (art. 287.1). Conforme a lo que dispone el artículo 284, en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible, se inscribirán los siguientes actos: la providencia de admisión a trámite de la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos; el acuerdo del Juez declarando legalmente concluido el expediente por no haber concurrido a la junta el número de acreedores previsto en el artículo 13 de la Ley de Suspensión de Pagos (y aunque no se diga los demás supuestos de terminación anormal del expediente); el auto de aprobación del convenio del suspenso con sus acreedores, y cuantas resoluciones se dicten en el procedimiento de suspensión de pagos que afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor, así como el nombramiento y la sustitución de los interventores. Es de notar que a tenor del artículo 9.1.º del Reglamento, que sólo desde la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» los actos sujetos a inscripción son oponibles a terceros de buena fe, con lo que la inscripción no es constitutiva sino un mero instrumento de publicidad de los actos inscritos.

Los asientos antes referidos se cancelan en virtud de mandamiento judicial, transcribiendo la parte dispositiva de la resolución judicial firme por la que se sobresea la suspensión de pagos o se declare el íntegro cumplimiento del convenio aprobado (art. 289).

Las suspensiones de pagos tampoco permanecen al margen del Registro Civil, obviamente cuando los afectados por ellas sean

empresarios individuales. Si la Ley del Registro Civil (art. 46) dice muy genéricamente que se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento «las declaraciones de suspensión de pagos», el Reglamento, muy especificativo, declara inscribibles (art. 178) la providencia por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, el auto declarando este estado —inscripción en la que se precisará si la insolvencia es provisional o definitiva y los límites que el Juez fije a la capacidad del suspenso— y el hecho de haberse aprobado judicialmente el convenio.

La publicidad registral no aparece suficientemente regulada en la Ley de Suspensión de Pagos. Por lo pronto, no todas las resoluciones que imponen límites a la capacidad figuran en el marco legal, y están omitidos parte de los supuestos que concluyen de modo anormal el expediente. Sin que haya referencias a la publicidad con causa en resoluciones producidas en el juicio de responsabilidad o en el instrumental cautelar.

Se anotarán en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad en que se hallen inscritos los inmuebles del suspenso, la providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos (art. 4, inciso uno), en la que se ha ordenado la intervención de las operaciones del deudor (art. 4, párrafo segundo), con la amplitud que se detalla en el artículo 6.

Sin embargo, para el auto que declara la suspensión de pagos y califica la insolvencia, el artículo 8, último párrafo, contempla sólo la publicidad extrarregistral, que queda a la discrecionalidad del Juez; a tal auto, en efecto, «se le dará la publicidad que el Juez estime conveniente según la importancia del pasivo y el número de acreedores». Pero como en ese auto el Juez debe fijar «los límites de la actuación gestora del suspenso» (art. 8, inciso penúltimo), que afectan a su capacidad de disposición, su acceso al Registro de la Propiedad está justificado por el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, y al Registro Mercantil por el artículo 284 de su Reglamento.

La publicidad para la conclusión normal del expediente que conlleva el fin de los límites de las facultades patrimoniales, sí está prevista, pues del auto aprobando el convenio el Juez librerá los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad (art. 17, primer inciso). Al auto aprobatorio del convenio cumplido ha de seguir la providencia ejecutoria, ya que con-

forme al artículo 83 de la Ley Hipotecaria tal resolución es indispensable para la efectividad de la cancelación de las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial. Si las cancelaciones no son automáticas, sólo con la notificación a los Registros de la providencia se extinguirá la situación jurídica creada consiguiendo el asiento de cancelación de las anotaciones o inscripciones.

En la Ley de Suspensión de Pagos, la publicidad registral para la terminación del expediente en forma distinta a la del convenio, se reduce a la del acuerdo por el cual el Juez le concluye cuando a la Junta no concurriesen acreedores cuyos créditos no alcanzaren el *quantum* del pasivo del deudor determinado *ex lege* (art. 13, párrafos cuarto y quinto). Mas nada se dice para los demás casos de archivo o sobreseimiento del expediente, seguidos o no de la declaración de quiebra, debidos unas veces a conductas de los acreedores o del deudor (art. 10, párrafo primero) y otras a las del deudor (art. 13, segundo inciso), o a la de los acreedores (art. 15, dos). También en estos supuestos se cancelará la anotada denegación de acceso al Registro de cualquier acto dispositivo a concluir por el solicitante de la suspensión admitida o por el declarado en ese estado.

De conformidad con las normas generales relativas a las anotaciones preventivas contenidas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que resultan aplicables aunque se parte de un *numerus clausus* para ellas, tendrán acceso al Registro de la Propiedad las medidas cautelares que hayan podido adoptarse durante la tramitación del juicio de responsabilidad (art. 20, párrafo cuarto de la Ley de Suspensión de Pagos), así como las sentencias firmes recaídas.

#### CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> En las suspensiones de pagos el Ministerio Fiscal es parte, según terminología de la ley reguladora, siendo obligada su intervención tanto en la pieza separada que se forma para calificar las insolvencias definitivas y exigir responsabilidades (art. 20, inciso segundo), como en el procedimiento principal de suspensión desde su apertura hasta que concluye con el cumplimiento del conve-

nio aprobado (art. 23); pero es cuestionado aun el sentido y su naturaleza jurídica, así como las atribuciones que conlleva su intervención en estos procesos, indefinición a la que han podido contribuir los términos poco explícitos de los Estatutos del Ministerio Fiscal sucesivamente vigentes.

2.<sup>a</sup> En la práctica de las suspensiones de pagos, siendo, por supuesto, el Ministerio Fiscal más que un mero dictaminador, el modo de manifestarse su actividad no se sujeta siempre a unos mismos criterios tanto si se atiende a la forma como a la intensidad de sus iniciativas procesales: estas heterogéneas actitudes deben conciliarse buscando una interpretación unificadora que armonice con el principio estatutario de unidad de actuación. La consecución de un exclusivo esquema de actuación capaz de eliminar la disparidad, es el objetivo pretendido por esta Circular.

3.<sup>a</sup> Sobre la apuntada disparidad interpretativa respecto a las funciones que realmente ha de cumplir el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos han podido influir dos factores. Uno sería la evolución histórica de la intervención del Ministerio Fiscal, que nos muestra oscilaciones situadas o en la intervención de grado mínimo, cuando la suspensión de pagos era una clase de quiebra, o en la inexistencia de cualquier intervención, cuando la suspensión de pagos adquiere el carácter de figura jurídica autónoma sin prever para ella una eventual calificación. El otro factor podría estar constituido por alguna de las orientaciones contenidas en las Circulares del Fiscal del Tribunal Supremo de 1922 sobre interpretación de la ley recientemente promulgada, en donde tras afirmarse que hasta ahora ha sido manifiesta la ausencia del Ministerio Fiscal en todos los trámites de las suspensiones de pagos, se expresa, sobre determinadas fases y momentos del procedimiento, que el Ministerio Fiscal deberá observar una prudente abstención. Tan singular doctrina restrictiva, inadmisibles hoy, pudo ser ajustada a las circunstancias de la época, con escasas suspensiones de pagos y de poca entidad, e incluso a la propia naturaleza de la ley que analizaba, que fue prevista como norma temporal, razón por la cual también los criterios de la Fiscalía del Tribunal Supremo serían transitorios, sin perspectivas de permanencia absoluta e incondicionada en el futuro.

4.<sup>a</sup> La apertura de la pieza para depurar responsabilidades al suspenso cuya insolvencia se declarare como definitiva es decisión

del Juez, pero el Ministerio Fiscal interviene sin limitaciones en ella, calificando la insolvencia definitiva, instando medidas cautelares e iniciando por demanda el llamado juicio de responsabilidad. Más a propósito de esta intervención hay que aclarar algunos puntos a fin de que quede definida la posición del Ministerio Fiscal sobre la continuación o no de la pieza de calificación abierta.

a) Si tras haberse iniciado la tramitación de la pieza para exigir responsabilidades, el otro procedimiento, el de suspensión de pagos, se sobreseyere por alguna de las causas legales, tal conclusión extiende sus efectos extintivos a la pieza separada, por lo que cuando el Ministerio Fiscal conociere que el expediente de suspensión de pagos ha sido sobreseído, dictaminará en la pieza en el sentido de que procede tenerla por concluida, absteniéndose de formular demanda, y si el sobreseimiento se produjere en tramitación ya el juicio de responsabilidad desistirá de él.

b) Si al auto que declara la insolvencia definitiva sigue no el sobreseimiento sino la aprobación del convenio, esta situación es compatible con la prosecución de la pieza y con la calificación de culpable o fraudulenta para la suspensión de pagos, así como con la formulación de demanda por el Ministerio Fiscal.

c) Aun cuando no esté previsto en la ley el desistimiento, a iniciativa del suspenso, hay que partir de su admisibilidad dado el carácter voluntario y de privilegio procesal de la suspensión de pagos, pero con límites de distinta naturaleza; por virtud de los temporales, el ejercicio de la facultad ha de ser anterior a la iniciación de la pieza de responsabilidad, y por razón de los límites formales sus efectos no son automáticos, sino que es exigible la comunicación del acto unilateral del desistimiento a las demás partes para que tengan la oportunidad de solicitar la continuación del procedimiento.

5.ª Si la calificación de la quiebra lleva aparejada consecuencias penales cuando se repute fraudulenta o culpable (arts. 520-521 del Código Penal), y media el requisito legal de procedibilidad, las insolvencias definitivas en las suspensiones de pagos, aun calificadas de culpables o fraudulentas, no constituyen, en ningún caso, el antecedente necesario para exigir responsabilidad criminal, por cuanto no existen tipos penales que prevean suspensiones de pagos punibles, por lo que el Ministerio Fiscal en las demandas de responsabilidad fundadas en insolvencias fraudulentas o culpables,

no solicitará deducción de testimonio alguno de particulares para proceder criminalmente contra el suspenso.

6.<sup>a</sup> Si en el derecho dado está excluida de modo incondicionado la petición de eventuales responsabilidades criminales derivadas de la calificación de las insolencias definitivas como culpables o fraudulentas, y a pesar de ello la Ley de Suspensión de Pagos (arts. 8 y 20), ordena para esos casos la iniciación de un juicio civil —el declarativo de mayor cuantía— para la determinación y efectividad de las responsabilidades del suspenso, parece inobjetable la naturaleza civil patrimonial de la responsabilidad a exigir, pero aconteció que como con el convenio aprobado, cumplido o en vías de cumplimiento, que normalmente precede al juicio de responsabilidad se han extinguido las preexistentes obligaciones de cuyo incumplimiento hubiera podido dimanar responsabilidad. el Ministerio Fiscal se hallará en la duda, si se decide a formular demanda en el juicio de responsabilidad por existir activos objeto del futuro fallo favorable, sobre quienes deberán ser demandados y por qué circunstancias de hecho y jurídicas. Procedería deducir la demanda ejercitando la acción civil de responsabilidad o la acción, también civil, para la ejecución forzosa del convenio, con estas particularidades.

a) Dirigirla no contra el suspenso, porque con un convenio aprobado e incluso ejecutado, no tiene responsabilidades civiles pendientes, sino que como demandados podrían figurar consejeros o gerentes de sociedades, que son también destinatarios de la acción para depurar responsabilidades (art. 20, párrafo primero). La responsabilidad se hará derivar de alguna de las causas de culpabilidad o fraudulencia o cuando el perjuicio de los acreedores provenga de otros actos imputables al demandado.

b) Demandar al declarado en suspensión de pagos cuando haya incumplido el convenio judicialmente homologado, y los acreedores no hayan ejercitado su rescisión y la consecutiva declaración de quiebra, supuesto en que el *petitum* de la demanda sería el cumplimiento coactivo de las obligaciones asumidas en el concierto del convenio, si tal forma de ejecución no se considera ajena a la suspensión de pagos.

7.<sup>a</sup> Situados ya en el marco del procedimiento principal, el expediente de suspensión de pagos, la intervención del Ministerio Fiscal se extiende tanto a las fases procesales de declaración como

a las del convenio (art. 23), pero su actividad ofrece variedad de fines, pues si es cierto que la ley lo considera primordialmente en su faceta de parte en los procesos de esa naturaleza, no puede olvidarse al Ministerio Fiscal como titular de la acción penal que ha de iniciar o continuar durante la sustanciación del expediente para la persecución de infracciones punibles.

a) Concretos preceptos de la ley describen conductas antijurídicas de los interventores (art. 8), y del suspenso (art. 6), derivadas del incumplimiento de obligaciones legales; en el primer caso de la obligación de emitir dictamen, y para los suspensos, de la inobservancia de la obligación de completar su capacidad —limitada para actos de administración y disposición patrimonial— que por remisión de la norma se suelen incardinar en la estafa genérica, pero dado que la acción recae sobre actos negociales o bienes propios, su tipicidad puede hallar un mejor encaje en la figura del alzamiento de bienes.

b) El ejercicio de acciones por cualesquiera otros delitos de cuya comisión puedan desprenderse indicios en los datos que resulten del expediente concursal, es conciliable con la prosecución de éste, compatibilidad que se extiende a los procesos por delitos iniciados antes de la suspensión de pagos; sin embargo, con esa tramitación paralela y concurrente de procesos concursales y penales, siempre que de estos derive responsabilidad civil directa y subsidiaria, surgen problemas de no fácil solución relativos al modo en que las medidas cautelares adoptadas en el proceso penal pueden afectar a la tramitación de un procedimiento de suspensión de pagos.

c) Aun cuando el artículo 20 de la Ley parte de la integridad y subsistencia del convenio no obstante la prosperabilidad de las acciones penales, cuando se trate de delitos cometidos durante el concierto del convenio, y con influencia decisiva en éste, por el deudor y algunos de los acreedores (fraudes, falsedades, inteligencias fraudulentas), el convenio puede quedar sin efecto, pero para ello es indispensable promover demanda de revisión civil con base en la sentencia penal condenatoria.

8.<sup>a</sup> Como el *dies a quo* del expediente de suspensión de pagos coincide con la presentación de la solicitud, y el Ministerio Fiscal interviene en él desde su iniciación al dársele traslado de aquella junto a la documentación preceptiva, tendrá especialmente en

cuenta para construir su dictamen los presupuestos procesales y sustantivos cuya inexistencia puede dar lugar a la inadmisión a trámite de la solicitud.

a) La fijación dolosa por el deudor de un domicilio distinto al que corresponda con arreglo a las normas de competencia territorial dará lugar a la inadmisión de la suspensión de pagos; la referida alteración fraudulenta no es causa válida para fundamentar cuestiones de competencia territorial, al presentarse éstas como inconciliables con la regulación del expediente de suspensión de pagos.

b) Aun cuando en el procedimiento que establece la ley es problemática la posibilidad de una tramitación conjunta o acumulación de solicitudes de suspensiones de pagos procedentes de empresarios con personalidad jurídica propia, en la práctica no faltan solicitudes simultáneas o sucesivas, pero con corto intervalo, procedentes de grupos de empresas con intereses comunes que tienen distribuidas las actividades de fabricación y comercialización, supuestos estos y otros análogos, en que el Ministerio Fiscal interesará la acumulación cuando advierta entre ellas elementos de conexidad subjetiva o causal tales que conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil exijan una tramitación conjunta.

c) No es normal que la insolvencia (pasivo superior al activo), y sí sólo la iliquidez, se reconozca en las solicitudes de suspensión de pagos, pero si así ocurriera excepcionalmente y tras el examen de los antecedentes documentales se constatará la situación de déficit patrimonial, ello no sería obstáculo decisivo para que el Ministerio Fiscal informe favorablemente la admisión a trámite, pues la suficiencia de bienes como requisito objetivo exigido por el Código de Comercio para solicitar la suspensión (arts. 870-871), se desconoce en la Ley de 1922, con lo que la insuficiencia patrimonial inicial sólo es productora de efectos en la calificación de la insolvencia de las suspensiones de pagos admitidas y declaradas.

d) Como el artículo 3.º de la Ley de Suspensión de Pagos remitiéndose al derecho común y al especial, obliga a los empresarios solicitantes de suspensiones de pagos a la presentación de documentos contables cuya llevanza es preceptiva, y en la forma prevista, el Ministerio Fiscal se cerciorará de si con las solicitudes se aportaron materialmente los libros reputados esenciales u obliga-

torios para todos los empresarios (art. 25 del C de C), y para las sociedades anónimas (arts. 171-172 de la Ley de Sociedades Anónimas), y de que cumplen las formalidades extrínsecas exigidas, por lo que la omisión de cualesquiera de ellas o la constancia de graves irregularidades, determinará la emisión de dictamen interesando la improcedencia de las pretensiones del solicitante; y si en los casos de indisponibilidad de libros obligatorios o de su aportación pero con anomalías esenciales, recayere providencia admitiendo a trámite la suspensión de pagos, recurrirá el Ministerio Fiscal en reposición autorizado por el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En circunstancias ordinarias el requisito de la cualidad de comerciante para el empresario individual no es difícil constatarlo por el contenido de la Memoria, libros de contabilidad, relación nominal de los acreedores y naturaleza de las obligaciones pendientes de cumplimiento. Pero no es pacífico si concurre este presupuesto subjetivo de la cualidad de comerciante en las sociedades llamadas irregulares o en que falten requisitos formales esenciales, pareciendo lo más ajustado entender que suponen un obstáculo para acceder al expediente de suspensión de pagos y que tampoco es posible para los dirigentes societarios, a no ser que se justifique, como ocurrió en los hechos de la Sentencia de 19 de noviembre de 1982 que realmente han realizado actos de comercio en nombre propio.

9.<sup>a</sup> Aunque la ley establece que el auto declarando la suspensión de pagos es inmediatamente ejecutivo (art. 8, último párrafo), y que no se admitirá pretensión alguna que tienda a impugnar la procedencia de la declaración judicial (art. 9, inciso primero), hay que matizar porque, de un lado, del contenido de aquel auto forman parte también las calificaciones de la insolvencia que sí son modificables en los estrictos términos legales, y de otro lado, el auto es impugnabile, si no inmediatamente sí muy *a posteriori*, una vez celebrada la junta de acreedores y por las mismas causas que legitiman la oposición a la aprobación del convenio (art. 8, inciso final), todas ellas relacionadas con la calificación de la insolvencia.

10.<sup>a</sup> Atendidas las normas de la ley, ha de tomarse en consideración por el Juez el preceptivo dictamen de los interventores al declarar el estado de suspensión de pagos, y ahora de modo espe-

cial dada su cualidad de auditores de cuentas, expertos en actuaciones de verificación de documentos contables; del propio modo, el contenido del informe contribuirá esencialmente a la calificación de la naturaleza de la insolvencia como definitiva o como provisional, si bien para pronunciarse sobre la modificación o recalificación de las respectivas insolvencias, el Juez de la suspensión tiene total autonomía, en cuanto los elementos a valorar sobre la corrección y suficiencia de la cobertura y las garantías son estrictamente jurídicos.

11.<sup>a</sup> Las dos únicas formas legales de conversión de la insolvencia definitiva en provisional son la consignación o cobertura del déficit y el afianzamiento hechos por terceros en la cuantía necesaria para eliminar el desbalance; en la práctica se ha planteado la eficacia de formas atípicas de recalificación que no suponen incremento del activo como sucede en aquellas, sino reducción del pasivo, siendo una de las más representativas y frecuentes, la renuncia por parte de acreedores a los créditos ya reconocidos o a parte de ellos. La solución afirmativa debe aceptarse para esta modalidad de recalificación; de un lado, porque en el Código Civil se prevé como causa de extinción de las obligaciones la renuncia al derecho de crédito por su titular (condonación o remisión), y de otro, porque al reconocerse por la jurisprudencia la eficacia de los convenios o pactos remisorios entre el suspenso y los acreedores, también serán productores de efectos los actos unilaterales de condonación perfeccionados tras la apertura del plazo hábil para la recalificación.

12.<sup>a</sup> Se cuestiona la posibilidad de sí, dándose determinadas circunstancias durante la tramitación de los expedientes producen la plenitud de sus efectos normales la conclusión de actos excedentes de la ordinaria administración (enajenación de activos, actos traslativos de créditos) sobre bienes de la titularidad del suspenso. Es principio general que con la admisión de la suspensión de pagos, el deudor, intervenidas sus operaciones, se halla inhabilitado para realizar actos de disposición patrimonial, por lo que es obligado un complemento de capacidad para celebrar válidamente actos contractuales y de enajenación (art. 6), y que en el auto declarativo del estado de suspensión, el Juez fijará los límites de la capacidad de obrar de aquel o de su actuación gestora (art. 8, sexto párrafo), modificando o no la situación anterior. No existen,

pues, especiales impedimentos técnico-jurídicos para la realización de activos siempre que con anterioridad a la conclusión del negocio dispositivo se hayan cumplido los requisitos particulares de validez complementarios de la capacidad.

13.<sup>a</sup> Entre la proposición del convenio y su cumplimiento existen variadas etapas. Unas propiamente procesales y otras que no desbordan el área de las relaciones contractuales con intereses particulares en juego resueltos con la oferta y aceptación. La expresión última de éstas se halla en la junta de acreedores en la que éstos y el deudor discuten libremente y acuerdan pactos sobre la cuantía futura o el aplazamiento de los créditos, materia que obviamente, debe ser extraña al Ministerio Fiscal. Es, sin embargo, fase procesal la que se inicia con el acto de oposición que sigue a la aceptación del convenio por la mayoría de acreedores y que suspende la aprobación judicial del mismo. Con independencia de que no se mencione al Ministerio Fiscal como interviniente en el proceso incidental de oposición, participa en el mismo tanto porque aún no se ha cumplido el convenio, día final de su presencia en el proceso, como porque alguno de los motivos de nulidad formal afectan directamente a la regularidad del procedimiento y a la eficacia del convenio, y otras causas de nulidad no sólo están vinculadas con el fraude sino que integran figuras delictivas.

14.<sup>a</sup> La capacidad de disposición patrimonial de los empresarios individuales y sociales titulares de bienes, puede quedar limitada por algunas de las resoluciones recaídas en los expedientes de suspensión de pagos (providencia de admisión a trámite de la solicitud, auto de declaración del estado y de calificación de la insolvencia), y como resulta obligado constatarlos en forma de anotación o de inscripción, por medio de mandamiento judicial dirigido a los correspondientes Registros, el Ministerio Fiscal atenderá de modo especial a su efectividad por razones de seguridad del tráfico jurídico y de los derechos de acreedores y terceros. De igual modo, vigilará el cumplimiento de la obligación de instar la cancelación de los asientos practicados, que tendrá lugar por la comunicación a los Registros de los actos de conclusión normal (aprobación y cumplimiento del convenio), y anormal (sobreseimiento o archivo), de los expedientes de suspensión de pagos, en cuanto ellos ponen fin a la prohibición judicial de enajenar que había privado al suspenso de la facultad de disponer.

CIRCULAR NUMERO 2/1995, de 22 de noviembre

## **SOBRE NUEVO REGIMEN PROCESAL DE LA PRISION PREVENTIVA**

### **I. INTRODUCCION**

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, junto a un nuevo modelo procesal para las causas competencia del mismo, introduce modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de su Disposición Final Segunda. No todas esas reformas van encaminadas a concordar la Legislación procesal con el nuevo texto. Las modificaciones en el régimen de la prisión preventiva no guardan relación con la introducción del Jurado y se implantan para todos los procesos penales.

Las variaciones exceden de lo puramente procedimental y afectan a los artículos 504 bis 2 (de nueva planta), 516 (que desaparece) y 539 (que es objeto de una nueva redacción).

La filosofía que ha animado al legislador ha sido la de llevar al campo de las medidas cautelares con mayor plenitud los principios acusatorio y de contradicción característicos del proceso penal moderno con un evidente anclaje constitucional que se ha ocupado de subrayar nuestra jurisprudencia. El legislador ha estimado conveniente no esperar a la reforma procesal global que anuncia la Disposición Final Cuarta de la Ley y adelantar ya ese aspecto relativo a una materia como la prisión provisional que por afectar al derecho fundamental a la libertad reviste tanta trascendencia.

Si en su filosofía inspiradora la reforma no merece objeciones, su plasmación práctica revela un cierto distanciamiento de la rea-

lidad que suscita un buen abanico de problemas generales y también en cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal. Desde luego no son los menores los derivados de la crónica insuficiencia de medios personales y materiales que sufre el Ministerio Público para afrontar las relevantes misiones que le atribuye el ordenamiento.

Sin embargo, esta Circular no tratará de ese tema, sin perjuicio de que desde la Fiscalía General del Estado sigan promoviéndose las iniciativas de todo orden adecuadas para solventar eficazmente esa cuestión. Mientras tanto, las carencias existentes y entre ellas las derivadas de la falta de una planta que suponga el necesario despliegue personal del Ministerio Fiscal para garantizar su pronta presencia en todos los órganos judiciales penales habrán de ser suplidas con la dedicación y profesionalidad que siempre han sido y son características de los integrantes de la Carrera Fiscal. Máxime en un ámbito como el de la prisión provisional en que por incidir de forma directa en el derecho fundamental a la libertad proclamado en el artículo 17 de la Constitución, el Fiscal está singularmente comprometido por mandato del artículo 124 de la Constitución que le otorga un primerísimo lugar en la defensa de los derechos de los ciudadanos. No puede olvidarse que en cierta forma las garantías establecidas por la ley en orden a la adopción en el proceso penal de medidas cautelares que afectan a la libertad están constitucionalizadas al exigir el artículo 17 de la Norma Suprema que toda privación de libertad se realice «en los casos y en la forma previstos en la ley».

La presente Circular se encamina directamente a abordar los problemas interpretativos que suscita la reforma estableciendo pautas que sirvan para dar unidad a la actividad del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que en el futuro, una vez rodado el nuevo sistema y contrastadas esas pautas con su aplicación práctica puedan replantearse o modificarse algunos puntos. Igualmente parecía conveniente orillar de momento un planteamiento global sobre la prisión preventiva, ciñendo estas orientaciones a la incidencia de la reforma.

## II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REFORMA

La reforma se sintetiza en dos puntos clave. Las decisiones judiciales sobre prisión (sea eludible o no mediante fianza) exigen para su adopción:

1. Una solicitud de parte —principio acusatorio— (inciso final del párrafo tercero del art. 504 bis, 2, y párrafo 3.º del art. 539).

2. Una previa audiencia con asistencia de las partes —principio de contradicción— (arts. 504 bis, 2, párrafo 12 y 539.3.º).

La plasmación procedimental de esas dos reglas básicas, que está recogida en los nuevos artículos 504 bis, 2, y 539, puede despertar algunas dudas en cuanto a su aplicación. Para su desarrollo sistemático será preciso diferenciar las distintas situaciones que pueden surgir, analizándolas separadamente.

### III. EL ARTICULO 504 BIS, 2: LA COMPARECENCIA PREVIA A LAS DECISIONES SOBRE PRISION

El supuesto realmente paradigmático viene representado por la puesta a disposición del Instructor que debe conocer de la causa de una persona detenida (art. 497 de la LECr), acompañándose el correspondiente atestado e iniciándose el proceso precisamente en virtud del mismo. Al hilo de este supuesto, contemplado expresamente en el artículo 504 bis, 2, pueden abordarse también todas las cuestiones generales de la comparecencia que son comunes al resto de las posibles situaciones. En apartados sucesivos se tratará de las peculiaridades de otros posibles supuestos.

#### a) CASOS EN QUE PROCEDE LA CELEBRACION DE COMPARECENCIA

La comparecencia no es preceptiva cuando el Juez o Tribunal a cuya disposición ha sido entregado el detenido «decrete su libertad provisional sin fianza», según ha aclarado la reforma operada en virtud de Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre.

De ahí se puede inferir una relevante consecuencia práctica. El Juez ha de hacer una primera valoración y si llega a la conclusión de que lo procedente es la libertad, ha de acordarla sin más trámites y sin perjuicio de la posterior posibilidad de recurso. Por tanto, la primera diligencia a practicar será la toma de declaración del detenido (en los plazos que indica el art. 386 de la

LECr), declaración que no tiene por qué postergarse al momento de la audiencia. Entre otras cosas, porque el Juez ha de contar con la misma para esa primera decisión.

Si el Juez considera que, por concurrir los presupuestos de los artículos 503 y 504 de la Ley, puede ser procedente decretar la prisión o fijar una fianza para eludirla, ha de convocar a una audiencia.

#### b) PLAZO PARA CELEBRAR LA COMPARECENCIA

Según indica la ley la comparecencia ha de celebrarse dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición judicial del detenido.

Hay que tener en cuenta que no conviene apurar el plazo, señalando la comparecencia para momentos en que ya está a punto de transcurrir, puesto que en ese período precisamente habrá de legalizarse la situación (art. 497 de la LECr), lo que significa que la audiencia ha de estar concluida antes de que transcurra ese plazo. Si a esta consideración anudamos otras, como la referente a la necesidad de no guillotinar la posibilidad de practicar pruebas en un período de 24 horas (art. 504 bis, 2, 2.º); o al plazo de ocho horas con que cuenta el Letrado para personarse, si no se ha realizado antes la declaración (art. 520.4 y 5); o, muy significadamente, a la obligación de dilatar lo menos posible la situación interina de detención (art. 528.3.º), aparece con claridad la conveniencia de que la audiencia se fije lo antes posible, a cuyo fin los Fiscales realizarán las correspondientes peticiones, sin perjuicio de que, lógicamente, la decisión a este respecto corresponde al Instructor. No obstante estas consideraciones hay que combinarlas con la necesidad de que las citaciones —y también la del Ministerio Fiscal, especialmente en los casos en que no exista una constitución permanente ante el órgano judicial— se reciban con la suficiente antelación, única forma de evitar suspensiones de la audiencia, motivadas por la real falta de disponibilidad de medios personales.

Ante órganos judiciales en cuyas sedes existan Adscripciones Permanentes de Fiscalía, o en Juzgados de capitales con servicio de guardia durante las 24 horas y presencia permanente del Fiscal, podría solicitarse la celebración de la audiencia del artículo 504 bis, 2,

inmediatamente después de tomar declaración al detenido, aprovechando su presencia, así como la de su Letrado y la del Fiscal.

c) ACTUACION DEL FISCAL AL SER CONVOCADO  
A UNA COMPARECENCIA

Quando el Fiscal reciba la citación para una audiencia relativa a la situación de prisión y sea la única parte acusadora constituida en el proceso, su primera actividad habrá de ser la de valorar los datos que se desprenden del procedimiento (mediante el examen directo de las actuaciones, si está constituido permanentemente en el Juzgado; a través de la copia del atestado que también se remite a la Fiscalía y, en su caso, recabando el envío urgente de copia de las demás actuaciones relevantes). Si de ese examen llega a la conclusión de que lo procedente es decretar la libertad pese a la estimación inicial del Instructor de convocar la audiencia, dado que la celebración de la misma podría suponer una injustificada demora en tal decisión (lo que sucederá especialmente en los casos en que el Juzgado esté en localidad en la que no exista presencia permanente del Fiscal), deberá solicitar del Instructor por el medio más rápido posible la libertad sin fianza del detenido y, simultáneamente, que se deje sin efecto la convocatoria para la audiencia, innecesaria ya puesto que la única parte que podría solicitar la prisión, postula la libertad.

Este tipo de actuación es consecuencia obligada de la prescripción contenida en el precitado párrafo tercero del artículo 528 que ordena a cuantas autoridades intervengan en un proceso «dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados». Esperar a la celebración de la audiencia, cuando el Fiscal como única parte activa tiene ya clara su posición favorable a la libertad y la convocatoria se ha fijado para un momento posterior, resultaría una injustificada prolongación, aunque sea breve, de la privación de libertad, dilación que el Fiscal debe evitar.

En las capitales en que existe un servicio de guardia ininterrumpido de veinticuatro horas y de forma permanente puede ser buen sistema que el Fiscal, por iniciativa propia, revise todas las causas con detenido y en cada una de ellas informe por escrito, so-

licitando la libertad, cuando considere que es la medida procedente; o solicitando la celebración de la audiencia cuando estime que procede la prisión o libertad con fianza o resulte necesario realizar alguna diligencia antes de pronunciarse, en cuyo caso debe adelantarse ya a pedir esas pruebas (hoja histórico-penal, alguna declaración) para que puedan celebrarse en la comparecencia. Esas peticiones se pueden hacer constar por «otrosí» en el escrito de acusación que se formule en el caso de que se trate de procesos en que sea aplicable el trámite del artículo 790.6.52 (los denominados «juicios rápidos»).

#### d) SUSPENSIÓN DE LA COMPARECENCIA.

El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer, tal y como expresa el inciso final del párrafo primero del artículo 504 bis, 2.

En cualquier caso, en el supuesto que ahora se examina no es imaginable la ausencia del imputado pues estará detenido.

En lo relativo a la presencia del Fiscal habrá que arbitrar todos los medios, estableciendo incluso la preferencia de este servicio, para que no se produzcan suspensiones de esta audiencia por su incomparecencia, aunque siempre dentro de las limitaciones, en muchos casos insorteables, de las disponibilidades actuales de medios materiales y personales.

La incomparecencia del Letrado provocará la suspensión. Para ese caso puede estimarse aplicable lo dispuesto en el artículo 520.4, párrafo 1.º (designación de Letrado de oficio, si el designado no acepta, no es hallado o no comparece) y, en su caso, la previsión del artículo 788.5 en el ámbito del procedimiento abreviado. Pero nunca se podrá extender a esta audiencia la prescripción contenida en el párrafo segundo del artículo 520.4 (celebración de la audiencia sin Letrado tras el transcurso de ocho horas): la Ley quiere que la audiencia siempre se celebre con asistencia de Letrado (art. 504 bis, 2, 1.º: «... al imputado, que *deberá estar asistido de Letrado...*»).

Igualmente han de ser citadas para la audiencia el resto de las posibles partes personadas, si bien la incomparecencia de éstas no determinará la suspensión de la audiencia.

Para los supuestos de suspensión de la comparecencia el párrafo 4.º del artículo 504 bis, 2, establece que el Juez decidirá sobre la prisión o libertad (hay que entender que también con posibilidad de decretar la libertad bajo fianza), sin perjuicio de convocar nuevamente para la audiencia en las siguientes setenta y dos horas, y promoviendo las medidas disciplinarias a que haya lugar.

En el caso de que la suspensión haya sido motivada por incomparecencia injustificada del Letrado, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 449.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo los Fiscales solicitar la adopción de las medidas pertinentes.

La afirmación anterior merece no obstante una matización importante. Si tras la suspensión de la comparecencia y antes de intentarse de nuevo su celebración, por cualquier circunstancia (como pudiera ser el resultado de las diligencias practicadas entre tanto en la causa), el Instructor modifica su inicial criterio y considera procedente la libertad, puede acordarla desde luego (art. 539, párrafo último). Y en esos casos no habrá que celebrar la comparecencia.

En los supuestos antes apuntados (decisión sobre situación ante la suspensión de la comparecencia) para que pueda decretarse la prisión (o la libertad con fianza), medidas que podrán ser solicitadas por el Fiscal, es necesario que concurra, junto a los presupuestos generales de la prisión provisional (arts. 503 y 504 de la LECr), el riesgo de fuga (*periculum in mora* que, en realidad, aunque en la ley sólo aparezca de forma latente y no expresa, debiera ser también requisito de la prisión provisional). Para estimar la existencia de ese peligro de fuga u ocultación habrá que estar al símfín de circunstancias, que se resisten a una enumeración exhaustiva, y que pueden resultar indicativas a esos fines (arraigo familiar y social; domicilio conocido; estabilidad laboral; mayor o menor gravedad del delito; posibilidades reales de ocultación o fuga...).

Una eventual nueva suspensión de la comparecencia permitiría revisar la medida inicialmente acordada, pero no debe considerarse necesaria su ratificación en todo caso. Nótese que el artículo 516 ha quedado sin contenido.

Ese auto provisional de prisión o libertad que pende de lo que se decida finalmente tras la audiencia es impugnabile autónoma-

mente. No obstante el recurso quedará sin contenido o su objeto quedará englobado en el auto que adopte una decisión definitiva tras la audiencia, si ésta llega a celebrarse en las siguientes setenta y dos horas, tal y como prevé la ley. Dada la relativa coincidencia de plazos, el buen orden procesal se salvará si el recurso de reforma se resuelve una vez celebrada la audiencia. Así se excluirá la eventualidad de dos recursos de apelación contra resoluciones idénticas, aunque recaídas en momentos cercanos pero distintos, recursos que se superpondrían absurdamente.

Otra suspensión de la comparecencia convocada ante la frustración de la primera, supone hacer entrar de nuevo en funcionamiento la previsión del inciso inicial del párrafo penúltimo del artículo 504 bis, 2; es decir, el Juez podrá decidir nuevamente sobre la prisión o libertad atendiendo primordialmente al riesgo de fuga, sin perjuicio de poder mantener sin más la resolución adoptada tras la suspensión de la primera comparecencia. Al mismo tiempo deberá proveer lo necesario para una nueva convocatoria para la comparecencia. No es admisible desde luego, porque no se desprende así de la Ley, que el segundo intento fallido de celebración de la comparecencia aboque a la libertad ineludiblemente. Lo procedente será una nueva comparecencia, manteniendo en tanto la situación del imputado —prisión o libertad— que se estime procedente en atención al riesgo de fuga.

Cuando se trate de varios detenidos en una sola causa, no existe obstáculo alguno para celebrar la audiencia separadamente, aunque, en principio, lo aconsejable sería una comparecencia conjunta, en el bien entendido de que la imposibilidad de llevarla a término respecto de uno de los imputados (por inasistencia, por ejemplo, de su Letrado), no será causa de suspensión de la audiencia en cuanto al resto de los imputados.

#### e) LA PRUEBA EN LA COMPARECENCIA

En la audiencia se permite celebrar prueba siempre y cuando pueda practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. El Fiscal se opondrá a todo intento de convertir esa posibilidad de practicar prueba en una instrucción completa y acelerada. Pero, aun partiendo de ese inicial criterio restrictivo, han de

aceptarse aquellas pruebas que se propongan, que sean susceptibles de ser practicadas en el breve plazo previsto y que aparezcan como trascendentales a la hora de tomar una decisión sobre la situación del imputado.

Para evitar la prolongación de la situación de interinidad del detenido, el Fiscal procurará igualmente al solicitar la audiencia, o al recibir la citación para la misma, reclamar ya, en su caso, los medios de prueba que considere imprescindibles para que puedan adoptarse las cautelas necesarias desde la Oficina Judicial en orden a las posibles citaciones, o reclamación de documentos. Aunque el momento idóneo para la proposición de pruebas es el inicio de la audiencia, nada se opone a que sean solicitadas con anterioridad.

La imposibilidad de practicar la prueba, acordada ya por el Juez, en un plazo inferior al límite de las setenta y dos horas, no provocará la suspensión de la audiencia y la entrada en juego del mecanismo que articula el párrafo cuarto del artículo 504 bis, 2, sino la culminación de la audiencia prescindiendo de tal prueba, y la decisión sobre la libertad o prisión, sin perjuicio de que en la causa pueda practicarse esa prueba y pueda reformarse en atención a la misma la situación acordada tras la audiencia (art. 539.1.º de la LECr).

La resolución del Juez admitiendo o no los medios de prueba propuestos habrá de producirse en el acto y verbalmente, aunque de forma motivada, y documentándose debidamente en el acta de la audiencia (ver art. 793.2, inciso final).

No dice nada la ley sobre la recurribilidad de la decisión judicial denegando prueba. Dado que se trata de prueba propuesta para que sirva de base a una decisión inmediata (la prisión o libertad), hay que integrar la laguna, no acudiendo al artículo 311 de la Ley que permitiría la impugnación autónoma de ese acuerdo y provocaría grandes disfunciones procesales, sino aplicando análogicamente el régimen establecido para la fase de juicio oral: la denegación de la prueba propuesta ha de atacarse conjuntamente con el auto de libertad o prisión finalmente recaído y no es recurrible de forma autónoma.

Esta solución ofrece también algunos inconvenientes prácticos. En efecto, en principio, durante la tramitación del eventual recurso contra el auto —de prisión o libertad— que finalmente recaiga,

no puede practicarse prueba y la estimación del recurso en la resolución de la Audiencia Provincial por indebida denegación de la prueba debería llevar en esta primera estimación a la declaración de nulidad de la resolución y a retrotraer las actuaciones al momento de la audiencia con todo el desgaste procesal que ello supone. Sin embargo, a través de diversas técnicas procesales tales disfunciones pueden soslayarse en la mayoría de los supuestos:

En cuanto a la posible prueba documental, porque en el seno del procedimiento ordinario puede aportarse la misma (o solicitar al Tribunal su reclamación) en el trámite de la apelación frente a autos según dispone el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a otras posibles pruebas, como la testifical, cuya práctica se haya denegado para la audiencia por no considerarse imprescindibles, nada impide que las mismas puedan ser practicadas en la causa posteriormente como diligencias de instrucción si son pertinentes a tales fines, lo que permitirá, si se hace con la deseable celeridad, que antes de resolverse la apelación —que, no se olvide, ha de ir precedida de la correspondiente reforma— puedan aportarse también con los testimonios que han de remitirse para sustanciar la apelación (art. 225) o, en último extremo aportarse esos testimonios también como prueba documental a través del cauce antes indicado del artículo 231.

Esta última vía —aportación del testimonio de esas diligencias no practicadas en la audiencia, pero sí posteriormente por ser pertinentes— se presenta igualmente como apta para el caso de que estemos ante un procedimiento abreviado y el recurso interpuesto tras la reforma, sea el de queja (art. 787.2).

De esa forma se consigue reducir a supuestos que realmente serán insólitos los casos en que la resolución del recurso no entre en el fondo del asunto por estimarse que fue indebidamente denegada una diligencia de prueba.

En cualquier caso, con carácter general, los Fiscales cuando les sea rechazada una diligencia de prueba para el trámite de la audiencia, se abstendrán de recurrir por tal motivo, limitando la impugnación a los motivos de fondo, sin perjuicio de solicitar en su caso tal diligencia en el seno de la causa principal y una vez practicada y valorado su resultado, realizar nuevas peticiones (art.

539.1.º), si resultan procedentes, en orden a la variación de la situación personal que pudiera haberse acordado.

#### f) DOCUMENTACION DEL ACTO

La audiencia ha de documentarse por el Secretario Judicial levantando la correspondiente acta (art. 280.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que ha de unirse, no a la causa principal, sino a la pieza separada donde deben obrar todas las actuaciones relativas a la prisión o libertad provisional (arts. 519 y 544 de la LECr). Cuando se hayan practicado pruebas cuya única y exclusiva rivalidad sea la de justificar la procedencia o no de la libertad provisional (documentación para acreditar arraigo familiar o estado de salud...), basta esta indicación. Sin embargo, cuando se trata de pruebas que con un valor doble, por cuanto inciden en algunos de los presupuestos de la prisión provisional (realización de un hecho punible o participación o no del imputado en el mismo; o existencia de antecedentes penales), que a su vez son el objeto de investigación de la causa, habrá de llevarse testimonio de tales diligencias al ramo principal. Resultaría absurdo que el testigo presencial que es llamado a declarar a la audiencia para decidir sobre la prisión, tenga que declarar posteriormente de nuevo en la causa.

#### g) OTRAS CUESTIONES SOBRE LA COMPARECENCIA

Una vez practicada la prueba o si ha sido denegada o no se ha propuesto por ninguna de las partes, se ha de abrir un trámite de alegaciones orales (art. 504 bis, 2) que comenzará por las acusaciones. No obstante tampoco puede descartarse radicalmente en algunos supuestos que el Fiscal al comienzo de la comparecencia y antes de practicarse la prueba que haya sido admitida, adelante ya su solicitud formal sobre prisión o libertad, si considera que la prueba no es pertinente, ha sido indebidamente admitida y carece de aptitud, cualquiera que sea su resultado, para hacer modificar su estimación.

La audiencia ha de darse por concluida si todas las acusaciones se pronuncian por la libertad. En otro caso, deberá informar, a

continuación, en apoyo de sus pretensiones la defensa. No puede encontrarse impedimento legal alguno a que, a solicitud de parte, el Juez conceda un turno de réplica o rectificación.

Exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el Letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la audiencia, de las actuaciones practicadas hasta ese momento (art. 302 de la LECr). Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el artículo 302 decaerá ese derecho.

#### IV. EL ARTICULO 539 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: LAS MODIFICACIONES DE LA SITUACION PERSONAL DURANTE EL CURSO DE LA CAUSA

Hasta aquí se han examinado los problemas generales que puede suscitar la celebración de la audiencia sobre situación personal al hilo del supuesto que puede considerarse más típico: la puesta a disposición judicial de la persona detenida. Pero son muchos otros los casos que se presentan habitualmente y que a estos efectos ofrecen unas peculiaridades que requieren un tratamiento específico.

El primero de ellos se plantea cuando hay que resolver sobre la situación personal, estando el procedimiento en tramitación y sin que se haya iniciado con la puesta a disposición judicial del detenido.

##### a) REFORMABILIDAD DE OFICIO DE LA SITUACION DE PRISION

La transformación de la situación de prisión incondicional (mutándola por una prisión con fianza o libertad provisional) puede hacerse de oficio por el Juez o Tribunal en cualquier momento de la causa sin que medie petición de parte y sin necesidad de celebrar audiencia. Así lo declara expresamente el párrafo final del reformado artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Del mismo modo las solicitudes de la defensa en tal sentido (petición de libertad, con o sin fianza) cuando el imputado está reducido a prisión, pueden ser resueltas por el Juez o Tribunal directamente sin necesidad ni de celebración de audiencia, ni de dar

traslado a las otras partes para ser oídas, aunque a veces pueda ser conveniente hacerlo.

Cuando la libertad en cualesquiera de sus formas es solicitada por el Ministerio Fiscal y no existen otras partes acusadoras, la solicitud vincula al Juez o Tribunal. Aunque no lo dice expresamente la ley, se deduce tal principio con claridad de la filosofía que inspira la reforma.

Si está acordada la prisión a instancia exclusiva de una de las partes acusadoras frente a las demás que en su día pudieron solicitar la libertad, se plantea la cuestión de si una petición de libertad formulada posteriormente por esa parte acusadora es o no vinculante para el Juez o Tribunal. En tales casos el Juez puede, desde luego, acordar la libertad directamente. Pero si no la considera procedente, podrá oír sobre tal extremo y con la mayor urgencia al resto de las partes acusadoras, de forma que si alguna de ellas, modificando su posición inicial en atención a los nuevos datos que pueda haber revelado la investigación, considera que debe mantenerse la situación de prisión, el Juez se apoye en esa solicitud para mantener la situación de privación cautelar de libertad. Privar al Juez de esa facultad no sería lógico ni coherente con el párrafo penúltimo del artículo 539 que permite al Juez de oficio mantener, aunque sea por un breve plazo, la situación de prisión preventiva. Aunque también sería admisible la opinión contraria, puede parecer más seguro procesalmente entender que en esos supuestos, dado que la situación de prisión se va a acordar en razón de una nueva solicitud formulada por una parte distinta de la que la formuló inicialmente, es aconsejable la celebración de una nueva audiencia. No obstante también puede argumentarse la no necesidad de nueva comparecencia. Esta ya se celebró en su día, no ha habido modificación de la situación y los principios acusatorio y de contradicción están plenamente salvados.

#### b) LA AGRAVACION DE LA SITUACION PERSONAL DEL IMPUTADO

Las transformaciones en sentido inverso (agravación de la situación personal) están sometidas a un régimen distinto pues no cabe sustraer las mismas a la necesidad de celebración de una audiencia contradictoria:

«Para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 504 bis, 2» (art. 539. 3.º).

Esta previsión contempla tanto los casos en que media una petición de prisión o de agravación de las condiciones de situación personal durante la tramitación de la causa, como aquellos en que esas peticiones se realizan al inicio del procedimiento (al presentarse la querrela o denuncia). Tanto en uno como en otro caso, la ley invita a pensar que el Juez no puede poner en marcha el mecanismo citando de oficio a la celebración de una comparecencia. Es necesario que antes medie una petición de parte en tal sentido sin perjuicio de lo que luego se dirá al comentar el párrafo penúltimo de este artículo 539. Sin embargo hay que apresurarse a matizar que el Juez o Tribunal sí puede de oficio pedir a todas o algunas de las partes un informe sobre situación o conveniencia de convocar a comparecencia para debatir tal extremo.

En cualquier caso, esta novedad procesal, que recorta las facultades del Juez o Tribunal, obliga al Fiscal a estar más vigilante en el seguimiento de las causas para ante la aparición de circunstancias que hagan procedente la prisión o cualquier otra agravación de la situación personal, promover inmediatamente el incidente con la correspondiente solicitud, en la que incluso podrá solicitar que se acuerde la prisión inmediata cuando se dé riesgo de fuga, sin perjuicio de la celebración de comparecencia en el plazo de setenta y dos horas (párrafo penúltimo del art. 539). En este punto se hace preciso recordar la conveniencia de que cada Fiscal compruebe con asiduidad el estado de las actuaciones abiertas en el Juzgado o Juzgados de Instrucción a que puede estar adscrito y lleve un registro personal de las causas con preso cuyo despacho le corresponda, vigilando su estado de tramitación, dando prioridad a su despacho y manteniéndose en las Fiscalías un sistema de control adecuado de esas causas ya calificadas por el Fiscal, aspectos que se trataron en las Circulares 4/1978 y 6/1978, cuya vigencia especialmente en estos puntos se recuerda.

En otro orden de cosas hay que decir que no siempre que medie una solicitud de prisión o de agravamiento de la situación de

libertad dimanante de cualquiera de las partes acusadoras será preceptiva la celebración de la comparecencia. El Juez o Tribunal puede desestimar razonadamente la petición de plano sin necesidad de convocar previamente a las partes y sin perjuicio de la recurribilidad de tal decisión. Aunque la ley no se pronuncia directamente en este sentido, la interpretación propuesta se deduce sin duda de su examen conjunto. Las decisiones sobre libertad se pueden acordar de oficio, sin previa comparecencia (art. 504 bis, 2, párrafo 12, y 539, párrafo último). Por tanto también la desestimación de una petición de prisión se puede hacer directamente y sin convocar a las partes. Otro entendimiento dejaría en manos de acusaciones poco escrupulosas la facultad de poner en marcha el engorroso mecanismo de la comparecencia cuantas veces lo considerase oportuno, por escasas que hubiesen sido las variaciones en el curso de la causa con las gravosas consecuencias que ello puede acarrear para la marcha del procedimiento y especialmente para el propio imputado (repárese especialmente en el imputado que reside lejos del territorio del Juzgado ante el que se tramita la causa y que debería desplazarse para asistir a la comparecencia dada la obligatoriedad de su presencia).

El párrafo tercero de la ley habla de «acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional». La literalidad del precepto inclinaría a pensar que la audiencia es necesaria para cualquier medida que afecte a la libertad personal, incluso el establecimiento de la mera obligación *apud acta* de presentación los días que se fije, o la prohibición de salida del territorio nacional con retirada del pasaporte. En la previsión late una cierta dosis de incoherencia con el contenido del primer párrafo del artículo 504 bis, 2, que permite decretar la libertad provisional (que implica la constitución de la obligación *apud acta*: art. 530 de la LECr) sin previa celebración de audiencia. La explicación de tal incongruencia quizá pueda buscarse en la reforma del párrafo 12 del artículo 504 bis, 2, llevada a cabo por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, sin armonización simultánea del resto del articulado.

La divergencia carece de justificación plausible. Aunque ciertamente no es totalmente parificable el paso de la situación de detención a la de libertad provisional con la mutación de la libertad en libertad provisional, la diferenciación no es base suficiente para

una disparidad de tratamiento. Se impone una interpretación que armonice esta previsión con el conjunto de la reforma. Resultaría absurdo que el Juez pudiese de oficio decretar la detención (art. 539, párrafo penúltimo), y acto seguido poner en libertad provisional al detenido también de oficio (art. 504 bis, 2, párrafo 1.º), pero que no pueda directamente decretar la libertad provisional, medida sin duda mucho menos gravosa que la prisión y que, por tanto, no debe precisar de iguales requisitos.

De entenderse de otra forma se llegaría a consecuencias poco asumibles. Así, en el procedimiento abreviado, cuando no hay detención previa o alguna medida personal adoptada durante la fase de instrucción, la libertad provisional se acuerda habitualmente al decretarse la apertura del juicio oral, situación procesal que convierte en un trámite inútil, dilatorio y poco razonable la celebración ineludible de la comparecencia, en la medida en que sería obligada la adopción de la medida de libertad provisional (art. 790.6, 3.º) por ser consecuencia de la apertura del juicio oral (o del procesamiento, si se trata de un procedimiento ordinario), según se deduce del artículo 529 de la Ley Procesal Penal.

La interpretación sistemática de la reforma (art. 3.1 del CC) y el examen de su alambicado camino parlamentario, imponen este entendimiento, por más que quede malparado el tenor literal del artículo 539.3.º que, sin duda, el legislador se ha olvidado de coherenstar con el nuevo tenor del artículo 504 bis, 2, 1.º

#### c) SUSPENSIÓN DE LA COMPARECENCIA EN ESTOS SUPUESTOS

La suspensión de las comparecencias que acaban de ser examinadas en este apartado ha de tener el mismo tratamiento que el ya expuesto al comentar el párrafo penúltimo del artículo 504 bis, 2. Sólo una peculiaridad conviene destacar: en estos supuestos la suspensión de la audiencia puede venir impuesta por la incomparecencia injustificada del imputado y ése es un dato que puede, en su caso, determinar la apreciación de riesgo de fuga y la consiguiente orden de prisión provisional hasta que se celebra la audiencia; la posibilidad de decretar su detención (art. 487 de la Ley); o sencillamente la citación para una nueva audiencia, según los casos.

d) LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE AGRAVACION  
DE LA SITUACION PERSONAL SIN PREVIA CELEBRACION  
DE COMPARECENCIA

El penúltimo párrafo del artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite excepcionalmente en cualquier momento del curso de la causa decretar la prisión o cualquier otra medida cautelar que agrave la situación personal del imputado sin necesidad de celebración de audiencia, cuando concorra riesgo de fuga con la salvedad de que en esos casos deberá celebrarse la comparecencia en las setenta y dos horas siguientes.

También la exégesis de este precepto genera algunas dudas.

En primer lugar hay que precisar el *dies a quo* del plazo de las setenta y dos horas. Aunque la redacción del precepto, una vez más, adolece de imprecisión, hay que entender en principio y sin perjuicio de lo que luego se dirá, que el plazo se computa desde la puesta a disposición judicial del imputado y no desde que se dicta el auto de detención o prisión. Sólo cuando haya sido habido el imputado y se haya ejecutado la medida decretada, será posible celebrar la audiencia.

En otro orden de cosas hay que dilucidar si el Juez o Tribunal pueden decretar de oficio, sin previa petición de parte, esa medida cuando aprecie riesgo de fuga y sin perjuicio de la necesidad de celebrar una audiencia en la que sí estará sujeto a la solicitud de parte para ratificarla posteriormente. Es decir, si ante situaciones como la incomparecencia reiterada y reticente del imputado, su variación de domicilio y constitución en ignorado paradero sin haberlo comunicado al Juzgado u otras que pueden llegar a convertirse en rebeldía previo seguimiento de los correspondientes trámites, el órgano judicial puede dictar un auto de detención o de prisión sin que previamente se lo inste alguna parte. No parece lógico que la autoridad policial pueda proceder de oficio a la detención y que la Autoridad Judicial quede privada de esa facultad. Por tanto parece más lógico sostener que en esos casos excepcionales el Juez o Tribunal puede acordar de oficio, sin necesidad de previa petición de parte, una medida cautelar que agrave la situación del imputado, sin perjuicio de la obligación de celebrar la audiencia en las setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición judicial del imputado tras la cual la medida sólo podrá mantenerse si existe una

solicitud formal por parte de una de las acusaciones. Esta interpretación resulta además más fiel a la literalidad del precepto. En efecto, tras indicarse en el párrafo anterior las exigencias de previa solicitud de parte y celebración de audiencia, el párrafo final comienza con una adversativa: «No obstante...».

## V. ANALISIS DE OTROS SUPUESTOS

La *competencia* para celebrar la audiencia corresponde al Juez o Tribunal que esté conociendo de la causa. No es viable legalmente la celebración de la audiencia a través de las técnicas de auxilio judicial y el legislador parece no haber previsto la situación tan frecuente de detención en lugares distintos y, a veces, muy distantes, de aquél donde radica el órgano judicial competente.

Son varios los supuestos a resolver ante esta consideración:

a) Cuando no existe todavía causa penal abierta sobre los hechos o no hay una orden judicial de detención o prisión y el detenido es puesto a disposición de un Juez que no es competente para conocer de la causa, éste, a tenor de lo dispuesto en el artículo 499 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de practicar las primeras diligencias y decidir sobre la situación en el término de setenta y dos horas, sin perjuicio de la ulterior inhibición en favor del Juzgado competente. En esos casos el Instructor goza de libertad para decidir con autonomía sobre la libertad o prisión con arreglo a los criterios fijados en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por tanto el Juez podrá decretar la libertad o, en otro caso, decretar la prisión, con o sin fianza, previa celebración de la audiencia prescrita en el artículo 504 bis, 2. Una vez adoptada la resolución sobre la situación personal procederá la correspondiente inhibición en favor del Juez competente quien podrá, en su caso, variar la situación si lo estima procedente con arreglo a lo ya visto.

Si en esos casos la audiencia se suspende, el Juez que ha recibido al detenido acordará lo que estime procedente con arreglo a lo establecido en el párrafo penúltimo del artículo 504 bis, 2, inhibiéndose a continuación en favor del Juez competente quien, en su caso, convocará a una nueva audiencia.

b) Cuando ha recaído ya en una causa en tramitación, una orden judicial de detención o prisión y el detenido es habido en un territorio distinto de aquél donde se está tramitando la causa, el Juez de Instrucción a cuya disposición es puesto el detenido no puede más que ponerlo a disposición del órgano judicial que conoce de la causa, ya detenido, ya en prisión, según los casos (art. 498 de la LECr). No puede el Juez modificar la resolución dictada por el órgano competente para conocer de la causa en que se adoptó esa medida. Resultaría por tanto absurdo celebrar una audiencia ante un Juez que no ha adoptado esa medida y, por eso, en estos casos no hay que celebrar comparecencia alguna en ese momento, aunque sí deberá celebrarse ante el Juez o Tribunal que decretó la detención o prisión dictando la correspondiente requisitoria. El Juez que recibe al detenido ha de limitarse a ponerlo a disposición del Juez o Tribunal del que emanaron las requisitorias. Pueden darse aquí dos casos:

Que la prisión se hubiese decretado después de la celebración de una comparecencia en la causa que esté en trámite, caso en que no será preciso reiterar la audiencia.

Que la prisión o detención se hubiese acordado directamente, sin previa celebración de comparecencia, al cobijo del párrafo penúltimo del artículo 539. En esos casos será necesaria la celebración de la comparecencia ante el Juez o Tribunal que acordó la prisión con la finalidad de ratificar esa medida o modificarla una vez celebrada la audiencia. En algunos casos podrá respetarse el plazo de setenta y dos horas previsto en la Ley. Pero es fácil que en otros casos la necesidad de traslado del preso al territorio del Juez o Tribunal competente para celebrar la audiencia harán muy difícil, si no imposible, que la comparecencia se celebre en ese breve plazo. En esos supuestos una solución vendría por la vía de acogerse a la previsión del párrafo penúltimo del artículo 504 bis, 2, de la Ley: dado que no puede celebrarse la comparecencia en ese plazo, habrá que mantener la prisión si se entiende que hay riesgo de fuga y convocar para la celebración de la comparecencia en el plazo más breve posible, disponiendo lo necesario para el traslado urgente del imputado ingresado en prisión. Esta solución podría encontrar amparo en la indefinición que en cuanto al momento inicial del cómputo del plazo de setenta y dos

horas se aprecia en el artículo 539, párrafo penúltimo. Esa imprecisión podría servir para entender que las setenta y dos horas empezarán a contar en el momento en que exista posibilidad real de celebración de la comparecencia con asistencia del imputado por encontrarse éste ya trasladado y a disposición física del Juez o Tribunal.

Esta solución no es absolutamente rechazable y en algunos puede resultar aceptable aunque de la misma se derivan algunos inconvenientes prácticos. En efecto, el trámite de la causa podría verse paralizado hasta la celebración de la comparecencia que puede postergarse en el tiempo como consecuencia de los necesarios traslados (especialmente si son varios los órganos judiciales que tenían interesada la busca y captura y radican en territorios distintos, situación no infrecuente que obligaría a un engorroso peregrinaje). Piénsese en el sumario ya concluido o en el procedimiento abreviado que sólo pende de la remisión al órgano competente, casos para los que, en todo caso, habría que postular que la pendencia de la audiencia no debiera determinar necesariamente la suspensión del trámite, sino que ésta podría celebrarse ante el órgano competente en el momento en que sea posible (Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial), aunque la detención o prisión hubiese sido acordada inicialmente por el Juez de Instrucción.

Estas objeciones invitan a apurar las posibilidades interpretativas. En esta línea se abre otra vía de solución que se estima preferible, aún sin descartar totalmente la que se acaba de exponer. Atendiendo fundamentalmente a la finalidad de la reforma, y salvando íntegramente sus principios básicos, se pueden sortear esos graves inconvenientes prácticos que se han apuntado a través de otro entendimiento que se desarrolla a continuación.

La solución para tales casos puede consistir en no exigir la presencia física del imputado en la comparecencia, por ser materialmente imposible la misma en el plazo indicado en la ley. A diferencia de lo que sucede en otros supuestos (art. 793.1 de la LECr), la ley no dice que la comparecencia exige preceptivamente la asistencia del imputado, sino que se limita a señalar la obligatoriedad de esa presencia. En los casos que analizamos existe una imposibilidad material de esa presencia en el plazo estableci-

do. Pero en todo caso hay que salvar el derecho de audiencia del imputado, lo que se puede hacer mediante un exhorto telegráfico urgente requiriéndole para que alegue cuanto tenga por conveniente en orden a la decisión de mantener o no la prisión. La comparecencia se celebraría teniendo a la vista tales alegaciones y con la presencia y asistencia, tanto de su Letrado como del Fiscal.

Desde luego debe subrayarse que en esos casos nada impide acordar la libertad provisional de oficio, en cuyo caso no será necesaria la celebración de comparecencia. Este supuesto se dará en muchas ocasiones en que el delito no sea grave y la orden de prisión haya venido motivada por la localización del imputado.

## VI. RECURSOS CONTRA AUTOS DE PRISION O LIBERTAD

En lo atinente a los recursos procedentes contra los autos de prisión o libertad hay que distinguir según estemos ante un procedimiento ordinario (o un procedimiento de la Ley del Jurado) o ante un procedimiento abreviado. Para el procedimiento ordinario el artículo 504 bis, 2, en su párrafo final establece la apelabilidad de los autos que dicte el Instructor, reiterando innecesariamente lo que ya disponen el párrafo penúltimo del artículo 504 y los artículos 517 y 518 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sintonía con el derecho reconocido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho de toda persona a que las decisiones que supongan su privación de libertad puedan ser revisadas ante un Tribunal Superior.

El recurso de apelación ha de ser precedido de la preceptiva reforma (art. 222) y es admisible en un solo efecto.

En el ámbito del procedimiento abreviado, aunque la cuestión ha sido discutida, el artículo 787 de la Ley no deja margen de dudas: no cabe apelación pues no es uno de los casos expresamente previstos en el Título que regula el procedimiento abreviado. Cualquier otra interpretación de ese inciso, lo dejaría vacío de contenido. Por tanto, el recurso procedente será el de queja previa interposición de recurso de reforma.

El problema surge cuando lo que se recurre es un auto de libertad que se ha acordado directamente, sin celebración previa de comparecencia. No sucederá cuando la libertad se acuerde al mo-

dificar una situación de prisión: en esos casos necesariamente ha de haberse celebrado una comparecencia. Pero sí puede suceder cuando el Juez de oficio ha acordado la libertad del detenido que fue puesto a su disposición o cuando rechaza directamente una petición de prisión formulada por una acusación frente al imputado en libertad. Tendremos entonces una situación procesal que no es fácil de resolver: el propio Juez al resolver la reforma, o la audiencia al resolver el recurso devolutivo, podrán revocar la decisión anterior y acordar la prisión que nacería así, en contra de lo querido expresamente por el legislador, directamente y no precedida de un debate contradictorio en una audiencia. La ley no ofrece ninguna solución clara. Las posibilidades interpretativas son varias. Una consistiría en sostener que en esos supuestos la tramitación del recurso de reforma o, en su caso apelación o queja, puede incluir la celebración de la comparecencia, si el Juez o la audiencia lo estiman necesario por considerar que puede ser procedente la revocación de la medida. Esta interpretación tendría apoyo en el párrafo tercero del artículo 539 de la Ley.

Pero examinada la cuestión con mayor profundidad se llega a otra conclusión que se considera menos distorsionadora del sistema legal. No hay ningún obstáculo para por vía de recurso decretar la prisión, aunque previamente no se haya celebrado la comparecencia y la Ley lo permite así. Si lo que se quiere salvar a toda costa son los principios acusatorio y de contradicción, ninguno de ellos sufre lesión alguna por tal actuación procesal: existirá petición de la parte recurrente e igualmente la tramitación del recurso de reforma comporta respeto absoluto al principio de contradicción. El que no se haya celebrado la comparecencia no deja de ser una cuestión procedimental.

No obstante, como la cuestión es dudosa, el Fiscal en su caso, aún propugnando la interpretación que se acaba de defender, al interponer recursos contra una decisión de libertad que no ha estado precedida de una celebración de comparecencia, solicitará cautelarmente y sólo para el caso de que el Juez o Tribunal lo conceptúe indispensable, que durante la tramitación del recurso se celebre esa comparecencia.

Cuando la decisión ha sido adoptada por un Tribunal el recurso procedente será el de súplica y en cuanto a la comparecencia habrá que estar a lo ya dicho.

## VII. IRRETROACTIVIDAD DEL NUEVO REGIMEN

Al tratarse de una ley procesal que carece de disposiciones transitorias especiales, hay que partir de la autonomía de la relación jurídico procesal respecto de la situación de derecho sustantivo que le sirve de base y del principio *tempus regit actum*. Por tanto el nuevo régimen será aplicable a los hechos procesales futuros, es decir, a todas las decisiones sobre prisión o libertad que se adopten una vez que la ley haya entrado en vigor (disposición final quinta), con abstracción en todo caso de la fecha de iniciación del proceso y, por supuesto, de la fecha de comisión del delito.

Y no será aplicable a *los facta praeterita* ya consumados, es decir, a las situaciones de prisión que se hayan decretado con anterioridad a su entrada en vigor que, por tanto, pueden seguir subsistentes en sus propios términos, sin necesidad de que se celebren comparecencias para su ratificación y acomodación a la nueva regulación.

Ciertas dudas despierta, sin embargo, el supuesto del imputado cuya detención o prisión se acordó antes de la entrada en vigor de la ley pero cuya captura efectiva se lleva a cabo ya vigente la novedosa regulación (hechos procesales pasados con efectos pendientes). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 32/1987, de 12 de marzo, 117/1987, de 8 de julio), aconseja decantarse por la aplicabilidad de la nueva ley y la necesidad de que en esos casos, una vez producida la puesta a disposición judicial, se opere con la normativa vigente en ese momento que impondrá la necesidad de una comparecencia (art. 539.4.º), salvo que se decrete directamente la libertad (art. 539.5.º).

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La entrada en vigor del nuevo régimen comentado supone sin duda un mayor protagonismo del Fiscal y la necesidad de un esfuerzo superior mientras el incremento de plantillas no se adecúe totalmente a lo que reclaman las previsiones legales. Las singularidades de cada lugar y la Fiscalía impiden dar unas pautas particularizadas en orden a la organización de este nuevo servicio. No es lo mismo una gran capital con servicio de guardia ininterrumpido,

que un Juzgado situado en ciudad donde radique una Adscripción Permanente de Fiscalía u otro donde no existe esa presencia del Ministerio Fiscal.

Corresponderá a cada Fiscal Jefe, con la audiencia previa de la Junta de Fiscalía [art. 18.1 a) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal], teniendo en cuenta el resto de los servicios que ha de cubrir el Fiscal, determinar la forma en que se atenderá a estas nuevas funciones dentro del proceso penal, según el marco legal (entre otros, arts. 319 y 781 de la LECr). Sólo entendido como desarrollo estricto de ese marco legal puede adquirir validez el artículo 43 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, en sus referencias al Ministerio Fiscal, pues cualquier interpretación que supusiese un plus respecto de lo establecido legalmente —representaría una invasión de la autonomía funcional del Ministerio Fiscal.

La aplicación de la Ley puede generar dificultades y algunas disfunciones. En la presente Circular se ha intentado realizar un esfuerzo interpretativo para reducir al mínimo esas eventuales distorsiones tratando de acoplar las previsiones de la ley a cada una de las situaciones que pueden plantearse en la práctica y acudiendo, en su caso, a un criterio interpretativo teleológico, allí donde la literalidad estricta de la ley no permitía extraer soluciones claras.

Sería, desde luego, muy aconsejable que por vía legislativa se afrontasen directamente esos problemas que se suscitan para disipar todas las dudas y evitar las interpretaciones dispares, manteniendo la vigencia de los principios acusatorio y de contradicción, lo que sin duda constituye un avance. La efectividad de esos principios no ha de traducirse necesariamente, como parece haber entendido el legislador, en la imposición de una comparecencia personal y oral que, en muchas ocasiones puede ser fuente de dilaciones.

Se interesa de los excelentísimos e ilustrísimos señores Fiscales Jefes que en la interpretación de la nueva norma se atengan a los criterios y pautas marcados en esta Circular, comunicando a esta Fiscalía General las incidencias o dificultades que puedan surgir al hilo de este nuevo régimen.

CIRCULAR NUMERO 3/1995, de 27 de diciembre

## SOBRE EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO: SU AMBITO DE APLICACION

### I. INTRODUCCION

La reimplantación del Tribunal del Jurado en nuestro ordenamiento procesal punitivo, en desarrollo de la declaración contenida en el artículo 125 del Texto Constitucional, representa una innovación cuya trascendencia no es necesario glosar. Es también patente que la novedosa institución exige por parte del Ministerio Fiscal una respuesta adecuada para que el Jurado se amolde sin grandes disfunciones a nuestro sistema de enjuiciamiento y se convierta en un cauce más de realización de la justicia penal. Al servicio de ese valor superior del ordenamiento jurídico que es la justicia han de estar todas las instituciones procesales y entre ellas el Tribunal del Jurado. Y con esa finalidad ha de colaborar decididamente el Ministerio Fiscal para que, ayudando a olvidar experiencias históricas, quizás poco afortunadas, y a superar las distorsiones que la introducción de todo nuevo sistema de enjuiciamiento acarrea necesariamente, pueda cristalizar y cuajar en nuestro ordenamiento procesal esta institución de relieve constitucional.

La serie de Circulares que se inician con la presente pretende, precisamente, ser una especial contribución desde la Fiscalía General del Estado a esas finalidades.

Ante la publicación de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (reformada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre) se abrían dos alternativas. La primera consistía en esperar a

que transcurriesen los primeros meses de vigencia de la Ley para, al hilo de su aplicación práctica, detectar los problemas interpretativos y las soluciones que se presentasen como más operativas. Partiendo de esa experiencia y contando con el inestimable punto de referencia de las observaciones que pudiesen ir haciéndose desde las diversas Fiscalías, se abordaría la tarea de elaborar una o varias Circulares. De esa forma se sorteaba el peligro de imponer unas pautas interpretativas desde la Fiscalía General del Estado que luego pudiesen tropezar con una aplicación práctica que discurriese por terrenos divergentes.

Se ha preferido, sin embargo, afrontar esos riesgos y avanzar ya unos criterios interpretativos allí donde la ley muestra zonas oscuras, lagunas o puntos que se prestan a interpretaciones muy distintas y, a veces, diametralmente opuestas. Adelantando estos iniciales criterios se fortalecerá el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal y se ofrecerán soluciones a los problemas que se susciten en estos primeros meses de andadura de la ley, proporcionando a los Fiscales unas pautas que les sirvan de guía en la labor de interpretación del nuevo proceso.

En todo caso, la falta de rodadura de la ley confiere un carácter abierto a las propuestas interpretativas que se recogen. Esas soluciones no son las únicas posibles y admisibles y, por tanto, hay que dejar abiertas muchas cuestiones para permitir que en un período razonable puedan reconsiderarse nuevamente a la luz de un prudencial plazo de contraste con la plasmación práctica de la ley. A tal fin se interesa de todos los Fiscales que evacuen las consultas procedentes y vayan remitiendo a esta Fiscalía General informes recogiendo sugerencias y observaciones.

El legislador no se ha conformado con realizar las innovaciones estrictamente exigidas por la institución del jurado, sino que, con acierto o no, ha diseñado todo un nuevo modelo procesal cuyas especialidades se extienden a todo el *iter* procedimental: desde la fase de instrucción hasta la de impugnación. La inserción de un tipo procesal de nueva planta, no experimentado e inspirado en principios a veces divergentes de los que moldean los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, necesariamente ha de provocar muchas dudas y vacilaciones interpretativas para cubrir, de un lado, los aspectos de cuya regulación se ha olvidado el legislador y para tratar de ensamblar, de otro, las instituciones de

la Ley Procesal Penal en el proceso ante el Jurado, lo que a veces no es fácil. Aún tratándose de una primera aproximación, la densidad y abundancia de las cuestiones que se suscitan aconsejaban para un más ordenado y sistemático análisis repartir las distintas materias en una serie de Circulares, evitando así amontonar en un solo y extenso texto toda la temática. En esta primera se trata lo referente al ámbito de aplicación del proceso ante el Tribunal del Jurado.

Conviene recordar de cualquier forma, que no es misión de una Circular de la Fiscalía General del Estado ni realizar un análisis doctrinal exhaustivo de la norma, ni adentrarse en críticas dogmáticas. Se trata tan sólo de individualizar los problemas interpretativos estableciendo pautas de actuación que orienten a los Fiscales en su tarea de aplicación de la norma, y sirvan así de instrumento para mantener el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

## II. AMBITO TEMPORAL

### a) ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

En cuanto a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995 la Disposición final quinta distingue las siguientes partes:

El Capítulo II dedicado a «Los jurados» (arts. 6 al 23) y la Disposición transitoria tercera (referida a la primera lista de candidatos a jurado) entraron en vigor a los dos meses de la publicación de la ley en el «Boletín Oficial de Estado». Por tanto, habiéndose efectuado dicha publicación el 23 de mayo de 1995, la vigencia efectiva se produjo en fecha 24 de julio de 1995. En esta materia incide el Real Decreto 1398/1995, de 4 de agosto, por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados.

El resto del contenido de la ley contó con un período de *vacatio legis* de seis meses, por lo que adquirió vigencia el 24 de noviembre de 1995 (art. 5 del CC y Sentencia del Tribunal Supremo —Sala 3.ª— de 21 de diciembre de 1987).

Debe tenerse presente, además, que la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre (publicada en el «BOE» de 17 de noviembre

de 1995), por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995, establece en su Disposición final única, apartado 2, la entrada en vigor al día siguiente al de su publicación, esto es el día 18 de noviembre. Esta fecha de vigencia tiene sentido para las modificaciones operadas en los artículos 6 al 23, ya vigentes desde julio. Sin embargo, para el resto del articulado de la ley se produce una situación paradójica: la reforma de los preceptos entra en vigor el día 18 mientras que el cuerpo legal reformado cobra vigencia días después —el 24 de ese mes—. Esta situación no puede llevar, como han propugnado aisladas voces, a atribuir a los preceptos reformados de la Ley Orgánica 5/1995 distinta y anterior vigencia frente a los no reformados; o, incluso, a considerar que la Ley 5/1995 ha derogado a la Ley 8/1995 por ser aquélla posterior en el tiempo (art. 2 del CC). Hay que sostener, en una interpretación lógica, que esa vigencia, aun producida formalmente días antes de la de los preceptos que modifica, queda materialmente diferida a la fecha ya antes señalada del 24 de noviembre de 1995.

#### b) REGIMEN TRANSITORIO

Señala la disposición transitoria primera de la ley:

«Los procesos penales incoados o que se incoen por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se tramitarán ante el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas vigentes en el momento de acontecer aquellos.»

Las leyes se dictan para el futuro y su eficacia respecto de hechos, actos o situaciones se produce desde su entrada en vigor. El fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza; es obligado si esta ley es de naturaleza penal y más beneficiosa para el inculcado (art. 24 del CP reiterado por el art. 2.2.º del nuevo Código); y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales —art. 9 del Texto Constitucional.

Las leyes procesales pertenecen al primer grupo de los tres enumerados y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente, lo que no sucede con la presente ley según se desprende de la disposición antes transcrita.

La Ley Orgánica 5/1995 ha resuelto esta cuestión con un total respeto al constitucionalizado derecho al juez ordinario fijado por la ley. No basta con la determinación legal del Juez ordinario, sino que la ley debe «predeterminar» el mismo, es decir, establecer con anterioridad a la comisión de la conducta que haya de ser enjuiciada cuál es el juez llamado a conocer de la misma. En definitiva, ese elemento cronológico exigido por la Constitución al emplear el término «predeterminación impone que los procesos iniciados o que se inicien en el futuro por hechos acaecidos con anterioridad al 24 de noviembre de 1995, se incoen o continúen tramitándose con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal existentes antes de la vigencia de la Ley del Jurado.

El sistema de transitoriedad de la ley puede sistematizarse así:

a) Por los hechos acaecidos con anterioridad al 24 de noviembre de 1995 no podrá seguirse procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Por tanto, si antes de la citada fecha se hubiese incoado causa criminal no procederá en ningún caso la conversión del procedimiento. Lo mismo debe sostenerse para los supuestos de incoación posterior a la entrada en vigor de la ley por hechos acaecidos con anterioridad al 24 de noviembre de 1995: El enjuiciamiento se ajustará a las normas del procedimiento ordinario o abreviado, según corresponda en atención a la penalidad.

b) Se seguirá procedimiento ante el Tribunal del Jurado cuando los hechos o delitos comprendidos en su ámbito se hubieren cometido en fecha posterior al 23 de noviembre de 1995.

c) Cuando no conste si la fecha de comisión del delito es anterior o posterior al 24 de noviembre de 1995, no será procedente incoar el procedimiento de jurado. El proceso por jurado es una excepción a las normas generales (como demuestra, entre otras cosas, el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —art. 24.2 de la LOTJ—), sólo procede cuando se den con claridad todos los requisitos que lo permiten y en casos de duda ha de darse primacía a las normas generales.

d) En los casos de delito continuado en que algunas de las acciones hayan sido cometidas antes de la expresada fecha y otras después, e igualmente en los casos de delito permanente iniciado antes y finalizado después de la vigencia de la Ley Orgánica 5/1995, la solución no es clara.

A favor del enjuiciamiento por jurado podría argüirse que el delito, a efectos del inicio de la prescripción, se entiende cometido desde la última de las acciones delictivas o desde la finalización de la conducta (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1945 y 21 de diciembre de 1990). Esta tesis se recoge expresamente en el nuevo Código Penal (art. 132). Aun cuando esta doctrina se refiere al inicio de la prescripción y no al momento consumativo, en los casos expuestos se entenderá procedente el enjuiciamiento a través del proceso ante el Tribunal del Jurado.

e) Si se trata de delitos habituales se seguirá la solución anterior cuando la conducta reiterada se despliegue, al menos en parte, en el tiempo posterior a la vigencia de la Ley.

### III. AMBITO OBJETIVO POR RAZON DE LA MATERIA

Para la delimitación de la competencia objetiva y el tipo de procedimiento en lo que a delitos respecta, la Ley de Enjuiciamiento Criminal atendía a la pena asignada en abstracto a la infracción penal (arts. 14 y 779 en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1995).

Este sistema que se mantiene en su esencia para el reparto de asuntos entre los procedimientos ordinario y abreviado se ha visto alterado por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995, modificada sustancialmente en este punto por la Ley Orgánica 8/1995.

El doble criterio competencial —tipo de delito y penalidad— que señalaba para el Jurado el artículo 83.2, d), de la Ley Orgánica del Poder Judicial no ha sido atendido. La Disposición final primera de la Ley Orgánica 5/1995 ha dado nueva redacción al referido precepto, que ahora dispone:

«La composición y competencia del Jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.»

La ley, en su artículo 1, pone su atención en la naturaleza de la infracción penal, con independencia de la pena que ésta lleve aparejada, para determinar los hechos que hayan de ser enjuiciados a través del nuevo procedimiento.

La ley fija en los dos primeros apartados del artículo 1 el catálogo de delitos que se enjuiciarán por este procedimiento.

En el artículo 1, apartado 1, establece una especie de declaración programática o un marco general de competencia que luego se concreta o desarrolla en el apartado siguiente. Las rúbricas del artículo 1, apartado 1, tras haber sido modificadas por la Ley Orgánica 8/1995, son las siguientes:

- a) Delitos contra las personas.
- b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos contra la libertad y seguridad.
- e) Delitos de incendios.

Resulta inútil la fijación de tales rúbricas. Basta con el listado de delitos del apartado 2 del artículo 1 para establecer la competencia del procedimiento del jurado. Por consiguiente:

En la medida en que el legislador no haya complementado alguna de las rúbricas del apartado 1 estableciendo concretos preceptos delictivos en el apartado 2, dicha rúbrica queda en suspenso, a modo de simple declaración programática de futuro, de posible techo competencial aún no cubierto. Sin embargo, la existencia de dicha declaración es innecesaria o superflua pues ni condiciona la competencia actual, ni obliga al legislador en el futuro, en tanto que le basta con no desarrollarla en el apartado 2 del precepto —lo que sucede en la actualidad con los delitos contra el honor— o con cambiar la lista de rúbricas del apartado 1 del artículo 1 —lo que ya se ha hecho en la Ley Orgánica 8/1995 respecto de la Ley Orgánica 5/1995.

La inclusión en el apartado 2 del artículo 1 de alguna figura delictiva sin correspondencia exacta o encaje en alguna de las rúbricas del apartado 1, no debe llevar a la exclusión de tal delito del ámbito competencial del procedimiento ante el jurado. En concreto, así sucedía en la Ley Orgánica 5/1995, antes de su modificación, con el delito de incendios, que no tenía encaje en el derogado artículo 1.1, apartado g), que llevaba por rúbrica la de «delitos contra el medio ambiente», y no por ello se había de entender ajeno el delito de incendios a la competencia del jurado. Se trata, en definitiva, de una antinomia legal que ha de salvarse optando por dar preferencia a la ley especial, representada por el apartado 2

del artículo 1, frente a la norma general, como es el apartado 1 de dicho precepto.

En conclusión, habrán los señores Fiscales de fijarse para determinar las figuras delictivas de las que conoce el jurado exclusivamente en el listado de delitos que recoge el artículo 1.2 de la Ley.

Por otra parte, a tenor del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en nada afectan a la competencia el grado de ejecución del delito —a salvo lo que se dirá posteriormente respecto de los delitos contra las personas— o de participación.

Veamos a continuación algunas cuestiones en relación con los concretos delitos atribuidos al Tribunal del Jurado.

#### a) DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Tal rúbrica coincide con la del actual Título VIII del Libro II del Código Penal.

Las figuras delictivas concretas del actual Código Penal competencia del jurado son: parricidio (art. 405), asesinato (art. 406), homicidio (art. 407), auxilio en inducción al suicidio (art. 409) e infanticidio (art. 410).

Tales delitos sólo se atribuyen al jurado cuando hayan alcanzado el grado de consumación, en virtud del artículo 5.1 de la ley. La razón para excluir las formas imperfectas puede ser doble: evitar que un alto número de infracciones penales atribuidas al jurado pudieran colapsar dicho procedimiento resquebrajando la Institución y, además, sustraer al jurado la compleja tarea de realizar el difícil deslinde entre el *animus laedendi y necandi*.

El delito de robo con homicidio doloso (art. 501.1) no es competencia del jurado al no recogerse en el artículo 1.2 de la Ley. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que existen varias muertes, la formación del delito complejo se producirá con una de ellas y las restantes entrarán en concurso de delitos. En estos supuestos, la competencia para conocer de las muertes restantes se atribuye al jurado. Para dilucidar si el robo con homicidio se enjuicia junto con las otras muertes a través del procedimiento ante el Jurado o, por el contrario, por separado a través del procedimiento ordinario, deberá tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 5.2 y 5.3 de la ley que más adelante se analizan.

Todas estas conductas delictivas contra las personas no serán competencia del Tribunal del Jurado cuando hayan sido cometidas por imprudencia.

b) DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS  
EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS

Esta rúbrica del artículo 1.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se corresponde con el Título VII del Libro II del Código Penal.

Se encomiendan al Tribunal del Jurado las siguientes figuras delictivas del vigente Código Penal: infidelidad en la custodia de presos (arts. 362 y 363); infidelidad en la custodia de documentos (arts. 364 a 366); cohecho (arts. 385 a 393); algunas formas de malversación de caudales públicos (en concreto las incluidas en los arts. 394 a 396) por cuanto se excluyen las malversaciones consistentes en dar una aplicación pública diferente a los caudales, la consistente en no efectuar los pagos a que se esté obligado y la malversación impropia; fraudes y exacciones ilegales (arts. 400 a 403); negociaciones prohibidas a los funcionarios (art. 404); y, por último, tráfico de influencias [arts. 404 bis a) a 404 bis c)].

El artículo 5.2 de la ley excluye en forma tajante el delito de prevaricación de entre los que pueden ser conocidos por el Tribunal del Jurado, pues aún en el supuesto de que sea conexo a otro delito competencia del jurado su enjuiciamiento deberá efectuarse por separado en otro procedimiento. No se alcanza a comprender del todo la causa de tal exclusión. Si se debe al hecho de considerar insalvable la dificultad que representará para los jurados emitir veredicto sobre el carácter justo o injusto de una determinada resolución, también debiera haberse excluido de este procedimiento el delito de cohecho, que exige igual valoración (aunque sea cierto que en la prevaricación ello constituya el hecho nuclear y en el cohecho una circunstancia determinante de la imposición de mayor o menor pena). Además, en ocasiones no será fácil separar, como exige el artículo 5.2 de la Ley del Jurado, el enjuiciamiento de los delitos de cohecho y prevaricación cuando uno haya sido medio para la comisión del otro: ello podría suponer la ruptura de la continencia de la causa y un abierto peligro de posi-

bles resoluciones contradictorias. Aun con todo, el mandato legal es claro y, consecuentemente, ningún delito de prevaricación podrá enjuiciarse por el Tribunal del Jurado.

#### c) DELITOS CONTRA EL HONOR

Como se dijo líneas atrás, y pese al parecer contrario de alguna postura doctrinal, el artículo 1.2.c), que lleva por rúbrica «Delitos contra el honor», no es suficiente para entender atribuidos tales delitos al conocimiento y fallo del Tribunal del Jurado, por cuanto que en el apartado 2 de dicho artículo no se recoge en concreto ninguna de tales infracciones penales. Por tanto, deberán los señores Fiscales oponerse a la tramitación de causas por delitos de injurias o calumnias a través de este procedimiento. Siguen pues vigentes los criterios establecidos sobre el procedimiento aplicable para el enjuiciamiento de tales delitos en la Consulta 21/1994 de esta Fiscalía General.

#### d) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD

Esta rúbrica coincide con la del Título XII del Libro II del Código Penal. Se señalan como delitos competencia del jurado los siguientes: omisión del deber de socorro (art. 489 ter); allanamiento de morada (arts. 490 a 492 bis); y, por último, el delito de amenazas (art. 493.1).

No todas las figuras delictivas de amenaza son competencia del jurado. Tras la reforma del artículo 1.2 operada por la Ley Orgánica 8/1995 sólo se incluyen las amenazas de causar un mal que constituya delito hechas en forma condicional. El resto de los delitos de amenazas deberá tramitarse a través del procedimiento abreviado.

#### e) DELITOS DE INCENDIOS

Se atribuyen al Tribunal del Jurado los delitos de incendios forestales recogidos en los artículos 553 bis a) a 553 bis c) del Código Penal.

f) INCIDENCIA DEL CODIGO PENAL DE 1995

La vigente redacción del artículo 1, apartado 2, de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se verá alterada con la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Como quiera que en el listado de tal precepto los delitos se identifican en atención al número del artículo del Código Penal en el que se tipifican, el nuevo texto punitivo en su disposición final segunda se ha visto en la necesidad de modificar el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/1995, con un alcance que, en ocasiones, excede de la mera acomodación numérica del articulado. Sin embargo, no se modifica el apartado 1 del artículo 1, pese a que el nuevo Código altera la estructura y sistemática del anterior.

Esta reforma entrará en vigor el 25 de mayo de 1996 al tiempo que el nuevo Código.

Respecto de los «delitos contra las personas» deben tenerse en cuenta varias cuestiones. En primer lugar cabe observar que la rúbrica del artículo 1.1.a) —«delitos contra las personas»— no guarda correspondencia con alguno de los enunciados del nuevo Código. Este regula en el Título I del Libro II bajo la rúbrica «Del homicidio y sus formas», los delitos que se recogen como competencia del jurado en el futuro artículo 1.2 y que son los artículos 138 a 140. Así, sólo el homicidio y el asesinato —éste como una forma más grave de homicidio— serán competencia del jurado. Quedan excluidos formalmente el parricidio y el infanticidio por haber desaparecido como figuras penales autónomas, aunque materialmente tales conductas se integrarán en el homicidio o asesinato.

De otro lado, el delito de auxilio e inducción al suicidio, recogido en el artículo 143 del nuevo Código, desaparece del artículo 1.2 de la Ley, quedando así fuera del catálogo de delitos competencia del jurado. Hasta la vigencia del nuevo Código Penal podrán pues incoarse procesos para el enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado por delitos de auxilio e inducción al suicidio cometidos bajo la vigencia de la Ley Orgánica 5/1995. Sin embargo, de los delitos de este tipo que se cometan tras la vigencia del nuevo Código Penal conocerá la Audiencia Provincial o Juzgado de lo Penal, según los casos. Los procesos de Jurado incoados por estas infracciones antes de la entrada en vigor del nuevo Código debe-

rán seguir tramitándose por tales normas, siendo incorrecta su transformación en procedimiento abreviado u ordinario, aunque pudieran ser aplicables en lo sustantivo los preceptos del nuevo Código Penal. Ello tanto por ser el Tribunal del Jurado el Juez ordinario «predeterminado» por la ley para tales hechos, como por la inexistencia de disposición transitoria alguna que disponga lo contrario.

Al desaparecer en el nuevo Código el delito complejo de robo con homicidio, según se desprende de su artículo 242, se amplía indirectamente el ámbito competencial del Tribunal del Jurado, pues toda muerte dolosa producida con motivo u ocasión de robo se podrá enjuiciar a través del procedimiento del jurado. Igualmente, en estos casos tampoco procederá transformar los procedimientos ordinarios incoados por tales infracciones antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, aunque pudieran ser aplicables los nuevos preceptos penales.

Los actuales «delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» se agrupan en el nuevo Código Penal en el Título XIX de su Libro II que lleva por rúbrica la de «Delitos contra la Administración Pública», con una excepción: el futuro delito de infidelidad en la custodia de presos que se recoge en el Título siguiente bajo el epígrafe «Delitos contra la Administración de Justicia».

Todas las figuras delictivas que vimos comprendía este apartado se recogen también en la modificación del artículo 1.1 de la Ley que efectúa el nuevo Código Penal como incluidas en el ámbito de este procedimiento. Ahora bien, el futuro delito de infidelidad en la custodia de presos (art. 471) será una muestra de la falta de correlación existente entre los apartados 1 y 2 del artículo 1, ya que se trata de un delito encuadrado entre los «Delitos contra la Administración de Justicia», rúbrica ésta que, sin embargo, no se recoge entre las menciones del artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Conforme a los ya señalados, una vez en vigor el nuevo Código Penal, la solución a este problema debe ser la de entender incluido el delito de infidelidad en la custodia de presos entre los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado.

En cuanto a los «delitos contra la libertad y seguridad», en el nuevo Código Penal se alteran en parte las rúbricas de los Títulos en los que tales infracciones se encuadran, si bien se mantienen los

mismos delitos competencia del jurado. Debe apuntarse, no obstante, en relación al allanamiento de morada que sólo se atribuirán al Jurado los delitos tipificados en los artículos 202 y 204 del nuevo Código, excluyéndose las figuras delictivas del artículo 203 (allanamiento cometido por particulares cuando se produzcan en el domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, despachos profesionales u oficinas, o establecimientos mercantiles o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura), que se tramitarán a través de las normas del procedimiento abreviado. Si por tales casos y antes de la vigencia del nuevo Código se hubiera incoado procedimiento ante el Tribunal del Jurado no procederá la transformación del mismo en procedimiento abreviado, por las razones arriba expuestas para el similar supuesto del delito de auxilio e inducción al suicidio.

g) EXCLUSION DE LOS DELITOS ATRIBUIDOS A LA COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

La Ley establece en su artículo 5.3:

«En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.»

Examinando los delitos que se atribuyen al enjuiciamiento de la Audiencia Nacional, recogidos en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, puede explicarse tal exclusión desde distintos puntos de vista.

Si se piensa en la competencia de la Audiencia Nacional para enjuiciar los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes, fácilmente se comprende la inconveniencia del Tribunal del Jurado.

Otros delitos competencia de la Audiencia Nacional, en concreto los cometidos fuera del territorio nacional artículo 65.1.º e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, plantearían igualmente problemas para su enjuiciamiento por Jurado, pues el artículo 8.4 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exige como requisito para ser jurado la vecindad en cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido. Esto, unido a que el

jurado habrá de ser español (art. 8.1), dificultaría, si es que no lo hace imposible, el juicio por jurado en tales casos.

Por fin la complejidad de algunos de los delitos atribuidos a la Audiencia Nacional que en ocasiones desembocan en los que se han venido a denominar «macroprocesos» tampoco es campo propicio para el enjuiciamiento por Jueces legos.

El problema interpretativo aparece al contemplar los supuestos en que colisionan dos reglas de competencia: Comisión por persona aforada de delitos atribuidos a la competencia de la Audiencia Nacional. En tales casos la regla de aforamiento prevalece sobre cualquier otra y, por ende, el delito en un principio competencia de la Audiencia Nacional pasa a ser competencia de la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por razón del fuero personal.

Cabe plantearse si cuando esto ocurra regirá o no la regla del artículo 1.3 de la Ley que prevé la exclusión del jurado y, en consecuencia, si el Tribunal competente por razón de fuero deberá o no enjuiciar uno de estos delitos mediante jurado.

La respuesta afirmativa a tal cuestión, que se apoyaría en la literalidad del artículo 1.3 en tanto que la exclusión del Jurado se refiere a la Audiencia Nacional pero sin mencionar a otros órganos jurisdiccionales, no es satisfactoria.

Ha de optarse por la contraria por las siguientes razones:

a) La exclusión del juicio por jurado en la Audiencia Nacional tiene un fundamento que persiste también para el caso de aforados que ahora se contempla, por lo que en una interpretación teleológica del precepto se llega a esta solución.

b) El artículo 1.3 de la Ley excluye de la competencia del jurado los delitos cuyo enjuiciamiento «venga atribuido» a la Audiencia Nacional, debiendo interpretarse tal expresión en el sentido de atribución en abstracto de competencia objetiva por razón de delito, sin atender más que a esa consideración para que la exclusión opere. Es decir, basta con que la ley asigne determinados delitos a la Audiencia Nacional para que su enjuiciamiento se excluya del Tribunal del Jurado, con independencia de que por razones de aforamiento el juicio oral sea desplazado a otro órgano. En otro caso la ley hubiera empleado una locución distinta refiriéndose a la imposibilidad del juicio por jurado en la Audiencia Na-

cional y no, como hace el artículo 1.3, dirigiendo la exclusión a determinados delitos —que es la nota esencial— aunque después, empleando una equívoca técnica legislativa, los identifique por su atribución competencial a un determinado órgano que resulta ser —dato de carácter secundario— la Audiencia Nacional.

#### IV. ENJUICIAMIENTO EN EL AMBITO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

El artículo 1.3 de la Ley Orgánica 5/1995 señala que el juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial —a excepción de los juicios contra personas aforadas que se analizan en el siguiente apartado.

Conforme a lo dispuesto en dicho precepto, en aquellos casos en que el delito atribuido al conocimiento del jurado —por hallarse incluido en la lista del artículo 1.2 de la Ley— fuere, por razón de la pena que tuviere señalada y conforme al artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los que caen dentro del ámbito competencial del Juzgado de lo Penal, el enjuiciamiento por jurado se hará en el ámbito de la Audiencia Provincial (art. 5.3) y nunca en el ámbito del Juzgado de lo Penal. Se excluye así la posibilidad de que en los Juzgados de lo Penal puedan celebrarse juicios de Jurado.

En consonancia con lo anterior dispone el artículo 2.1.º que el Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial que lo presidirá.

#### V. AFORAMIENTOS

La regla según la cual el juicio por jurado se desarrolla en el ámbito de la Audiencia Provincial tiene su excepción en caso de enjuiciamiento de personas aforadas. En tal supuesto, el juicio se celebrará —arts. 1.3 y 2.2— en el ámbito de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento.

Conforme a lo ya razonado, sí el aforado hubiere cometido un delito de los que se atribuyen a la Audiencia Nacional y, además, recogido en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Ju-

rado, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.3, *in fine*, negándose así el enjuiciamiento de dicho delito a través del Tribunal del Jurado.

Los artículos 57 y 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no han sido modificados a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995. Surge así una aparente discordancia entre estos preceptos con los artículos 1.3 y 2.1.2 de la Ley, que prevén el juicio por jurado en el Tribunal correspondiente al aforado. Ante la comisión por persona aforada de un delito del artículo 1.2 de la Ley cabe cuestionarse si el enjuiciamiento por Jurado respeta la especialidad que el aforamiento supone y, en definitiva, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Es cierto que el juicio por jurado, tratándose de aforado se llevará a cabo con un Magistrado-Presidente miembro del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo y por ello distinto del que presidiría el Jurado en otro caso (un Magistrado de la Audiencia Provincial). Pero también es cierto que la decisión —la emisión de veredicto— se atribuye a nueve personas que pudieran ser las mismas en uno u otro caso.

Pese a lo expuesto, debe entenderse que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley no se conculca en estos supuestos. Los artículos 57 y 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ven ahora completados por otros preceptos de igual rango —los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado— que han venido, sin necesidad de reformar la literalidad de aquéllos, a modificar su contenido en tanto que respecto de hechos acaecidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995, cometidos por aforados, e incluidos en el listado de su artículo 1.2, ya no es Juez ordinario determinado por la ley la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo o la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, sino que lo es el Tribunal del Jurado integrado por nueve jurados y un Magistrado-Presidente miembro de tales órganos jurisdiccionales (art. 2.1). Como los artículos 1 y 2 de la Ley 5/1995 tienen carácter de Ley Orgánica no existe problema alguno en el hecho de que afecten al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley.

Ahora bien, estas apreciaciones no pueden trasladarse a los aforamientos establecidos directamente por la Constitución. Sus artículos 102.1 y 71.3 establecen, respectivamente, que la respon-

sabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno y la de los Diputados y Senadores será exigible ante la «Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: Tales normas, dado su rango constitucional, no pueden verse modificadas por los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. En consecuencia, partiendo, según se razonó antes, de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es diferente a un Tribunal compuesto por nueve jurados y un Magistrado del Tribunal Supremo que lo presidirá, debe concluirse —en una interpretación favorable a la constitucionalidad de los artículos 1.3 y 2.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado— que cuando el aforado sea el Presidente o un miembro del Gobierno, un Diputado o un Senador, no podrá ser enjuiciada su conducta a través del Tribunal del Jurado en ningún supuesto. El juicio deberá tramitarse por procedimiento sumario o abreviado atribuyendo el enjuiciamiento a la Sala Segunda del Tribunal Supremo sin intervención del Tribunal del Jurado.

## VI. REGLAS COMPLEMENTARIAS DE COMPETENCIA

El artículo 5 de la Ley proporciona una serie de reglas que inciden en la delimitación del ámbito competencial.

### a) DELITOS CONEXOS

En su número 2, el citado artículo 5 extiende la competencia del Tribunal del Jurado al enjuiciamiento de los delitos que sean conexos a los recogidos en la lista del artículo 1.2. Ahora bien, a continuación se restringe por varias vías esa cláusula general.

En primer lugar, el artículo 5.2 da una relación de los delitos conexos de los que podrá conocer el jurado. El contenido de este precepto se corresponde con los cuatro primeros apartados del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los casos comprendidos en el apartado 5.º del citado artículo —«los diversos delitos que se imputan a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieran sido hasta entonces senten-

ciados»— han quedado excluidos del posible enjuiciamiento como delitos conexos por el Tribunal del Jurado.

La limitación del concepto de conexidad a los cuatro primeros apartados del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obliga a dar respuesta a varias cuestiones:

a) En primer lugar las que surgen en aquellos supuestos en que una persona comete dos o más delitos, conexos por razón del artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo todos competencia del Tribunal del Jurado (por ejemplo, una misma persona comete dos homicidios relacionados entre sí, uno de los cuales queda en grado de frustración). Si los delitos están tan íntimamente relacionados en su comisión que su enjuiciamiento por separado, a lo que en principio parece obligar la ley, supone la ruptura de la continencia de la causa (piénsese, en el ejemplo citado, que las circunstancias concretas de la prueba obligaren a su enjuiciamiento conjunto y nunca fragmentado), será irrenunciable la tramitación y enjuiciamiento conjunto por imponerlo elementales exigencias procesales. Y en trance de optar por los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el establecido en la Ley del Jurado, habrá que decantarse por aquellos, tramitándose la causa por las normas del procedimiento ordinario o del abreviado, según corresponda, dada la imposibilidad del enjuiciamiento por jurado (art. 5.2 que expresamente impide enjuiciar por jurado los delitos que no sean conexos en los términos allí señalados, y el homicidio frustrado, por seguir con la hipótesis expuesta, ni se halla en la lista del art. 1.2 de la Ley, ni se trata de delito conexo según el art. 5.2 de tal Texto Legal). Esta solución, se fundamenta, además, en el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del procedimiento del jurado (art. 24.2), que hace venir en aplicación lo dispuesto en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ampara la solución propugnada. Se dará por tanto prevalencia en esos casos de conflicto a las normas generales de la Ley Procesal Penal tramitándose por procedimiento ordinario o abreviado los supuestos de infracciones conexos del artículo 17.5 que no puedan ser enjuiciadas por separado, pese a estar atribuida una de ellas, aisladamente, a la competencia del Jurado. Esta interpretación, de otra parte, puede encontrar cierto asidero en una

vieja jurisprudencia recaída bajo la vigencia de anteriores Leyes del Jurado.

Sí en el caso anterior, por no romperse la continencia de la causa, pudieran ser enjuiciadas por separado y de hecho lo fueran así las diversas infracciones, hay que aclarar que será aplicable en fase de ejecución de las penas impuestas en los diversos procesos, lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a la no consideración por el artículo 5 de la Ley Orgánica 5/1995 de tales delitos como conexos.

b) En segundo lugar, la ley se cuida de señalar expresamente que «en ningún caso» podrá enjuiciarse por conexidad el delito de prevaricación (art. 5.2, pfo. 2). De ahí se colige que cuando el enjuiciamiento por separado de este delito rompa la continencia de la causa deberán enjuiciarse la prevaricación y el delito conexo competencia del jurado a través del procedimiento ordinario o abreviado que corresponda en atención a la pena. Son reproducibles aquí las razones antes dadas para acoger esta solución en los casos del artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Por fin, el mismo precepto señala que no conocerá el Tribunal del Jurado de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa. El legislador cuida especialmente que en este procedimiento llegue a conocimiento de los Jueces legos un objeto sencillo huyendo en lo posible de causas con varios delitos, entre otras razones, por el mayor riesgo de que el jurado obtenga veredicto respecto de uno de tales hechos y no alcance las mayorías necesarias respecto de algún otro de los conexos, provocando así una situación plagada de inconvenientes y problemas. Por ello, la expresión legal «ruptura de la continencia de la causa» deberá ser interpretada de forma restrictiva. No obstante, los Señores Fiscales tratarán de impedir el enjuiciamiento por separado cuando, en atención a las circunstancias fácticas y a las especialidades de la prueba de los delitos de que se trate, ello implique tanto que se malogre la práctica de la prueba como el riesgo de futuras resoluciones contradictorias. No es posible dar reglas concretas y sí sólo esas indicaciones generales en esta materia, que por otra parte no es exclusiva del procedimiento ante el jurado.

## b) CONCURSO DE DELITOS

Dispone el artículo 5.3 de la Ley:

«Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.»

Es claro que la previsión no comprende el concurso de leyes o concurso aparente, pues en otro caso se ampliaría enormemente el ámbito competencial del jurado, lo que sin duda no estaba en la voluntad del legislador. Así, por citar algunos ejemplos ilustrativos, en todo robo con intimidación o en toda violación o agresión sexual intimidatorias podría existir un concurso aparente con la figura de la amenaza condicional, sin que por ello aquellos delitos vayan a resultar competencia del jurado.

El precepto contempla el concurso de delitos, sí bien no todas sus modalidades, en tanto que deberán descartarse los concursos real e ideal medial, pues ambos se recogen como posibles supuestos de conexidad ya tratados líneas atrás. Se está pensando pues en el concurso ideal propio, que se da cuando una sola acción constituye dos delitos distintos a penar conforme a las reglas del artículo 71 del Código Penal. Así, serán competencia del jurado los supuestos en los que una sola acción provoque dos distintos delitos, uno incluido en la lista del artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y el otro excluido. Ambas infracciones deberán ser enjuiciadas conjuntamente y a través del procedimiento del jurado (por vía de ejemplo, se atribuyen al jurado los casos de una sola acción que provoque un homicidio y un aborto, o un homicidio y atentado, etc., pese a que los delitos citados en segundo lugar no se incluyan en el listado del art. 1.2 de la Ley).

## c) ENJUICIAMIENTO DE FALTAS

Nada prevé la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sobre el posible enjuiciamiento de las faltas que estén relacionadas con los delitos competencia del Jurado.

A tal posibilidad parece oponerse el reiterado empleo del término «delito» en los artículos que regulan la competencia (arts. 1,

2 y 5 de la Ley). Sin embargo, no basta con dicho argumento, se hace preciso indagar más sobre esta cuestión, pues como se verá seguidamente nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal apenas si contiene en general normas genéricas de atribución competencial para el enjuiciamiento de faltas en los procesos por delito, llegándose empero por la vía interpretativa a la admisión de dicha posibilidad.

En el Procedimiento ordinario no existe precepto alguno que atribuya de forma expresa a la Audiencia competencia objetiva para conocer de faltas. Sin embargo, los artículos 142.5 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suponen indirectamente la atribución de competencia objetiva a las Audiencias para conocer de las faltas que sean incidentales. Son incidentales, según define el artículo 142 de la misma Ley, las faltas que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo. En todo caso, la Audiencia no será competente para conocer de las faltas que no sean incidentales.

La evolución en el enjuiciamiento de faltas ha venido marcada por una dirección: el incremento de la competencia del órgano encargado de enjuiciar delitos para decidir también sobre las faltas con base en la idea de no romper la continencia de la causa, el principio de que quien puede lo más puede lo menos y, por último, en aras de una mayor celeridad y economía procesal.

En los derogados procedimientos de urgencia (antiguos arts. 800 y 802), así como en el también desaparecido procedimiento que instauró la Ley Orgánica 10/1980, se ampliaron esas atribuciones otorgando al órgano de enjuiciamiento competencia para juzgar en los procedimientos por delito de las faltas aunque no resultasen incidentales.

Esta dirección se acentuó más todavía en la Ley Orgánica 7/1988, reguladora del procedimiento abreviado, extendiendo la competencia de los Juzgados de lo Penal al enjuiciamiento de las faltas, aunque fuesen imputables a terceros cuando su comisión o prueba esté relacionada con el delito objeto de enjuiciamiento (art. 14.3 de la LECr.). Ahora bien esa especialidad no alcanza al procedimiento abreviado competencia de la Audiencia Provincial. Esta conocerá, por remisión a lo que sucede en el procedimiento ordinario y al no existir una regla como la del artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de las faltas sólo cuando sean

incidentales o conexas y hayan sido cometidas por el autor del delito.

En atención a dicha panorámica cabe admitir, pese al silencio de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, el enjuiciamiento por jurado de las faltas que sean incidentales al delito competencia del jurado, siguiendo la regla del procedimiento ordinario y en atención a la aplicación supletoria del mismo por vía del artículo 24.2 de la Ley Orgánica 5/1995. No obstante, y como quiera que el concepto de «falta incidental» es coincidente, aunque sólo en parte por ser más restringido, con el de conexidad, cuando la falta incidental pudiera ser enjuiciada por separado sin que ello suponga la ruptura de la continencia de la causa, los señores Fiscales interesarán que así se haga mediante la oportuna deducción de testimonios a tenor de la regla restrictiva del artículo 5.2 de la Ley que, aunque referida a los delitos conexos, alcanza igualmente a las faltas incidentales.

No contradice lo dicho la nueva redacción del artículo 14.3.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición final segunda de la ley):

«No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuera de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.»

No puede entenderse esta previsión como una forma de arrastrar a la competencia del Jurado todas las atribuciones propias del Juez de lo Penal y, por ende, también de las «faltas sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviese relacionada con aquellos» (art. 14.3). El artículo 29 de la Ley Orgánica 5/1995 indica que el contenido de la calificación provisional será la del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal apartándose de la especialidad que en este punto supone el artículo 790.5 que prevé la extensión de la calificación en el procedimiento abreviado a las faltas antes citadas. Además, del artículo 5.2 de la Ley se deduce la lógica pretensión del legislador de limitar al máximo de lo posible el objeto del enjuiciamiento para no dificultar la tarea de los Jueces legos y alejar el peligro de ausencia de mayorías suficientes respecto de objetos parciales y a veces secundarios del veredicto.

Se concluye pues admitiendo la competencia del Tribunal del jurado para conocer de las faltas incidentales (art. 142.5 Ley de Enjuiciamiento Criminal) cometidas por el autor del delito, siempre que su enjuiciamiento por separado no fuera posible por romperse la continencia de la causa.

## VII. DELIMITACION PROGRESIVA DEL OBJETO DEL PROCESO Y TRANSFORMACIONES PROCEDIMENTALES

La determinación del procedimiento aplicable, ya se efectúe en atención a la pena en abstracto o, como sucede en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, por la naturaleza del delito, plantea siempre el problema de que hasta la sentencia definitiva no puede saberse con plena certeza jurídica el tipo de delito cometido. A lo largo del *iter* procesal la variación en la calificación de los hechos implica resolver acerca de la necesidad o no de una adecuación procedimental. Cuando los hechos inicialmente considerados como un delito de los previstos en el artículo 1.2 de la Ley se ven afectados por el resultado de determinadas pruebas y pasan a ser estimados como un delito ajeno al listado del precepto citado, se plantea la necesidad o no de transformar el procedimiento del jurado en otro distinto. Lo mismo puede decirse para el caso contrario.

La dificultad de transformar el procedimiento del jurado en otro, o viceversa, se evidencia si se repara en las numerosas especialidades del nuevo proceso (piénsese en la singularidad de la comparecencia inicial, en los plazos fijados para instar diligencias, en los concretos momentos para interesar el sobreseimiento, en la singularidad de la fase intermedia, en las especialidades probatorias del art. 48, etc.). Se cuenta así en la actualidad con dos tipos de procesos —el del jurado y los restantes procesos penales— que pueden ser calificados como difícilmente cohesionables. Lo expuesto debe llevar a evitar en lo posible las transformaciones procedimentales. A tales fines, por un lado, sólo se incoará el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado cuando exista una completa seguridad acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos para ello, y, por otra parte, deben fijarse momentos procesales en los que por lo avanzado de la tramitación no pueda ya efec-

tuarse esa transformación, en aras de la celeridad y economía procesal. A tales problemas se dedican los apartados siguientes.

a) INCOACION DEL PROCEDIMIENTO DEL JURADO

La incoación deberá efectuarse con seguridad y cautela. Sólo se dictará auto de incoación cuando se den claramente los requisitos que se deducen del artículo 24, a saber: determinación de los hechos como constitutivos de un delito de los enumerados en la lista del artículo 1.2; determinación de la persona imputada; y, por último, valoración de todo ello como verosímil por el Juez de Instrucción que haya de resolver sobre la incoación.

En aquellos casos en que no esté clara la tipificación inicial de los hechos como comprendida en el artículo 1.2; no aparezca determinada una persona como responsable de los mismos; o los hechos o la imputación no aparezcan a ojos del Instructor como verosímiles, aunque sin llegar a ser «manifiestamente falsos» (art. 269 de la LECr.); no se deberá incoar el procedimiento del jurado sino el de diligencias previas o, en su caso, el Sumario. Sólo una vez acreditados con seguridad tales requisitos procederá incoar procedimiento del jurado con las consecuencias que de ello se derivan.

Frente al auto de incoación —o de no incoación— pese al silencio de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, procederá recurso de reforma y posterior de queja, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) MOMENTOS PROCESALES PREVISTOS POR LA LEY  
PARA INTERESAR LA TRANSFORMACION  
DEL PROCEDIMIENTO

La Ley contempla de modo expreso determinados momentos procesales para introducir el debate sobre la adecuación del procedimiento. Cabe citar los artículos 29.5, 31.3 y 32.4, referidos a la calificación y a la audiencia preliminar y, por otra parte, el artículo 36, en el trámite del planteamiento de cuestiones previas. Sin perjuicio de que en sucesivas circulares se vuelva sobre esta materia, conviene ya adelantar algunas ideas.

Antes de la apertura del juicio oral, las partes podrán en sus escritos de calificación provisional instar la adecuación del procedimiento del jurado en otro distinto. El artículo 29.5 dispone:

«Las partes, cuando entiendan que todos los hechos delictivos objeto de acusación no son de los que tienen atribuido su enjuiciamiento al Tribunal del Jurado, instarán en sus respectivos escritos de solicitud de juicio oral la pertinente adecuación de procedimiento.

Si estiman que la falta de competencia ocurre sólo respecto de alguno de los delitos objeto de la acusación, la solicitud se limitará a la correspondiente deducción de testimonio suficiente, en relación con el que deba excluirse del procedimiento seguido para ante el Tribunal del Jurado, y a la remisión al órgano jurisdiccional competente para el seguimiento de la causa que corresponda.»

Del precepto transcrito se desprende que:

Si la inadecuación afecta a todos los hechos de la causa y el enjuiciamiento se estima que habrá de llevarse a cabo a través del procedimiento abreviado, las partes han de evacuar el escrito de calificación y no limitarse a pedir la acomodación del procedimiento. A tal conclusión se llega de la lectura del artículo 32.4 que prevé la acomodación en procedimiento abreviado con remisión al órgano competente, previa apertura del juicio oral, para que prosiga «el conocimiento de la causa en los términos de los artículos 792 y siguientes» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Proseguirse la causa en los términos del artículo 792 (ya se calificó por las partes y se abrió juicio oral) presupone que la calificación fue formulada en el trámite del artículo 29 de la Ley Orgánica 5/1995.

Si la inadecuación se da «sólo —art. 29.5— respecto de alguno de los delitos objeto de la acusación», la solicitud se «limitará —en expresión literal del citado artículo— a la correspondiente deducción de testimonio», sin que entonces deban las partes redactar el escrito de calificación.

Cuando la inadecuación afecte a todos o parte de los hechos y hayan de enjuiciarse por procedimiento ordinario, tampoco procederá formular la calificación, como se desprende *sensu contrario* del artículo 32.4 y de la necesidad de volver a la fase de instrucción para dictar auto de procesamiento.

Si en los supuestos de los dos últimos apartados una de las partes solicitare la adecuación del procedimiento sin formular calificación y otra parte acusadora calificase por entender correcto el seguimiento del procedimiento ante jurado y el Juez, tras la audiencia preliminar, acordare la continuación del procedimiento del jurado y la apertura del juicio oral, la parte que no hubiere calificado por solicitar la transformación deberá hacerlo, para lo cual la ley no prevé un nuevo traslado. La posibilidad reconocida a las partes de modificar en la audiencia preliminar sus escritos de acusación, que se establece en el artículo 31.3, no sirve a estos efectos pues mal podrá en la audiencia preliminar «modificar» quien no calificó y menos aún sin saber lo que vaya a resolver el Juez acerca de la transformación o continuación del procedimiento. Por tanto, cabe concluir como única opción posible que, tras la audiencia preliminar y tras haber sido dictado el auto de apertura de juicio oral, deberá darse nuevo traslado para calificación a la parte que no calificó antes por haber solicitado la transformación procedimental no atendida por el Juez. Después de calificar esta parte, si la calificación no se aparta de los términos de la ya acordada apertura del juicio oral no será necesario convocar a una nueva audiencia preliminar por estar ya resuelta la apertura del juicio sobre dicho objeto procesal, aunque sí deba darse traslado del escrito a las restantes partes.

En todo caso, aunque la ley no lo contemple expresamente, debe sostenerse la posibilidad de que en cualquier momento durante la fase de instrucción del procedimiento del jurado, las partes puedan interesar del Juez de Instrucción o éste acordar de oficio, a la vista del resultado de las diligencias practicadas, la acomodación del procedimiento. Sería contrario a la economía procesal el que hubiera necesariamente de evacuarse la calificación provisional y celebrar la audiencia preliminar para adoptar dicha decisión, si la pertinencia de la misma se advirtiera con anterioridad.

Frente a la resolución que se dicte por el Juez de Instrucción acordando transformar o no el procedimiento, bien en cualquier momento durante la fase de instrucción, o bien en el auto dictado tras la audiencia preliminar (art. 32.4), procederá interponer recurso de reforma y ulterior de queja ante la Audiencia Provincial.

Ahora bien, en tanto que la acomodación procedimental podrá nuevamente ser planteada como «cuestión previa» ante el Magistrado-Presidente, al amparo del artículo 36.1, a), y, ulteriormente, por medio de recurso de apelación, llegar ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia, debe repararse en que ante tal doble vía de planteamiento del asunto (Juez de Instrucción-Audiencia y Magistrado Presidente-Tribunal Superior de Justicia), deberá ceder el criterio de la Audiencia Provincial ante la resolución del Tribunal Superior de Justicia al que por la vía de los artículos 36.1, a) y 846 bis, a), hubiera llegado tal cuestión. Además, el Magistrado-Presidente no podrá resolver la cuestión previa sobre este asunto en forma distinta a la sostenida por la Audiencia Provincial en la resolución de un recurso de queja, salvo que se dieran nuevos elementos de juicio desconocidos entonces para la audiencia.

#### c) MUTACIONES EN EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL O EN SENTENCIA

Hay que diferenciar los siguientes supuestos:

a) En el juicio ante el Tribunal del Jurado, para las conclusiones definitivas rige el artículo 48.3 que dispone:

«Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo.»

b) En el juicio seguido por procedimiento ordinario o por abreviado nada prevé la ley para estos supuestos en los que se introduzca en las conclusiones definitivas un delito competencia del Tribunal del Jurado. La opción que se estima preferible, aún no siendo quizás la correcta desde un punto de vista estrictamente dogmático, es la de continuar el juicio oral por dicho procedimiento sin necesidad de transformarlo en procedimiento del jurado, solución a la que se llega considerando aplicable analógicamente el artículo 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y en aras del principio de economía procesal.

c) No obstante, si la modificación introducida en las conclusiones definitivas de un procedimiento abreviado lo fuere para incluir un delito de la lista del artículo 1.2 que, además, por la pena que llevare aparejada, excediera de la competencia decisora del órgano jurisdiccional ante el que se estuviere tramitando el juicio (esto sólo será posible si se tratare de abreviado ante el Juez de lo Penal), la acomodación —ya obligada por razón de la pena— procederá en favor del Tribunal del Jurado por tratarse de un delito del artículo 1.2 de la Ley. En tales supuestos, el procedimiento especial del Jurado no se iniciará desde el principio, partiendo pues de la comparecencia inicial del artículo 25, sino que seguirá en el momento del juicio, es decir en el trámite de los artículos 38 y siguientes, sin necesidad de cubrir otras especialidades anteriores de la ley (comparecencia, audiencia preliminar, etc.) que no se ven alcanzadas por la transformación procedimental (art. 780 de la LECr.). La retroacción a la fase de instrucción y a la fase intermedia, aun cuando tales fases contengan especialidades en el procedimiento del jurado, carece por completo de sentido. La transformación se opera para permitir que enjuicie alguien distinto (el Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial) de quien carece de competencia para enjuiciar (el Juez de lo Penal), pero partiendo de dos premisas claras: 1.º Ya están suficientemente precisados los términos de la *litis*, por lo que se reputa innecesaria e inútil la comparecencia inicial; y 2.º El juicio oral ya está abierto por quien tenía competencia para ello en el procedimiento abreviado y la ostenta también en el procedimiento del jurado —en ambos casos el Juez de Instrucción— de lo que resulta la improcedencia de retornar a la audiencia preliminar.

d) El artículo 52. g) al tratar de la determinación del objeto del veredicto establece:

«El Magistrado-Presidente, a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable, ni ocasionen indefensión. Si el Magistrado-Presidente entendiese que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa.»

Por consiguiente, ningún problema existe en el hecho de que el objeto del veredicto, respetando el hecho justiciable, contenga un abanico de posibilidades fácticas abocadas a una calificación o tipificación con formas subsidiarias o alternativas que se sometan a la decisión del jurado. Cuando alguna de estas posibilidades sea extraña al listado del artículo 1.2 (por ejemplo, se abre como posibilidad subsidiaria al delito de homicidio doloso, el de homicidio por imprudencia. Lo que implica una pregunta sobre la inobservancia de un determinado deber de cuidado por el acusado en su conducta) es claro que no procede, por el solo hecho señalado, dictar resolución de incompetencia y acomodación del procedimiento, sino que el veredicto y la ulterior sentencia se extenderán a dicha opción.

Tampoco existirá problema en el supuesto inverso: La Audiencia Provincial o el Juzgado de lo Penal en su sentencia estiman la comisión de un delito competencia del Tribunal del Jurado por rechazar la inicial calificación de las partes acusadoras (por ejemplo, conversión en sentencia de un robo con homicidio invocado por la acusación en un delito de homicidio). No existirá inconveniente alguno en que la Audiencia dicte tal sentencia. Al respecto conviene recordar que el objeto del proceso penal no viene representado por los hechos que realmente han sucedido. Lo que no se sabe hasta la sentencia firme, sino por los hechos que alegan las acusaciones que han sucedido, siempre que esa pretensión supere el filtro de la valoración indiciaria judicial (apertura del juicio oral). Es la pretensión acusatoria la que define la competencia.

CIRCULAR NUMERO 4/1995, de 29 de diciembre

**SOBRE EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL  
DEL JURADO: LAS ACTUACIONES EN  
EL JUZGADO DE INSTRUCCION**

**I. SUPLETORIEDAD DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO  
CRIMINAL**

En la Circular 3/1995 se fijaban criterios en orden al ámbito del nuevo proceso ante el Tribunal del Jurado. La presente, continuación natural de la citada, se adentra ya en los primeros tramos del procedimiento dejando para futuros, aunque próximos, pronunciamientos de esta Fiscalía General, todo lo relativo al juicio oral.

El discurso sobre el recorrido procedimental de la nueva ley, exige resolver previamente un tema. Aunque estamos ante un proceso de nueva planta inspirado en trámites y principios dispares de los que informan los clásicos procesos penales, no se ha introducido una normativa exhaustiva y autosuficiente. En la ley se regulan tan sólo las especialidades, confiriéndose expreso carácter supletorio a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según declara el artículo 24.2.

Por tanto, todas las lagunas u omisiones de la nueva regulación deben integrarse acudiendo a la Ley Procesal Penal Común. Pero, dado que en ésta se regulan varios tipos de procedimientos de los que los más característicos son el ordinario y el abreviado, surge un interrogante de cuya respuesta va a depender que la solución que se dé en puntos específicos sea una u otra. ¿Son apli-

cables preferentemente las normas del procedimiento ordinario (Libros II y III de la Ley)? O, por contra, ¿hay que acudir primero a las normas del procedimiento abreviado (Título III, del Libro IV, de la Ley) y, sólo en su defecto, aplicar las normas generales (art. 780.12)?

Las consideraciones que se vertían en la Circular 1/1989 de esta Fiscalía General sobre el carácter «común» del procedimiento abreviado pese a su etiquetación legal de «especial» podrían llevar a inclinarse por la segunda opción apuntada.

No obstante, dogmáticamente la cuestión es clara: las normas de un procedimiento especial son aplicables cuando se dan los supuestos específicos contemplados. Y, por tanto, cuando la Ley Orgánica 5/1995 se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal hay que entender que lo hace a las normas generales, sin perjuicio de que ante alguna cuestión no contemplada en el procedimiento ordinario pero sí en el abreviado, pueda plantearse la procedencia de acudir a esa regulación específica.

De otra parte, no sería asumible, por el factor de confusión que se introduciría, estimar que la supletoriedad de uno u otro procedimiento —ordinario o abreviado— vendría dada por la gravedad del delito objeto de enjuiciamiento, de forma que en aquellos procesos seguidos por delitos comprendidos en el ámbito del procedimiento abreviado por su penalidad (art. 779 de la LECr.), se aplicasen con preferencia las normas del abreviado. Desdoblar de esa forma la regulación del proceso ante el Tribunal del Jurado según la penalidad no es solución que pueda ser aceptada.

La supletoriedad de primer grado de las normas del procedimiento ordinario y sólo de segundo grado de la regulación del abreviado se revela, de otra parte, como la más apta para resolver problemas específicos. Además, de la lectura completa de la ley se deduce que ésa es la voluntad del legislador que reiteradamente se remite a preceptos del procedimiento ordinario (arts. 25.2 y 3, 26.1, 29.2, 32.1, 36.1.a), 36.2, 42.1 ó 46.2), pese a que en alguno de esos puntos existe una regulación específica en el procedimiento abreviado (por ejemplo, arts. 789.5.1.<sup>a</sup> o 788.4). Tan sólo cuando se enfrenta a una cuestión que no está regulada expresamente en el procedimiento ordinario pero sí en el abreviado, acude a preceptos de éste (art. 48.2).

En consecuencia, en la interpretación de la ley, los señores Fiscales, ante cuestiones no específicamente reguladas, acudirán con carácter prioritario a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## II. INCOACION

### a) PRESUPUESTOS PARA LA INCOACION DEL PROCESO

La incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado exige tres presupuestos, sin los cuales no procederá su iniciación, sin perjuicio de que, ante la ausencia de alguno de esos presupuestos, se pueda tramitar, en su caso, alguno de los procesos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esos presupuestos se desprenden del artículo 24.1 de la Ley:

Es necesario en primer lugar, en cuanto al aspecto objetivo de la imputación, que aparezcan indicios de la comisión de uno de los delitos cuya competencia viene atribuida al Tribunal del Jurado (art. 1.2 de la Ley). Como ya se decía en la Circular 3/1995, cuando existan dudas sobre los perfiles de la infracción que repercutan en la competencia (por ejemplo, un homicidio en el que no aparece con claridad de momento si estaba acompañado de ánimo de apoderamiento; o unas amenazas cuya condicionalidad aparece muy desvaída), será prudente proseguir la tramitación a través de las normas ordinarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que han de considerarse preferentes en esos casos de duda, sin perjuicio de instar en el momento en que se disipen tales dudas la incoación el proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995.

Por tanto, si los hechos no son delictivos, no será procedente la incoación y habrá que dictar la resolución de archivo procedente según el caso (art. 313 —inadmisión de la querella—; art. 269 —repulsa de la denuncia—; art. 789.5.1.ª —archivo en diligencias previas por no ser los hechos constitutivos de delito—; o sobreseimiento libre del art. 637.2.º, previa conclusión del sumario, si se trata de un procedimiento ordinario).

Y si los hechos no son, en principio, competencia del Tribunal del Jurado, como es obvio, habrá que tramitar el proceso que corresponda, sin perjuicio de ulteriores transformaciones.

En lo que respecta al elemento subjetivo de la imputación, es presupuesto indispensable para la incoación del proceso que aparezca, al menos, una persona determinada e identificable como presunto autor de tales hechos delictivos. El proceso de la Ley del Jurado sólo se inicia cuando la imputación delictiva está delimitada pasivamente. Basta con que exista una persona determinada frente a la que se hagan imputaciones, sin que sea exigible que se haya identificado a todos los posibles responsables. En cuanto aparezca un presunto responsable penal procederá dictar auto de incoación del proceso de la Ley Orgánica 5/1995. Si en el transcurso de la investigación aparecen otros imputados, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley.

Si no existe esa delimitación subjetiva de la imputación, la investigación —una de cuyas finalidades es precisamente identificar a los posibles responsables (art. 299 de la LECr.)— habrá de canalizarse a través de las normas generales (procedimiento ordinario o abreviado, según la gravedad de la infracción).

Si en el curso de esa investigación aparecen ya datos que permitan dirigir la imputación frente a una persona determinada, procederá la incoación del procedimiento de la Ley del Jurado.

Si, por contra, no se llegan a alcanzar tales datos procederá dictar el correspondiente auto de sobreseimiento provisional (art. 789.5.1.<sup>a</sup>, inciso final; o art. 641.22, según se trate de un procedimiento abreviado u ordinario).

Por fin, en lo atinente al aspecto valorativo de la imputación es preciso que la misma sea verosímil, tal y como se desprende del inciso previa valoración de su «verosimilitud» que recoge el artículo 24.1 de la Ley. La verosimilitud ha de alcanzar no sólo al aspecto objetivo de la imputación —credibilidad de la comisión de un delito— sino también a su aspecto subjetivo —que igualmente sea creíble que tal conducta ha sido realizada por el sujeto pasivo de la imputación—. Así se deriva de la situación sintáctica del inciso legal referente a la verosimilitud.

Qué debe entenderse por «verosímil» no es cuestión fácil de precisar, pues estamos ante un nuevo término procesal. La cuestión ha de resolverse atendiendo al caso concreto, procurando

mantener un equilibrio entre lo que sería la precipitada incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado y la indebida postergación de esa incoación a un momento avanzado de la investigación.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define lo verosímil como «lo que tiene apariencia de verdadero, lo que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad».

En principio habrá que estar a esos conceptos para graduar la verosimilitud de una imputación y, en consecuencia, para decidir la incoación del Proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995.

A la vista de esas definiciones es patente que lo «inverosímil» es un concepto más amplio que lo «manifiestamente falso» a que alude el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para autorizar el rechazo de una denuncia. Por tanto, no siempre que la imputación no sea verosímil se deberá rechazar la incoación de todo proceso. Tan sólo cuando lo inverosímil sea a la vez manifiestamente falso, se procederá en la forma dispuesta en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando, por contra, aún no reuniendo la imputación el suficiente carácter de verosimilitud —ya sea en cuanto al hecho mismo, ya en cuanto a la persona a la que se imputa su realización—, no pueda ser tildada tampoco de manifiestamente falsa, deberá incoarse el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que corresponda (diligencias previas o sumario) en el que se practicarán las diligencias de investigación procedentes. Si tales diligencias consiguen conferir visos de verosimilitud a la inicial imputación procederá la incoación del Proceso de la Ley del Jurado. En otro caso, se impondrá el archivo en la forma que sea procedente según el tipo de procedimiento.

#### b) PECULIARIDADES SEGUN EL ORIGEN Y FORMA DE LA IMPUTACION

Los presupuestos que acaban de ser desarrollados pueden surgir de formas diversas según explicita la ley al inicio del artículo 24:

A través de una denuncia, en cuyo concepto hay que incluir tanto los atestados policiales (art. 297 de la LECr.), como aquellos casos en que el Fiscal remite, sin formulación de querrela, unas diligencias de investigación solicitando la incoación del correspondiente proceso judicial (Consulta 2/1995 de esta Fiscalía General).

En virtud de una querrela, sea interpuesta por el Fiscal o por cualquier ciudadano o persona jurídica legitimada.

Por los indicios aparecidos en otro procedimiento penal en curso, ya se siguiese éste por un delito competencia del Tribunal del Jurado en el que no existían hasta ese momento datos que permitiesen imputar la infracción a persona determinada; ya se siguiese por otro tipo de infracción y surjan indicios fundados bien de que el hecho es uno de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado, bien de que existe otra infracción de las comprendidas en el artículo 1.2 de la Ley. En todos estos supuestos procederá bien la incoación del proceso especial de la Ley del Jurado, bien la deducción de testimonios para incoar ese tipo de proceso, según los casos y en aplicación de las reglas especiales sobre conexión analizadas ya en otra Circular.

A los casos de transformación se refieren los artículos 309 bis, 780.3.º, y 789.3, 2.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que conceden a todas las partes la posibilidad de realizar la solicitud de conversión del procedimiento ordinario o abreviado en el especial de la Ley del Jurado. El Juez ha de resolver sobre la petición en el plazo de una audiencia y contra su resolución cabe, recurso de queja, sin necesidad de previa reforma. Igualmente es factible acudir en queja a la Audiencia Provincial, solicitando la incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado, cuando el Juez no resolviera en el plazo indicado.

En los casos de transformación no será preciso retroceder en el procedimiento (es aplicable analógicamente la previsión contenida en el art. 780.2.º), sin perjuicio de que cuando resulte necesario deberán practicarse las actuaciones peculiares del proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995 (singularmente, la comparecencia inicial). Pero todas las diligencias de investigación que hayan podido llevarse a cabo a través de los cauces procesales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ya sea procedimiento ordinario, ya sea procedimiento abreviado), mantendrán su plena validez, sin que sea preciso reiterarlas.

La ley no menciona una posible incoación de oficio que, por tanto, en principio, está excluida. Sin embargo, en el fondo la cuestión carece de trascendencia práctica, por contra de lo que pudiera parecer en una primera aproximación. De un lado, por lo infrecuente en la práctica de una incoación de oficio. Pero sobre todo porque el Instructor sí estará obligado a la incoación de oficio de un proceso penal de los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 308.1.º) y ya iniciado, habrá de proceder a la transformación en el proceso especial del la Ley del Jurado por aplicación del artículo 24.

#### c) LA RESOLUCION DE INCOACION

El acuerdo de incoación ha de adoptar la forma de auto que será recurrible en reforma y queja (arts. 217 y 218 de la LECr.). Los señores Fiscales recurrirán esta resolución siempre que se haya incoado el proceso especial del Tribunal del Jurado sin que concurran cumplidamente los presupuestos necesarios para su iniciación que antes han quedado expuestos. Aunque no se haya recurrido tal auto, nada impide solicitar en cualquier otro momento del proceso, y en particular en los específicamente previstos a tal fin (arts. 29.5 y 36.1.a) la transformación del proceso a otro de los generales previstos en la ley (al igual que se establece en el art. 780.2.º de la LECr.).

El auto de incoación ha de ser inmediatamente puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal (arts. 306.3.º y 781, párrafo último).

En el auto de incoación normalmente habrá de procederse a la convocatoria para la comparecencia regulada en el artículo 25 que se analizará después, y se ordenará igualmente la realización de «aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar» (inciso final del art. 24.1).

#### d) LAS ACTUACIONES INAPLAZABLES

El concepto de «inaplazabilidad» se obtiene no sólo con criterios materiales, sino también con criterios jurídicos. Han de consi-

derarse inaplazables todas aquellas actuaciones que sea preciso practicar inmediatamente para no frustrar los fines de la investigación, o no vulnerar la ley y, entre ellas, todas las diligencias que no puedan esperar al inicio formal de la investigación tras la comparecencia, al existir el riesgo de convertirse en impracticables, o cuando la dilación pueda ofrecer graves inconvenientes (art. 318, inciso final, de la LECr.).

Sin ánimo exhaustivo, pueden aparecer como actuaciones inaplazables:

Las contempladas en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Todas las que la Ley Procesal Penal regula bajo la rúbrica general «De la Inspección ocular» (arts. 326 a 333).

La recogida del cuerpo del delito y piezas de convicción (arts. 334 y siguientes de la Ley).

El levantamiento del cadáver y la realización de la autopsia (arts. 343 y 353).

Todas aquellas diligencias, incluso las personales, cuya postergación a un momento posterior pueda hacer temer que no podrán llevarse a cabo (en especial, los casos a que se refieren los arts. 448 y 449 de la LECr.).

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado.

La decisión sobre la situación personal del imputado detenido y actuaciones previas inexcusables —comparecencia del art. 504 bis. 2 y declaración del mismo antes de decidir sobre situación— actuaciones que son inaplazables jurídicamente pues el plazo para resolver sobre esa situación es sensiblemente inferior al previsto para la comparecencia del artículo 25. Igualmente puede ser inaplazable, cuando exista riesgo de fuga, y aunque no esté detenido el imputado, dictar auto de prisión en la forma prevista en el artículo 539.42. En todos estos supuestos, además, resultará también inaplazable proceder al traslado de la imputación por imposición legal (arts. 118 y 520.2 de la LECr.).

Todas estas actuaciones inaplazables pueden y deben ser acordadas por el Instructor de oficio, sin perjuicio de que igualmente puedan ser propuestas por cualquier parte y también por el Ministerio Fiscal en el momento en que se le notifica el auto de incoación, o al solicitar por iniciativa propia la incoación.

### III. LA COMPARECENCIA INICIAL

Tras el auto de incoación y práctica, en *su* caso, de las diligencias que resulte inaplazables y que ya se han examinado, la actuación inmediata insoslayable es la celebración de una comparecencia con diversas finalidades, como se verá, aunque la ley destaca una de ellas: La concreción de la imputación. De esa forma se pretende que la fase de investigación que se va a abrir a continuación tenga ya un objeto fáctico delimitado y unos perfiles más o menos nítidos, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones o variaciones que, en su caso, determinarán la necesidad de celebrar una nueva comparecencia (art. 28).

No será posible una variación sustancial del objeto del proceso y, por tanto, del marco de la investigación, sin que se amplíe éste formalmente a través de la celebración de otra comparecencia. Y sólo podrán practicarse aquellas diligencias que sean pertinentes en relación con esa imputación delimitada en la comparecencia regulada en el artículo 25 de la Ley.

#### a) EL TRASLADO DE LA IMPUTACION

Es importante, no obstante, destacar que, en la redacción actual del artículo 25, reformado por la Ley Orgánica 8/1995, el traslado de la imputación no se hace en la comparecencia tal y como sucedía en la regulación inicial del precepto. El cambio es más significativo de lo que pudiera parecer en una primera aproximación. El traslado formal de la imputación se adelanta en el tiempo, al obligarse a entregar copia de la querrela o denuncia al querrellado o denunciado al ser citado para la comparecencia, lo que acerca en este punto el nuevo régimen al general establecido en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la comparecencia se tratará tan sólo de concretar la imputación: el traslado de la misma se ha hecho previamente.

Incluso ese traslado no es necesario cuando se haya efectuado ya por aplicación general del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (inciso penúltimo del art. 25.1). Así puede suceder en los casos en que se trate de la conversión de un procedimiento ordinario o abreviado; o en los supuestos en que por ha-

berse procedido a la detención se haya dado ya traslado de la imputación y oído en declaración al detenido en los primeros momentos como actuaciones inaplazables.

#### b) PLAZO PARA CELEBRAR LA COMPARECENCIA

Aunque literalmente entendida la ley sólo obliga a que la convocatoria para la comparecencia se haga en los cinco días siguientes sin fijar plazo para su celebración, parece que lo que se ha querido decir es que la convocatoria se realice normalmente en el auto de incoación y que se señale como fecha para la comparecencia una de las comprendidas en los cinco días siguientes.

Ese plazo puede ser demasiado breve y hasta exiguo en algunos casos por la necesidad de cursar las citaciones con la suficiente antelación y ante la eventualidad de que el imputado pueda tener su residencia en un lugar alejado de aquél donde se tramita el proceso. Máxime si se tiene en cuenta que por la fase en que nos encontramos han de computarse todos los días naturales (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1989, de 16 de enero y art. 184 de la LECr.).

El incumplimiento del plazo, desde luego, será una irregularidad pero en modo alguno motivo de nulidad (art. 241 de la LOPJ). Sí es, sin embargo, más trascendente que sin dilación alguna se proceda a dar traslado de la denuncia o querrela. El adverbio «inmediatamente» que utiliza el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y reitera el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado es suficientemente elocuente a este respecto.

#### c) PERSONAS Y PARTES QUE DEBEN SER CITADAS

Para la comparecencia han de ser citados el Ministerio Fiscal, el imputado, el querellante, si lo hubiere, y los ofendidos o perjudicados por el delito. En la citación al imputado debe hacerse la advertencia de que en caso de no concurrir asistido de Letrado, le será nombrado por el turno de oficio. La citación del imputado podrá hacerse en cualquiera de las formas previstas en los artículos 166 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La citación a los perjudicados u ofendidos por el delito (art. 25.2) debe contener igualmente el ofrecimiento de acciones que previene el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las especificaciones a que se refiere el artículo 25.2 y en particular la instrucción de que podrán personarse en forma en el acto de la comparecencia. La designación de los profesionales puede hacerse, como en cualquier otro proceso, del modo previsto en el artículo 281.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La posibilidad de personarse como acusación en ese acto no supone sin embargo un término preclusivo, y el perjudicado u ofendido que no se haya personado en ese momento podrá hacerlo posteriormente siempre que no se haya llegado al trámite de calificación del Fiscal (art. 110 de la LECr.).

La aplicación supletoria preferente de las normas del procedimiento ordinario sobre las especiales del abreviado, obliga a entender que la personación exige la representación a través de Procurador (arts. 118 y siguientes de la LECr.). Sin embargo no es necesaria la presencia del Procurador ni en la comparecencia, ni en la audiencia preliminar, ni en el juicio u otras vistas que pueden celebrarse a lo largo del procedimiento. Ciertamente alguna reciente resolución del Tribunal Constitucional podría alentar el entendimiento opuesto (Sentencia 11/1995, de 16 de enero) pero el examen detenido de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lleva con claridad a concluir, sin que sea preciso ahora extenderse en la argumentación, que no es preceptiva la presencia del Procurador en tales actos (piénsese, por ejemplo, en el art. 746, que no previene la suspensión por enfermedad del Procurador).

#### d) LA SUSPENSIÓN DE LA COMPARECENCIA

Una cuestión crucial y que la ley mantiene en la penumbra consiste en dilucidar en qué casos podrá celebrarse la comparecencia sin la presencia de alguno de los convocados. O, dicho con otras palabras, cuando la incomparecencia de alguna de las personas que deben ser citadas para el acto determinará su suspensión.

Siempre que la incomparecencia sea justificada (bien por falta de citación en forma; bien por un motivo de entidad —como la en-

fermedad o imposibilidad de desplazamiento— que haya impedido la presencia), habrá de llegarse a la suspensión y a una nueva convocatoria. Las dudas surgen cuando se trata de incomparencias injustificadas.

El artículo 306 de la Ley y los principios generales del proceso penal, permiten entender que es necesaria la presencia del Ministerio Fiscal para la celebración del acto. La asistencia de, al menos, una acusación es además esencial para que pueda llevarse a cabo la concreción de la imputación. En cualquier caso, la fungibilidad de los miembros del Ministerio Fiscal convertirá en algo absolutamente insólito y que desde luego habrá de evitarse, que se llegue a la suspensión del acto por incomparencia del Fiscal.

Igualmente debe considerarse preceptiva la asistencia del Letrado defensor por imponerlo así expresamente el inciso final del artículo 25.1, sin perjuicio de la posibilidad de designar un Letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de un Letrado de su confianza. Esta previsión debe ser completada con lo que se dirá más adelante para los casos de rebeldía de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 87/1984, de 27 de julio o 146/1986, de 26 de noviembre).

Distintos son los términos de la cuestión para el resto de las personas que deben ser citadas, pero cuya presencia no debe considerarse indispensable para la celebración de la comparencia al no imponerlo así expresamente la ley a diferencia de lo que se hace en otros casos (art. 44 de la LO 5/1995; o arts. 504 bis.2 230.2.º, o 793.1 de la LECr.). De forma que la inasistencia por causa no justificada del imputado, de los perjudicados u ofendidos, o de alguna de las partes personadas como acusación no debe determinar necesariamente la suspensión, sin perjuicio de que el Instructor pueda acordarla.

Lo básico es resaltar que la comparencia puede celebrarse pese a la inasistencia de alguna de esas personas. Esta solución, aparte de ser la más acorde con la literalidad de la ley, evita que el inicio de la investigación quede a expensas de la voluntad de las partes que con su contumacia pueden provocar dilaciones nunca deseables y menos en la fase de instrucción en que la celeridad es muchas veces esencial para llegar al esclarecimiento de los hechos. Se aleja así, de otra parte, el peligro de las dilaciones

ocasionadas por suspensiones encadenadas ante la incomparecencia de una u otra parte. Además, tal y como aparece diseñada esa comparecencia en la regulación actual de la ley, la ausencia de alguna de las personas cuya presencia no es preceptiva, no contradice en modo alguno su finalidad, pues para ellas la asistencia, más que como una obligación, ha de configurarse como una carga procesal:

En cuanto a los perjudicados u ofendidos, porque la comparecencia no se configura con el carácter de término preclusivo para su personación que, por otra parte, en modo alguno es preceptiva. Advertidos de su derecho a personarse con tal carácter, podrán hacer uso o no del mismo.

En cuanto al imputado, porque, como ya se ha visto, el traslado de la imputación ha debido hacerse en un momento anterior. En la comparecencia tan sólo se van a concretar los términos de tal imputación y siempre ante la presencia de su Letrado. La presencia del imputado no es indispensable. En la comparecencia, como se verá enseguida, no se practican diligencias de instrucción y, por tanto, tampoco la declaración del imputado. Cosa distinta es que el imputado pueda y deba ser luego citado, si no ha asistido a la comparecencia y no ha declarado con anterioridad, para ser oído en los términos que previenen los artículos 385 y 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y para ese supuesto su presencia sí es necesaria, obviamente, aunque a diferencia de la comparecencia, esa declaración sí podrá verificarse a través del auxilio judicial y, por tanto, evitando engorrosos y, a veces, innecesarios desplazamientos.

En cuanto al querellante, porque, estando debidamente citado, habrá de asumir las consecuencias de su incomparecencia para el caso de que la imputación no esté debidamente concretada en el escrito inicial de querrela; o el Ministerio Fiscal realice una concreción que vaya por cauces distintos a los por ella pretendidos o, incluso, solicite el sobreseimiento. Pero en ningún caso la incomparecencia del querellante habrá de considerarse como un supuesto de desistimiento tácito al modo del previsto en el artículo 275 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el establecido jurisprudencialmente para los supuestos de incomparecencia al acto del juicio oral (Sentencias de 23 de marzo de 1971 óo 92/1994, de 21 de enero, de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo).

Cosa distinta es que el Instructor ante la incomparecencia de alguna de las partes considere *in casu* necesaria su presencia y acuerde la suspensión; suspensión, que, de cualquier forma, no será preceptiva.

Cuando sean varios los imputados y sólo alguno haya podido ser citado, nada impide que se divida la comparecencia y se celebre para el citado, sin perjuicio de que se deba proceder a una nueva convocatoria respecto de aquellos para los que por cualquier causa hubo de suspenderse la comparecencia (argumento: art. 28). La investigación podrá iniciarse ya respecto de ese imputado a partir de la comparecencia, practicando las diligencias que le afecten, aunque no aquellas otras que vayan encaminadas a acreditar la participación de otros imputados para los que no se haya llevado a cabo el trámite.

Si la comparecencia tiene que suspenderse por algún motivo, hay que entender que cabrá realizar otras actuaciones que no se hayan acordado todavía pero cuya inaplazabilidad aparezca ahora. Así si, suspendida la comparecencia y pendiente de celebrarse, surge la necesidad de practicar una entrada o registro o un testigo comunica que se va al extranjero, podrá decidir el Instructor la realización de tales diligencias.

Si se ha celebrado la comparecencia indebidamente por falta de convocatoria de alguna parte cuya citación fuese imprescindible (no lo será, por ejemplo, la del ofendido, pero sí la del querellante o la del acusado), deberá celebrarse de nuevo. Ahora bien, habrá que tener en consideración, a efectos de posibles nulidades, el principio de conservación de los actos judiciales proclamado en el artículo 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la consideración de que la nulidad procederá cuando efectivamente se haya causado indefensión (art. 238.3.º), lo que significa que no siempre será la nulidad la solución procedente para las diligencias que hayan podido practicarse tras la comparecencia.

#### e) CONTENIDO DE LA COMPARECENCIA

El desarrollo de la comparecencia viene recogido en el artículo 25.3 de la Ley: se oye a todas las partes, comenzando por el Ministerio Fiscal y finalizando por los defensores de los imputados. Dado que el Fiscal ha de ser el primero en intervenir, antes por

tanto de haber oído las alegaciones de las otras posibles partes, resultará conveniente en algunos casos, especialmente en aquellos en que el procedimiento se haya iniciado en virtud de querrela interpuesta por un particular, que pueda abrirse un segundo turno de intervenciones en las que el Fiscal pueda matizar e incluso rectificar su intervención inicial a la vista de las alegaciones realizadas por el resto de las partes.

Es preciso igualmente oír a los perjudicados u ofendidos, aunque no se personen en forma, a los efectos previstos en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (posibilidad de renuncia a las indemnizaciones). Cuando el perjudicado reúna a la vez la condición de testigo de los hechos, no es este momento procesal apto para prestar declaración, aunque el Ministerio Fiscal para evitar que deba comparecer nuevamente, interesará en esos casos tal diligencia y que por el Instructor se resuelva inmediatamente sobre su procedencia para que pueda ser practicada a continuación de la comparecencia.

Las intervenciones de las partes podrán tener un contenido múltiple:

a) En cuanto a las partes acusadoras, deberán concretar la imputación. Se trata de delimitar lo que ha de ser objeto de investigación, despojando de la imputación inicial aquellos hechos que, por no ser relevantes penalmente, no han de ser merecedores de atención en la fase de investigación. Se pone así una barrera a la proscrita *inquisitio generalis*. Habrá ocasiones en que los perfiles de la imputación estén tan nítidos en la querrela o denuncia inicial que no será precisa una concreción ulterior y bastará remitirse a los términos de la denuncia o querrela.

En otras ocasiones sí será necesario delimitar, en el bien entendido de que esa concreción se refiere a hechos con relevancia penal, pero no a calificaciones jurídicas que sólo deberán hacerse formalmente en un momento posterior. Particularmente importante es esta concreción, que debe ser exigida por el Ministerio Fiscal, para los casos de extensas y farragosas querrelas que se conocen en la práctica procesal en la que se agolpan desordenadamente multitud de hechos, muchos de los cuales carecen de relevancia penal. Esta concreción, lejos de ser un trámite superfluo, resulta importante en la medida en que la investigación habrá de

ceñirse luego a la imputación concretada y no al conjunto de hechos, a veces más amplios, de la querrela o denuncia inicial, delimitándose así provisionalmente el objeto del proceso, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones (art. 28).

b) Solicitud de diligencias de investigación, tal y como reza el inciso final del artículo 25.3. Aunque tampoco se cierra con la comparecencia la posibilidad de pedir diligencias de investigación, pues durante los cinco días siguientes también podrán pedirse diligencias (art. 27.2).

e) Petición de sobreseimiento que podrá ser evacuada tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal, tal y como confirma el artículo 26.2.

d) Solicitud de conversión del procedimiento en alguno de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aunque la ley no se refiere expresamente a esa eventualidad más que en momentos posteriores, nada obsta a que si el Fiscal u otra parte a la vista de la comparecencia considera que el hecho objeto de investigación no es de los enmarcados en la competencia del Tribunal del Jurado puedan formular la solicitud de que se transforme el procedimiento. Debe considerarse, por aplicación supletoria y analógica del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ese tipo de solicitud es factible en cualquier momento del procedimiento, siempre que no se haya entrado en el acto del juicio oral.

#### IV. RESOLUCION DEL INSTRUCTOR TRAS LA COMPARECENCIA

Tras la celebración de la comparecencia el Instructor ha de dictar un auto acordando bien el sobreseimiento, bien la continuación del procedimiento.

##### a) AUTO DE SOBRESEIMIENTO

El sobreseimiento será obligado para el Instructor cuando ninguna de las partes haya solicitado la continuación del procedimiento sin perjuicio de la facultad de que goza el Instructor de acudir previamente a los mecanismos regulados en los artículos 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En otro orden de cosas, el auto de sobreseimiento podrá ser total o parcial; libre o provisional; y referirse a todos o a algunos de los hechos.

En todos esos casos cabrá interponer recurso de apelación a resolver por la Audiencia Provincial. Por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 24.2) este recurso de apelación tendrá las siguientes características:

Deberá ir precedido de la preceptiva reforma a interponer en el plazo de tres días (arts. 211 y 222).

El plazo para entablar la apelación cuando no se ha interpuesto simultáneamente con el recurso de reforma previo será de cinco días (art. 212).

El recurso es admisible en un solo efecto (arts. 217 y 223), lo que es especialmente operativo cuando se trata de un sobreseimiento parcial, pero no tiene sentido cuando estamos ante un sobreseimiento total.

La tramitación se ajustará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes de la ley; aunque cuando el sobreseimiento sea total resultará preferible acogerse a la fórmula del artículo 224 por obvias razones prácticas.

#### b) CONTINUACION DEL PROCESO

La alternativa al sobreseimiento viene representada por una resolución acordando la continuación del proceso. Para el buen orden procesal y para que la concreción de la imputación que se ha verificado en la comparecencia no quede exclusivamente en las manos de las acusaciones y corra el peligro de convertirse en una pura fórmula rituaría, es especialmente importante que en esta resolución se recoja esa concreción ya tamizada por la apreciación judicial, expulsándose del procedimiento, mediante la fórmula del sobreseimiento parcial si fuera preciso, aquellos hechos que carezcan de trascendencia penal.

Al mismo tiempo el Instructor habrá de resolver sobre la práctica de las diligencias a practicar, cuestión sobre la que procede hacer diversas precisiones:

Nada obsta a que el Juez se pronuncie escalonadamente sobre tales diligencias, es decir, que respecto de algunas diligencias acuerde su práctica o las deniegue y respecto de otras difiera la resolución

sobre las mismas a un momento ulterior a la vista del resultado de las primeramente practicadas. En todo caso es exigible que el Instructor se pronuncie específicamente sobre cada una de las diligencias solicitadas, admitiéndolas o denegándolas, aunque lo haga en momentos posteriores. Por esa vía se puede conseguir, tal y como antes se apuntaba, que el Instructor decida inmediatamente en el mismo acto sobre la práctica de algunas diligencias —declaración de los perjudicados y del propio imputado, en su caso—, evitándose que tales personas tengan que comparecer luego nuevamente y de forma absurda ante el Juzgado para tal diligencia —que podrá hacerse así en el mismo día de la comparecencia en un acto procesal conceptualmente distinto, aunque no exista solución de continuidad.

Además de pronunciarse sobre las diligencias solicitadas por las partes en la comparecencia o en los cinco días siguientes (art. 27.1), el Juez de Instrucción puede ordenar de oficio la práctica de otras diligencias, pero siempre ceñidas a la averiguación del hecho o hechos en que la imputación aparece concretada tras la comparecencia y a la persona o personas que tengan la condición de imputados (art. 27.3).

Si transcurridos cinco días desde la comparecencia ninguna de las partes ha solicitado diligencia alguna y se acordó ya la continuación rechazándose la posibilidad de sobreseimiento, el Instructor no puede más que acordar el traslado de las actuaciones a las acusaciones a efectos de apertura del juicio oral (art. 27.4). El Instructor sólo puede acordar de oficio, diligencias complementarias a las instadas por las partes. Pero si éstas no solicitan ninguna, no puede suplir su inactividad. Si es posible, en cambio, como se deduce del inciso inicial del artículo 27.4 que el Juez acuerde diligencias de oficio, aunque haya denegado la práctica de todas las interesadas por las partes.

## V. DILIGENCIAS DE INVESTIGACION

### a) LIMITACION DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION PROCEDENTES

La ley pretende imprimir celeridad a la tradicional fase de instrucción a través de diversos mecanismos que se centran básica-

mente en la reducción de las diligencias a practicar en los primeros tramos del proceso, propugnando como principio general que esas actuaciones se realicen en la audiencia preliminar. Para que sea procedente la práctica de diligencias en esta fase inicial no basta con que estemos ante diligencias pertinentes que no sean ni inútiles, ni perjudiciales (art. 311 de la LECr.), sino que además es necesario a tenor del artículo 27.1 de la Ley:

Que se trate de diligencias imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.

Que no puedan practicarse directamente en la audiencia preliminar.

La ley repudia la práctica tan extendida de convertir la fase de instrucción en un dilatado y exhaustivo acopio de datos, agotando todas las vías probatorias y, desplazando, en contra de lo que quería la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el centro de gravedad del proceso penal del juicio oral a esa desnaturalizada fase de instrucción a la que, en lo relativo a la sumariedad sólo le queda el nombre. El legislador, tal y como hizo ya al introducirse el procedimiento abreviado, quiere salir al paso de esa praxis, lo que explica la contundencia de las expresiones utilizadas por el artículo 27.1.

Ahora bien los términos literales de tal precepto han de ser objeto de una interpretación razonable que, aun permaneciendo fiel a la filosofía que lo inspira, no pierda de vista todas las finalidades de la fase de instrucción.

En efecto en esta fase no se trata tan sólo de recabar los elementos imprescindibles para decidir sobre la apertura del juicio oral, sino también de preparar tal juicio oral con actuaciones que resultan indispensables a tal fin: y, especialmente, evitar la apertura de juicios innecesarios.

Por eso, la interpretación del artículo 27.1 no puede ser tan rigurosa y estricta que impida en esta inicial fase la realización de diligencias tales como un dictamen pericial sobre la salud psíquica del imputado (particularmente, cuando no hay dudas sobre la imputabilidad y tan sólo se discute si está es plena o está parcialmente mermada) o declaraciones testificales cuya práctica sea indispensable para fijar los perfiles de la acusación, por más que materialmente pudieran llevarse a cabo en la audiencia preliminar. Ha de resaltarse que, en rigor, el dictamen pericial psíquico no es

indispensable y ni siquiera necesario ni útil para decretar la apertura del juicio oral que procederá, sea cual sea el resultado de la pericia. Sin embargo es una diligencia indispensable para que posteriormente pueda llegarse a un enjuiciamiento correcto y aquilatado y, por tanto, es practicable en esta fase.

Por lo mismo, resultaría absurdo procesalmente que mientras se están practicando en esta fase, por ejemplo, pericias complicadas y cuya finalización puede dilatarse mucho en el tiempo, no se aprovechase ese tiempo para ir practicando declaraciones testimoniales aduciendo que son diligencias que pueden realizarse directamente en la audiencia preliminar para la cual todavía puede faltar mucho tiempo, con la consiguiente pérdida de valor de esas testimoniales ante el transcurso del tiempo y progresivo desvanecimiento de los hechos en la memoria del testigo. Como sería igualmente absurdo que el Fiscal deba pronunciarse sobre la apertura o no del juicio oral, calificando los hechos, sin contar previamente con el resultado de los más elementales medios de prueba (declaración de los testigos presenciales). O que no se recabase la hoja histórico-penal en estos momentos, por no ser «imprescindible» para resolver sobre la apertura del juicio oral o que se dejasen para la audiencia preliminar declaraciones testimoniales de las que es fácil aventurar que va a derivarse la necesidad de nuevas diligencias, determinando por tanto la suspensión de tal acto procesal y la reapertura de la investigación.

Por eso, aún con el norte claro de evitar toda diligencia que tenga un mero carácter dilatorio y no sea necesaria a los fines de la instrucción, el artículo 27.1 de la Ley debe merecer una interpretación que ensanche su ámbito literal excesivamente estrecho:

Por una parte, entendiendo que también pueden practicarse en estos momentos todas aquellas diligencias que, aún no siendo absolutamente imprescindibles para decidir sobre la apertura del juicio oral, son necesarias para que luego pueda procederse a un correcto enjuiciamiento (dictamen sobre imputabilidad; recabar la hoja histórico-penal; diligencias tendentes a cuantificar los perjuicios...).

De otra parte, sosteniendo que cuando la ley habla de que sólo se practicarán en esta fase las diligencias que no puedan realizarse directamente en la audiencia preliminar, se está refiriendo más

que a una imposibilidad física (a tenor de la cual cualquier declaración testifical e incluso la declaración del imputado, deberían postergarse a ese momento), a una imposibilidad jurídica, que exige una valoración caso por caso que atienda fundamentalmente a un criterio teleológico: se evitarán las diligencias cuya práctica en estos momentos y no en la audiencia preliminar vayan a suponer una dilación y retraso inútil e injustificado. Pero no habrá inconveniente legal alguno para solicitar la realización de diligencias, que aún pudiendo físicamente llevarse a cabo en la audiencia preliminar, resultan indispensables para no formular casi en el vacío los escritos de calificación. Y también aquellas otras cuya práctica en este momento no vaya a suponer dilación alguna, por poder simultanearse con la realización de otras diligencias acordadas y pendientes de practicarse. Igualmente se entenderá que son practicables en esta fase procesal aquellas diligencias que, aun pudiendo idealmente llevarse a cabo en la audiencia preliminar, es previsible que de su realización se derive la necesidad de otras diligencias. En todo caso resulta imposible formular criterios apriorísticos y habrá que estar a cada supuesto, como es lógico, para decidir cuándo es procedente practicar una determinada diligencia en estos momentos y cuándo resulta más ajustado a la ley diferirla para el acto de la audiencia preliminar.

#### b) LEGITIMACION Y MOMENTOS IDONEOS PARA SOLICITAR DILIGENCIAS DE INVESTIGACION

Aunque son temas que ya se han abordado fragmentariamente, no sobra ahora una recapitulación ordenada y ya completa de estas cuestiones.

Tanto el Ministerio Fiscal como todas las partes personadas, activas y pasivas, están legitimadas para solicitar diligencias de investigación. Y también las partes pasivas civiles, que no son expresamente mencionadas en la ley, aunque en este caso con las limitaciones y en la forma que previenen los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 24.2).

Por prescripción del artículo 27.3, el Instructor también puede acordar de oficio la práctica de otras diligencias de investigación no solicitadas por las partes si las considera necesarias y siempre

que se limiten «a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras».

En cuanto a los momentos aptos para la solicitud y realización de tales diligencias son los siguientes:

Al incoarse el proceso y antes de la comparecencia si se trata de diligencias inaplazables.

En la comparecencia inicial regulada en el artículo 25 de la Ley.

En los cinco días siguientes a esa comparecencia (art. 27.2). El inicio del cómputo de esos cinco días se fija precisamente en el siguiente a aquél en que se llevó a cabo la comparecencia y no en la fecha de la resolución que el Instructor ha de dictar tras la comparecencia. Esos cinco días se contarán incluyendo todos los días pues en la fase de investigación, todos son hábiles.

Abierta la fase de investigación por haberse acordado la práctica de diligencias, pueden solicitarse nuevas diligencias en cualquier momento. Sería absurdo entender que los dos plazos de cinco días establecidos en la ley son preclusivos, de forma que excluyen la posibilidad de pedir diligencias mientras vaya avanzándose en la investigación. Tales plazos tienen una finalidad bien diversa: Permitir a las partes en dos momentos distintos (el inicio de la investigación y su final) meditar sobre la necesidad de diligencias, de forma que sí, transcurridos esos plazos, no se solicita ninguna, el Instructor queda obligado a clausurar la investigación.

En los cinco días (también naturales) siguientes a la práctica de la última de las diligencias ordenadas, a cuyo fin el Instructor deberá notificar a todas las partes tal circunstancia (art. 27.2). La ley se refiere exclusivamente a la notificación, pero nada impide que se efectúe aquí un traslado a las partes a efectos de solicitar o no nuevas diligencias. Es más, el artículo 27.4 al hablar de «nuevo traslado» da a entender que también en este trámite se puede producir una entrega material de las actuaciones (traslado que cuando existan varias partes deberá hacerse mediante copia, pues ha de ser simultáneo), para que las partes se pronuncien sobre nuevas diligencias.

Si en esos cinco días alguna de las partes solicita nuevas diligencias, el Instructor deberá resolver sobre su admisibilidad y en su caso practicarlas. Si se resuelve realizar nuevas diligencias de

investigación, una vez finalizadas éstas deberá notificarse nuevamente (en su caso, mediante traslado) a las partes su culminación y conferirles un nuevo plazo de cinco días para pedir nuevas diligencias o solicitar lo que a su derecho convenga.

Si en el curso de la investigación aparecen nuevas imputaciones delictivas o indicios de responsabilidad frente a otras personas no incluidas hasta ese momento en la investigación, deberá solicitarse la celebración de una nueva comparecencia en los términos previstos en el artículo 28 de la Ley, en la que, lógicamente, cabrá realizar la petición de nuevas diligencias encaminadas a esclarecer esas nuevas imputaciones en la forma que ya se ha visto. Ahora bien antes de esa nueva comparecencia podrán practicarse igualmente por aplicación del artículo 24.1 antes examinado las diligencias, relativas a esos nuevos hechos o imputados, cuya realización sea inaplazable.

#### b) RECURRIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL INSTRUCTOR DENEGANDO LA PRACTICA DE DILIGENCIAS

Es este otro de los puntos oscuros de la ley que merece un comentario particularizado para integrar la laguna ocasionada por la imprevisión del legislador.

Una primera vía de solución vendría dada por entender que tales resoluciones no son susceptibles de recurso por exigirlo la celeridad del procedimiento y existir ya un cauce impugnatorio específico: el planteamiento de la cuestión previa prevista en el artículo 36.1 b) (vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes). Pero tales argumentos no son suficientes para negar, sin contarse con una expresa declaración legal, la impugnabilidad de una resolución judicial: el derecho a los recursos es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio del favor *actionis* impone, según ha declarado reiterada jurisprudencia constitucional, la interpretación más favorable a la posibilidad del recurso. También en el procedimiento abreviado existe un cauce específico al inicio del juicio oral para alegar la vulneración de derechos fundamentales y no por ello se niega la posibilidad de recurrir las resoluciones del Instructor denegando la práctica de diligencias.

Por tanto, dado que la ley no afirma expresamente la irrecurribilidad de esas resoluciones, hay que acudir al artículo 24.2 de la Ley e integrar la laguna mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en particular de su artículo 311 (y 384.2.º) que permite la interposición de apelación, tras la preceptiva reforma previa (art. 222). La apelación se admitirá tan sólo en un efecto y para su tramitación habrá que estar a lo estatuido en los artículos 225 y siguientes, resolviendo la Audiencia Provincial.

Estas observaciones conducen a otro problema sin solución expresa en la ley. Dado que la apelación se admite en un solo efecto, lo que es lógico y natural, la tramitación del procedimiento ha de proseguir. No surgirá problema cuando el recurso de apelación sea desestimado o cuando su resolución llegue antes de que finalice esta inicial fase de investigación. Pero sí aparecerán distorsiones si el procedimiento avanza hasta otras fases y la resolución por la que se estima la apelación llega, lo que en modo alguno es descartable según demuestra la experiencia, cuando se ha celebrado la audiencia preliminar, se ha decretado la apertura del juicio oral, se han remitido ya las actuaciones a la Audiencia Provincial o incluso ha comenzado la celebración del juicio oral.

Resulta palmario que cuando existan apelaciones pendientes de resolver se impone suspender en algún momento la tramitación del procedimiento. La aplicación analógica de la previsión del párrafo final del artículo 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede servir de soporte a este entendimiento sin el cual el desorden procesal podría llevar a situaciones de caos procedimental que han de evitarse.

La perplejidad emerge, sin embargo, en trance de decidir cuál será el momento en que procederá esa suspensión del trámite ante la existencia de recursos de apelación pendientes de resolver. Buscar la analogía con el artículo 622 de la Ley para decidir cuál debe ser ese momento no lleva a conclusiones claras ante la falta de homologación entre el procedimiento ordinario y el del Tribunal del Jurado. En aquél la suspensión se acuerda al finalizar la fase de instrucción y elevarse las actuaciones a la Audiencia Provincial y antes de que se formulen los escritos de calificación. Según resaltemos uno u otro aspecto obtendremos soluciones distintas:

Si se pone el acento en que la suspensión se acuerda antes de la formulación de los escritos de calificación, en el procedimiento de la Ley del Jurado, el trámite habrá de paralizarse hasta que se resuelvan las apelaciones pendientes, en el momento en que el Instructor debe dar traslado para calificar (art. 27.4). Esta es la solución en principio más lógica, pues es la única que permite que la estimación de la apelación nunca suponga la necesidad de retrotraer las actuaciones para reiterar luego actos procesales (en este caso, los escritos de calificación).

Si se busca la semejanza en el cambio de órgano judicial competente, la suspensión habría de acordarse al llegar las actuaciones a la Audiencia Provincial (art. 34), de forma que sólo se reanuda-se la tramitación una vez decididos los recursos de apelación pendientes. Pero en este caso no se alcanza eficazmente la finalidad pretendida con la suspensión, pues en caso de estimación de la apelación habrá que retroceder de nuevo a la primera fase de investigación y recorrer de nuevo todos los trámites hasta la apertura del juicio oral.

Si se considera, por contra, que el punto de referencia ha de ser el auto de apertura del juicio oral, de forma que lo decisivo es que se suspenda antes de decidir sobre la apertura del juicio, tendremos que será bien después de la audiencia preliminar, bien inmediatamente antes de la misma cuando hay que decretar la suspensión de la tramitación en tanto no se resuelvan los recursos de apelación pendientes.

Todas las posiciones expuestas cuentan a su favor con argumentos y también con inconvenientes y será preciso esperar para comprobar qué solución se impone en la práctica. Desde luego lo que no es asumible es que el procedimiento entre en el acto del juicio oral con la espada de Damocles dé un recurso de apelación pendiente de resolución, cuya estimación va a provocar la necesidad de retrotraer las actuaciones con anulación de diversos actos procesales. Precisamente por ello, en principio, y sin desdeñar las razones que pueden militar en favor de otros momentos, para evitar toda retroacción en el procedimiento se entenderá que cuando existan recursos de apelación pendientes habrá de suspenderse la tramitación en el momento inmediatamente anterior al trámite de calificación, suspensión que deberá acordarse por aplicación analógica del párrafo final del artículo 622 de la Ley de Enjuiciamien-

to Criminal (igualmente, el art. 202 de la Ley servirá para apoyar tal solicitud). Resuelta la apelación se levantará la suspensión acordando la continuación del procedimiento, si el recurso se ha desestimado, o la retroacción de las actuaciones a la fase de investigación si la resolución de la Audiencia impone la práctica de alguna diligencia de investigación por estimar que fue indebidamente denegada por el Instructor.

#### d) LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

La Ley Orgánica 5/1995 ha querido potenciar el protagonismo del Fiscal en el proceso, subrayando su presencia en el procedimiento tal y como ya había efectuado en 1988 el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Fiscal ha de ser citado para todas las diligencias y actuaciones que se celebren. Esto no significa que las diligencias de investigación no puedan practicarse sin la intervención del Fiscal. Los nuevos párrafos finales de los artículos 306 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refieren a su preceptiva intervención en las actuaciones ante el Tribunal del Jurado, pero no en las anteriores, por lo que la ausencia del Fiscal, a salvo los supuestos previstos en el inciso final del artículo 646 de la Ley, no determinará en modo alguno la suspensión de la diligencia. No obstante, aún no siendo indispensable, se procurará la presencia del Fiscal en todas aquellas diligencias en que se considere conveniente (art. 319 de la LECr.).

### VI. EL TRAMITE DE CALIFICACION

#### a) EL TRASLADO PARA LA SOLICITUD DE APERTURA DEL JUICIO ORAL

El Instructor procederá a dar traslado a las acusaciones según el artículo 27.4 de la Ley, en los siguientes casos:

— Cuando ninguna de las partes haya solicitado diligencia alguna de investigación ni en la comparecencia ni en los cinco días siguientes a la misma.

— Cuando haya denegado la práctica de las diligencias instadas por las partes y no haya acordado ninguna de oficio.

— Cuando hayan transcurrido cinco días desde la notificación a las partes de la práctica de la última diligencia y no se haya solicitado ninguna otra.

— Cuando el Instructor considere innecesaria la práctica de más diligencias, aún ya acordadas, a la vista del resultado de las llevadas a cabo.

El último de los supuestos es el más problemático de todos, pues comporta prescindir de diligencias cuya pertinencia y necesidad se apreció judicialmente en un momento anterior. Representa por tanto una revocación tácita de un acuerdo judicial anterior.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento abreviado, aquí la resolución del Instructor ordenando el traslado de las actuaciones aparece como obligada y no como una alternativa al sobreseimiento. El Instructor no puede sobreseer en este momento. Tan sólo está facultado para proceder a ese traslado obligado a las acusaciones a efectos de solicitud de apertura del juicio oral. No obstante, hay que afirmar la recurribilidad de este auto en reforma y queja, por más que difícilmente vayan a poder encontrarse motivos para impugnarlo dado su carácter automático, no siendo aquí trasladable en modo alguno la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno al auto previsto en el artículo 789.5.4.a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien, cuando por tratarse del último de los supuestos antes apuntados el auto suponga prescindir de la práctica de diligencias propuestas por las partes y admitidas, hay que sostener que estamos ante una auténtica denegación de diligencias por lo que el recurso procedente será el de apelación precedido de reforma. Especialmente si se trata de diligencias propuestas por una acusación, en la medida en que las propuestas por la defensa van a llevarse a cabo en todo caso (art. 30.1).

## b) LOS ESCRITOS DE CALIFICACION

El traslado a las partes acusadoras para evacuar el escrito de calificación será sucesivo (art. 24.2 de la Ley Orgánica 5/1995 en relación con el artículo 651 de la LECr.). Tras la calificación de las

acusaciones, se dará traslado a las partes pasivas, comenzando por las defensas y finalizando por los terceros responsables civiles.

El escrito de calificación se ajustará a la forma descrita en el artículo 650, con la salvedad de que debe ir encabezado con la solicitud de apertura del juicio oral, al modo del procedimiento abreviado.

Es importante llamar la atención sobre la necesidad de adecuar la primera de las conclusiones al enjuiciamiento por jurado, de forma que se establezcan proposiciones sencillas que puedan servir en alguna forma y con las necesarias variaciones de proyecto para la redacción del objeto del veredicto. Igualmente será indispensable que en la primera conclusión se incluyan todos aquellos fácticos que se considera indispensable debatir en el juicio oral para que el Tribunal del Jurado delibere y dictamine sobre ellos. No sólo aquellos que determinen y justifiquen la calificación jurídica realizada por el Fiscal, sino también aquellos otros secundarios que puedan servir para fundamentar posibles calificaciones más beneficiosas, previendo la eventualidad de que el jurado rechace los hechos determinantes de la calificación del Fiscal pero pueda, sin embargo, aceptar otros que determinarían también una condena, aunque por un delito distinto.

Los escritos de calificación han de contener la petición de prueba para el juicio oral, en la que es importante designar específicamente los documentos unidos al procedimiento que deberán recibir el tratamiento de piezas de convicción (art. 34).

Igualmente y en solicitud distinta de la anterior pueden solicitarse otras diligencias para practicar en la audiencia preliminar con el fin de justificar la procedencia de apertura del juicio oral, siempre y cuando no supongan reiteración de diligencias anteriores (art. 29.4). Una interpretación conforme a la Constitución de esa limitación impone entender que no será reiteración de diligencias anteriores la solicitud de una testifical cuando se justifique cumplidamente que la declaración versará sobre extremos distintos de aquellos contenidos en su declaración anterior.

### c) SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO DEL FISCAL

Si el Fiscal solicita el sobreseimiento y existen otras partes acusadoras personadas, el escrito del Fiscal deberá incluir la petición

de diligencias complementarias para la audiencia preliminar: Si alguna de las partes acusadoras interesa la apertura del juicio oral se tendrá que celebrar inexcusablemente tal audiencia, debiendo prever el Fiscal tal eventualidad solicitando ya esas diligencias.

Si en esos supuestos se llega a abrir el juicio oral a solicitud de una acusación distinta del Fiscal, éste inexcusablemente, por exigirle así su posición en el proceso penal, deberá evacuar escrito de calificación proponiendo pruebas para el acto del juicio oral. La ley no ha previsto ningún momento para ello pero es inexcusable introducirlo, pues no se puede privar al Fiscal de la posibilidad de proponer pruebas, ni se puede entrar en el juicio oral sin que el Fiscal haya fijado su posición, en este caso solicitando la absolución, plasmándola en el correspondiente escrito de calificación. Tampoco en el procedimiento ordinario se contempla ese nuevo traslado, y esa omisión nunca ha sido óbice para introducir ese trámite inevitable en estos casos.

Para esos casos el momento idóneo para realizar esa calificación es el posterior a la apertura del juicio oral.

#### d) LA PETICION DE ACOMODACION DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 29.5 prevé como posible contenido accesorio de los escritos de calificación la solicitud de transformación del procedimiento. En sintonía con lo desarrollado en la Circular 3/1995, hay que tener en cuenta al respecto:

— En principio y como regla general lo deseable es que ese incidente se haya promovido ya en un momento anterior y llegue ya resuelto a esta fase del procedimiento. Por eso los señores Fiscales, atentos a la legalidad y corrección del procedimiento, en cuanto detecten que los hechos delictivos que son objeto de investigación escapan al ámbito de aplicación de este proceso especial, instarán inmediatamente la transformación del procedimiento al que corresponda, entablado en su caso los pertinentes recursos de reforma y queja. En esta línea, en el trámite último para pedir diligencias (los cinco días contemplados en el art. 27.4), además de comprobar si son necesarias nuevas diligencias de prueba y, en su caso, instar su realización, comprobarán si efectivamente la calificación jurídica

respecto de los hechos encaja dentro de este proceso. Si no fuere así y la investigación hubiese determinado una variación en ese sentido que motive la necesidad de adecuar el proceso, harán la oportuna petición de conversión procedimental o de deducción de los correspondientes testimonios para incoar otro proceso por separado, sin esperar al trámite del escrito de calificación.

— En los casos en que, pese a la previsión anterior, sea en el trámite de calificación cuando el Fiscal constate la necesidad de acomodar el procedimiento, hay que distinguir según los casos:

a) Si el Fiscal entiende que lo procedente es la transformación a abreviado, evacuará el correspondiente escrito de calificación, solicitando por «otrosí» la conversión, de forma que tras la audiencia preliminar se pueda actuar en la manera prevista en el artículo 32.4 de la Ley.

b) Si considera que lo procedente es continuar el proceso ante el Tribunal del Jurado sólo por alguna(s) de las infracciones y deducir testimonio por otras, se limitará a calificar por aquella infracción que sea idónea para ser enjuiciada en este procedimiento (art. 29.5, párrafo último), solicitando por «otrosí» que en el caso de que, ante la solicitud de otra parte, el Instructor acuerde la apertura del juicio oral también por los hechos por los que se ha solicitado la deducción de testimonio, se le dé nuevo traslado después del auto de apertura del juicio oral, para evacuar el escrito de calificación por tales hechos. Nuevo traslado, que será preceptivo, pese a no estar previsto en la ley dada la condición de parte necesaria del Ministerio Fiscal, y en la forma que se ha visto antes para los casos de apertura del juicio oral a instancia de otra acusación, habiendo solicitado el Fiscal el sobreseimiento. De nuevo hay que insistir en que la ausencia de previsión en la ley no es obstáculo para este trámite, como no lo ha sido en el procedimiento ordinario.

c) Por fin, si el Fiscal estima que el proceso adecuado para enjuiciar los hechos es el ordinario, lo solicitará así razonadamente, sin necesidad de evacuar el escrito de calificación y sin perjuicio, en el caso de que haya otras partes acusadoras, de solicitar diligencias para la audiencia preliminar y recabar un nuevo traslado en la forma vista para el caso de que se acuerde la continuación por los trámites del procedimiento especial.

e) TRATAMIENTO DE LAS CAUSAS DE EXENCION  
DEL ARTICULO 8 DEL CODIGO PENAL

En el procedimiento abreviado (art. 790.3) está expresamente previsto el seguimiento de todos los trámites hasta sentencia a efectos de fijar la medida de seguridad o declarar la responsabilidad civil (art. 20, párrafo último, del Código Penal) en los casos de las eximentes previstas en los números 1.º, 3.º, 7.º y 10.º del Código Penal (enajenación y trastorno mental transitorio, alteración en la percepción, estado de necesidad y miedo insuperable). ¿Es trasladable esta especialidad al ámbito del procedimiento del Jurado?

La respuesta exige distinciones.

— Cuando se trate de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, el seguimiento de todos los trámites ante el Tribunal del Jurado para decidir sobre la responsabilidad civil no tiene sentido, dado que ese Tribunal no ha de decidir sobre tal cuestión (art. 4 de la ley) que queda residenciada en el Magistrado-Presidente. La especialidad del procedimiento abreviado no es acomodable a este proceso especial. Por tanto, el Fiscal solicitará el correspondiente auto de sobreseimiento (art. 637. 3.º) sin necesidad de formular calificación y, de ser la única parte acusadora, el Instructor quedará vinculado a esa petición, quedando las cuestiones sobre responsabilidad civil abiertas para que puedan ser resueltas en un posterior procedimiento civil y ante la jurisdicción de tal orden. El párrafo final del artículo 20 del Código Penal operará tan sólo en aquellos casos en que el juicio se abra a instancia de una parte acusadora y la apreciación de esas eximentes se realiza en la sentencia, en contra de lo solicitado por la acusación.

— Si estamos ante alguna de las eximentes 1.ª ó 3.ª del artículo 8, será aplicable la clásica doctrina del Tribunal Supremo a tenor de la cual la imposición de medidas de seguridad, especialmente la del internamiento, exige un previo debate en el juicio oral para dar oportunidad de defensa a la parte pasiva del proceso. En virtud de ello el Fiscal tendrá que calificar, formulando en su caso una petición alternativa, y la medida no podrá imponerse más que tras la celebración del juicio oral.

f) RESOLUCION DEL INSTRUCTOR TRAS LOS ESCRITOS  
DE CALIFICACION

Después de los escritos de calificación el Instructor habrá de adoptar algunas de las resoluciones siguientes:

— Si todas las partes acusadoras han solicitado el sobreseimiento queda vinculado por tal petición, sin perjuicio de que también aquí pueda acudir a los mecanismos previstos en los artículos 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En estos supuestos es obvio que no será preciso dar traslado para calificación a las defensas, dictándose con carácter previo el sobreseimiento que corresponda.

— Puede también el Instructor, a la vista de los escritos de calificación o peticiones formuladas por las partes, acordar la transformación del procedimiento sin esperar al final de la audiencia preliminar. Aunque la ley no prevea esta resolución en este momento y sí al final de la audiencia preliminar, ha de regir el criterio general (art. 780) de que la modificación del procedimiento puede hacerse en cualquier momento en que conste su procedencia, sin perjuicio de la posibilidad de los pertinentes recursos.

— Si todas las defensas de los acusados han renunciado a la audiencia preliminar (art. 30.2), decretará la apertura del juicio oral. Cuando existan terceros responsables civiles no es exigible que también esas defensas se aquieten a la apertura del juicio oral. La ley se refiere expresamente a «la defensa de todos *los acusados*». Y la audiencia preliminar es un filtro frente a acusaciones injustificadas y no frente a peticiones de responsabilidad civil imprevistas. Los terceros responsables civiles para oponerse a esa declaración en los casos en que las defensas de los acusados hayan renunciado a la audiencia preliminar, disponen de un incidente específico que está regulado en los artículos 616 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable supletoriamente al proceso ante el Jurado.

— Por fin, cuando alguna de las acusaciones haya solicitado la apertura del juicio oral y alguna de las defensas no haya renunciado a la audiencia preliminar, procederá necesariamente la convocatoria para la audiencia preliminar.

## VII. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

### a) CONVOCATORIA PARA LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Ha de llevarse a cabo al recibirse el escrito de calificación de la defensa, salvo que existan pendientes diligencias ya admitidas y solicitadas por la defensa, por haber adelantado el Instructor el momento del traslado para calificación (art. 27.4). Sólo en esos supuestos quedará pendiente la convocatoria hasta el momento en que se practique la última de las diligencias instadas por la defensa (art. 30.1, párrafo 1.º, inciso penúltimo).

El señalamiento ha de fijarse para «el día más próximo posible» (art. 30.1).

Para la audiencia preliminar ha de citarse a las partes personadas. En cuanto al imputado bastará la citación a través de su procurador (art. 182 de la LECr.), al no ser obligatoria su comparecencia. Cuestión distinta es que se haya propuesto como diligencia complementaria la declaración del imputado, lo que será desde luego muy infrecuente a la vista del artículo 29.4.

Igualmente deben ser citados los testigos y peritos cuya declaración o informe haya sido solicitada y acordada como diligencia complementaria.

### b) RESOLUCION SOBRE LAS DILIGENCIAS PROPUESTAS PARA LA AUDIENCIA PRELIMINAR

En el mismo auto de señalamiento el Instructor deberá resolver sobre la admisión de las diligencias complementarias propuestas por las partes, siendo admisibles tan sólo las diligencias que se consideren «imprescindibles para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral» (art. 31.2). En consecuencia, diligencias que tiendan exclusivamente a acreditar una causa de atenuación, por ejemplo, deberán ser rechazadas.

Problemático es de nuevo en este punto el régimen de recurribilidad del acuerdo del Instructor rechazando diligencias complementarias. La solución más operativa pasa por entender que dado que se trata de prueba propuesta para que sirva de base a una decisión inmediata (la apertura o no del juicio oral) hay que integrar

la laguna, no acudiendo al artículo 311 de la Ley que permitiría la impugnación autónoma de ese acuerdo y provocaría disfunciones procesales (con la necesidad de nueva suspensión del trámite hasta que se resuelva la apelación pendiente: art. 622, párrafo final, de la LECr., y la dificultad de llevar este régimen a las diligencias propuestas en la misma audiencia: art. 31.2), sino aplicando analógicamente el régimen establecido para la denegación de pruebas en fase de juicio oral (arts. 659 y 792.1, párrafo 2.º, de la LECr.; y art. 37 d), 2.º de la LO 5/1995): la denegación que se considera improcedente de la prueba propuesta, ha de atacarse conjuntamente con el auto de sobreseimiento o apertura del juicio oral finalmente dictado y no es recurrible autónomamente.

Esta solución es perfectamente aplicable para el caso de que se deniegue una prueba propuesta por las acusaciones, pues podrán recurrir en su momento contra el auto de sobreseimiento invocando precisamente la denegación de la diligencia propuesta para la audiencia preliminar.

Pero no encaja totalmente para los supuestos en que la diligencia denegada fue propuesta por una defensa, dado que el auto de apertura del juicio oral es irrecurrible (art. 32.2). Sin embargo, la objeción se sortea si se considera que las defensas cuentan con un medio específico de ataque frente a esa denegación de diligencias complementarias, en el caso de apertura del juicio oral: el planteamiento como cuestión previa de la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes [art. 36.1 c) en relación con el art. 24 de la Constitución]. De forma que en ese trámite podrán solicitar la retroacción de las actuaciones al momento de la audiencia preliminar para la práctica de esa diligencia complementaria que consideran indebidamente denegada, lo que conllevará la revocación del auto de apertura del juicio oral y la necesidad de repetir la audiencia preliminar.

No obstante la solución propuesta no es la única posible y admisible y cabe entender recurribles autónomamente tales acuerdos rechazando diligencias. Cuando el Instructor lo entienda así poniéndolo de manifiesto en la correspondiente notificación (art. 248.4 de la LOPJ), el Fiscal, dejando constancia de su posición, utilizará los recursos que se hayan indicado.

El Instructor puede acordar también de oficio la práctica de algunas diligencias complementarias. Aunque la ley no lo dice, se

deduce esa solución tanto del artículo 27.3, como de la previsión del artículo 32.3, a tenor de la cual, aun después de la audiencia preliminar podrá acordar diligencias de oficio. Se opondría a la lógica que no pueda adelantar el uso de esa facultad a la misma audiencia preliminar.

#### c) LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

A su inicio las partes pueden proponer nuevas diligencias, siempre que sean susceptibles de ser practicadas en el acto (art. 31.2), resolviendo el Instructor en ese mismo momento.

La comparecencia comienza con la práctica de las diligencias acordadas.

A continuación se producirá un trámite de informe de todas las partes comparecidas, informe que versará sobre la procedencia o no de la apertura del juicio oral y, en su caso, sobre la adecuación del procedimiento (art. 31.3).

Es posible en la audiencia efectuar ya una primera modificación de las conclusiones provisionales con los límites que fija el artículo 31.3: no caben mutaciones sustanciales del hecho justificable ni la introducción de nuevos acusados. Ese momento puede ser especialmente apto para propiciar una calificación de conformidad por parte de la defensa, mediante la alteración, dentro de los límites legales, de la petición de penalidad. Esto determinará, siempre que estemos dentro de los límites del artículo 50 de la Ley, que vengan en aplicación en el momento de remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, previa ratificación del acusado, se dicte sentencia sin más trámites por el Magistrado-Presidente sin necesidad de convocar al Jurado.

Igualmente es admisible que las acusaciones a la vista del resultado de las diligencias practicadas en la audiencia preliminar retiren su acusación. Si la retiran todas las acusaciones el Instructor vendrá obligado a dictar auto de sobreseimiento, sin perjuicio, igualmente aquí, de poder hacer uso de lo establecido en los artículos 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si todas las defensas en este acto de la audiencia manifestasen su conformidad con la apertura del juicio oral, el Instructor deberá decretar ésta necesariamente (argumento: art. 30.2).

#### d) SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

*Mutatis mutandi* son aplicables aquí las causas generales de suspensión del juicio oral contempladas en el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque evidentemente pueden hacerse importantes matizaciones.

En primer lugar no es necesaria la comparecencia del imputado, por lo que su ausencia no determinará la suspensión de la audiencia.

Si procederá la suspensión cuando no se haya logrado citar en tiempo a alguna de las partes. Sin embargo, si no comparece una parte debidamente citada, no será procedente la suspensión y podrá celebrarse la audiencia. Ni siquiera si la parte incomparecida es la defensa del acusado. La audiencia es un trámite renunciabile (art. 30.2) y si se puede renunciar a lo más (celebración de la audiencia), también puede renunciarse a lo menos (realización de alegaciones en la audiencia).

Ahora bien la incomparecencia de la defensa no puede interpretarse como un supuesto de aquietamiento con la apertura del juicio oral, sino únicamente una renuncia a la posibilidad de hacer alegaciones en contra de tal apertura.

Tampoco se suspenderá la audiencia por la incomparecencia de alguna de las acusaciones debidamente citada. Tampoco en ese caso puede ser interpretada esa ausencia como una renuncia a su escrito de acusación, ni como un caso de retirada de acusación o desistimiento tácito. Cuando la jurisprudencia habla de desistimiento tácito ante la incomparecencia injustificada de una acusación al acto del juicio oral (Sentencias de 23 de marzo de 1971 o 92/1994, de 21 de enero ya citada), lo hace argumentando en torno a la falta de unas conclusiones definitivas que deben hacerse precisamente en el juicio oral y sin las cuales no se puede mantener la condición de parte. No es trasvasable, por tanto esa jurisprudencia a este supuesto: en la audiencia no es necesario defender la petición de apertura del juicio oral que ya está plasmada

formalmente en el escrito de calificación previamente evacuado y tiene plena eficacia mientras no se revoque por la parte. Por tanto ante la incomparecencia de alguna acusación la audiencia se celebrará y el Instructor posteriormente deberá resolver sobre la apertura del juicio oral teniendo en cuenta la petición formulada por esa acusación al evacuar el trámite de calificación (de modo semejante a lo que sucede en las incomparecencias del apelante a las vistas de los recursos, que no suponen desistimiento, salvo que la ley lo diga expresamente).

La imposibilidad de practicar alguna de las diligencias acordadas por incomparecencia del testigo o perito, sí podrá ser causa de suspensión, aunque no necesariamente: sólo en los casos en que, a la vista del resto de diligencias practicadas, tal diligencia siga apareciendo como imprescindible para decidir sobre la apertura del juicio oral (aplicándose así a este acto lo dispuesto en el artículo 746.3.º, debidamente modulado).

Si alguna de las partes solicita la suspensión por incomparecencia de algún testigo o perito y no se acuerda, será aplicable el desarrollo antes realizado sobre la denegación de pruebas para la audiencia preliminar: si se trata de la defensa, y se abre el juicio oral, podrá argüir esa indebida continuación como cuestión previa. Y si se trata de alguna acusación, podrá recurrir frente a la decisión de sobreseimiento invocando la no suspensión de la audiencia por incomparecencia de algún testigo.

En todo caso el Instructor podrá denegar la suspensión para acordar esa diligencia posteriormente en el trámite que abre el artículo 32.3 de la Ley.

Cuando se suspenda la audiencia por incomparecencia de algún testigo, podrá acordarse su continuación en un día posterior, con declaración de validez de lo actuado, sin que rijan aquí los términos establecidos en los artículos 793.4 ó 749.1.º, dado que el principio de concentración no juega aquí en igual medida.

Carecería de sentido la declaración de nulidad de lo actuado y necesidad de reiteración, en la medida en que el Instructor al final va a decidir sobre la apertura del juicio oral debiendo tener en cuenta todas las diligencias realizadas, y también las hechas en momentos muy anteriores (diligencias del art. 27).

La aparición de revelaciones inesperadas podrá provocar la necesidad de suspender la audiencia y reabrir la fase de investiga-

ción al cobijo del artículo 746.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Será esa la solución que hay que dar a los casos en que las diligencias practicadas en la audiencia supongan la necesidad de introducir nuevas imputaciones, modificar sustancialmente los hechos, o investigar la posible responsabilidad penal de terceras personas no acusadas hasta ese momento (art. 31.3, inciso final).

#### e) DOCUMENTACION DEL ACTO

La audiencia ha de documentarse por el Secretario Judicial levantando el correspondiente acta (art. 280.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es importante que en el acta se recojan con la debida extensión y no sólo sucintamente, las manifestaciones de los testigos que depongan en esta audiencia, lo que luego podrá ser decisivo a los efectos del artículo 46.5 de la Ley.

#### f) DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS TRAS LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Pueden ser acordadas por el Instructor, tal y como prevé el artículo 32.3, y nada impide, por tanto, que también le puedan ser sugeridas por las partes durante la audiencia preliminar, en virtud del principio a tenor del cual todo lo que el órgano judicial puede hacer de iniciativa propia, puede también serle solicitado por una parte.

El posible resultado de esas diligencias complementarias no podrá plasmarse ya en la calificación hasta el momento de la modificación de conclusiones en el acto del juicio oral.

### VIII. DECISION SOBRE LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

En el mismo acto o en los tres días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar o a la práctica de las diligencias complementarias que haya podido acordar el Instructor de oficio al amparo del artículo 32.3, deberá pronunciarse sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 32.1).

#### a) EL SOBRESEIMIENTO

Puede ser total o parcial. Igualmente puede referirse a todos los hechos objeto de acusación o solamente a algunos. En todos los casos cabrá recurso de apelación a resolver por la Audiencia Provincial, con necesidad de entablar reforma previamente (art. 32.2).

La admisibilidad del recurso en un solo efecto (arts. 217 y 223) provoca disfunciones cuando el sobreseimiento no alcanza a todos los hechos o a todos los acusados, pues ello supondría que siguiese avanzando la tramitación de la causa sin que esté todavía perfilado el objeto del proceso, que permanece a expensas de lo que se resuelva en la apelación. De nuevo hay que acudir a una interpretación integradora: los artículos 622, párrafo final, y 202 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal servirán de soporte para entender que en esos supuestos hay que suspender el curso de la causa hasta que se resuelva la apelación pendiente. Por ello, pese a que la literalidad de la ley llevaría a otra solución, será preferible acudir a la tramitación prevista para las apelaciones en dos efectos: artículo 225 de la Ley Procesal Penal.

#### b) EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL

No es recurrible directamente (art. 32.2), sin perjuicio de que puede ser atacado a través de las cuestiones previas reguladas en el artículo 36.

Su contenido preceptivo viene establecido en el artículo 33, del que conviene destacar la necesidad de fundamentación, no sólo jurídica, sino también fáctica, refiriéndose a los indicios que hacen justificable la apertura del juicio oral.

Cuando se acuerde la apertura del juicio oral a instancia de una acusación distinta del Fiscal y éste haya solicitado el sobreseimiento, es imprescindible que se dé nuevo traslado al Fiscal para efectuar la correspondiente calificación que tendrá en esos casos un sentido absolutorio. Igual procederá, tal y como se ha explicado antes, en cualquier supuesto en que el auto de apertura del juicio oral incluya hechos justiciables o personas respecto de las cuales el Fiscal, en discrepancia con otras acusaciones, hubiese solicitado el sobreseimiento. O cuando, por haber solicitado la ac-

modación a otro procedimiento, no hubiese calificado todos los hechos respecto de los cuales se ha abierto el juicio.

#### c) LA ACOMODACION DEL PROCEDIMIENTO

Puede ser acordada también por el Instructor en este momento, con la peculiaridad de que en el caso de que considere aplicable el procedimiento abreviado, dictará ya auto de apertura del juicio oral ordenando la remisión de las actuaciones al órgano competente para el enjuiciamiento, al estar ya evacuado el trámite de calificación de las defensas (art. 32.4).

#### d) TRAMITES SUBSIGUIENTES A LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

Consisten en la deducción de los testimonios previstos en el artículo 34.1, remisión de esos testimonios y piezas de convicción (entre las que están incluidas los documentos en sentido propio y no las diligencias documentadas), así como las piezas separadas (aunque no lo diga la ley) a la Audiencia Provincial (o, en su caso, Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo), y el emplazamiento de las partes por término de 15 días (art. 35).

En cuanto a los testimonios a deducir, plantean diversas cuestiones que por razones de coherencia y sistemática es preferible examinar en una Circular posterior al tratar de las diligencias de prueba en el acto del juicio oral.

La ausencia de todas las actuaciones practicadas durante la investigación en el órgano de enjuiciamiento obedece al deseo del legislador de alejar el peligro, ya denunciado en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que las diligencias sumariales sean hipervaloradas frente a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Sin embargo, se ha olvidado que el examen de esas diligencias sumariales es imprescindible para otras actuaciones que han de llevarse a cabo durante la fase de juicio oral: decisiones sobre libertad o prisión; control de la eventual conformidad (art. 50); declaración de pertinencia o no de las pruebas (art. 37 d), y resolución sobre muchas de las cuestiones previas previstas en el artículo 36. El Magistrado-Presidente, llamado por

la ley a decidir sobre todos esos puntos, no podrá hacerlo en la mayoría de las ocasiones sin poder examinar las actuaciones realizadas durante la fase de investigación. El sentido común impone permitir al Magistrado-Presidente reclamar del Instructor testimonios distintos de los específicamente previstos en el artículo 34.1, sin perjuicio de los que las partes puedan presentar (art. 34.3) al evacuar cualquier petición.

## IX. MODIFICACIONES EN LA FASE DE INVESTIGACION

### a) EL TRATAMIENTO DE LA REBELDIA

La ausencia de previsiones específicas obliga una vez más a acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para abordar esta situación.

Cuando el imputado sea citado y no comparezca será aplicable el artículo 487 de la Ley y en su caso se desencadenarán las actuaciones necesarias para llegar a la declaración de rebeldía que se establecen en los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque esos preceptos se refieren reiteradamente al «procesado» tal terminología se explica por la ausencia de una acomodación de estos artículos a las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fueron haciendo desaparecer el procesamiento en los procesos por delitos menos graves, tendencia que se confirma en el proceso ante el Tribunal del Jurado en el que tampoco existe auto de procesamiento. Pero no obsta esa terminología para considerar aplicable a estos procesos en que no existe procesamiento la institución de la rebeldía. A esta interpretación se refería expresamente el Tribunal Constitucional en su Auto 291/1993, de 4 de octubre:

«... Existen buenas razones que invitan a interpretar en un sentido amplio el término “procesado” que emplean los artículos 835 y 836 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitiendo al Juzgado de Instrucción llamar y buscar por requisitoria al imputado que se encuentra en paradero ignorado, en fase de diligencias previas ex artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y antes de adoptar la decisión que regula el apartado 5 de dicho precepto.»

Igual solución hay que dar a los casos de ilocalización del imputado, aunque en estos supuestos previamente habrá que acreditar el desconocimiento del paradero, librando las oportunas órdenes de averiguación de paradero (art. 178).

El auto del Tribunal Constitucional antes citado es revelador también en este punto:

«No es ocioso destacar —enseña— que la ley no impone que la requisitoria incorpore siempre una orden de prisión, ni aún de detención, sobre la persona contra quien resultan indicaciones de culpabilidad. Los artículos 837 y 839 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrecen distintas posibilidades al Instructor, entre las que se incluye la simple citación para presentarse ante el Juzgado, bajo apercibimiento de rebeldía, y sin que sea precisa su detención o prisión.»

La ausencia del imputado, ya sea por contumacia, ya por estar en ignorado paradero, no impide la celebración de la comparecencia. Sería ilógico hacer depender la apertura de la fase de investigación de la colaboración del imputado.

En la correspondiente pieza separada habrá que realizar los trámites necesarios para llegar, en su caso, a la declaración de rebeldía, pero sin que tal declaración impida continuar la investigación (art. 840 de la LECr.).

Sí, sin embargo, deberá suspenderse el procedimiento en algún momento, pues nuestro ordenamiento procesal no consiente el enjuiciamiento en rebeldía (art. 841). La cuestión es decidir cuál será el momento adecuado para esa suspensión.

El artículo 840 habla de la finalización de la fase de investigación. Si esto se combina con el criterio jurisprudencial a tenor del cual nadie puede ser acusado sin haber sido oído antes por el Juez de Instrucción (Sentencias del Tribunal Constitucional 152/1993, de 3 de mayo, 135/1989, 186/1990 y 128 y 129/1993) tendremos dos posibilidades:

a) Cuando por su ignorado paradero o su ocultación no se haya podido oír al imputado en ningún momento previo, habrá que decretar la suspensión del procedimiento, previa declaración de rebeldía, en el momento en que se da traslado a las acusaciones para calificar. Llegada esa situación, siempre que lo procedente no

sea solicitar el sobreseimiento (lo que no es incompatible con que puedan mantenerse vigentes unas órdenes de averiguación de paradero), el Fiscal interesará que se archive provisionalmente el procedimiento previa declaración de rebeldía hasta que el imputado se presente o sea habido de conformidad con lo establecido en el artículo 840 de la Ley Procesal Penal.

b) Cuando se haya oído previamente al imputado, se podrá evacuar tal trámite de calificación por las acusaciones y la suspensión por la declaración de rebeldía sólo procederá tras la apertura del juicio oral. Salvo que, ante la no designación de letrado por el imputado, sea preciso interrumpir la marcha del procedimiento precisamente en el momento de calificación por parte de la defensa, trámite que no puede llevarse a cabo si previamente no se ha requerido al imputado para que designe un letrado que asuma su defensa técnica.

En todos los supuestos que han sido contemplados, ¿deberá proveerse de Letrado de oficio al imputado cuyo paradero se ignora? La cuestión es dudosa. Parece claro que llegada la declaración formal de rebeldía o cuando conste fehacientemente la voluntad contumaz del imputado, no cabrá esa defensa mediante Letrado por haberlo declarado así el Tribunal Constitucional (Sentencias 87/1984, de 27 de julio ó 146/1986, de 26 de noviembre). Mientras no llegue esa rebeldía, sin embargo, ante la ausencia de elección de letrado por el imputado, podría ser admisible designarle un Letrado de oficio para que asista a la comparecencia y sea citado para todas las actuaciones durante la fase de investigación. Ahora bien, no parece que pueda ser exigible y absolutamente necesaria esa designación por el turno de oficio tal y como se desprende del párrafo final del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige, con carácter previo a esa designación, un requerimiento al imputado.

#### b) EL SECRETO SUMARIAL

El artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es aplicable al proceso ante el Tribunal del Jurado (art. 24.2), si bien esa situación impone algunas modulaciones en la forma de la instrucción.

La declaración de secreto de las actuaciones puede haberse realizado antes de la conversión en el proceso de la Ley del Jurado en cuyo caso no existirá problema alguno. Precisamente puede suceder que sean esas diligencias practicadas con carácter secreto las que determinen la necesidad de incoación del proceso especial de la Ley del Jurado. El hecho de que esté declarada secreta la investigación no elude la necesidad de incoar este proceso en cuanto se den los presupuestos contemplados en el artículo 24 de la Ley, aunque sí impone algunas peculiaridades.

Si las diligencias a practicar bajo secreto son inaplazables se realizarán con tal carácter antes de la comparecencia.

Si no tienen esa naturaleza, nada impide que se practiquen en el proceso ante el Tribunal del Jurado. E incluso nada se opone a que ya iniciado el proceso ante el Tribunal del Jurado surja la necesidad de declarar secreta la investigación.

Aquí pueden surgir dos situaciones distintas que merecen un tratamiento diferenciado:

a) Cuando la declaración de secreto sea meramente parcial y no impida el conocimiento por el imputado del objeto del procedimiento, no existirá variación alguna en los trámites impuestos por la ley. Sencillamente, se abrirá una pieza separada para recoger esas diligencias secretas, practicadas sin intervención de las partes, salvo el Ministerio Fiscal, y a las que sólo éste tendrá acceso mientras permanezca vigente la declaración de secreto.

b) Cuando la declaración de secreto afecte a todas las actuaciones y el traslado de la imputación o la celebración de la comparecencia pueda suponer frustrar la finalidad perseguida con el secreto, hay que entender que el traslado de la imputación y la celebración de la comparecencia quedan en suspenso en tanto no se levante el secreto, al igual que en el procedimiento ordinario la comunicación ordenada en el artículo 118 queda suspendida mientras existe una declaración de secreto (Sentencia del Tribunal Constitucional 273/1993, de 20 de septiembre). Por tanto el traslado de la imputación y la comparecencia quedarán postergados al momento en que se alce el secreto.

No empece esto a que también en estos casos sea necesario mantener los principios de este procedimiento y en particular la exigencia de que la apertura de la investigación se realice a ins-

tancia de parte, sin perjuicio de la posibilidad del Juez de practicar de oficio las diligencias inaplazables y las complementarias. Por tanto será necesario que el Fiscal realice las correspondientes peticiones en tal sentido, lo que puede hacerse efectivamente a través de una comparecencia, en la que sólo estaría presente el Fiscal, única parte a la que no afectará el secreto. No obstante en estos casos en que existe una declaración de secreto puede carecer de sentido una comparecencia —cuya finalidad es la salvaguarda de los principios de contradicción y publicidad interna—, con la sola presencia del Fiscal. Por tanto, todo aconseja admitir que esas solicitudes del Fiscal se verifiquen por escrito.

Alzado el secreto, habrá en todo caso que proceder a la realización de la comparecencia.

Si, ya celebrada la comparecencia inicial, surge la necesidad de declarar el secreto para una determinada línea de investigación, se puede dictar auto declarándolo así. Ese auto puede estar también abarcado por la declaración de secreto en cuyo caso sólo se notificará al Fiscal, abriéndose pieza separada encabezada por tal auto para la realización de esas diligencias que serán puestas en conocimiento de las demás partes cuando llegue el fin del secreto. Si de esas diligencias surgen nuevas imputaciones (art. 28), la celebración de las comparecencias necesarias se llevará a cabo al levantarse el secreto.

#### X. CUESTIONES DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LAS FISCALÍAS

Resulta especialmente conveniente en los procesos ante el Tribunal del Jurado que sea un mismo miembro del Ministerio Fiscal el que realice el seguimiento completo del proceso desde su incoación hasta el acto del juicio oral, lo que se procurará, siempre que no concurran circunstancias que lo impidan.

La dinámica que informa al proceso ante el Tribunal del Jurado, muy distinta de la característica de los tradicionales procesos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal arrastra también consecuencias en orden a aspectos de organización interna de las Fiscalías, algunos tan prosaicos como el del propio diseño de las carpetillas que regula el Reglamento del Ministerio Fiscal.

En efecto, las carpetillas habituales resultan inservibles para este tipo de proceso en el que se necesitan unas carpetas más am-

plias que puedan dar cabida a toda la documentación que genera el proceso ante el Tribunal del Jurado (piénsese, por ejemplo, en todo lo relativo a la designación de Jurados). Muy en particular debe existir un apartado específico destinado a guardar los testimonios a que se refiere el artículo 34.3 de la Ley, testimonios cuya disponibilidad en el acto del juicio es trascendental (art. 46.5).

En relación con esos testimonios es igualmente importante solicitarlos con un criterio amplio para evitar la ausencia en el acto del juicio oral de alguna diligencia de investigación debidamente testimoniada que pueda ser necesaria para la actuación del Fiscal.

En orden a la calificación, aparece como un sistema operativo, similar al ya imperante en el procedimiento ordinario, la práctica de preparar ya la minuta de calificación en el trámite de cinco días para pedir nuevas diligencias del artículo 27 de la Ley. Si el Fiscal encargado del despacho del asunto considera completa la fase de investigación y no va a solicitar nuevas diligencias, deberá ya elaborar la calificación que, previo su visado, quedará en la carpeta para ser presentada en el trámite posterior.

Esta práctica no supondrá ningún problema en los casos en que el órgano judicial efectivamente dé traslado de todas las actuaciones en el trámite de cinco días del artículo 27.2, al concluirse las diligencias ya solicitadas; modalidad, que como antes se examinó, no está excluida por la ley (art. 27.4 que habla de *nuevo* traslado). En otros casos y para hacer posible la preparación del escrito de calificación en ese momento anterior y a efectos puramente internos, se podrá suplir la ausencia de traslado físico, pidiendo, al amparo del artículo 34.3, los testimonios en este trámite o en momentos inmediatamente anteriores, a medida que vayan realizándose las distintas diligencias, de forma que se pueda disponer de todas las actuaciones necesarias para calificar en ese momento. Ello, lógicamente, sin perjuicio de completar los testimonios posteriormente mediante nuevas solicitudes. Esta práctica, de otra parte, no obsta a que se pueda aquilatar en algún extremo la calificación, ya preparada, en el trámite específico para ello (art. 29).



INSTRUCCION NUMERO 1/1995, de 29 de diciembre

**SOBRE ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS  
DE LOS FISCALES ESPECIALES ANTIDROGA  
EN LOS DIFERENTES TERRITORIOS**

**I. INTRODUCCION**

La Ley 5/88, de 24 de marzo, al reformar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, creó como órgano *ex novo* de esta institución la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, especificando en el artículo 18 bis 1 y 2 las funciones que, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, le han sido encomendadas.

En consonancia con los objetivos descritos en su preámbulo, el apartado c) del artículo 18 bis 1 le atribuye la función de «coordinar las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas», y al objeto de cumplir adecuadamente esta labor se establece en el párrafo 2.º del indicado apartado que, cuando el número de procedimientos así lo aconseje, el Fiscal General del Estado podrá designar a uno o varios Fiscales de las distintas Fiscalías a tales efectos.

En desarrollo de los preceptos estatutarios se dictó la Instrucción 5/1991, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, para dar respuesta a los problemas que planteó la creación de dicha figura.

La experiencia de estos últimos años ha permitido constatar la necesidad de sustituir la citada Instrucción para acomodarla a las conclusiones aprobadas en la Reunión de los Fiscales Especiales Antidroga, celebrada en Toledo en marzo del presente año, tra-

tando de precisar al máximo, al igual que en la anterior, los mecanismos de nombramiento y remoción, las concretas funciones que deben asumir y su situación en la estructura interna de las respectivas Fiscalías.

Para la adecuada regulación de estos extremos se parte de un postulado esencial que pasa por diferenciar dos ámbitos funcionales completamente distintos.

El primero se refiere al desempeño por los Fiscales Especiales Antidroga en cada territorio de las competencias que son propias de la Fiscalía Especial, en cuyo marco la integración funcional opera con todas sus consecuencias, sin perjuicio del deber de informar al Fiscal Jefe de cada territorio.

El segundo ámbito comprendería la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos asuntos concernientes al tráfico ilícito de drogas que, atendiendo a los criterios objetivos y territoriales ya conocidos, son de la competencia específica de la Fiscalía de cada territorio. En este segundo supuesto la actuación del Fiscal Especial, sin perjuicio de las labores de coordinación que como tal deba ejercer, se sujetará a las reglas de distribución de trabajo que rijan en cada una de las Fiscalías, que en ningún caso pueden contemplar la atribución a los mismos del despacho de todos los asuntos relativos al tráfico de drogas, en cuanto que ello impediría cumplir con eficacia las funciones derivadas de su integración en la Fiscalía Especial.

Hasta el momento presente, y atendiendo no sólo al parámetro fundamental del número de procedimientos, sino también a otros significativos indicadores cuales son el número de detenidos y los efectos y sustancias decomisadas, el Fiscal General, oído el Consejo Fiscal y a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, ha designado ya varios Fiscales para esta específica materia en aquellas Comunidades Autónomas y Provincias en que el fenómeno criminal del tráfico ilegal de drogas tiene una especial incidencia, configurando así una estructura territorial en la que cabe distinguir: a) los Fiscales Especiales Coordinadores a nivel autonómico y, b) los Fiscales Especiales a nivel provincial. El artículo 5 del Real Decreto 675/89, de 9 de julio (y antes el art. 2 del Real Decreto 1544/88, de 23 de diciembre), recoge esta distinción al prescribir que «El Fiscal General del Estado podrá designar en cada Comunidad Autónoma un Fiscal para la coordinación de las

actuaciones de las distintas Fiscalías o de los Fiscales designados en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas».

Unos y otros dependen jerárquicamente del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, quien a tenor del artículo 18 bis número 2.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal «tendrá con respecto a ellos, sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal».

El texto legal consagra, pues, la dependencia jerárquica de estos Fiscales respecto a la Fiscalía Especial en lo que resulta de la competencia de ésta, aunque compatibilizándola, como no podía ser menos, con el deber de informar de estos asuntos al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones. Del término «relación directa» y de la dependencia funcional que se señalan expresamente en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se deriva que los Fiscales Especiales Antidroga están integrados en la Fiscalía Especial cuando desempeñan las funciones propias de la competencia de ésta.

El diseño territorial expuesto se completa con la posibilidad de designar Fiscales que, como órganos de apoyo, les asistan en la ejecución de su cometido.

## II. NOMBRAMIENTOS Y REMOCION

### A) NOMBRAMIENTOS

#### 1. *De los Fiscales Especiales Antidroga*

Se nombrarán por el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, a quien le será remitido informe sobre todos los peticionarios por el Fiscal Jefe respectivo. Todos los así nombrados se considerarán integrados funcionalmente en la Fiscalía Especial en el ejercicio de las atribuciones específicas a que se refiere el artículo 18 bis de la Ley 50/81, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Como apoyo a los Fiscales designados por el Fiscal General del Estado podrán asignarse uno o varios Fiscales de la plantilla correspondiente por el Fiscal Jefe respectivo, oída la Junta de Fiscales.

2. Del Fiscal Coordinador en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales.

Cuando en una Comunidad Autónoma pluriprovincial se nombren varios Fiscales, el Fiscal General del Estado, al hacer el nombramiento conforme al párrafo anterior, designará a uno de ellos como coordinador en todo el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Igual criterio regirá en el supuesto de que se nombrara más de un Fiscal en una Comunidad Autónoma uniprovincial.

#### B) REMOCION

Todos los Fiscales así designados podrán ser removidos por el Fiscal General del Estado, a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial y oído el Fiscal Jefe respectivo.

Los Fiscales nombrados por el Fiscal Jefe de cada territorio podrán ser removidos por éste, oída la Junta de Fiscales.

### III. FUNCIONES

Atendiendo al doble ámbito funcional precedentemente expuesto, los Fiscales Especiales Antidroga ejercerán las siguientes funciones:

A) *Como Fiscales integrados en la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Trafico Ilegal de Drogas.*

1. Intervenir, en su caso, en las diligencias de instrucción que se practiquen en su territorio que sean competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional.

2. Incoar y practicar las investigaciones patrimoniales y económicas previstas en el artículo 18 bis 1.d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dentro de su ámbito territorial.

3. Promover o, en su caso, prestar el auxilio internacional en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas de acuerdo con las leyes, Tratados y Convenios Internacionales, en aquellos asuntos de la competencia de la Fiscalía Especial.

4. Intervenir en el control de los tratamientos de los drogodependientes recabando los datos precisos de quienes participan en dicho tratamiento.

5. Recabar la colaboración de las Fiscalías de los Tribunales Militares en relación con los hechos cometidos en Centros Establecimientos y Unidades Militares.

B) *Como Fiscales Especiales Antidroga en el ámbito competencial de la Fiscalía territorial respectiva.*

1. El despacho de los asuntos de mayor trascendencia determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.1 a) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en función a las necesidades concretas de cada Fiscalía; evitándose, en todo caso, que el despacho de estos asuntos perjudique la eficacia en el cumplimiento de las funciones derivadas de su integración en la Fiscalía Especial y excluyéndose, en consecuencia, la atribución al mismo del despacho de todos las causas relativas al tráfico de drogas.

2. Dirigir, impulsar y coordinar las investigaciones y demás actuaciones de la Policía Judicial y otras Instituciones en esta materia, impartiendo las órdenes que estime procedentes para el desempeño de sus funciones.

3. Centralizar la información sobre los procedimientos judiciales de mayor interés y coordinar las actuaciones en esta materia, dentro de su respectivo territorio, a cuyo fin el Fiscal Jefe territorial podrá encomendarles el visado de las calificaciones.

4. Ejercer la dirección, control y coordinación de las actuaciones del Ministerio Fiscal en las entregas controladas de drogas a que se refiere el número 1 del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5. En el campo de la prevención, colaborar estrechamente con las Instituciones Estatales, Autonómicas, Provinciales y Municipales, así como con las Fundaciones y Asociaciones Públicas o privadas interesadas.

C) *Los Fiscales Coordinadores además de las funciones previstas en los apartados A y B expuestos, tendrán la misión de impulsar la actuación unitaria y conjunta de los Fiscales así designados de su Comunidad Autónoma.*

#### IV. RELACIONES CON LAS RESPECTIVAS FISCALIAS

1. Los Fiscales Especiales Antidroga en el ejercicio de las funciones derivadas de su integración en la Fiscalía Especial, establecidas en el apartado III.A) dependerán jerárquicamente del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, quien tendrá respecto de ellos las mismas facultades y deberes que los Fiscales Jefes de los demás órganos del ministerio Fiscal, y a quién deberán dar cuenta de sus actuaciones, sin perjuicio del deber de informar de tales asuntos al Fiscal Jefe territorial respectivo.

A la Fiscalía Especial, corresponde la coordinación de los Fiscales Especiales Antidroga, a cuyo fin establecerán los criterios para asegurar la unidad de actuación, celebrándose al efecto Juntas, como mínimo, una vez cada seis meses.

2. En el desempeño de las funciones del apartado B, actuarán bajo la dependencia jerárquica del Fiscal Jefe de cada territorio, sin perjuicio de informar al Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial cuando éste así lo requiriera, y de las facultades de coordinación a éste atribuidas.

3. El Fiscal Coordinador podrá asistir a las Juntas que se celebren en cualquiera de las Fiscalías de la Comunidad Autónoma, si en el orden del día se hubiera incluido cualquier materia de su especial competencia, a cuyo efecto los Fiscales Jefes se lo comunicarán con la antelación suficiente. Cuando dicho Fiscal asistiera a tales Juntas sólo tendrá voz y voto en las cuestiones de su competencia.

#### V. DE LA RELEVACION DEL DESPACHO ORDINARIO

Si por el volumen y complejidad de su específico trabajo, estimaren que debieran ser relevados del despacho ordinario de los asuntos; que pudieran corresponderles en su Fiscalía respectiva presentarán una exposición razonada. El Fiscal General del Estado, oídos el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial y el Fiscal Jefe territorial, acordará dicha relevación si la estimara justificada.

CONSULTAS

RESOLUCIONES

CONSULTAS

1. INTRODUCCION

Los hechos que motivaron la presente consulta son los siguientes:

En la ciudad de Madrid se encuentra una casa de familia...

El propietario de dicha casa...

El hecho de que...

Se ha de tener en cuenta...

CONSULTA NUMERO 1/1995, de 16 de febrero

**SOBRE RECURSOS PROCEDENTES CONTRA  
RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA  
DE CONDENA CONDICIONAL**

**I. ANTECEDENTES**

Los hechos que motivan la Consulta pueden resumirse del siguiente modo:

En la ejecutoria de un proceso penal ordinario, la Audiencia Provincial concedió al condenado el beneficio de la remisión condicional de la pena impuesta por plazo de dos años.

Transcurrido dicho lapso de tiempo se incorporó a la ejecutoria la hoja de antecedentes penales del reo, comprobándose que en ese plazo había sido condenado en sentencia firme por hechos cometidos con anterioridad al inicio del período de suspensión.

El Fiscal en trance de informar ante la Sala, y siguiendo la doctrina recogida sobre este extremo en la Consulta número 3/1983 de esta Fiscalía General, interesó la remisión definitiva de la pena, al entender que la revocación del beneficio de la condena condicional no se produce por causa de condenas judiciales sustentadas en hechos anteriores a la notificación de los beneficios al penado.

La Audiencia Provincial se apartó del informe del Fiscal y de la línea mantenida hasta entonces en otras de sus resoluciones y acordó, por medio de auto, dar relevancia revocatoria de los beneficios a la sentencia condenatoria dictada durante el plazo de la suspensión por hechos anteriores. La interpretación que lleva a

cabo la Audiencia Provincial del artículo 14 de la Ley de 1908 se apoya en los siguientes razonamientos: «el artículo 14 de la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo, de 1908 distingue a efectos de revocación del beneficio de suspensión de condena entre la condena por delito durante el plazo de suspensión (con indiferencia de la fecha en que dicho delito fue cometido) y la comisión de un nuevo delito durante dicho plazo, aunque el mismo sea sentenciado una vez transcurrido el mismo. y en ambos casos la consecuencia correspondiente es la obligación de cumplir la pena impuesta en la ejecutoria. En el presente caso concurre en el reo la primera de dichas circunstancias y deben por ello serle revocados los beneficios de la condena condicional, lo que no supone interpretación contraria al reo de lo dispuesto en la ley, sino estricto cumplimiento de lo expresamente previsto en la misma, al equiparar el legislador a efectos de derogación de tan excepcional beneficio, a conceder por lo general discrecionalmente por el Tribunal sentenciador, no solamente la comisión de un nuevo delito en el plazo de prueba o confianza, sino también el hecho de que la concesión se hubiera realizado no a un delincuente ocasional y esporádico que merece de la sociedad una nueva oportunidad, sino a quien ha delinquirido nuevamente, lo que hubiera dado lugar tal vez, de conocerse por el Tribunal, a la denegación del beneficio.»

La Consulta no versa sobre la eficacia o ineficacia revocatoria de los beneficios de la remisión condicional de las condenas judiciales dictadas por hechos cometidos con anterioridad al plazo de condena condicional. Esta cuestión ya se encuentra resuelta por esta Fiscalía General en la Consulta número 3/1983 (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1984, págs. 392 a 399). Se recuerda ahora la vigencia de la doctrina recogida en dicha Consulta, no estimándose necesaria su revisión habida cuenta, entre otras razones, de los términos en que dicha cuestión aparece resuelta en los artículos 84.1, 85.1 y 88.4 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994, que refieren la revocación del beneficio a que el reo delinquire durante el plazo fijado.

La Fiscalía consultante plantea el modo de proceder ante la inexistencia de la Audiencia Provincial en mantener su discutible doctrina sobre la materia.

Aun cuando la Consulta se origina por una decisión judicial revocatoria del beneficio, es conveniente examinar el régimen de re-

recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, que proceden frente a todas las resoluciones —no sólo la revocatoria de los beneficios— dictadas en materia de remisión condicional de la pena. La confluencia de las normas del Código Penal (arts. 92 a 97), de la Ley de 17 de marzo de 1908 sobre Condena Condicional y de las normas generales sobre recursos contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha originado no pocos problemas de orden práctico en la interpretación de los recursos procedentes. Ya en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971 se abordó el estudio doctrinal de la institución de la remisión condicional, destacándose la insuficiencia en materia de recursos y las discrepancias en este punto entre los diferentes órganos jurisdiccionales, por lo que se terminaba postulando la necesidad de una reforma (igualmente hoy sentida) que, entre otros extremos, alcanzara al establecimiento de los recursos procedentes.

Hasta tanto se produzca esa reforma se hace obligado un esfuerzo interpretativo de las normas vigentes para unificar criterios.

## II. POSIBLE INTERPOSICION DE RECURSO DE AMPARO

En principio, contra todas las resoluciones sobre condena condicional cabría interponer recurso de amparo siempre que se hubiera agotado la vía judicial ordinaria y se apreciara infracción de un derecho fundamental de los comprendidos en el ámbito de dicho recurso: artículos 14 a 29 de la Constitución y derecho a la objeción de conciencia.

Ahora bien, es doctrina constitucional recogida en las Sentencias 180/85, 14/88 y 28/88, y en los Autos 90/86 y 436/87, que no corresponde al Tribunal Constitucional determinar si procede o no la remisión condicional de la pena, al tratarse de una cuestión de estricta legalidad penal.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho fundamental a la remisión condicional de la pena. El artículo 17 de la Constitución no obliga —según la Sentencia 54/86 del Tribunal Constitucional— a los Tribunales penales a conceder dicho beneficio, aunque se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 93 del Código Penal.

Otra cuestión es que, las resoluciones que concedan o denieguen el beneficio hayan de ser motivadas. Así lo exige el artícu-

lo 92.1 del Código Penal. A este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/92, de 14 de diciembre, señala que la motivación deviene en exigencia impuesta por el derecho a la tutela judicial efectiva que no puede faltar en ningún caso —tanto en la concesión como en la denegación del beneficio— sin menoscabo constitucional. Doctrina que reitera, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional 209/93, de 28 de junio.

En el caso concreto que plantea la Fiscalía consultante la Audiencia Provincial acuerda la revocación del beneficio en virtud de un Auto en el que motivadamente sostiene una interpretación del artículo 14 de la Ley de Condena Condicional divergente de la del Fiscal. Dicha interpretación o implica vulneración de derecho fundamental en que pueda apoyarse el recurso de amparo. La tesis que sostiene la Audiencia no puede reputarse de irrazonable o arbitraria.

Sentada la premisa de la razonabilidad de tal interpretación, es clara la improcedencia del recurso de amparo al carecer la cuestión de alcance o contenido constitucional. En tal sentido cabe señalar, conforme a doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1994 y en el Auto del Tribunal Constitucional 218/1994, que «aunque la sentencia judicial pueda ser jurídicamente errónea y constituir una infracción de ley o doctrina legal, ello no le da al tema transcendencia constitucional, en cuanto que el artículo 24.1 de la Constitución Española según reiteradamente viene declarando este Tribunal no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma».

### III. RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES QUE CONCEDEN O DENIEGAN DISCRECIONALMENTE LA REMISION CONDICIONAL DE LA PENA IMPUESTA

Los recursos frente a los autos que otorgan o deniegan el beneficio de la remisión condicional se regulan expresamente en el artículo 6 de la Ley de Condena Condicional, que dispone:

«La suspensión de la condena se acordará tan pronto como sea firme la sentencia y previo informe del Fiscal. Contra la resolución que se dicte no se dará recurso alguno, salvo el que, fundado en error de hecho podrá interponer en cualquier tiempo el Ministerio Fiscal ante el Tribunal que otorgó la condena condicional».

Tal precepto plantea una cuestión prioritaria que se erige en presupuesto: si el artículo 6 se refiere a todos los Autos —tanto sean favorables como denegatorios de la condena condicional o, por contra, sólo afecta a los que otorgan el beneficio.

Ha sido tradicional entender que dicho artículo se refiere a ambos tipos de resoluciones. La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908 así lo apunta. Siguiendo el criterio mayoritario en la doctrina, la generalidad de los órganos jurisdiccionales han venido estimando que los autos concediendo o denegando el beneficio son irrecurribles con la excepción del recurso fundado exclusivamente en error de hecho, a tenor del artículo 6 de la citada ley.

Sin embargo, en una interpretación literal del tan repetido artículo 6 cabría referir el mismo exclusivamente a los autos que conceden la condena. El precepto comienza diciendo que «la suspensión de la condena se acordará...» y a continuación indica la posibilidad de interponer recurso, fundado en error de hecho, ante el Tribunal que «otorgó» la condena condicional. En ningún momento se menciona expresamente a las resoluciones denegatorias del beneficio. De ahí podría concluirse que toda la norma va referida exclusivamente a las que lo conceden, rigiendo para las denegatorias el régimen genérico de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta interpretación permitiría recurrir en reforma y queja o en súplica, por cualquier motivo, los autos que deniegan discrecionalmente el beneficio.

Esta exégesis es, sin duda, más respetuosa con el principio del *favor actionis*.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1993, de 28 de junio, ya apuntó esta posible interpretación, al señalar: «Una primera lectura a la letra de este artículo 6, podría llevar a la conclusión de que únicamente es irrecurrible la resolución en la que el órgano judicial concede por sí, y no *ope legis*, el beneficio de la remisión condicional, siendo impugnabile por vía de súplica la dene-

gación del otorgamiento. Una tal interpretación resulta plausible, con todos los riesgos que entraña toda interpretación a *contrario sensu*, pero también lo es la mantenida por la Audiencia Provincial (Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1992), dando un tratamiento homogéneo a la decisión judicial cualquiera que fuere su sentido (...). Sin embargo, desde la perspectiva propia de este proceso basta la indiferencia de las soluciones por ser ambas razonables y corresponder su elección al juzgador...».

Es innegable lo sugerente que resulta la interpretación limitativa del alcance del artículo 6 de la ley. De seguirse propicia una consecuencia favorable. Debe tenerse presente que si el arbitrio judicial existente en la concesión de la condena condicional no puede ser revisado por vía de recurso más que en los casos de error de hecho, con tal interpretación se permitiría la revisión de la facultad discrecional en la denegación del beneficio, supuesto éste en el que existe un mayor interés en la revisión dada la naturaleza eminentemente más grave de esta decisión por cuanto que de ella se deriva el ingreso en prisión del delincuente primario.

No obstante, a la vista del artículo 6 de la Ley de Condena Condicional, los autos denegatorios de los beneficios de la remisión condicional deben considerarse irrecurribles (salvo los casos de recurso fundado en error de hecho) en virtud de las razones siguientes:

Un primer argumento se apoya en la interpretación gramatical. Al leer el precepto se entiende claramente que en materia de condena condicional no cabe más recurso que el señalado expresamente en ese precepto. Es la interpretación natural. A la contraria sólo se llega a través de demasiados vericuetos.

En segundo lugar, conforme a la interpretación lógica, la previsión de la ley es congruente dado el carácter discrecional que tiene la denegación de los beneficios pese a la concurrencia de los requisitos legales. Alguien debe decidir —sin que su decisión pueda calificarse legalmente de más o menos acertada pues es un tema de discrecionalidad— y la ley quiere que ese alguien sea exclusivamente el Juez que dictó la sentencia en primera instancia. Hacer susceptible de revisión esa decisión no tiene sentido por su carácter discrecional.

Además tal postura cuenta con el respaldo de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo —Sentencia de 5 de diciembre de 1990,

entre otras— y el Tribunal Constitucional han confirmado esta tesis de la inadmisibilidad de recursos, fuera del caso de error de hecho. Incluso la Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1993, antes citada, pese a apuntar como constitucional la interpretación —facilitada por el recurrente en amparo— limitativa del artículo 6, denegó el amparo al asumir la interpretación contraria: «en la perspectiva de este proceso—argumenta la sentencia— basta la indiferencia de las soluciones por ser ambas razonables y corresponder su elección al juzgador, aun cuando no esté de más decir que a partir de la promulgación de la ley prevaleció unánimemente la que aquí se impugna, como refleja la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908 y puede comprobarse por el *usus fori* y la jurisprudencia al respecto desde entonces». La citada sentencia termina denegando el amparo al entender que la omisión de la advertencia relativa a los eventuales recursos «no ha podido causar indefensión alguna precisamente por no existir otra vía de reclamación que al amparo constitucional».

Conforme a esta interpretación cabe señalar que frente a los autos que discrecionalmente conceden o deniegan el beneficio no cabe recurso alguno (art. 6), salvo el que fundado en error de hecho podrá interponer, en cualquier tiempo, el Fiscal, única parte legitimada activamente.

Este monopolio de la legitimación activa por parte del Ministerio Fiscal está justificado por tratarse de materia de ejecución de penas privativas de libertad. La constitucionalidad de ese sistema ha sido refrendada por el Auto 373/1989, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional, cuya doctrina, aunque recaída en materia de vigilancia penitenciaria, puede ser trasladada a este ámbito.

El recurso sólo podrá basarse en error de hecho, entendiendo por tal, según la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908, la defectuosa observación de los elementos indispensables para suspender el cumplimiento de la pena (duración de la pena, ausencia de condenas anteriores...), no los que pueden ser atendidos o dejar de serlo sin que la letra o el espíritu de la ley se tuerza. Cualquier otro motivo distinto determinará la inadmisión del recurso.

El medio impugnatorio procedente en tales casos, según las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 236 y 787), será el recurso de súplica si se trata de resoluciones de la

Audiencia Provincial o (piénsese en causas contra aforados) del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia; o el de reforma y ulterior queja si la decisión emana de un Juez de lo Penal.

En todo caso, debe resaltarse que los recursos señalados carecen de plazo para su interposición a tenor de la mención «en cualquier tiempo» que expresamente utiliza el artículo 6 de la ley.

#### IV. RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES QUE CONCEDEN O DENIEGNAN LA REMISION CONDICIONAL POR MINISTERIO DE LA LEY

Si el beneficio es procedente «por Ministerio de la Ley» (casos del artículo 94 del Código Penal), contra la decisión que otorgue o deniegue el mismo cabrá recurso de casación, a tenor del artículo 95 del Código Penal, que dispone:

*«Contra la resolución que se dicte en todos los casos a que se refiere el artículo anterior, se dará el recurso de casación.»*

Sin embargo, esta cuestión no está exenta de problemas.

Si la decisión emana de la Audiencia Provincial, en procedimiento ordinario o en abreviado competencia de la Audiencia, no surgen dudas: procede directamente casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ahora bien, si la decisión proviene de un Juez de lo Penal, la cuestión se complica ya que la prescripción del artículo 95 se hizo en un momento en el que sólo las Audiencias Provinciales dictaban sentencias por delito, circunstancia que invita a reflexionar sobre el grado de vigencia de esa norma.

Las posibles interpretaciones son dispares y todas ellas están respaldadas por argumentos muy atendibles. Se abre un variopinto abanico de soluciones:

a) Algunos entienden que dado que el precepto proviene de un momento en que los órganos judiciales unipersonales carecían de competencias para el enjuiciamiento de delitos, su dicción literal ha de ser corregida. Lo mismo que en otros preceptos (arts. 92 ó 94, con la única excepción del artículo 93 bis introducido con posterioridad) se habla exclusivamente del «Tribunal» y esa ex-

presión ha de ser entendida como comprensiva de los Juzgados unipersonales, desde que se les atribuyeron facultades de enjuiciamiento de delitos, pues es evidente que también éstos deben pronunciarse sobre la condena condicional, la referencia del artículo 95 al recurso de casación ha de ser actualizada con una interpretación integradora y sistemática. No es lógico que se niegue la casación frente a la sentencia y se admita frente al auto pronunciándose sobre la condena condicional. Por ello se entiende que contra los autos denegatorios de la condena condicional siendo procedente por ministerio de la ley, cabrán los recursos que brinda con carácter general el ordenamiento procesal contra los autos del Juez de lo Penal: reforma y ulterior queja (art. 787 de la LECr.).

b) Aun partiendo de las mismas premisas, otros sostienen que el recurso procedente será el de apelación directa, al considerar, apoyándose en la teleología del artículo 95, que éste lo que quiere es conceder frente a esos autos el mismo tipo de recurso que frente a la sentencia. Y tratándose de sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal, el recurso será el de apelación. Esta tesis es recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990: «ha de entenderse que contra los autos que dicten estos órganos unipersonales en materia de remisión condicional en los supuestos del artículo 94 del Código Penal, cabe el mismo recurso que la ley prevé respecto de la sentencia de cuya ejecución se trate.»

b) No faltan quienes, partiendo de la literalidad del artículo 95 del Código Penal, defienden la necesidad de mantener la posibilidad de casación. Pero, al mismo tiempo, conjugando ese precepto con los generales del recurso de casación (art. 848) que sólo prevén la casación frente a autos de la audiencia y no de un Juzgado, concluyen que los recursos habrán de ser el de apelación ante la audiencia, con posibilidad de ulterior casación (apelación más posterior casación que ha admitido el Tribunal Supremo en algún supuesto diverso: Auto de 20 de abril de 1994).

d) Por fin, la opinión más respetuosa con la literalidad del Código Penal afirma la vigencia de la casación, sin matización alguna, frente a todo tipo de resoluciones dictadas en contravención de lo ordenado en el artículo 94, sin atender al carácter unipersonal o colegiado del órgano que la dictase. Se admitiría así una ca-

sación *per saltum* en el caso de que la resolución provenga de un Juzgado de lo Penal. Y se argumenta diciendo que esa posibilidad de casación frente a resoluciones de un Juzgado no es algo absolutamente extravagante en nuestro ordenamiento pues existe algún otro supuesto como el del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictado cuando ya los Juzgados de Instrucción tenían facultades para el enjuiciamiento. Además, se aduce, en las sucesivas reformas del Código Penal, pasando por el texto refundido de 1973 (cuando ya los Juzgados de Instrucción enjuiciaban delitos) no se ha modificado el precepto. En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de agosto de 1993 admitió la impugnación directa en casación frente a la decisión del Juzgado de lo Penal de denegación de los beneficios de la remisión condicional en el supuesto del artículo 94 del Código Penal. Aunque es justo reconocer que el valor de este precedente es muy relativo por cuanto, como se explica en su primer fundamento de derecho, la decisión venía condicionada por la expresamente reconocida necesidad de dar una respuesta rápida al recurrente en situación de prisión.

La cuestión es, desde luego, problemática. Pero resulta lo más procedente acoger la solución propiciada en este punto por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990, que sostiene que la ley concede el mismo recurso que prevé contra la sentencia que se está ejecutando. Se trata, en definitiva, del pronunciamiento más claro en esta materia del Alto Tribunal. Además, se evita el absurdo de conceder casación frente al auto de condena condicional y no frente a la sentencia. De otra parte, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 no se contiene referencia alguna al recurso de casación en estos supuestos. Por otro lado, no se opone a esta solución el argumento de que existe casación directa en el supuesto del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho precepto se refiere expresamente a los autos que dicte «el Juez o Tribunal». La norma se introduce en la reforma de 8 de abril de 1967, momento en el cual los Juzgados unipersonales eran competentes para enjuiciar delitos. Finalmente la admisión de la casación contra autos de los Juzgados en este supuesto tiene razón de ser en cuanto que el auto de refundición puede afectar a condenas impuestas en causas anteriores falladas por la Audiencia.

Por consiguiente, cabrá directamente recurso de apelación cuando el auto provenga de un Juez de lo Penal en la ejecutoria de un procedimiento abreviado o de un Juez de Instrucción o de Paz o de Menores en juicio de faltas.

Si el auto se dicta por la Audiencia Provincial en la ejecutoria de un procedimiento abreviado de su competencia o de un sumario (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1994) o por el Tribunal Superior de Justicia en causa contra aforados, procederá, al igual que frente a la sentencia, recurso de casación.

Por último, si el auto fue dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en causa contra aforados, siguiendo dicho criterio jurisprudencial, debe negarse la posibilidad de recurso en tanto que éste no cabe contra la sentencia.

#### V. RECURSOS FRENTE A LOS AUTOS DE REMISION DEFINITIVA

La Ley de Condena Condicional no menciona en su artículo 15 el recurso procedente frente a esta resolución, por lo que debemos acudir a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según las cuales si el auto de remisión definitiva se dicta por un órgano unipersonal procederá reforma y queja, y si la decisión proviene de un órgano colegiado el recurso pertinente es el de súplica.

#### VI. RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES QUE REVOCAN LOS BENEFICIOS DE LA REMISION CONDICIONAL

Hemos de distinguir según la causa que motiva la revocación del beneficio.

En los supuestos recogidos en los artículos 8 a 10 de la ley, es decir, cuando la revocación procede por la incomparecencia injustificada del reo a la segunda citación encaminada a notificarle los beneficios concedidos —art. 8— o por el cambio de residencia no comunicado oportunamente al Juez competente —arts. 9 y 10—, la ley señala que podrá el interesado acudir frente a dichas resoluciones al propio Tribunal sentenciador «que resolverá sin ulterior recurso». De ahí se desprende la procedencia del recurso de refor-

ma, sin ulterior queja, o de súplica—según la decisión provenga de un Juzgado o de un Tribunal—. El interesado puede solicitar la revocación de la resolución por sí mismo, sin precisar de la intervención de abogado y procurador.

En los otros supuestos de revocación de los beneficios, ya sea por abandono del tratamiento de deshabitación en los casos del artículo 93 bis del Código Penal o por haber cometido el sometido a condena condicional un nuevo delito en el plazo fijado de suspensión —art. 14 de la ley—, nada se señala expresamente en la ley respecto de los posibles recursos. Esto lleva a entender que debe acudirse a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 236 y 787) para admitir recurso de reforma y ulterior queja si la resolución se dictó por órgano unipersonal o de súplica frente a decisiones de órganos colegiados.

Aun cuando contra el auto resolutorio de la súplica no procede posterior recurso de casación, sin embargo, existe un aislado precedente en el que frente al Auto de la Audiencia Provincial revocatorio de los beneficios por la comisión de nuevo delito no sólo se interpuso recurso de súplica sino que, posteriormente, se admitió el recurso de casación dando así lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1969. En aquel recurso no consta que el Fiscal o la Sala se cuestionaran la improcedencia de la casación, no prevista en estos casos por el legislador y por tanto excluida conforme a lo establecido en el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este mismo sentido cabe señalar que el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente —Autos del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 y 23 de octubre de 1992, entre otros— que no cabe recurso de casación contra los Autos dictados por las audiencias en ejecución de sentencia, salvo los supuestos expresamente previstos en la ley —en lo que ahora nos importa los casos del art. 95 del CP, ya examinados, y no otros.

## VII. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN MATERIA DE CONDENA CONDICIONAL EN LOS JUICIOS DE FALTAS

Las previsiones que en materia de recursos se recogen en los artículos 6 de la Ley de Condena Condicional y 95 del Código Pe-

nal son también aplicables, en la forma que se ha expuesto líneas atrás, a las resoluciones dictadas en los juicios de faltas por Jueces de Instrucción, de Paz o de Menores (en los casos del art. 584 del CP).

Ahora bien, cuando ante la falta de previsión específica haya de acudir supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para determinar el recurso procedente, se plantea si debe efectuarse la remisión a las normas generales del Libro I de la Ley Procesal (arts. 216 y ss.) o si debe acudir a las normas de recursos del procedimiento abreviado (art. 787). Esta última solución cuenta con un apoyo argumental: el artículo 976 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redactado por la Ley 10/1992, de 30 de abril) al regular la apelación contra sentencias en el juicio de faltas se remite para su formalización y tramitación al recurso de apelación del procedimiento abreviado, de lo que cabe inferir que el resto de los recursos del juicio de faltas, contra providencias o autos, también ha de seguir las normas genéricas de los recursos en el procedimiento abreviado. La omisión del legislador no se debe seguramente a que, cuando se trate de providencias o autos, pretenda que la remisión se haga —a diferencia de si se tratara de sentencias— a las normas del procedimiento ordinario, sino a la conceptualización del juicio de faltas como un procedimiento en el que no existe fase de instrucción ni fase intermedia y sí sólo juicio oral, lo que le lleva a regular el recurso frente a la sentencia y no contra otras resoluciones, autos o providencias, que la *praxis* se ha encargado de demostrar que se dan frecuentemente en estos procedimientos.

En todo caso, la cuestión, en esta materia de condena condicional, es más teórica que práctica pues, ya se efectúe la remisión al ordinario o al abreviado, cabrá interponer recurso de reforma y ulterior de queja, al no hallarse previsto en ninguno de tales procedimientos el recurso de apelación contra las decisiones en materia de remisión condicional.

## CONCLUSIONES

1.º La disparidad en la interpretación del alcance del artículo 14 de la Ley de Condena Condicional es una cuestión de estricto

ta legalidad ordinaria sin relevancia constitucional, excluida en principio del recurso de amparo.

2.<sup>a</sup> Contra los autos que conceden o deniegan discrecionalmente el beneficio de la condena condicional no cabe recurso alguno, a excepción del recurso de súplica o, si se trata de órgano unipersonal, de reforma y ulterior queja, siempre que, en todo caso, se funden en error de hecho o defectuosa observación de los elementos imprescindibles para otorgar el beneficio. La legitimación para recurrir corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal.

3.<sup>a</sup> Contra los autos que conceden o deniegan el beneficio por ministerio de la ley, cabrá el mismo recurso que la ley prevé respecto de la sentencia de cuya ejecución se trate.

4.<sup>a</sup> La revocación de los beneficios en casos de incomparecencia injustificada del reo o de cambio de residencia no comunicado puede ser recurrida, sin necesidad de requisitos de postulación, en reforma o súplica.

5.<sup>a</sup> Si la revocación proviene de la comisión de un nuevo delito o del abandono del tratamiento de deshabitación, procederá recurrir en súplica o reforma y ulterior queja.

Igual régimen de recursos procede cuando se trata de autos concediendo la remisión definitiva.

CONSULTA NUMERO 2/1995, de 19 de abril

ACERCA DE DOS CUESTIONES SOBRE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL: SU DESTINO Y LA PRETENDIDA EXIGENCIA DE EXHAUSTIVIDAD

I. ANTECEDENTES

A raíz de la recepción en la Fiscalía que eleva la consulta de una información procedente de la policía se incoaron varias diligencias de investigación que versaban sobre posibles delitos de los artículos 344 bis h) e i) del Código Penal. Practicadas algunas diligencias de carácter documental (incorporación de certificaciones de registros públicos), se remitieron las actuaciones del Fiscal a los correspondientes Juzgados con la solicitud de que se incoasen diligencias previas y se recibiesen diversas declaraciones.

Al versar las cuestiones sometidas a consulta sobre temas puramente procesales puede prescindirse en esta exposición de los antecedentes relativos al fondo del asunto concreto que ha dado origen a la Consulta. Lo relevante es destacar que en alguno de los Juzgados receptores de las actuaciones del Fiscal se procedió a la apertura de diligencias «indeterminadas» con simultáneo archivo basándose en lo establecido en los artículos 269 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los recursos interpuestos por el Fiscal frente a tal resolución —reforma y ulterior queja— serían desestimados. Al resolver alguno de los recursos la Audiencia Provincial argumentaba, entre otras cosas, que el Fiscal, abiertas diligencias al amparo del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está obligado a

practicar *todas* aquellas diligencias de investigación que sean necesarias y que no estén reservadas legalmente al Instructor.

En algún otro supuesto el archivo recaído en las diligencias indeterminadas no fue notificado al Fiscal.

Con estos antecedentes la Consulta se bifurca en dos líneas:

a) Si es legalmente correcto que ante la remisión de unas diligencias de investigación del Fiscal el Instructor decreta la apertura de diligencias indeterminadas y acuerde el archivo al amparo del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) Si el artículo 785 bis permite remitir al Juzgado las diligencias del Fiscal aunque no se haya agotado la investigación y queden pendientes de practicar algunas o muchas de las posibles diligencias cuya realización se recaba del Juzgado en el seno del correspondiente procedimiento Judicial, y aunque no exista impedimento legal para ser llevadas a cabo por el Fiscal.

La adecuada resolución de los dos interrogantes planteados exige seguir un metódico orden para desbrozar los muy distintos temas que confluyen y se yuxtaponen, insistiéndose en que se hará plena abstracción de los aspectos de fondo del caso que ha dado lugar a la Consulta que en nada condicionan la solución de las dos cuestiones propuestas enmarcadas en el ámbito puramente procesal.

## II. LAS DILIGENCIAS INDETERMINADAS

Presupuesto primero ineludible del desarrollo de la argumentación son unas consideraciones generales sobre las diligencias indeterminadas. Conocido es el justificado recelo con que tradicionalmente han sido contempladas este tipo de diligencias por la Fiscalía pese a su implantación práctica en muchos órganos judiciales. Muestras de ese rechazo son numerosos pronunciamientos que arrancan de la Consulta de 27 de enero de 1924, cuyos argumentos, con unos u otros matices o acentos, se han ido repitiendo periódicamente (Consulta 6/1963 y Circulares 2/1969 y 4/1979) hasta llegar a la comunicación dirigida en 1982 desde la Fiscalía General del Estado al Consejo General del Poder Judicial denunciando ese

«hábito vicioso», según se calificaba expresamente de practicar bajo el nombre de «diligencias indeterminadas» un repertorio de actuaciones cuyo único cauce legal y natural habría de ser cualquiera de los procedimientos expresamente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede encontrarse alguna insinuación de reproche a esa práctica judicial (Sentencia 148/1987, de 28 de septiembre).

Es cierto que no se puede afirmar con rotundidad que la incoación de «diligencias indeterminadas» sea siempre y en todo caso una práctica irregular. Hay supuestos, siempre excepcionales, en que puede ser correcta esa rotulación de unas actuaciones de la jurisdicción penal que, por tanto, quedarán extramuros de los procedimientos típicos de la Ley Procesal Penal.

Las «diligencias indeterminadas» cuentan con cierto apoyo normativo, aunque a nivel reglamentario. En su artículo 10.2 c), el Reglamento de Secretarios judiciales, aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, dispone que los Secretarios llevarán los libros correspondientes a las diligencias, sumarios y procesos penales, separados según su distinta naturaleza, debiendo igualmente abrir uno para los *asuntos penales indeterminados*. Idéntica previsión se contenía ya en el antecedente inmediato de la norma citada (art. 83 del derogado ROCSAJ, de 2 de mayo de 1968). El rango normativo de esa disposición obliga a entender que la utilización de ese tipo de diligencias nunca puede contradecir las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo reservarse su uso para aquellos supuestos, extremadamente limitados, en que la citada Ley Procesal no impone la incoación de alguno de los tipos procesales que la misma regula.

Se desbordarían los términos en que queda centrada la Consulta si se intentase ahora elaborar un elenco de casos en que puede estar justificada la incoación de ese tipo de diligencias. Unos ponderados criterios sobre esa cuestión que, en términos generales y con algunas matizaciones, pueden considerarse aceptables y vigentes en su mayoría, se encuentran en la Circular de la Inspección de Tribunales de 24 de octubre de 1977 (entre otras, cuestiones de competencia por inhibitoria; presentación de querellas con defectos subsanables por delitos no perseguibles de oficio...). Pero junto a ello hay que recordar la plena actualidad de la doctrina que se reflejaba en la Circular 2/1969 en cuanto declaraba la inidoneidad de

las denominadas «diligencias indeterminadas» como marco procesal para realizar cualquier tipo de averiguación previa a la incoación de las auténticas modalidades de procesos penales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Debe rechazarse todo intento de suplantación de los cauces procesales legales para averiguación de delitos por las legalmente atípicas «diligencias indeterminadas». Y con mayor rotundidad ha de proscribirse la utilización de esas actuaciones como fórmula para eludir la intervención del Fiscal.

### III. DILIGENCIAS INDETERMINADAS Y ARTICULO 269 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El siguiente hito del *iter* argumentativo consiste en dilucidar si la resolución que prevé el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede adoptarse en el marco de esa atípica modalidad procedimental.

Dispone el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

«Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente.»

Sólo esos dos motivos autorizan el rechazo *a limine* de una denuncia: la ausencia de relevancia penal de los hechos o su manifiesta falsedad. La posibilidad de desestimar una denuncia es facultad no exclusiva del órgano jurisdiccional: también cualquier otro funcionario y, por supuesto, el Ministerio Fiscal pueden rechazar por esos motivos las denuncias que reciban. En esos casos, quedará siempre salvada la posibilidad del denunciante de reiterar la denuncia ante el correspondiente Juzgado.

En otros momentos y con un contexto constitucional bien diverso algunos interpretaron que el artículo 269 autoriza a omitir toda exteriorización de esa decisión de rechazo: bastaría con la mera abstención acompañada del archivo material de la denuncia. Hoy ese entendimiento sería completamente inviable. Cuando es

un Juez quien repele a *limine* la denuncia, tal decisión ha de exteriorizarse en la correspondiente resolución judicial —un auto debidamente motivado— por ineludibles exigencias de los principios constitucionales. Y la adopción de esa decisión de rechazo precisa un cierto soporte procesal, aunque la resolución comporta en sí que, en rigor, no se ha iniciado propiamente ningún procedimiento. Precisamente por ello, se ha dicho, éste es uno de los supuestos en que queda autorizada la incoación de diligencias indeterminadas cuyo contenido será exclusivamente el auto motivado mediante el que se rechaza la denuncia, y, en su caso, la tramitación de los posibles recursos. No puede incoarse ninguno de los procedimientos típicos, pues lo que hace esa resolución es precisamente negar el inicio de un proceso penal por considerarse que la denuncia está vacía de toda *notitia criminis* o es manifiestamente falsa.

Sin embargo, aun admitiéndose que tales reflexiones tienen ciertas dosis de razonabilidad, la objeción que se hace a la incoación de diligencias previas o sumario es más aparente que real. No existen obstáculos reales de peso que impidan adoptar esa resolución de inadmisión de una denuncia o una querrela en el marco de los citados procedimientos típicos, tal y como demuestra la práctica de muchos Juzgados y Tribunales. De esa forma además se disipa el peligro de que las resoluciones adoptadas se hurten al conocimiento del Fiscal, práctica que desde luego resulta intolerable y que encuentra en las «diligencias indeterminadas» un campo bien abonado para ser alentada. ¿Por qué acudir a un procedimiento atípico, cuando procesalmente no existe inconveniente para utilizar los procesos diseñados legalmente?

Estas consideraciones salen todavía más reforzadas en el procedimiento abreviado donde encontramos un específico precepto que diáfamanamente afirma la necesidad de incoar diligencias previas en todo caso:

«Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este título —reza el art. 789.2 de la LECr.— se registrarán como diligencias previas.»

La taxatividad con que se pronuncia este precepto diluye definitivamente los argumentos favorables al seguimiento de diligencias indeterminadas para repeler una denuncia.

#### IV. EL ARTICULO 269 EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El hilo argumental lleva a otra cuestión: ¿El artículo 269 tiene vigencia en esa modalidad procesal?

En la filosofía originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 269 concedía al Instructor la posibilidad de rechazar la denuncia —de forma en parte paralela a lo que se dispone para la querrela en el art. 313— con el fin de evitar la incoación de un proceso penal que sólo iba a poder ser yugulado, pese a su patente innecesariedad, mediante una resolución de la audiencia. Por tanto, parecía lógico introducir la facultad jurisdiccional de enjuiciar *ab initio* la trascendencia penal de los hechos denunciados y la viabilidad del proceso para evitar malgastar energías y trámites inútiles y no dilapidar baldíamente actividades procesales.

La introducción en nuestro ordenamiento procesal de las diligencias previas con la facultad del Instructor de abortar en los primeros momentos el procedimiento (mediante alguna de las resoluciones que hoy se contemplan en el art. 789.5), hace decaer para el procedimiento abreviado en gran medida ese fundamento que sólo mantendría su pleno sentido en el procedimiento ordinario.

Sin embargo, ha de mantenerse la vigencia del artículo 269 también en el marco del procedimiento abreviado. De un lado, porque así se desprende del artículo 780.1.º al establecer la supletoriedad de las normas comunes de la ley en el procedimiento abreviado. Ninguna de las normas de los artículos 779 a 799 resulta incompatible con la vigencia del artículo 269. Además los motivos previstos en el artículo 269 como idóneos para fundamentar el rechazo *a limine* de una denuncia no se solapan completamente con las causas de archivo previstas en el artículo 789.5.1.º Hay cierta discordancia entre las causas que pueden motivar el rechazo de una denuncia y las que han de determinar el archivo de unas diligencias previas. Resultaría absurdo que en el procedimiento ordinario se concediesen al Instructor mayores facultades de abortar, desde el inicio, el proceso.

#### V. NULIDAD Y DILIGENCIAS INDETERMINADAS

De cualquier forma en el caso concreto resultan superfluos hasta cierto punto parte de los razonamientos antes desarrollados.

Aunque se convenga en que las «diligencias indeterminadas» no son cauce adecuado en el supuesto examinado para la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional ello no conduce inexorablemente a la nulidad. El mero seguimiento de un cauce procesal indóneo no es por sí solo, sin más, motivo de nulidad. Las causas de nulidad de las actuaciones judiciales están hoy recogidas con carácter taxativo en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No basta una infracción procesal para determinar la nulidad. Es necesario además que se haya producido indefensión. Por tanto lo decisivo no será comprobar si era procedente o no adoptar la resolución en el marco de unas diligencias previas o de los denominados «asuntos penales indeterminados», sino si esa supuesta incorrección ha generado algún tipo de indefensión.

Si en el seno de unas diligencias indeterminadas improcedentemente seguidas se respetan plenamente los principios de audiencia, asistencia y defensa y no se genera indefensión alguna, no habrá lugar a la nulidad por más que pueda calificarse de irregular el seguimiento de ese cauce procesal. Esta conclusión queda reforzada por el principio de conservación de los actos judiciales (art. 242 de la LOPJ). Si la opción por las diligencias indeterminadas en lugar de uno de los procedimientos típicos no ha tenido repercusión alguna en orden a la materialidad de las actuaciones, no podrá invocarse esa irregularidad para sostener la nulidad de todo lo actuado.

En los supuestos que dan lugar a la Consulta es preciso distinguir. No es aceptable que en algún caso el seguimiento de diligencias indeterminadas haya determinado que se omita la notificación de la resolución al Fiscal. La reacción oportuna en ese caso será la de recabar la notificación omitida y a partir de ahí ejercitar los correspondientes recursos, instando al mismo tiempo la inmediata conversión de las diligencias indeterminadas en alguno de los procedimientos típicos.

En los asuntos en que el seguimiento de diligencias indeterminadas no ha supuesto óbice alguno para que las resoluciones se notifiquen al Fiscal permitiéndole la interposición de los pertinentes recursos, no es viable reclamar la nulidad de todo lo actuado basándose en esa supuesta irregularidad del cauce procedimental en la medida en que se han respetado las exigencias básicas (notificación y posibilidad de revisión de la decisión por vía de recurso por la Audiencia Provincial). La adopción de una resolución de

archivo en unas diligencias previas no hubiese comportado garantía adicional alguna.

Estas consideraciones vienen respaldadas por la reciente doctrina del Tribunal Supremo elaborada en torno a las intervenciones telefónicas. Aunque procesalmente la adopción de esa medida exige un proceso penal y no unas diligencias indeterminadas, «la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control» (Auto de 18 de junio de 1992 y Sentencias 1.717/1993, de 5 de julio y 787/1994, de 18 de abril). Lo relevante no es el *nomen*, más o menos procedente, dado a las diligencias, sino que en su materialidad se hayan respetado las exigencias procesales que en el supuesto que se analiza queda representado por la adopción de una resolución motivada, su notificación a las partes (en este caso, el Fiscal) y la admisión de los recursos procedentes.

En esa línea abundaría igualmente la tesis que se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1989, de 30 de octubre. El recurrente en amparo se quejaba, aparte de otros argumentos, de que la resolución de inadmisión de querrela se había adoptado en unas diligencias indeterminadas, y exigía que el Tribunal Constitucional ordenase el seguimiento de uno de los procesos penales típicos. El Tribunal Constitucional minimiza esa cuestión. Lo relevante es que el Juez ha adoptado una decisión razonada, luego confirmada por la audiencia, mediante la que rechazaba la querrela.

#### VI. ARTICULO 269 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL

En el análisis razonado de los temas objeto de Consulta aparece a continuación un nuevo interrogante: el órgano judicial ¿puede rechazar la remisión de unas diligencias de investigación del Fiscal mediante el expediente autorizado por el artículo 269 cuando se den los presupuestos habilitantes de esa decisión?

Metodológicamente la respuesta a esta cuestión requiere previas indagaciones sobre la forma en que el Fiscal puede trasladar

al órgano jurisdiccional la *notitia criminis* y la naturaleza en cada caso de ese traslado.

El artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como es bien sabido, es el fruto de una tortuosa y agitada discusión parlamentaria y extraparlamentaria donde hay que buscar en gran medida el origen de sus muchas carencias y ambigüedades que engendran todo tipo de problemas como el que ahora es objeto de análisis y contribuyen a ensombrecer los perfiles del modelo procesal.

Entre ellos está el de sus relaciones con el artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Parece claro, como ya se afirmaba en la Circular 1/1989 que ambos preceptos no son incompatibles y coexisten regulando una misma realidad. No disciplinan tipos de investigación del Fiscal diferentes. Existe un único modelo de investigación del Fiscal que es regulado complementariamente por ambas normas.

Combinando ambos preceptos resultará que la judicialización de las diligencias del Fiscal puede producirse bien mediante la formulación de la correspondiente querrela; bien dando traslado de las diligencias al Juzgado correspondiente. Deben rechazarse las concepciones maximalistas que, aferradas a una interpretación literal y descontextualizada del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entienden que la querrela es la única vía mediante la que el Fiscal puede realizar ese traslado de la *notitia criminis* al órgano judicial. Esa interpretación fue ya proscrita en la añeja Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1987 que, refiriéndose al artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisaba: «lo mandado en él es únicamente que los funcionarios fiscales han de ejercitar por medio de querrela las acciones penales; es decir, las de acusación; y por tanto, no obsta ese precepto para que en los demás casos se prescinda de la forma de querrela. En tal concepto, el Fiscal puede denunciar como cualquier otro funcionario, cuando no haya adquirido ni pueda adquirir por sí los datos concretos necesarios...» Más recientemente, se han vuelto a referir a esa cuestión las Consultas 8/1973 y 1/1982 recalcando que habrá supuestos en que, por diversos motivos —particularmente la insuficiencia de los elementos existentes para fundamentar una querrela— lo procedente puede ser la simple remisión de las ac-

tuaciones al Juzgado competente instando la apertura del procedimiento penal procedente e indicando, en su caso, las diligencias a practicar. Tal actuación no puede ser tachada de irregular en modo alguno. La querella exige credibilidad y concreción que no siempre se darán obligando al Fiscal a una fórmula alternativa de traslado de la *notitia criminis* al órgano judicial. El Fiscal debe fundar sus pedimentos sólidamente y no puede aventurarse a formular una querella cuando no se ha podido hacer el acopio de datos suficientes para poder llevar a cabo la querella. Además, el ordenamiento prevé expresamente supuestos en que se refiere a la denuncia —que no querella— del Fiscal (art. 602 del CP y, en general, delitos semipúblicos). La querella procederá cuando existan fundamentos suficientes para su formulación. En otro caso, lo procedente será la remisión de las diligencias al órgano judicial correspondiente acompañadas de oficio instando la apertura del procedimiento y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias que se consideren necesarias. La no formulación de querella por parte del Fiscal no puede ser tildada de irregular. Sólo desde posiciones desfiguradas puede tacharse de abstencionista la actitud del Fiscal de remitir sus diligencias de investigación sin acompañarla de querella. Esta será necesaria cuando se cuente con los fundamentos precisos para su formulación, lo que no siempre sucede. En otros casos, la imposibilidad de contar con los datos necesarios para interponer la querella, hará procedente la mera remisión de las diligencias de investigación, sin que ello suponga abstencionismo del Fiscal: no puede olvidarse que necesariamente el Fiscal va a ser parte en el procedimiento que se incoe, realizando en su seno las peticiones que vayan resultando procedentes (art. 781 de la LECr.).

Dada la absoluta informalidad que rige, salvo supuestos especiales, a la hora de desencadenar una investigación judicial (art. 308 de la LECr.) resultaría incongruente toda resolución judicial que rechace la instancia del Fiscal para incoar un proceso penal argumentando sólo por cuestiones formales. La alegación de criterios formales, como la presentación de una denuncia en lugar de una querella, para rechazar judicialmente la incoación de un proceso penal que ha solicitado el Fiscal haciendo llegar al órgano jurisdiccional la documentada noticia de un delito perseguible de oficio encierra en sí una actitud abstencionista difícilmente armo-

nizable con los principios que informan en nuestro sistema la incoación del proceso penal.

Tradicionalmente, al perfilar las formas de incoación de un proceso penal, se suele hablar de la denuncia y la querrela. Ori-llando ahora el interrogante sobre si la querrela supone o no ejercicio de la acción penal, cuestión debatida pero poco fecunda en consecuencias prácticas, las diferencias ontológicas entre ambas formas de inicio del procedimiento penal estriban en que frente a la querrela, que encierra una manifestación de voluntad y contiene la pretensión de ser constituido en parte, a la denuncia le es ajeno todo contenido volitivo: el denunciante se limita a poner los hechos en conocimiento del juzgador y la denuncia existirá y tendrá eficacia abstracción hecha de que el denunciante quiera o no, ins-te o no, que se inicie el proceso penal. El denunciante, además, no se constituye en parte.

Para decidir si el artículo 269 puede ser utilizado cuando el Fiscal da traslado, sin formular querrela, de sus diligencias de investi-gación, es preciso determinar si estamos o no ante una denuncia.

Al tratarse del Fiscal las diferencias entre ambos tipos de insti-tutos —querrela y denuncia— se difuminan en cierta medida. Es-pecialmente cuando el traslado de las diligencias del Fiscal va acompañado de la petición expresa de que se incoe un procedi-miento penal y no se limita al mero envío de la denuncia a la Au-toridad Judicial en los términos que explicita el artículo 5.1 de su Estatuto Orgánico (supuesto éste último en que estamos ante la simple denuncia realizada por un particular). Las divergencias se desvanecen por cuanto las dos características esenciales indi-vidualizadoras de la querrela están en cierta medida también pre-sentes en este tipo de actuación: el Fiscal por definición va a ser parte en el proceso que se incoe por delitos no privados (lo que justifica que en una denuncia pueda solicitar diligencias) y, ade-más, en la denuncia está explicitada la pretensión de que se inicie un proceso penal para la comprobación de los hechos. Y estas pe-culiaridades no concurren en las denuncias formuladas por cual-quier otra persona u organismo.

Estas consideraciones hacen pensar que la dualidad denuncia-querrela de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es demasiado po-bre, pues la actividad descrita del Fiscal no puede ser totalmente asimilada a la mera denuncia. Quizá por eso podría resultar más

correcta una mayor riqueza en la enumeración de formas de incoación de un proceso penal, al modo en que se contempla en el artículo 130 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, donde, junto a la denuncia, se contempla específicamente y como forma distinta la «excitación del Fiscal Jurídico Militar del territorio, cuando éste hubiera tenido conocimiento de la infracción penal o ante él fuera presentada denuncia sobre hechos que pudieran constituirlos».

¿Es una denuncia *stricto sensu* la remisión que hace el Fiscal de sus diligencias de investigación al órgano judicial? Aunque en un principio la disyuntiva denuncia-querrela que hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede conducir a esa conclusión al ser evidente que no estamos ante una querrela, puede deducirse de las anteriores reflexiones que la cuestión no está tan clara. Nótese de hecho que en el caso de los atestados la ley no afirma tajantemente su catalogación como denuncia sino que afirma que «se considerarán denuncia para los efectos legales» (art. 297), lo que parece dar a entender que no se trata propiamente de una denuncia.

Pero esta discusión igualmente puede resultar baladí desde una perspectiva práctica. Aunque no se considere propiamente una denuncia, parece lógico asimilar la instancia del Fiscal para incoar un proceso penal no formalizada mediante querrela a la denuncia a los efectos legales que le sean aplicables y entre ellos, lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No sería coherente un sistema que permitiese al Instructor rechazar a *limine* la querrela del Fiscal por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 de la LECr.) y que, sin embargo, obligase a incoar el procedimiento en el caso de que el Fiscal se hubiese abstenido de formular querrela y se limitase a dar traslado de las diligencias al órgano judicial. Obviamente para este caso debe gozar también el Juez de la misma facultad asentada en este caso en el artículo 269 de la ley. Valorar la denuncia en un primer momento es una facultad y una obligación del Instructor de la que no puede ser desposeído. Ciertamente los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la actuación del ministerio Fiscal y la demostrada preparación jurídica de sus componentes harán que ese rechazo a *limine* de una denuncia del Fiscal resulte extremadamente insólito. Pero en un plano puramente teórico no puede dejar de reconocerse esa posibilidad.

Los argumentos en contrario que se vierten en el planteamiento de la Consulta no son suficientes para desvirtuar esa conclusión. De un lado se pretende encontrar un sentido vinculante en el verbo «instará» que utiliza el inciso final del artículo 785 bis. Se arguye que el mismo verbo se emplea en el artículo 790.2 (petición de diligencias ante el traslado para formular escrito de acusación) siendo en ese caso vinculante para el Juez la petición. Pero se olvida que esa vinculatoriedad no deriva de la consignación de esa expresión que además gramaticalmente no implica esa pretendida obligatoriedad—, sino de que la ley lo dice expresamente («...accediendo el Juez a lo solicitado»). Y que en muchos otros pasajes de la ley se emplea el verbo instar sin ese significado.

Por otra parte, el que la remisión de las diligencias de investigación del Fiscal no sea totalmente parificable a la denuncia no excluye necesariamente como antes se argumentó que el artículo 269 no sea aplicable. Su presunción de autenticidad (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) no afecta a esa reflexión pues se refiere a la verdad formal y no a la material, al continente y no al contenido, de las diligencias (Circular 1/1989). Finalmente tampoco parece asumible una argumentación tendente a referir el artículo 269 exclusivamente a las denuncias formuladas por particulares y basada en que la regulación de los artículos precedentes parece estar pensando exclusivamente en ese tipo de denuncias.

Por tanto, procesalmente, el Juez está autorizado para rechazar la incoación de un procedimiento judicial al amparo del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que los hechos no son constitutivos de delito ante la remisión por parte del Fiscal de unas diligencias de investigación sin formulación de querrela. Otra cuestión es si esa resolución de fondo en el caso concreto será o no procedente. Y, desde luego, la decisión ha de ser notificada al Fiscal y es recurrible en reforma y queja.

## VII. RECURRIBILIDAD DE LA RESOLUCION DE RECHAZO DE UNA DENUNCIA

La afirmación final del anterior apartado exige también algún desarrollo. No es dable entender, como ha hecho algún comentarista, que la referencia del artículo 269 a la posible responsabilidad

del Juez por el rechazo injustificado de una denuncia, supone la irrecurribilidad de la resolución. Frente a ella operará el régimen general de la ley en orden a los recursos frente a autos. Es cierto que el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción dada por las Leyes de 8 de junio de 1957 y 30 de julio de 1959, preveía expresamente la posibilidad de apelación frente a esa resolución. La supresión de esa mención en la reforma operada en virtud de la Ley de 8 de abril de 1967 pudiera entenderse como síntoma de su irrecurribilidad. Pero el argumento no es aceptable. Desaparecida la mención expresa, recobra su vigencia el régimen general (arts. 216 y ss. y, en su caso, art. 787). La doctrina del Tribunal Constitucional entendiendo que en la interpretación del ordenamiento procesal ha de estarse a la posición, dentro de la legalidad, más favorable a la admisión del recurso (Sentencias 128/1991, 21/1994 y 30/1994) introduce otro argumento definitivo para defender la recurribilidad de la decisión de repulsa de la denuncia adoptada por el Instructor, en la medida en que del ordenamiento no se deriva con nitidez, en modo alguno, la interpretación contraria.

Evidentemente, para poder interponer el recurso será necesario tener la condición de parte. Por tanto el mero denunciante no estará legitimado para formular tal recurso. Pero siempre lo estará el Fiscal e, incluso, quien al formular la denuncia manifiesta su propósito de personarse en la causa que se abra solicitando la designación de profesionales del turno de oficio a tales efectos (Sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre, y 217/1994, de 18 de julio).

#### VIII. LA PRETENDIDA EXIGENCIA DE EXHAUSTIVIDAD DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL

Tan cuanto a la tesis que ha sostenido la Audiencia Provincial en algunas de las resoluciones que han puesto fin al asunto concreto que ha dado lugar a la Consulta a tenor de la cual el Fiscal ha de practicar cuando incoe diligencias de investigación todas las actuaciones que le permite la ley, sin que sea factible que decida concluir antes sus diligencias remitiéndolas al órgano judicial instando del mismo la práctica de esas actuaciones, ha de rechazarse

enérgicamente por no ajustarse en modo alguno a lo que resulta de nuestro actual ordenamiento procesal.

La indefinición legal de los perfiles de la investigación a cargo del Fiscal no puede servir de base para crear criterios, como el propuesto por la Audiencia Provincial, que no tienen ningún apoyo legal. La investigación del Fiscal en nuestro actual sistema procesal no se concibe como una alternativa a la instrucción judicial, sino como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye, aunque pueda simplificarla o allanarla. Como se ha escrito, el Fiscal en el ambivalente sistema actual no asume funciones genuinamente instructoras que supongan una suplantación del Instructor. Sus cometidos son más propios de un órgano de recepción, filtro, transmisión e indagación provisoria de denuncias. Sin perjuicio de que esas facultades, adecuadamente usadas, puedan contribuir notablemente a la agilización de la justicia penal.

La presentación de una denuncia ante la Fiscalía no genera en el denunciante el derecho a que la comprobación de los hechos se lleve a cabo necesariamente y de forma exhaustiva a través de las posibilidades investigatorias que el ordenamiento concede al Fiscal. El Fiscal puede optar por abrir esas diligencias de investigación o instar inmediatamente el inicio del procedimiento judicial mediante la remisión de la denuncia al órgano judicial o interponiendo una querrela. Y esa decisión del Fiscal no es en modo alguno revisable por los Jueces y Tribunales que, una vez hayan recibido la *notitia criminis*, y a salvo las facultades que les otorga el artículo 269 de la ley, están obligados a la incoación del correspondiente procedimiento penal, sin que puedan ni devolver la denuncia al Fiscal, ni rechazar la incoación del correspondiente proceso basándose en la conveniencia o necesidad —insostenible legalmente— de que la investigación corra a cargo del Fiscal.

Por idénticas razones el Fiscal goza de la misma autonomía para decidir cuando resulta conveniente clausurar sus diligencias de investigación para proseguir judicialmente la instrucción. Abiertas unas diligencias de investigación del Fiscal, no existe la obligación legal de agotar en Fiscalía la investigación. Sí será obligada la judicialización de esa investigación cuando un Juez de Instrucción esté conociendo de los mismos hechos (art. 785 bis 3). Pero fuera de ese supuesto el Fiscal está amparado por la más amplia discrecionalidad para decidir en qué momento resulta conve-

niente transformar su investigación en un procedimiento judicial y cual es el cauce adecuado para dar ese paso (formulación de que-rella; o denuncia o remisión de las diligencias al Juzgado).

No es posible realizar un elenco exhaustivo de los criterios que debe manejar el Fiscal a la hora de decidir en qué momento debe dar por finalizadas sus diligencias de investigación por resultar ya aconsejable su judicialización y qué diligencias resulta procedente practicar directamente de forma judicial. Los factores a tomar en consideración son muy variados. Algunos tienen un significado estrictamente legal: todos aquellos supuestos en que sea necesaria una actuación que sólo judicialmente puede llevarse a cabo (medios de investigación limitativos de derechos fundamentales; algunas medidas cautelares reservadas a la Autoridad Judicial...). Otros factores, no obstante, habrán de ser sopesados prudentemente por el Fiscal: evitar la duplicación de diligencias, la valoración de los medios personales y materiales de cada Fiscalía en cada momento, la conveniencia de garantizar el principio de contradicción en determinadas diligencias (piénsese especialmente en la prueba anticipada...). En cada caso, el acreditado buen criterio de los Fiscales marcará las pautas aconsejables para decidir hasta dónde ha de llegar la investigación del Fiscal y en qué momento resulta prudente y conveniente la judicialización de esa instrucción.

Como ya se decía en la Circular 1/1989, en palabras que en gran medida y en lo que tienen de descripción de una situación podían escribirse también hoy día, es obligada una prudente selección de asuntos para hacer operativa la investigación del Fiscal y convertirla en un auténtico medio de agilización de la justicia penal. Resulta pertinente como colofón de estas reflexiones transcribir en este punto unos fragmentos de la Circular 1/1989 referidos a este aspecto: «Ciertamente esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias. En estos momentos el Ministerio Fiscal está en crisis de desarrollo, carece de las dotaciones personales y materiales suficientes, tiene pendiente un despliegue en los órganos judiciales del territorio que le permita una mayor inmediatez en su actuación, carece de un presupuesto para atender a los gastos que una investigación ágil y en profundidad exige (honorarios de peri-

tos, indemnizaciones a testigos, desplazamientos, obtención de reproducciones gráficas del lugar de los hechos, etc.), y no se han adscrito todavía unidades de Policía Judicial de dependencia directa de las Fiscalías, como exigiría un desarrollo congruente del artículo 126 de la Constitución y la máxima operatividad de aquella función investigadora.

Ahora bien, de un lado, el germen está ahí, y a los Fiscales corresponde con su esfuerzo y dotes de improvisación, hacerlo fructificar y sentar las bases de un desarrollo ulterior que permita exigir la dotación de todos los elementos necesarios para cumplirlo, sin que la pasividad y la desidia proporcionen argumentos en favor de mantener la actual pasividad y estado de cosas. De otra parte, una adecuada labor investigadora, con una hábil selección de los casos en que se centre, permitirá desbrozar la andadura procesal de muchos asuntos, compensando con el ahorro de un trabajo procesal futuro el esfuerzo inicial que la investigación representa y, sobre todo, contribuyendo a la facilitación y simplificación del procedimiento judicial, como nos impone el legislador en el artículo 781 del nuevo proceso.

En todo caso es aconsejable que en tanto las disponibilidades de las Fiscalías no permitan una actividad de investigación más intensa, las diligencias que conforme al artículo 5 del Estatuto o al artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal inicien, se centren en determinar sucintamente si se dan en los hechos conocidos, denunciados u objeto del atestado policial, los mínimos elementos para presumir la existencia de un delito, complementando la investigación en fase policial. Otra cosa debe ser cuando se trate de casos excepcionales en que entren en juego intereses públicos y sociales, que al Ministerio Fiscal cumple promover, en cuyo caso las energías del Fiscal deben centrarse en una investigación lo más agotadora posible del asunto».

## CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> El artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene vigencia también en el marco del procedimiento abreviado.

2.<sup>a</sup> No es correcta procesalmente la práctica de incoar diligencias indeterminadas —en lugar de diligencias previas o proce-

dimiento ordinario— para adoptar la resolución de rechazo de una denuncia que prevé el citado artículo 269. No obstante, no puede considerarse como determinante de nulidad el seguimiento de tal cauce procesal inidóneo siempre que se hayan respetado las exigencias procesales básicas: motivación del acuerdo de rechazo y notificación al Fiscal a fin de que pueda interponer los recursos pertinentes.

3.<sup>a</sup> La remisión de unas diligencias de investigación del Fiscal al órgano judicial sin ir acompañada de querrela, ha de ser asimilada a los efectos del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la denuncia, lo que supone que el órgano judicial procesalmente puede inadmitirla por las causas legalmente previstas.

4.<sup>a</sup> La decisión de inadmisión de denuncia es recurrible en reforma y queja por el Fiscal.

5.<sup>a</sup> El Fiscal no está obligado a agotar la investigación en sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en qué momento resulta aconsejable la judicialización de esas diligencias de investigación. Los órganos judiciales carecen de facultades para revisar esa decisión.

## CONTENIDO GENERAL DEL VOLUMEN

- Exposición 51. *Atropina y sus derivados* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 52. **ANEXOS ESTADÍSTICOS** (ver p. 174 del Volumen 4)
- Exposición 53. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 54. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 55. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 56. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 57. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 58. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 59. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 60. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 61. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 62. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 63. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 64. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 65. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 66. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 67. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 68. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 69. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)
- Exposición 70. *Clasificación de las drogas psicoactivas* (ver p. 277 de la Tercera Parte, volumen 4, 1974)

## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

- Estado A1.** Diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Estado A2.** Diligencias previas tramitadas por procedimiento abreviado en el Juzgado de Instrucción.
- Estado A3.** Diligencias previas tramitadas por procedimiento abreviado competencia del Juzgado Penal.
- Estado A4.** Diligencias previas tramitadas por procedimiento abreviado competencia de la Audiencia Provincial.
- Estado A5.** Juicios rápidos.
- Estado A6.** Sumarios.
- Estado A7.** Juicios por delitos (incluidos los juicios rápidos).
- Estado A8.** Procedimiento ante el Tribunal del Jurado.
- Estado A9.** Juicios de faltas en los Juzgados de Instrucción y de Paz de todas las provincias.
- Estado A10.** Ejecutorias por delito.
- Estado A11.** «Habeas corpus».
- Estado A12.** Diligencias de investigación penal.
- Estado B.** Diligencias previas.
- Estado C.** Intervención del Fiscal en el Orden Jurisdiccional.
- Estado D.** Intervención del Fiscal en los Ordenes Jurisdiccionales Contencioso-Administrativo y Social.
- Estado E.** Datos generales sobre el volumen de trabajo en Fiscalía durante el año 1995.
- Estado H.** Resumen de los asuntos criminales (Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo) despachados por esta Fiscalía, desde 1 de enero a 31 de diciembre de 1995.
- Estado M.** Procesos ante la Jurisdicción de Menores.

## Diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

	Pendientes en 1 enero 1995	Iniciadas del 1 enero al 31 dic. 1995	Reabiertos de años anteriores	Total de las tres casillas anteriores	Causas del año en curso con entrada a dictamen 1.ª vez Fis.	TERMINADAS DURANTE 1995 POR							Pendiente en 1 enero 1996
						Acumulación e inibidas	Archivo por no ser delicto el hecho art. 789.5.1.ª	Sobresidas por no ser conocido el autor art. 789.5.1.ª	Declaradas faltas art. 789.5.2.ª	Convertidas en ley Jurado	Convertidas en sumario	Tramitadas P. A.	
Alava	3.382	11.972	144	15.498	—	496	1.594	7.895	738	—	14	1.152	3.609
Albacete	2.117	15.203	106	17.426	14.990	562	3.565	7.879	1.696	—	6	1.417	2.301
Alicante	24.571	111.599	232	136.402	—	6.020	8.118	86.225	4.181	1	104	7.463	24.290
Almería	10.440	34.570	117	45.127	29.689	2.013	6.959	17.572	3.991	—	41	2.296	12.255
Asturias	5.628	45.074	559	51.261	43.033	2.716	9.671	25.338	3.587	—	67	3.958	6.024
Audiencia Nacional	2.622	2.158	37	4.817	1.966	369	1.876	564	13	—	120	109	1.903
Ávila	825	5.591	15	6.431	5.571	206	548	3.455	417	—	8	655	1.142
Badajoz	5.375	39.388	151	44.914	35.403	7.188	14.422	13.284	3.967	—	61	2.483	3.509
Baleares	2.844	71.191	883	74.918	11.549	6.145	11.573	41.951	2.608	—	20	5.623	6.998
Barcelona	85.815	307.853	2.902	396.570	197.823	14.974	28.441	211.643	11.189	6	149	16.828	98.774
Bilbao	5.252	57.655	494	63.401	58.204	4.895	8.158	35.481	3.076	—	38	4.143	7.610
Burgos	1.815	18.228	186	20.229	21.135	207	3.354	10.251	2.476	—	9	2.154	1.875
Cáceres	1.807	16.953	204	18.964	17.267	1.081	6.890	5.990	1.970	—	2	1.334	1.697
Cádiz	27.531	60.694	86	88.311	48.982	5.353	13.025	30.967	4.971	—	136	5.567	28.292
Cantabria	3.783	31.565	183	35.531	27.821	2.179	4.811	17.521	4.912	—	31	2.053	4.024
Castellón	6.736	35.687	60	42.483	32.010	3.778	9.864	11.936	7.860	2	50	2.025	6.970
Ciudad Real	4.303	25.610	87	30.000	23.627	3.637	8.613	9.872	3.711	—	37	2.147	1.983
Córdoba	7.281	55.245	285	62.811	51.231	11.585	17.444	18.941	4.407	—	82	2.144	8.208
Cuenca	888	8.278	163	9.329	—	486	4.134	2.449	800	8	7	785	660
Gerona	17.630	56.850	229	74.709	47.725	5.418	5.613	37.517	2.039	—	28	2.925	12.145
Granada	6.737	57.483	87	64.307	50.612	613	6.212	43.625	2.016	1	176	4.187	7.477
Guadalajara	810	7.024	—	7.834	6.872	242	1.602	3.851	585	—	8	528	1.018
Huelva	5.779	36.023	97	41.899	29.345	2.077	6.645	22.544	4.256	—	28	2.323	6.678
Huesca	804	8.834	1	9.639	8.122	693	2.514	4.221	714	—	7	578	912
Jaén	8.989	31.172	838	40.999	28.681	3.639	10.720	11.049	3.933	—	2	1.934	11.656
La Coruña	1.973	54.880	—	56.853	54.438	5.661	8.498	22.286	4.651	—	52	4.611	11.094
La Rioja	4.952	10.662	94	15.708	9.538	919	1.827	7.140	1.051	1	6	847	3.917
Las Palmas	7.147	83.078	1.052	91.277	81.819	3.022	19.000	48.005	7.422	1	91	4.370	9.458
León	3.375	20.685	45	24.105	17.844	940	5.892	11.371	1.869	—	15	1.177	2.841
Lérida	5.819	18.915	278	25.012	16.257	1.081	3.822	12.682	1.066	—	13	1.514	4.324
Lugo	5.390	13.884	80	19.354	4.715	1.274	3.202	4.739	1.503	—	21	1.062	7.553
Madrid	—	404.576	—	404.576	357.541	13.256	22.323	324.317	9.904	4	47	14.581	—
Málaga	3.383	161.184	514	165.081	—	39.079	24.748	69.738	10.653	—	126	4.744	15.993
Murcia	10.602	67.732	109	78.443	54.076	10.658	7.340	37.288	6.258	1	105	4.712	12.081
Navarra	2.467	22.650	283	25.400	1.056	1.143	2.295	15.952	1.508	—	15	1.608	2.879
Orense	6.635	12.072	177	18.884	10.158	962	4.020	5.063	1.466	—	30	1.077	6.266
Palencia	457	10.496	139	11.092	11.092	707	2.061	5.676	1.449	1	4	653	641
Pontevedra	5.137	71.240	424	76.801	66.067	9.805	17.669	26.714	3.885	2	17	4.303	9.271
Salamanca	781	15.408	80	16.269	15.957	645	2.667	10.319	809	—	4	806	1.019
San Sebastián	4.350	32.167	168	36.685	—	3.033	3.845	20.365	1.861	2	4	3.105	4.470
Segovia	479	5.704	40	6.223	5.249	613	1.311	3.025	682	—	2	416	555
Sevilla	17.823	151.435	747	170.005	148.936	17.853	26.018	75.196	19.010	4	87	8.214	23.623
Soria	610	4.215	15	4.840	3.696	279	1.722	1.510	478	—	14	206	631
Tarragona	6.253	57.382	282	63.917	—	2.631	15.842	32.091	3.596	2	26	1.987	7.742
Tenerife	38.742	67.055	161	105.958	66.449	3.849	9.025	43.769	3.524	—	47	2.268	39.873
Teruel	430	4.168	21	4.619	3.812	475	1.118	1.958	324	—	1	302	441
Toledo	631	21.619	210	22.460	19.223	2.298	6.196	8.736	2.257	—	7	1.302	1.664
Valencia	13.747	177.563	175	191.485	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid	1.825	29.404	370	31.599	28.374	1.672	8.580	14.964	2.857	1	33	1.934	1.568
Zamora	1.506	7.789	83	9.378	7.249	442	2.637	3.127	955	—	11	603	1.603
Zaragoza	4.231	63.131	517	67.879	65.119	19.397	8.576	23.886	7.930	—	40	2.492	5.558
TOTAL	393.313	2.749.828	14.211	3.157.352	1.848.445	228.959	409.114	1.516.159	177.795	37	2.056	146.283	437.987

## Diligencias previas tramitadas por procedimiento abreviado en el Juzgado de Instrucción

	Pendientes en 1 enero 1995	Iniciadas del 1 enero al 31 dic. 1995	Reabiertos de años anteriores	Total las tres casillas anteriores	TERMINADAS DURANTE 1995 POR							Pendiente en 1 enero 1996
					Acumulación e inhibidas	Convertidas en otro procedim.	Sobresseidas	Declaradas faltas	Extinciones y prescripciones	Calificadas por P. A. com. Juzgado Penal	Calificadas por P. A. com. Aud. Prov.	
Alava .....	865	1.152	8	2.025	25	14	123	51	17	876	12	907
Albacete .....	14	219	—	233	11	—	130	64	—	2	—	26
Alicante .....	3.583	7.463	15	11.061	166	20	2.102	723	7	5.185	136	2.722
Almería .....	1.688	2.296	3	3.967	15	8	371	196	39	1.627	92	1.619
Asturias .....	342	4.178	5	4.525	25	11	228	103	—	3.796	181	182
Audiencia Nacional .....	85	165	—	250	9	5	61	—	—	91	57	48
Avila .....	38	655	—	693	5	—	99	40	6	420	23	100
Badajoz .....	140	2.311	1	2.452	30	5	283	104	2	1.713	32	283
Baleares .....	3.377	5.623	100	9.100	1.267	—	1.176	415	5	4.416	256	1.565
Barcelona .....	7.177	6.453	148	13.778	42	14	22.503	366	183	4.701	205	5.984
Bilbao .....	3.266	4.190	5	7.461	26	19	961	139	—	3.725	231	2.860
Burgos .....	388	1.059	32	1.479	21	—	132	52	—	1.721	49	222
Cáceres .....	176	1.334	9	1.519	51	2	132	39	13	1.051	15	216
Cádiz .....	3.928	5.514	4	9.446	—	—	—	—	—	4.732	835	4.351
Cantabria .....	211	2.053	—	2.264	6	2	256	56	8	1.580	86	270
Castellón .....	558	2.025	—	2.583	38	3	369	125	19	1.649	64	316
Ciudad Real .....	618	2.147	5	2.770	15	22	379	36	5	1.701	40	594
Córdoba .....	1.031	2.166	11	3.208	19	38	108	63	15	1.952	66	947
Cuenca .....	75	785	—	860	8	1	125	23	1	604	13	85
Gerona .....	—	2.996	65	3.061	118	5	1.159	378	31	1.990	128	4.347
Granada .....	3.413	4.187	29	7.629	9	12	28	37	4	4.160	267	3.112
Guadalajara .....	184	584	—	768	3	—	55	11	1	360	11	240
Huelva .....	1.586	2.239	5	3.830	12	10	310	89	30	1.730	193	1.570
Huesca .....	55	585	—	640	15	2	53	19	1	442	29	57
Jaén .....	876	1.934	—	2.810	—	—	—	—	—	1.753	117	940
La Coruña .....	2	4.611	—	4.613	3	3	111	23	2	3.377	298	1.196
La Rioja .....	130	979	4	1.113	14	1	155	57	—	733	25	128
Las Palmas .....	2.529	4.370	3	6.902	30	3	834	151	28	3.199	193	5.666
León .....	635	1.150	—	1.785	—	—	5	6	—	1.066	27	681
Lérida .....	616	1.422	—	2.038	—	—	919	59	—	851	63	139
Lugo .....	559	1.229	1	1.789	13	2	76	19	—	1.016	46	617
Madrid .....	—	14.581	—	14.581	205	47	3.446	743	484	15.407	1.159	—
Málaga .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Murcia .....	1.253	4.797	18	6.068	92	14	552	303	15	3.646	33	1.413
Navarra .....	878	1.630	—	2.508	43	—	18	31	17	1.552	56	791
Orense .....	334	1.077	41	1.452	3	1	48	25	6	975	54	340
Palencia .....	270	653	7	930	15	1	48	16	5	550	7	288
Pontevedra .....	71	4.695	6	4.772	26	8	720	264	1	2.897	210	194
Salamanca .....	270	822	228	1.320	4	—	167	26	—	865	14	244
San Sebastián .....	1.443	3.105	26	4.574	24	6	357	203	4	2.513	88	1.379
Segovia .....	44	530	—	574	2	2	88	29	—	410	6	37
Sevilla .....	2.611	8.273	71	10.955	57	11	988	299	7	5.820	315	3.458
Soria .....	60	296	4	360	—	—	—	—	—	217	1	142
Tarragona .....	461	2.686	19	3.166	37	23	261	110	45	1.918	75	697
Tenerife .....	1.443	2.226	—	3.669	—	—	—	—	—	2.030	196	1.443
Teruel .....	32	310	1	343	8	1	35	10	—	254	4	31
Toledo .....	186	1.302	9	1.497	23	6	309	98	1	906	28	126
Valencia .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid .....	696	1.934	7	2.637	—	—	50	6	—	1.886	20	675
Zamora .....	326	603	9	938	2	4	131	19	—	408	23	351
Zaragoza .....	—	2.409	—	2.409	12	3	35	—	11	2.197	151	—
<b>TOTAL .....</b>	<b>48.503</b>	<b>130.003</b>	<b>899</b>	<b>179.405</b>	<b>2.549</b>	<b>329</b>	<b>40.496</b>	<b>5.626</b>	<b>1.013</b>	<b>106.670</b>	<b>6.230</b>	<b>53.599</b>

Diligencias previas tramitadas por procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal

	TRAMITE						CONDENADO		SENTENCIAS Y RECURSOS						SENTENCIAS 2.ª INSTANCIA				
	Incoados en el año en Juzgados Penales	TERMINADAS DURANTE 1995 POR				En trámite	Conformes fiscal	Disconformes	ABSOLUTORIAS			RECURSOS			APELACIONES		Pendientes sentencia	Sentencias recursos anulación	
		Convertidas en otro procedim.	Rebeldías y expulsiones	Extinción de responsabilidad	Sentencias				Conformes Fiscal	Disconformes	Total sentencias	Recurridas Fiscal	Recurridas por las partes	Recursos anulación	Confirmando	Revocando			
Alava	1.043	—	74	5	1.635	—	465	148	847	105	70	788	6	219	—	195	30	—	—
Albacete	1.178	16	24	53	1.017	1.085	370	36	467	38	114	550	2	122	—	99	25	25	—
Alicante	5.151	20	208	21	4.443	4.632	2.620	281	653	544	345	3.790	26	118	2	713	151	41	—
Almería	1.656	4	63	13	1.498	794	922	61	323	35	157	1.175	35	189	—	105	51	115	—
Asturias	3.675	2	4	—	3.643	2.222	1.609	33	1.445	117	370	2.189	41	615	2	566	90	48	2
Audiencia Nacional	48	—	—	—	45	34	26	4	2	5	8	43	—	10	—	4	3	3	—
Ávila	480	11	13	9	627	81	159	42	272	70	84	355	9	83	—	44	39	9	—
Badajoz	2.684	19	19	8	1.741	895	394	109	943	29	269	801	57	176	—	138	56	30	5
Baleares	4.148	—	31	171	4.426	2.897	2.750	574	1.487	555	547	4.426	92	399	2	42	14	42	—
Barcelona	13.759	1	80	50	5.100	8.759	18.626	2.023	1.220	1.561	2.249	24.509	445	3.992	14	3.479	656	90	15
Bilbao	4.190	117	107	—	4.664	5.275	3.203	162	430	191	658	4.234	47	625	—	614	25	33	—
Burgos	843	—	14	8	887	423	317	13	389	161	7	498	14	160	—	122	52	58	—
Cáceres	1.098	2	8	7	978	103	651	44	184	22	77	794	2	219	—	159	59	5	—
Cádiz	4.717	—	—	—	3.745	2.726	1.982	160	1.014	90	499	2.731	11	—	—	535	133	79	—
Cantabria	3.330	4	7	19	1.607	1.693	657	33	572	93	251	1.034	16	373	—	301	68	20	—
Castellón	1.480	—	46	—	1.218	2.526	923	103	305	67	120	1.213	21	177	—	73	32	72	—
Ciudad Real	1.565	7	1	2	1.216	1.050	832	102	178	26	78	1.038	17	216	—	218	101	32	—
Córdoba	1.799	15	—	1	1.964	592	898	206	421	83	362	1.543	28	269	—	199	37	59	2
Cuenca	604	—	—	1	563	—	430	30	—	8	95	563	23	72	—	79	7	9	—
Gerona	1.748	15	157	61	1.657	1.277	296	144	1.047	98	150	688	40	134	—	105	12	143	—
Granada	5.426	19	31	2	2.757	2.617	996	916	308	74	464	2.449	21	631	2	593	63	19	2
Guadalajara	392	—	—	—	442	246	398	15	267	10	19	442	1	50	—	39	12	48	—
Huelva	1.803	—	10	11	1.636	797	557	130	737	24	190	901	22	167	—	114	36	—	—
Huesca	477	10	58	9	556	67	160	4	329	32	31	227	5	58	—	47	3	—	—
Jaén	595	—	30	52	1.882	369	1.467	56	—	109	250	1.882	73	276	—	248	57	44	—
La Coruña	4.121	9	1	10	3.511	3.860	2.305	497	1.089	178	541	3.511	249	485	—	456	141	207	2
La Rioja	723	10	37	3	1.243	731	726	21	521	93	32	872	9	146	—	110	30	14	—
Las Palmas	3.199	—	45	7	3.274	1.218	2.502	121	1.619	234	418	3.274	11	366	—	272	105	—	—
León	1.747	7	1	12	1.125	602	913	31	25	67	88	1.100	110	179	1	213	36	39	1
Lérida	1.080	5	2	9	1.106	551	911	21	490	143	39	1.116	15	185	1	130	40	22	1
Lugo	1.016	—	7	4	893	320	461	41	218	47	125	675	10	211	—	184	37	—	—
Madrid	13.088	—	684	340	17.174	—	12.252	1.491	—	1.454	1.977	17.174	359	3.012	—	—	—	—	—
Málaga	6.820	—	41	3	7.388	3.331	5.614	491	1.129	624	719	7.388	63	853	—	748	371	—	—
Murcia	4.712	14	—	15	3.664	1.967	2.777	1.204	2	25	458	4.464	31	430	—	377	84	—	—
Navarra	1.630	—	83	14	1.636	767	1.119	177	—	42	298	1.636	72	257	4	201	43	85	4
Orense	882	6	26	28	1.066	1.127	696	38	34	40	266	1.032	19	138	—	59	16	82	—
Palencia	586	38	—	—	660	155	576	21	460	8	55	660	9	651	—	81	14	—	—
Pontevedra	3.018	3	44	43	3.173	2.429	1.027	145	473	135	389	1.700	29	323	4	237	62	37	4
Salamanca	620	—	12	6	602	64	520	30	4	14	34	598	6	141	—	110	17	23	—
San Sebastián	2.751	11	170	55	3.102	3.208	2.236	390	27	225	224	3.075	118	264	—	351	77	237	3
Segovia	463	—	—	—	434	51	182	5	189	42	16	245	8	104	—	72	25	15	—
Sevilla	5.995	2	11	19	5.762	1.382	4.515	291	817	394	562	5.762	160	918	5	537	184	359	3
Soria	215	1	7	—	228	22	73	21	63	5	66	165	12	45	1	38	19	3	1
Tarragona	2.639	10	50	44	2.570	5.318	932	134	957	284	263	1.613	54	139	—	110	23	60	—
Tenerife	2.070	—	135	—	1.900	3.040	1.487	54	—	209	146	1.900	26	296	—	—	—	28	—
Teruel	208	1	10	2	187	30	49	14	97	10	17	90	2	28	—	20	8	2	—
Toledo	983	—	45	1	983	164	761	63	240	124	53	1.001	28	173	—	159	32	12	—
Valencia	503	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid	1.601	12	162	8	1.735	695	1.019	171	37	421	87	1.698	72	535	—	650	62	17	—
Zamora	433	—	26	3	457	275	129	29	235	21	43	222	27	109	—	77	49	10	—
Zaragoza	2.197	3	4	8	2.946	—	2.285	105	877	191	361	2.946	19	829	—	705	138	378	1
TOTAL	127.169	394	2.588	1.137	116.766	72.467	87.775	11.087	8.443	9.177	14.741	122.780	2.572	20.167	38	14.728	3.425	2.654	46

Diligencias previas tramitadas por procedimiento abreviado competencia de la Audiencia Provincial

	TRAMITE							SENTENCIAS Y RECURSOS							
	Incoadas en el año	TERMINADAS DURANTE 1995 POR				En trámite	Conforme Fiscal	CONDENATORIAS		ABSOLUTORIAS		Total sentencias	Recursos anulación	RECURSOS DE CASACION	
		Convertidas en otro procedimiento	Rebelías y expulsiones	Extinción de responsabilidad	Sentencias			Disconformes	Por conformidad del acusado	Conformes Fiscal	Disconformes			Preparados Fiscal	Preparados por las partes
Alava	12	—	—	—	26	—	9	6	7	1	3	26	—	1	7
Albacete	20	1	1	1	35	17	25	5	—	1	4	35	—	1	10
Alicante	136	—	20	—	337	173	214	30	15	43	35	337	—	2	120
Almería	112	2	2	—	41	67	64	7	—	1	25	97	—	4	13
Asturias	181	3	6	—	362	116	213	41	31	28	49	362	—	6	146
Audiencia Nacional	85	4	2	1	59	45	45	5	13	—	6	69	—	—	19
Ávila	25	—	1	3	19	8	2	6	5	3	3	19	—	1	4
Badajoz	122	3	—	—	120	6	17	22	56	—	25	120	—	4	21
Baleares	248	13	14	4	255	125	170	41	31	7	37	286	—	—	108
Barcelona	—	—	—	—	—	—	463	197	—	44	218	922	—	—	—
Bilbao	84	—	3	1	293	218	223	—	17	19	34	293	—	3	46
Burgos	33	—	—	—	329	43	222	14	87	6	—	329	—	2	6
Cáceres	130	6	4	12	90	18	51	18	4	2	15	90	—	—	34
Cádiz	893	—	—	—	865	309	480	120	135	7	123	865	—	10	151
Cantabria	159	1	2	3	135	18	56	11	12	11	42	135	1	1	47
Castellón	64	—	2	—	90	39	45	9	13	1	7	75	—	1	32
Ciudad Real	68	—	—	—	93	37	45	31	—	7	10	93	—	2	32
Córdoba	77	—	—	—	93	8	43	18	2	11	19	93	—	1	42
Cuenca	13	—	—	—	19	—	13	3	—	1	2	19	—	1	12
Gerona	126	4	—	1	81	74	54	11	37	3	10	115	—	3	24
Granada	267	4	6	2	190	65	67	54	29	9	31	190	2	4	79
Guadalajara	15	—	—	—	16	7	12	1	5	—	3	21	—	2	6
Huelva	213	—	—	2	149	405	104	10	—	1	34	149	—	6	48
Huesca	35	1	—	—	36	8	13	4	14	—	5	36	—	—	8
Jaén	59	—	—	—	100	61	70	17	—	3	10	100	—	2	28
La Coruña	158	—	5	3	178	161	125	64	24	11	40	264	—	—	62
La Rioja	41	3	3	—	36	21	23	10	15	7	9	64	—	1	10
Las Palmas	193	1	3	3	170	94	94	31	68	7	38	238	—	2	58
León	27	—	—	—	49	9	32	3	—	8	6	49	—	—	16
Lérida	85	1	1	6	74	24	48	4	11	8	6	77	—	1	31
Lugo	46	—	—	—	62	3	41	5	—	1	15	62	—	—	32
Madrid	885	—	139	46	1.436	—	856	226	—	38	316	1.436	—	—	—
Málaga	972	—	5	4	822	607	461	195	25	44	122	847	—	6	289
Murcia	823	—	14	—	150	2	64	23	4	17	4	112	—	—	43
Navarra	56	—	—	—	47	7	33	6	—	1	7	47	—	—	10
Orense	46	2	3	—	33	17	19	3	—	2	9	33	—	3	13
Palencia	13	—	—	—	20	2	21	2	6	1	1	31	—	—	11
Pontevedra	74	—	—	—	176	57	76	20	32	12	36	176	—	1	50
Salamanca	27	—	—	—	28	3	20	2	—	1	5	28	—	3	12
San Sebastián	152	—	7	3	111	10	72	12	—	6	21	111	—	6	17
Segovia	6	—	—	—	1	5	2	—	—	1	—	3	—	—	—
Sevilla	283	1	—	—	362	107	215	27	8	24	60	334	—	9	144
Soria	4	—	7	—	4	—	3	1	—	—	—	4	—	—	—
Tarragona	152	—	—	—	135	92	69	12	32	13	9	135	—	3	49
Tenerife	324	—	—	—	296	28	99	36	—	5	28	168	—	—	39
Teruel	3	—	—	—	2	1	1	—	—	1	—	2	—	—	—
Toledo	46	—	2	—	54	23	25	20	—	4	5	54	—	1	8
Valencia	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid	53	14	—	—	39	10	25	9	—	3	2	39	—	27	—
Zamora	32	—	—	—	27	10	10	4	5	2	6	27	—	—	13
Zaragoza	154	—	—	—	180	—	112	16	—	10	42	180	—	4	91
TOTAL	7.832	64	252	95	8.325	3.160	5.265	1.412	743	436	1.537	9.397	3	124	2.041

Juicios rápidos

	JUZGADO DE LO PENAL			AUDIENCIA PROVINCIAL			SENTEN. J. PENAL		CUESTIONES CRIMINOLOGICAS											
	Calificados	Celebrados	Suspendidos	Calificados	Celebrados	Suspendidos	Condenatorias	Absolutorias	SENTENCIAS A. PROVINCIAL				JUICIOS RAPIDOS CALIFICADOS POR DELITOS				Núm. total personas acusadas	Decretada prisión	Decretada libertad	
									Por conformidad	Condenatorias	Absolutorias	Por conformidad	Contra la propiedad	Tráfico de drogas	Contra seg. del tráfico	Otros				
Alava .....	146	61	6	—	—	—	35	—	26	—	—	—	—	9	—	134	3	157	—	—
Albacete .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Alicante .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Almería .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Asturias .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Audiencia Nacional .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Ávila .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Badajoz .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Baleares .....	97	91	6	—	—	—	85	6	83	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Barcelona .....	2.935	2.531	414	204	186	16	2.351	142	28	152	2	32	—	—	—	—	—	—	—	—
Bilbao .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Burgos .....	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	2	—	—	—	2	—	2
Cáceres .....	2	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Cádiz .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Cantabria .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Castellón .....	9	7	—	—	—	—	6	—	—	—	—	—	—	2	7	—	—	9	1	8
Ciudad Real .....	160	76	19	1	1	—	40	2	34	1	—	—	—	13	1	61	2	85	—	—
Córdoba .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Cuenca .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Gerona .....	55	52	3	—	—	—	50	2	35	—	—	—	—	17	1	29	11	60	11	49
Granada .....	7	7	—	—	—	—	3	—	4	—	—	—	—	5	—	2	—	7	—	7
Guadalajara .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Huelva .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Huesca .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Jaén .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
La Coruña .....	6	6	—	—	—	—	6	—	6	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
La Rioja .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Las Palmas .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
León .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Lérida .....	92	96	1	—	—	—	79	—	59	—	—	—	—	31	11	71	5	131	—	—
Lugo .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Lugo .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1.740	211	8	13	—	—	—
Madrid .....	1.928	1.577	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Málaga .....	—	—	—	—	—	—	—	—	27	—	—	—	—	19	—	6	2	27	17	10
Murcia .....	27	27	—	—	—	—	27	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Navarra .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Orense .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Orense .....	—	—	—	—	—	—	—	—	460	23	5	6	—	3	—	128	21	152	—	—
Palencia .....	152	152	—	—	—	—	597	63	4	—	—	—	—	4	—	3	8	17	—	—
Pontevedra .....	15	15	—	—	—	—	11	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Salamanca .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
San Sebastián .....	196	178	18	—	—	—	134	5	39	—	—	—	—	15	—	172	9	196	2	194
Segovia .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Segovia .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Sevilla .....	835	765	59	—	—	—	703	63	358	—	—	—	—	527	2	248	87	1.015	112	903
Sevilla .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Soria .....	5	4	1	—	—	—	3	1	2	—	—	—	—	1	—	—	—	4	—	4
Soria .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Tarragona .....	78	73	5	2	1	—	35	3	34	1	—	—	—	9	—	48	17	78	5	—
Tenerife .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Teruel .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Toledo .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Toledo .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valencia .....	250	211	39	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Zamora .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Zamora .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Zaragoza .....	100	99	1	—	—	—	99	—	38	—	—	—	—	39	—	52	9	100	—	—
TOTAL .....	7.095	6.030	572	207	188	16	4.264	287	239	38	7	38	—	2.436	226	969	187	2.040	148	1.177

Sumarios

	EN EL JUZGADO										EN LA AUDIENCIA													
	Pendientes en 1 enero 1995	Iniciados del 1 enero al 31 dic. 1995	Reabiertos de años anteriores	Total de las tres casillas anteriores	Acumulados e inhibidos	Convertidos en otro procedimiento	Elevados a la Audiencia con Auto conclusión	Pendientes al 31 dic. 1995	Sobresesamiento libre, art. 637	Sobresesamiento por aplicación art. 637	Apertura Juicio Oral	SENTENCIAS DICTADAS								RECURSOS DE CASACION				
												Calif.	Ext. pre.	en reb.	CONDENATORIAS		ABSOLUTORIAS		Total	Preparados por Fiscal	Preparados por las partes	Pendientes en 31 enero 1995		
															Conformes Fiscales	Disconformes	Conformes Fiscales	Disconformes						
Alava	5	14	—	19	19	—	—	12	7	—	—	7	11	—	—	7	3	1	11	—	3	—		
Albacete	3	6	3	12	—	1	5	6	1	—	—	4	—	—	2	3	—	1	6	—	5	8		
Alicante	473	104	—	577	54	—	45	478	—	—	40	40	—	—	123	18	18	4	163	5	50	85		
Alicante	117	104	2	223	1	3	159	60	42	55	18	33	44	—	33	5	—	7	45	—	11	20		
Asturias	94	61	1	156	—	4	92	60	7	13	4	24	48	—	47	10	5	9	71	2	18	59		
Audiencia Nacional	61	149	29	239	2	3	161	73	1	109	2	62	59	3	7	63	8	—	6	77	—	12	39	
Avila	4	8	—	12	—	1	6	5	—	3	—	3	3	—	1	4	—	2	7	—	2	4		
Badajoz	30	29	3	62	—	2	37	23	—	3	5	29	29	—	11	10	1	3	25	1	13	—		
Baleares	102	91	3	196	1	11	91	93	—	20	4	56	56	1	2	33	16	1	8	58	2	26	48	
Barcelona	386	383	32	801	6	21	186	588	—	4	—	—	64	30	16	105	101	8	35	249	—	—	—	
Bilbao	27	49	3	79	—	12	26	39	1	3	11	13	25	—	1	41	7	—	5	53	7	20	69	
Burgos	—	19	—	19	—	—	16	21	—	1	—	8	13	—	—	5	9	1	2	17	2	8	—	
Cáceres	9	13	3	25	2	2	16	5	2	2	1	8	8	2	—	3	3	1	1	8	—	3	1	
Cádiz	203	221	10	434	—	8	335	195	10	2	14	24	34	7	15	56	33	—	18	107	3	30	96	
Cantabria	8	33	—	41	1	—	27	13	5	2	7	20	20	—	—	22	2	1	1	26	—	11	12	
Castellón	47	156	12	215	3	2	169	41	2	104	15	8	19	1	—	15	8	1	4	28	1	12	36	
Ciudad Real	9	37	—	46	—	—	31	6	—	2	1	31	31	—	—	14	11	1	4	30	2	18	16	
Córdoba	29	126	2	157	1	—	120	36	3	28	10	26	26	—	2	16	8	3	5	32	—	9	25	
Cuenca	4	7	—	11	1	—	8	2	—	3	—	—	5	—	—	7	2	—	2	11	—	6	6	
Gerona	44	49	2	95	5	2	53	32	6	10	8	30	30	1	3	19	8	—	3	30	4	13	—	
Granada	174	176	7	357	4	2	267	84	—	8	13	63	61	—	2	26	12	4	14	56	1	12	2	
Guadalajara	—	11	—	11	—	—	4	7	—	—	—	3	3	—	—	7	1	—	—	8	2	8	4	
Huelva	47	24	1	72	—	—	32	43	—	3	2	—	—	—	4	5	13	1	3	22	—	13	—	
Huesca	7	17	—	24	3	—	11	10	2	2	1	4	4	—	—	4	—	—	3	7	1	1	—	
Jaén	92	54	—	146	—	—	30	116	—	1	4	11	19	2	—	14	4	—	2	20	2	7	109	
La Coruña	32	89	16	137	4	12	22	55	7	9	18	58	62	—	—	35	17	2	12	66	—	23	22	
La Rioja	3	5	6	14	—	1	12	1	—	3	2	12	12	1	2	8	1	—	—	9	—	9	4	
Las Palmas	43	111	1	155	1	3	113	38	2	33	8	20	50	1	2	51	23	2	11	87	—	37	—	
León	7	30	—	37	—	1	26	10	—	16	—	4	16	—	—	9	—	1	2	12	1	5	4	
Lérida	7	24	1	32	4	1	18	8	1	1	—	4	4	3	—	7	1	1	—	9	—	7	—	
Lugo	11	21	1	33	1	—	21	11	—	2	3	24	24	—	—	8	4	1	2	15	1	4	45	
Madrid	—	646	—	646	10	—	699	—	7	29	10	293	478	44	23	333	154	18	84	589	31	—	—	
Málaga	25	195	—	220	—	—	197	23	—	24	75	74	42	—	2	128	18	6	15	167	5	70	—	
Murcia	70	143	—	213	—	6	154	53	6	106	3	31	27	—	—	21	16	1	—	38	2	18	—	
Navarra	7	15	—	22	—	—	17	5	1	4	—	12	12	—	—	8	6	—	3	17	—	1	8	
Orense	6	30	—	36	—	—	26	10	2	3	2	13	16	2	—	13	3	—	2	18	2	8	8	
Palencia	1	4	—	5	—	—	4	1	1	2	—	7	—	—	—	21	2	1	4	28	—	11	3	
Pontevedra	90	71	—	161	1	1	49	110	—	1	—	—	39	—	—	26	7	3	2	38	—	20	50	
Salamanca	10	10	—	20	—	1	15	4	—	1	—	4	2	—	—	3	1	—	—	4	—	1	8	
San Sebastián	9	36	3	48	—	5	29	14	1	3	—	25	10	—	—	15	5	—	2	22	3	7	14	
Segovia	2	2	—	4	—	—	4	—	—	3	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Sevilla	98	93	2	193	—	3	94	96	1	11	4	22	47	2	1	48	4	1	2	55	4	32	22	
Soria	5	12	—	17	—	—	11	6	—	2	1	3	—	—	—	3	1	—	1	5	—	—	—	—
Tarragona	57	57	—	114	7	2	48	57	6	2	6	37	37	6	—	24	7	6	3	40	—	21	19	
Tenerife	169	101	—	270	9	—	63	207	11	18	2	39	77	1	6	37	8	7	7	59	4	19	57	
Teruel	—	2	—	2	1	—	1	—	—	—	—	1	1	—	—	1	—	—	—	1	—	—	1	—
Toledo	4	27	—	31	1	—	2	28	—	1	—	8	19	—	—	9	1	1	2	13	—	3	—	
Valencia	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid	7	33	5	45	—	—	30	13	—	—	—	26	20	—	4	19	2	3	2	26	—	35	3	
Zamora	9	11	—	20	—	—	8	12	1	—	—	9	—	—	—	6	3	—	1	10	—	3	3	
Zaragoza	33	46	—	79	1	1	46	21	2	12	6	28	28	7	—	26	5	—	4	35	1	12	—	
TOTAL	2.680	3.755	148	6.583	143	111	3.636	2.831	138	659	63	1.251	1.685	129	88	1.531	592	103	304	2.530	338	657	910	

## Juicios por delitos (incluidos los juicios rápidos)

	ABREVIADOS ANTE J. P.		ABREVIADOS ANTE A. P.		SUMARIOS		JURADO	
	Celebrados	Suspendidos	Celebrados	Suspendidos	Celebrados	Suspendidos	Celebrados	Suspendidos
Alava .....	1.635	259	30	4	8	2	—	—
Albacete .....	1.008	230	42	6	9	1	—	—
Alicante .....	5.271	3.109	332	226	153	95	—	—
Almería .....	1.488	484	97	64	45	24	—	—
Asturias .....	3.643	720	362	61	71	12	—	—
Audiencia Nacional .....	55	24	78	32	77	41	—	—
Ávila .....	627	83	19	18	7	4	—	—
Badajoz .....	—	—	—	—	—	—	—	—
Baleares .....	3.757	828	255	90	77	31	—	—
Barcelona .....	25.729	8.002	922	309	249	38	—	—
Bilbao .....	5.537	1.700	265	37	53	9	—	—
Burgos .....	1.245	230	30	7	5	3	—	—
Cáceres .....	984	94	85	5	8	—	—	—
Cádiz .....	4.460	2.090	903	361	107	10	—	—
Cantabria .....	1.606	404	135	45	26	10	—	—
Castellón .....	1.240	384	170	10	33	2	—	—
Ciudad Real .....	1.216	239	93	18	30	5	—	—
Córdoba .....	1.934	403	88	35	29	11	—	—
Cuenca .....	—	—	—	—	—	—	—	—
Gerona .....	1.734	938	115	24	30	4	—	—
Granada .....	2.757	312	190	27	56	9	—	—
Guadalajara .....	394	46	12	1	12	—	—	—
Huelva .....	1.607	710	149	64	22	2	—	—
Huesca .....	541	45	26	4	3	—	—	—
Jaén .....	2.127	245	310	5	20	—	—	—
La Coruña .....	3.263	946	177	93	92	26	—	—
La Rioja .....	864	213	52	10	9	2	—	—
Las Palmas .....	3.274	2.170	170	60	87	18	—	—
León .....	1.245	120	51	4	14	2	—	—
Lérida .....	1.189	385	86	11	20	2	—	—
Lugo .....	893	53	62	10	15	3	—	—
Madrid .....	17.285	7.239	2.188	1.710	—	—	—	—
Málaga .....	—	—	—	—	—	—	—	—
Murcia .....	3.348	1.007	257	96	36	24	—	—
Navarra .....	1.713	274	63	12	9	2	—	—
Orense .....	1.206	114	27	1	7	1	—	—
Palencia .....	549	151	20	—	8	—	—	—
Pontevedra .....	3.173	232	176	—	38	—	—	—
Salamanca .....	542	125	25	2	4	—	—	—
San Sebastián .....	3.075	188	106	34	18	3	—	—
Segovia .....	434	43	3	—	—	—	—	—
Sevilla .....	6.320	680	324	64	53	11	—	—
Soria .....	218	19	3	—	4	—	—	—
Tarragona .....	2.568	1.012	138	48	47	15	—	—
Tenerife .....	1.900	634	168	54	59	57	—	—
Teruel .....	189	47	2	1	1	—	—	—
Toledo .....	1.481	367	64	10	17	4	—	—
Valencia .....	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid .....	1.495	240	39	8	26	18	—	—
Zamora .....	457	105	27	7	10	5	—	—
Zaragoza .....	2.946	555	180	23	35	2	—	—
TOTAL .....	130.222	38.498	9.116	3.711	1.739	508	—	—



Juicios de faltas en los Juzgados de Instrucción y de Paz de todas las provincias

	JUICIOS DE FALTAS							SENTENCIAS		SENTENCIAS APELACION	
	Pendientes del año anterior	Ingresados durante el año	Total	Juicios celebrados	Juicios en que intervino el M. F.	Terminados por otras resoluciones	Pendientes en 31 enero 1995	Condenatorias	Absolutorias	Confirmando	Revocando
Alava .....	950	2.557	3.507	1.380	1.333	1.034	1.093	792	588	187	23
Albacete .....	639	2.876	3.515	1.821	1.487	896	795	937	884	154	48
Alicante .....	2.582	9.998	12.580	5.283	3.415	4.041	3.256	2.644	2.639	463	88
Almería .....	1.489	4.621	6.110	3.800	2.554	702	1.608	1.579	2.199	129	103
Asturias .....	2.017	10.432	12.449	5.081	2.220	4.916	2.452	3.512	1.569	551	88
Audiencia Nacional .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Ávila .....	380	2.633	3.013	943	766	1.577	493	407	536	55	25
Badajoz .....	837	4.614	5.451	4.126	2.863	550	775	2.182	1.944	123	23
Baleares .....	2.824	13.150	15.974	5.196	7.159	4.701	6.077	2.479	2.797	366	137
Barcelona .....	—	87.567	87.567	27.372	19.090	3.417	1.982	770	1.079	690	2.052
Bilbao .....	2.086	28.315	30.401	8.763	8.432	19.468	2.170	3.965	4.431	—	—
Burgos .....	1.999	3.508	5.507	254	1.559	537	831	532	1.200	206	96
Cáceres .....	508	2.045	2.553	1.711	1.197	374	468	837	874	141	42
Cádiz .....	13.865	28.301	42.166	—	—	—	12.704	—	—	378	254
Cantabria .....	1.452	4.617	6.069	3.892	2.053	806	1.371	2.996	896	342	142
Castellón .....	351	3.196	3.547	2.145	1.586	987	415	1.232	913	—	—
Ciudad Real .....	696	3.376	4.072	3.053	1.458	648	371	1.748	1.305	287	144
Córdoba .....	1.138	4.711	5.849	4.135	3.330	653	1.061	1.864	2.263	175	36
Cuenca .....	182	940	1.122	853	840	114	155	549	304	59	12
Gerona .....	7.426	10.737	18.163	3.573	2.666	6.522	8.068	1.508	2.065	215	99
Granada .....	2.556	10.703	13.259	8.912	6.895	519	3.828	5.191	3.721	590	66
Guadalajara .....	305	1.260	1.565	656	573	581	328	326	330	65	24
Huelva .....	1.690	4.536	6.226	4.790	2.750	2.040	1.458	1.116	980	—	—
Huesca .....	210	1.025	1.235	843	555	153	196	481	346	62	20
Jaén .....	4.557	5.341	9.898	4.181	3.093	1.289	4.428	2.195	1.896	145	65
La Coruña .....	—	11.205	11.205	5.730	5.730	2.502	2.973	2.762	2.968	514	269
La Rioja .....	459	2.936	3.395	1.042	940	1.701	652	575	467	60	23
Las Palmas .....	2.567	10.050	12.617	6.270	5.010	3.533	2.814	2.506	3.764	170	49
León .....	892	3.971	4.863	2.809	1.605	1.213	841	2.138	671	39	28
Lérida .....	1.484	3.975	5.459	2.030	6.862	2.340	1.089	912	1.118	82	118
Lugo .....	668	2.242	2.910	1.403	1.403	956	551	779	624	209	60
Madrid .....	—	52.383	52.383	—	—	—	—	—	—	—	—
Málaga .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Murcia .....	4.726	11.584	16.310	5.801	4.816	1.218	3.994	2.749	1.834	535	185
Navarra .....	534	1.598	2.132	1.434	1.406	236	462	715	691	143	40
Orense .....	288	3.147	3.435	1.760	1.267	954	721	658	1.102	181	87
Palencia .....	213	1.705	1.918	1.138	817	498	253	590	590	155	21
Pontevedra .....	12	11.793	11.805	6.206	6.204	6	5.592	4	13	—	—
Salamanca .....	308	2.823	3.131	1.180	944	1.658	293	629	559	108	15
San Sebastián .....	2.048	8.487	10.535	2.802	1.982	5.722	2.011	1.458	1.344	210	69
Segovia .....	405	2.219	2.624	750	696	1.652	222	307	343	74	20
Sevilla .....	3.797	18.869	22.666	14.283	12.254	3.896	4.487	7.261	7.022	995	229
Soria .....	202	943	1.145	486	397	436	239	234	252	—	—
Tarragona .....	2.700	5.730	8.430	—	2.660	—	—	—	—	270	75
Tenerife .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Teruel .....	54	524	578	401	353	98	79	228	173	38	19
Toledo .....	1.334	4.212	5.546	3.524	3.428	1.587	435	2.473	1.051	201	46
Valencia .....	—	28.086	28.086	—	—	—	—	—	—	—	—
Valladolid .....	720	2.865	3.585	2.936	2.050	—	649	1.482	1.436	307	41
Zamora .....	285	1.410	1.695	945	1.101	463	287	525	420	122	54
Zaragoza .....	1.018	7.047	8.065	3.344	2.670	3.575	1.146	1.750	1.594	359	117
<b>TOTAL .....</b>	<b>75.453</b>	<b>450.863</b>	<b>526.316</b>	<b>169.037</b>	<b>142.449</b>	<b>90.769</b>	<b>86.173</b>	<b>70.577</b>	<b>63.795</b>	<b>10.155</b>	<b>5.152</b>

## Ejecutorias por delito

	Ejecutorias pendientes a 1 de enero de 1995	DICTAMENES EN EJECUTORIAS		
		En trámite	Archivo provisional	Archivo definitivo
Alava .....	1.295	2.803	511	1.077
Albacete .....	2.418	1.089	501	918
Alicante .....	9.347	5.888	3.934	2.893
Almería .....	1.670	1.261	311	252
Asturias .....	3.626	2.860	1.954	4.734
Audiencia Nacional .....	249	1.164	127	35
Avila .....	365	776	229	226
Badajoz .....	3.699	11.093	1.755	1.928
Baleares .....	4.296	12.791	2.646	2.687
Barcelona .....	34.942	4.399	5.422	7.366
Bilbao .....	3.956	1.209	3.217	4.194
Burgos .....	878	1.170	870	869
Cáceres .....	1.051	4.369	935	2.383
Cádiz .....	12.265	12.450	11.995	4.730
Cantabria .....	2.074	1.857	1.022	1.633
Castellón .....	5.626	3.468	668	837
Ciudad Real .....	1.236	3.444	697	982
Córdoba .....	4.776	4.352	1.761	2.739
Cuenca .....	676	818	286	512
Gerona .....	6.682	4.352	1.187	919
Granada .....	319	7.612	931	1.081
Guadalajara .....	445	299	196	311
Huelva .....	1.739	1.143	692	555
Huesca .....	513	1.914	445	414
Jaén .....	1.505	2.575	1.231	1.457
La Coruña .....	4.692	5.152	1.756	1.773
La Rioja .....	1.385	2.421	665	559
Las Palmas .....	4.753	13.410	2.671	4.646
León .....	735	2.536	976	700
Lérida .....	1.497	1.544	767	766
Lugo .....	1.928	745	483	290
Madrid .....	—	17.815	7.220	12.015
Málaga .....	11.565	19.864	4.813	4.233
Murcia .....	3.441	7.310	3.691	3.433
Navarra .....	—	1.678	757	1.284
Orense .....	3.826	1.027	400	380
Palencia .....	418	1.613	497	409
Pontevedra .....	2.491	—	1.234	1.559
Salamanca .....	2.159	579	1.701	905
San Sebastián .....	3.187	5.083	1.098	989
Segovia .....	516	827	160	391
Sevilla .....	11.879	11.924	3.913	4.111
Soria .....	375	651	191	314
Tarragona .....	2.883	2.946	1.520	1.447
Tenerife .....	2.016	2.966	1.424	1.379
Teruel .....	374	573	95	207
Toledo .....	270	958	795	710
Valencia .....	3.247	107	104	890
Valladolid .....	1.008	815	1.429	1.402
Zamora .....	304	1.154	274	293
Zaragoza .....	2.536	7.014	2.092	3.285
TOTAL .....	173.133	205.868	84.249	94.102

«Habeas corpus»

	PROMOVIDOS		Inadmitidos a trámite	Desestimados	Estimados
	Ministerio Fiscal	Terceros			
Alava .....	—	44	1	41	2
Albacete .....	—	18	3	15	—
Alicante .....	—	14	1	—	13
Almería .....	—	6	—	6	—
Asturias .....	—	40	34	6	—
Audiencia Nacional .....	—	11	11	—	—
Ávila .....	—	4	3	—	1
Badajoz .....	—	39	—	39	—
Baleares .....	—	148	7	138	5
Barcelona .....	—	143	44	99	—
Bilbao .....	—	83	7	76	—
Burgos .....	—	8	1	7	—
Cáceres .....	—	2	—	2	—
Cádiz .....	—	30	—	29	1
Cantabria .....	—	16	—	16	—
Castellón .....	—	21	—	21	—
Ciudad Real .....	—	25	24	1	—
Córdoba .....	—	12	10	2	—
Cuenca .....	—	6	—	6	—
Gerona .....	—	52	41	9	2
Granada .....	—	78	2	74	2
Guadalajara .....	—	1	—	1	—
Huelva .....	—	2	—	—	—
Huesca .....	—	2	2	—	—
Jaén .....	—	11	11	—	—
La Coruña .....	—	22	3	19	—
La Rioja .....	—	27	27	—	—
Las Palmas .....	—	144	96	40	8
León .....	—	8	7	1	—
Lérida .....	—	17	17	17	—
Lugo .....	—	6	6	6	—
Madrid .....	—	579	—	—	—
Málaga .....	—	—	—	—	—
Murcia .....	—	32	32	—	—
Navarra .....	—	17	17	17	—
Orense .....	—	3	3	3	—
Palencia .....	—	8	7	1	—
Pontevedra .....	—	6	—	5	1
Salamanca .....	—	17	—	17	—
San Sebastián .....	—	38	1	37	—
Segovia .....	—	2	—	2	—
Sevilla .....	—	245	168	77	—
Soria .....	—	6	—	6	—
Tarragona .....	—	46	16	29	1
Tenerife .....	—	14	—	14	—
Teruel .....	—	2	2	—	—
Toledo .....	—	12	—	12	—
Valencia .....	—	—	—	—	—
Valladolid .....	—	12	—	12	—
Zamora .....	—	26	—	26	—
Zaragoza .....	—	49	—	49	—
TOTAL .....	—	2.154	604	978	36

## Diligencias de investigación penal

	Pendientes a 1 de enero de 1995	Iniciados en el año	Decretado archivo por no ser delito	REMITIDAS AL ORGANISMO JUDICIAL		
				Terminados por incoado procedimiento judicial 785 bis 3	Presentada denuncia	Presentada querrela
Alava .....	—	13	10	2	1	—
Albacete .....	8	37	33	3	6	—
Alicante .....	4	86	29	1	49	—
Almería .....	28	1.443	1.307	12	101	—
Asturias .....	7	163	67	14	65	5
Audiencia Nacional .....	11	100	77	91	7	5
Ávila .....	—	37	12	1	23	—
Badajoz .....	11	41	29	2	18	2
Baleares .....	17	120	43	15	67	—
Barcelona .....	106	853	538	22	69	194
Bilbao .....	5	37	18	—	5	6
Burgos .....	—	10	8	1	—	1
Cáceres .....	2	83	31	—	50	—
Cádiz .....	63	162	119	6	33	—
Cantabria .....	2	58	27	9	21	—
Castellón .....	2	19	8	—	—	9
Ciudad Real .....	15	398	111	144	141	3
Córdoba .....	—	111	2	6	103	—
Cuenca .....	1	7	5	1	—	2
Gerona .....	5	101	25	4	49	19
Granada .....	12	343	37	6	268	2
Guadalajara .....	26	53	26	—	33	—
Huelva .....	—	5	4	—	1	—
Huesca .....	7	39	20	1	9	2
Jaén .....	5	17	3	—	1	—
La Coruña .....	14	140	65	7	41	13
La Rioja .....	21	56	31	29	28	1
Las Palmas .....	—	158	105	2	48	3
León .....	2	35	8	3	12	6
Lérida .....	11	43	24	2	18	3
Lugo .....	—	16	11	—	5	—
Madrid .....	270	499	65	11	48	102
Málaga .....	5	11	5	3	—	—
Murcia .....	1	20	9	—	7	1
Navarra .....	—	21	10	1	6	—
Orense .....	—	56	19	1	35	1
Palencia .....	1	29	6	1	4	10
Pontevedra .....	46	219	84	3	106	9
Salamanca .....	4	62	25	38	33	5
San Sebastián .....	—	6	3	—	2	1
Segovia .....	6	56	38	—	10	2
Sevilla .....	15	236	143	11	64	3
Soria .....	—	—	—	—	—	—
Tarragona .....	41	133	76	9	4	26
Tenerife .....	3	7	4	—	4	—
Teruel .....	1	9	2	—	7	—
Toledo .....	—	2	2	—	—	—
Valencia .....	212	244	167	140	8	4
Valladolid .....	1	52	24	2	20	18
Zamora .....	1	50	25	3	15	8
Zaragoza .....	3	65	8	53	3	1
TOTAL .....	996	6.581	3.557	660	1.655	468







# FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## Intervención del Fiscal en el Orden Jurisdiccional

Estado C

	ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA		ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL					ANTE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA											
	Dictámenes y actuaciones del Fiscal en asuntos civiles	Instrucción de recursos	Vistas de recursos	Cuestión de competencia	Dictadas protección derechos fundamentales	Filicación	Medidas provisionales	Divorcio	Separaciones	Nulidades	Otros asuntos contenciosos	Asuntos Jurisdiccionales voluntarios	Suspensiones	Olebreras y concursos	Adopciones	Incapacidades	Tutelas	Internamientos	Núm. asun. en que intervino el Fiscal
Alava .....	—	82	82	4	—	16	41	237	325	2	27	232	4	12	16	87	13	255	1.265
Albacete .....	3	70	64	20	6	12	142	179	325	1	5.133	894	10	4	18	114	109	160	1.733
Alicante .....	—	125	92	99	7	30	242	680	1.904	5	324	695	46	21	85	488	212	765	5.906
Almería .....	—	81	73	46	1	26	205	154	341	—	40	348	5	1	18	63	20	493	1.761
Asturias .....	—	331	63	29	11	20	390	271	488	—	200	1.702	10	20	25	240	63	290	3.759
Audiencia Nacional .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Ávila .....	—	27	23	1	2	4	27	25	66	—	12	186	—	1	8	83	12	84	511
Badajoz .....	—	66	18	5	4	3	228	235	453	6	774	1.037	6	4	18	185	24	153	2.055
Baleares .....	2	203	179	34	19	38	147	541	803	5	239	319	10	16	56	169	40	252	2.948
Barcelona .....	35	1.463	562	25	6	16	947	6.036	8.885	15	1.883	1.085	220	204	211	729	93	3.947	23.792
Bilbao .....	3	194	1.699	15	8	14	136	239	363	—	90	340	—	35	8	103	80	429	10.793
Burgos .....	3.608	103	86	35	—	18	116	75	145	—	45	411	6	5	21	107	83	128	1.195
Cáceres .....	2	53	52	3	4	4	144	180	255	—	43	612	1	1	9	80	63	234	1.643
Cádiz .....	—	195	150	28	7	47	679	1.271	2.615	4	457	1.088	38	8	142	424	178	595	7.581
Cantabria .....	2	223	185	11	5	23	266	221	409	2	184	347	10	2	7	319	33	90	1.929
Castellón .....	—	43	39	32	3	3	2	214	371	1	108	221	1	4	11	139	17	18	1.147
Ciudad Real .....	—	49	47	7	2	14	141	147	309	—	—	272	4	2	14	94	8	212	1.206
Córdoba .....	—	121	114	38	3	23	280	164	619	1	25	388	5	5	36	102	52	61	1.804
Cuenca .....	—	37	23	2	—	2	44	58	104	—	1.665	485	1	5	3	119	77	26	615
Gerona .....	—	118	91	6	2	28	181	666	956	1	201	270	85	38	43	497	73	710	2.355
Granada .....	3	187	161	53	—	2	140	277	533	3	131	492	4	—	32	290	99	74	2.130
Guadalajara .....	—	331	314	3	—	6	68	58	135	1	1.709	275	3	—	4	147	120	50	492
Huelva .....	—	119	56	3	2	15	—	188	424	—	109	346	—	—	20	63	18	194	1.382
Huesca .....	—	41	41	5	—	6	29	64	154	5	55	213	12	7	7	36	28	48	669
Jaén .....	—	73	76	12	3	19	270	182	392	2	2.364	613	2	1	16	113	96	426	1.694
La Coruña .....	16	164	173	32	10	49	335	716	869	—	239	1.476	6	7	36	227	84	396	4.872
La Rioja .....	—	55	68	7	1	—	19	87	170	1	8	184	5	4	9	52	79	116	742
Las Palmas .....	—	399	399	15	10	17	794	1.208	1.838	7	78	2.009	13	14	69	132	60	351	6.615
León .....	—	162	102	5	1	1	185	202	233	—	181	349	—	—	21	82	34	25	1.319
Lérida .....	—	78	73	2	2	7	164	247	497	4	21	412	27	4	29	327	81	424	1.571
Lugo .....	—	38	18	1	1	4	48	88	178	—	103	224	4	2	14	163	16	6	849
Madrid .....	3	953	214	495	105	162	1.832	—	8.033	—	405	3.940	92	94	192	864	253	—	10.977
Málaga .....	—	290	172	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Murcia .....	1	25	147	21	10	21	952	710	1.277	1	—	2.454	22	15	41	705	92	398	2.744
Navarra .....	33	113	110	25	2	9	123	137	285	7	123	384	8	3	26	125	109	95	1.461
Orense .....	—	24	20	9	4	2	111	259	352	—	1.565	706	6	7	24	125	30	163	1.165
Palencia .....	—	48	42	9	—	4	67	55	157	1	89	233	2	2	1	180	159	71	1.034
Pontevedra .....	—	186	68	20	6	6	223	407	760	12	200	406	6	8	56	239	44	236	2.649
Salamanca .....	—	54	50	1	4	3	64	134	367	—	30	556	12	1	15	278	12	165	1.642
San Sebastián .....	—	1.510	1.119	11	1	—	256	386	566	4	2.788	1.318	23	49	26	110	69	488	8.151
Segovia .....	—	17	11	1	2	6	10	35	84	—	9	218	1	2	22	178	12	43	618
Sevilla .....	—	268	237	87	15	31	550	705	1.461	8	188	1.133	17	15	177	317	73	561	5.342
Soria .....	—	20	22	6	—	—	17	70	52	1	88	457	4	3	8	60	12	12	733
Tarragona .....	—	—	117	2	—	2	188	298	516	2	130	234	18	5	28	136	16	341	2.520
Tenerife .....	—	257	170	26	7	19	617	705	942	1	297	667	11	4	25	145	58	230	4.181
Teruel .....	—	31	31	1	—	—	44	44	81	—	637	161	3	3	—	24	32	14	322
Toledo .....	—	342	297	5	—	5	102	68	201	—	660	417	2	1	1	63	12	127	568
Valencia .....	7	59	28	11	—	167	23	1.640	2.921	13	622	1.087	4	48	90	666	77	45	329
Valladolid .....	—	83	76	5	2	29	317	286	422	10	531	677	7	5	3	306	532	114	3.248
Zamora .....	—	73	19	7	2	4	79	38	114	—	9	220	2	2	3	50	36	38	604
Zaragoza .....	13	150	199	11	8	5	91	357	457	45	510	1.911	22	11	50	137	67	265	3.947
TOTAL .....	3.731	9.788	8.322	1.332	292	945	12.140	21.848	44.574	171	25.359	35.260	812	706	1.809	10.780	3.672	14.583	150.210

Intervención del Fiscal en los Ordenes Jurisdiccionales Contencioso-Administrativo y Social

	CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO						SOCIAL		
	Dictámenes sobre competencia	DICTÁMENES EN PROCEDIMIENTO DE LA LEY 62/78					Dictámenes sobre competencia	Asistencia a vistas	Otros
		Contestaciones a la demanda	Dictámenes sobre la suspensión	Otros	Dictámenes en materia electoral	Otros			
Alava .....	—	—	—	—	—	—	89	8	—
Albacete .....	25	29	21	26	8	—	26	11	26
Alicante .....	—	—	—	—	—	—	100	7	26
Almería .....	—	—	—	—	—	—	5	12	2
Asturias .....	6	12	10	6	4	1	51	2	11
Audiencia Nacional .....	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Ávila .....	—	—	—	—	—	—	3	2	—
Badajoz .....	—	—	—	—	—	—	2	14	3
Baleares .....	32	3	1	50	—	—	40	10	5
Barcelona .....	89	259	32	20	12	76	75	3	6
Bilbao .....	129	30	20	—	2	28	311	—	4
Burgos .....	68	10	10	8	—	—	18	12	6
Cáceres .....	8	7	4	2	10	—	16	3	3
Cádiz .....	—	—	—	—	—	—	100	20	64
Cantabria .....	45	5	2	15	14	3	140	32	8
Castellón .....	—	—	—	—	—	—	5	3	7
Ciudad Real .....	—	—	—	—	—	—	28	11	6
Córdoba .....	—	—	—	—	—	—	32	10	7
Cuenca .....	—	—	—	—	—	—	—	6	3
Gerona .....	—	—	—	—	—	—	6	6	3
Granada .....	16	838	26	8	—	—	2	6	38
Guadalajara .....	—	—	—	—	—	2	17	23	—
Huelva .....	—	—	—	—	—	—	35	19	—
Huesca .....	—	—	—	—	—	—	1	2	1
Jaén .....	—	—	—	—	—	—	53	10	—
La Coruña .....	37	43	26	4	5	—	203	34	1
La Rioja .....	2	4	4	—	1	—	8	7	5
Las Palmas .....	6	35	20	11	3	—	33	17	3
León .....	—	—	—	—	—	—	21	5	4
Lérida .....	—	—	—	—	—	—	8	—	—
Lugo .....	—	—	—	—	—	—	25	2	—
Madrid .....	458	152	125	170	12	67	561	179	—
Málaga .....	49	49	49	49	—	—	65	53	57
Murcia .....	1.344	28	8	155	9	80	89	11	44
Navarra .....	24	5	6	5	5	3	14	9	2
Orense .....	—	—	—	—	—	—	7	2	—
Palencia .....	—	—	—	—	—	—	17	2	—
Pontevedra .....	—	—	—	—	—	—	140	22	6
Salamanca .....	—	—	—	—	—	—	2	1	4
San Sebastián .....	—	—	—	—	—	—	10	9	54
Segovia .....	—	—	—	—	—	—	15	2	—
Sevilla .....	125	24	23	57	3	22	90	22	7
Soria .....	—	—	—	—	2	—	3	—	—
Tarragona .....	—	—	—	—	—	—	11	2	—
Tenerife .....	43	17	11	15	3	—	28	22	6
Teruel .....	—	—	—	—	—	—	8	2	1
Toledo .....	—	—	—	—	—	—	4	3	—
Valencia .....	436	274	55	322	5	44.173	436	140	3.702
Valladolid .....	281	21	3	—	5	—	173	4	—
Zamora .....	—	—	—	—	—	—	12	—	8
Zaragoza .....	24	35	31	10	4	8	118	1	9
TOTAL .....	3.247	1.880	487	933	107	44.463	3.256	783	4.142

## Datos generales sobre el volumen de trabajo en la Fiscalía durante el año 1995

	Procedimientos Pendientes en Fiscalía en 1 enero 1995	Procedimientos ingresados año 1995	Total	Pendientes en Fiscalía en 1 enero 1996	Total dictámenes emitidos	Total vistas a las que asistió el Fiscal	Total juicios en Audiencias	Total juicios en Juzgados	Total asuntos gubernativos despachados Fiscal	Total asuntos R. C. despachados por el Fiscal
Alava .....	—	19.315	19.315	—	19.315	119	41	1.535	61	1.104
Albacete .....	83	28.841	28.924	178	25.639	108	51	1.008	1.310	630
Alicante .....	860	146.271	147.131	1.215	164.360	199	812	10.426	607	3.120
Almería .....	245	42.644	42.889	187	53.777	73	269	4.342	69	353
Asturias .....	112	75.280	75.392	101	70.920	711	433	3.643	520	2.597
Audiencia Nacional .....	114	2.628	2.742	88	7.579	207	162	45	—	—
Avila .....	—	9.707	9.707	—	10.211	37	26	1.287	5	668
Badajoz .....	—	93.981	93.981	—	88.656	5.325	146	5.870	392	1.544
Baleares .....	—	138.287	138.287	—	134.883	284	506	14.710	226	3.178
Barcelona .....	85.815	329.301	415.116	105.346	481.525	562	1.171	29.398	24	—
Bilbao .....	294	92.409	92.703	180	136.203	2.936	344	15.669	53	5.129
Burgos .....	—	19.104	19.104	—	48.329	203	45	1.197	148	906
Cáceres .....	—	45.240	45.240	25	41.824	274	98	2.174	70	775
Cádiz .....	4.272	154.580	158.852	4.389	154.463	1.637	1.491	6.550	310	1.367
Cantabria .....	96	58.893	58.989	102	48.817	369	161	3.659	8.837	1.233
Castellón .....	287	58.718	59.005	291	52.723	180	104	3.948	238	1.521
Ciudad Real .....	176	41.437	41.613	452	52.976	52	123	3.059	500	378
Córdoba .....	1.135	55.245	56.380	1.050	55.330	2.165	117	1.934	128	832
Cuenca .....	—	16.222	16.222	—	16.222	33	30	563	135	445
Gerona .....	135	99.681	99.816	178	91.674	89	191	5.844	2	1.836
Granada .....	—	217.321	217.321	—	191.016	3.712	391	15.018	529	2.016
Guadalajara .....	—	9.197	9.197	—	9.426	56	24	394	—	363
Huelva .....	711	39.761	40.472	405	46.794	213	263	4.672	142	358
Huesca .....	—	10.433	10.433	—	16.811	80	70	1.150	10	427
Jaén .....	7	64.172	64.179	13	57.344	5.571	330	5.241	154	1.097
La Coruña .....	—	75.681	75.681	—	59.563	804	282	8.999	165	2.425
La Rioja .....	—	—	—	—	24.699	116	71	2.318	77	472
Las Palmas .....	—	112.051	112.051	—	127.776	416	336	8.284	295	5.113
León .....	51	47.362	47.413	65	47.348	273	153	4.034	72	1.091
Lérida .....	—	23.152	23.152	22.250	46.748	1.571	170	1.106	8	966
Lugo .....	—	—	—	—	18.590	14	78	2.250	47	2.480
Madrid .....	—	—	—	—	432.434	—	3.898	24.524	—	—
Málaga .....	1.280	190.430	191.710	1.415	198.594	170	1.860	7.920	360	3.452
Murcia .....	—	88.306	88.306	—	88.306	1.568	388	4.708	126	3.188
Navarra .....	—	27.628	27.628	—	29.212	113	72	3.205	349	139
Orense .....	—	13.750	13.750	—	14.894	51	34	1.206	25	1.118
Palencia .....	50	15.124	15.174	42	14.098	17	17	692	8	245
Pontevedra .....	5.137	71.240	76.377	—	118.218	—	214	3.173	96	1.401
Salamanca .....	9	18.667	18.676	17	20.501	70	29	542	56	646
San Sebastián .....	39	32.982	33.021	47	52.652	495	106	5.877	272	1.850
Segovia .....	—	13.591	13.591	—	12.047	96	2	1.202	18	226
Sevilla .....	754	201.269	202.023	679	219.993	580	822	19.805	236	3.336
Soria .....	14	8.317	8.331	23	9.438	720	14	237	34	172
Tarragona .....	183	71.347	71.530	—	80.657	92	337	3.245	41	1.203
Tenerife .....	487	70.634	71.121	472	70.649	201	227	8.160	456	—
Teruel .....	13	5.053	5.066	6	7.092	40	3	534	16	395
Toledo .....	832	22.948	23.780	1.818	23.568	203	77	4.481	76	1.368
Valencia .....	—	138.125	138.125	—	193.621	483	956	15.196	481	5.282
Valladolid .....	328	52.971	53.299	413	52.856	76	92	3.734	29	1.337
Zamora .....	—	15.768	15.768	—	15.768	21	43	555	39	354
Zaragoza .....	—	—	—	—	108.320	310	215	5.708	174	2.301
TOTAL .....	103.519	3.185.064	3.288.583	141.447	4.164.459	33.695	17.895	285.031	18.026	72.439

RESUMEN de los asuntos criminales (Sala 2.ª del Tribunal Supremo) despachados por esta Fiscalía, desde 1 de enero a 31 de diciembre de 1995

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS		Número de asuntos
Procedimientos atribuidos a la Sala especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .....		—
Recursos de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma preparados por los Fiscales .....	{ Interpuestos .....	163
	{ Desistidos .....	77
Recursos de revisión .....	{ Interpuestos por el Fiscal .....	7
	{ Interpuestos por las partes .....	57
Recursos de súplica .....	{ Interpuestos por las partes .....	16
	{ Interpuestos por el Fiscal .....	3
	{ Apoyados totalmente .....	30
	{ Impugnados totalmente .....	1.291
Recursos de casación interpuestos por las partes, acordado en Juntas de Fiscalía, respecto de ellos .....	{ Formular adhesión .....	7
	{ Oponerse a la admisión totalmente .....	1.043
	{ Oponerse a la admisión, impugnar o apoyar parcialmente .....	797
Recursos de casación desestimados por dos Letrados .....	{ Interpuestos en beneficio de los reos .....	15
	{ No interponer .....	1.058
Recursos de queja .....	{ Con dictamen de procedentes .....	5
	{ Con dictamen de improcedentes .....	36
Competencias .....		80
Causas cuyo conocimiento está atribuido a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo .....		133
Dictámenes de tasación de costas .....		32
Dictámenes de varios .....		368
Indultos .....	{ Con dictamen favorable .....	24
	{ Con dictamen desfavorable .....	64
Procedimientos señalados por la Sala Segunda .....		1.438
Procedimientos celebrados por la Sala Segunda .....		1.337
<b>TOTAL</b> .....		<b>5.306</b>

Asuntos registrados en el año 1995 .....		4.818
Desglose de asuntos especiales atribuidos a la Sala 2.ª del Tribunal Supremo .....	{ Conflictos de jurisdicción .....	8
	{ Querellas .....	30
	{ Denuncias .....	78
	{ Errores judiciales .....	15
	{ Escritos y exposiciones .....	25
	{ Recursos de revisión interpuestos por la parte y el Ministerio Fiscal .....	64
<b>TOTAL</b> .....		<b>220</b>

	REFORMA DE MENORES							JUICIOS DE FALTAS ART. 584									
	Expedientes incoados en Fiscalía del 1º enero al 31 diciembre	ARCHIVADOS O SOBRESIEIDOS		Comparecidos ante el Juzgado	Audiencia	RESOLUCIONES		APELACIONES CONTRA RESOLUCIONES		SENTENCIAS DE APELACION		Incoados	Juicios celebrados	SENTENCIAS		SENTENCIAS APELACION	
		En Fiscalía	En Juzgado			Con medida	Sin medida	Recurridos Fiscal	Recurridos Menor	Confirmados	Revocatorias			Confirmatorias	Absolutorias	Confirmatorias	Revocatorias
Alava	242	80	17	147	61	75	20	—	1	1	—	13	14	2	9	—	1
Albacete	164	—	18	49	3	112	10	—	—	—	—	6	6	3	3	1	—
Alicante	969	435	106	321	216	214	2	—	—	—	—	5	3	1	2	—	—
Almería	185	—	105	42	1	38	5	—	—	—	—	158	158	69	89	—	—
Asturias	189	10	—	247	117	84	—	—	3	3	—	9	9	6	3	1	—
Avila	113	59	12	63	5	4	3	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—
Badajoz	579	400	23	103	58	65	11	—	2	—	—	19	13	7	6	2	—
Baleares	609	268	—	392	248	242	15	—	5	5	—	26	17	10	7	1	—
Bilbao	242	4	38	196	50	173	71	4	3	—	3	12	6	—	6	—	—
Burgos	148	—	148	67	40	69	2	—	1	—	1	2	—	—	—	—	—
Cáceres	119	36	25	36	11	26	7	—	—	—	—	1	1	—	1	—	—
Cádiz	616	316	—	—	—	49	2	—	7	—	—	18	7	—	4	—	—
Cantabria	242	139	4	67	24	43	30	—	3	2	—	1	1	—	1	—	—
Castellón	135	—	108	81	39	63	57	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Ciudad Real	352	230	284	78	92	72	264	—	1	1	—	4	1	1	—	—	—
Córdoba	291	227	227	54	17	65	227	—	—	—	—	11	9	1	8	—	—
Cuenca	93	48	19	28	—	28	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Gerona	275	185	180	32	37	64	5	—	4	3	—	4	3	1	2	—	—
Granada	319	—	137	82	30	22	25	—	—	—	—	46	36	28	3	—	5
Guadalajara	66	31	31	30	22	35	31	—	1	—	—	—	22	—	—	—	—
Huelva	235	87	38	58	26	47	15	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Huesca	111	—	44	63	34	85	12	—	4	1	3	—	—	—	—	—	—
Jaén	566	44	183	255	23	129	38	—	—	—	—	26	24	4	13	—	—
La Coruña	155	15	95	118	32	97	75	1	5	4	—	—	2	—	2	—	—
La Rioja	83	26	40	62	14	13	2	—	2	1	—	3	3	1	1	—	—
Las Palmas	660	531	2	113	29	89	53	—	—	—	—	11	9	3	6	—	—
León	105	27	21	32	13	43	2	—	1	1	12	4	4	3	1	—	—
Lérida	272	23	50	69	69	66	4	—	—	—	—	9	3	3	—	—	—
Lugo	65	—	53	16	3	8	3	—	—	—	—	1	1	1	—	—	—
Madrid	2.300	1.008	904	809	268	455	721	3	35	—	—	—	—	—	—	—	—
Málaga	265	49	57	44	15	50	15	—	2	2	—	138	125	75	9	3	—
Murcia	757	—	41	213	116	143	12	—	10	9	1	9	5	1	4	—	—
Navarra	51	70	4	89	11	55	15	—	2	1	—	6	2	1	—	—	—
Orense	22	1	6	10	6	7	8	—	3	—	—	1	1	—	1	—	—
Palencia	138	18	17	97	28	80	92	—	—	—	—	7	7	3	4	—	—
Pontevedra	125	92	30	102	48	40	16	1	2	—	—	7	7	1	6	—	—
Salamanca	81	33	48	—	7	54	28	1	—	—	1	—	—	—	—	—	—
San Sebastián	126	—	65	41	2	2	—	—	1	—	1	—	—	—	—	—	—
Segovia	48	18	7	23	10	16	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Sevilla	575	—	278	144	120	264	117	—	7	7	—	23	16	—	11	—	—
Soria	25	6	12	6	1	6	12	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Tarragona	305	69	62	107	56	46	13	—	1	—	—	—	7	6	1	—	—
Tenerife	243	208	11	80	13	93	102	—	—	—	—	32	29	7	22	—	—
Teruel	27	11	5	20	4	16	5	3	—	2	1	2	1	1	—	—	—
Toledo	142	1	100	52	—	34	13	—	1	1	—	—	—	—	—	—	—
Valencia	892	977	—	1.372	—	29	—	—	—	—	—	22	—	—	—	—	—
Valladolid	125	59	65	87	29	59	17	—	1	1	—	17	16	13	3	2	—
Zamora	53	15	19	33	4	20	17	—	1	1	—	21	16	12	4	2	—
Zaragoza	312	76	42	164	66	117	23	1	10	9	—	28	21	11	10	1	—
TOTAL	14.877	5.932	3.834	6.410	2.121	3.714	2.024	14	121	55	23	702	606	276	242	13	6

1. El presente informe tiene por objeto informar a la Comisión de la Verdad y Reconciliación sobre el cumplimiento de las obligaciones de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) en materia de atención y reparación integral a las víctimas de los hechos de violencia en Colombia, en el marco de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2010.

SINTESIS DE LAS OBLIGACIONES DE LA UARIV EN MATERIA DE ATENCION Y REPARACION INTEGRAL A LAS VICTIMAS DE LOS HECHOS DE VIOLENCIA EN COLOMBIA, EN EL MARCO DE LA LEY 975 DE 2005 Y LA LEY 1448 DE 2010.

**ANEXO**

1.1. La Atención y Reparación Integral a las Víctimas

Como se dice en la Sentencia del 10 de mayo de 2005, T-025 de 2005, emitida por el Consejo de Estado, el artículo 1º de la Ley 975 de 2005, que establece el marco legal de la atención y reparación integral a las víctimas de los hechos de violencia en Colombia, tiene por objeto garantizar a las víctimas de los hechos de violencia en Colombia el acceso a la justicia y a la reparación integral, en el marco de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2010.

El artículo 1º de la Ley 975 de 2005 establece que la atención y reparación integral a las víctimas de los hechos de violencia en Colombia se realizará en el marco de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2010.

Por ello, la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) se encargará de garantizar el acceso a la justicia y a la reparación integral a las víctimas de los hechos de violencia en Colombia, en el marco de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2010.

Una de las funciones de la UARIV es garantizar el acceso a la justicia y a la reparación integral a las víctimas de los hechos de violencia en Colombia, en el marco de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2010.

## ANEXO I

### SINTESIS ACTUALIZADA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO CORRESPONDIENTE AL AÑO 1995 SOBRE LAS CUESTIONES RELATIVAS AL TRAFICO ILEGAL DE DROGAS

#### 1. LA DONACION Y EL CONSUMO COMPARTIDO. CONDUCTAS ATIPICAS

Como se dice en la Sentencia de 16 de marzo de 1995, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, al redactar el artículo 344 del Código Penal, continuó concibiendo autores del delito contra la salud pública a los que ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, añadiendo, como expresión generalizadora y de cierre, a los que «de otro modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

Si la donación no quedase subsumida en el tráfico, lo que no ofrece duda es que supondría realizar «de otro modo» actos prohibidos.

Por ello la jurisprudencia ha mantenido una postura uniforme en el sentido de incluir la donación entre los actos de tráfico susceptibles de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas.

Una reducción de tales actos a aquéllos en los que el autor percibe un precio, carecería de sentido, pues dicho precio no es una condición esencial de lesión del bien jurídico ni del reproche penal de la conducta (SSTS 19 de mayo de 1989, 24 de enero, 17 y 22 de

octubre de 1990, 3 y 29 de mayo, 28 de junio de 1991 y 25 de enero de 1992).

Por ello en la Sentencia de 25 de septiembre de 1995 se dice que la entrega de drogas tóxicas o estupefacientes por su tenedor a otra persona para su consumo por ésta constituye un acto de tráfico encuadrado en el tipo penal descrito en el artículo 344 del Código Penal, aun cuando no conste exista una contraprestación económica por parte del receptor de la droga.

Pero, como dice la citada sentencia, existe una reciente línea jurisprudencial que acoge la impunidad del consumo compartido por personas ya adictas.

Así la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que en los casos en que la droga ocupada al acusado no es ostentada sólo en su propio nombre, sino en nombre y al servicio de un pequeño grupo de drogodependientes —en cierto modo como «servidor de la posesión»— que le encargan su adquisición para compartir su consumo y le proporcionan el dinero para ello, nos encontramos ante un autoconsumo compartido impune (STS de 3 de marzo de 1995 que cita las de 25 de mayo de 1981, 2 de noviembre y 18 de diciembre de 1992, 4 de febrero, 25 de marzo, y 27 de septiembre de 1993 y 18 de abril de 1994).

Se trata del caso en que varios adictos forman un fondo común con el fin de adquirir la sustancia que en común han de consumir (STS de 27 de enero de 1995).

Son varias las razones que se dan como *fundamento* de esta tesis.

En la Sentencia de 12 de enero de 1995 se afirma que no es típica la tenencia de drogas tóxicas en los casos en que esa tenencia no determine peligro de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, como ocurre en los casos que contemplamos, faltando en ellos el sustrato de antijuridicidad del acto y el elemento de culpabilidad.

En la Sentencia de 27 de enero de 1995, se alega que los actos de consumo entre adictos, siempre que tengan carácter gratuito, tienen la misma naturaleza que los actos de consumo que se realizan aisladamente.

En la Sentencia de 3 de marzo de 1995, se dice que esta doctrina se basa en la no acomodación al tipo de las conductas, dada la pequeña cantidad de droga adquirida, su naturaleza de droga blanda en la mayoría de los casos y su destino al autoconsumo in-

mediato, por lo que no existe el peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores.

Se añade en la sentencia que la tipicidad o atipicidad de la conducta no puede hacerse de una manera genérica y absoluta, sino concreta y en relación con las circunstancias concurrentes, resolviéndose caso por caso.

Dice la Sentencia de 11 de diciembre de 1995 que el considerar atípicas estas conductas de donación de pequeñas cantidades de droga o de consumo compartido entre personas adictas, debe tener un carácter excepcional, dada la importancia del bien jurídico protegido y la grave alarma social que produce el consumo de drogas susceptible de causar grave daño a la salud.

Por ello el Tribunal Supremo se muestra riguroso al precisar los *requisitos* de tales conductas.

Conforme a la Sentencia de 12 de enero de 1995 es necesario:

- 1.º Que la entrega de la droga se haga a una persona concreta, consumidora inveterada, a la que se pretende evitar los sufrimientos y angustias del síndrome de abstinencia.
- 2.º Que no se exija contraprestación o remuneración alguna.
- 3.º Que no haya posibilidad de difusión pública de la droga.

En la Sentencia de 14 de febrero del mismo año se precisa este tercer requisito exigiéndose que el consumidor tome la droga inmediatamente, en presencia del suministrador, para evitar ese riesgo de difusión.

La Sentencia de 28 de marzo de 1995 dice que son necesarias las siguientes prevenciones:

- a) Que no haya difusión de la droga entre el público, por hacerse el consumo en un recinto o círculo cerrado.
- b) Que no haya contraprestación alguna como consecuencia de la donación.
- c) Que el consumo se produzca a presencia de quien, a la vez, es consumidor y donante.

En la Sentencia de 23 de mayo de 1995 las exigencias son las siguientes:

- 1.º Que haya acuerdo de voluntades, con aportación conjunta de dinero, adquiriéndose la droga conjuntamente, bien por alguno o algunos de ellos, a los que se encomienda la tarea.

2.º Que el número de potenciales consumidores no desborde el círculo de los concertados, sin extenderse a terceras personas que pudieran participar a título oneroso o lucrativo.

3.º Que todos los concertados sean consumidores de droga.

Un supuesto, relacionado con el anterior que está mereciendo una especial atención por parte de los Tribunales es el de la *entrega de droga a un familiar interno en un Centro Penitenciario*.

La ya citada Sentencia de 12 de enero de 1995, por las razones ya recogidas de falta de antijuricidad y de culpabilidad, no considera delictiva la conducta de una mujer que, estando su marido, que padecía adicción a la heroína, en el cuartel de la Guardia Civil esperando ser conducido a prisión, pretendió hacerle llegar alguna droga —cocaína y heroína— para evitarle en la próxima reclusión los efectos de una forzada abstinencia.

Pero no es éste el criterio que se sigue en las Sentencias de 2 de noviembre y 11 y 23 de diciembre de 1995.

En la primera de ellas (2 de noviembre de 1995) se considera delictiva la conducta de un acusado que pretende hacer llegar a su hermano, consumidor habitual de droga interno en un centro penitenciario, haschís, heroína, Noctamid y Tranimazin, en base a las razones siguientes:

a) No se puede excluir el riesgo potencial de que al menos alguna de las citadas sustancias llegue a manos de otros internos, ya que el acusado carece de la posibilidad de controlarlas.

b) El hermano del acusado, por hallarse internado en un centro penitenciario, disponía de la atención médica precisa para controlar los padecimientos y procurar su deshabituación.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1995 se considera igualmente delictiva la conducta de una mujer que intenta hacer llegar a su marido, interno en un centro penitenciario, 0,400 gramos de droga, ya que:

1.º La droga apprehendida permite su distribución en dosis menor y, por consiguiente, su ulterior distribución a terceras personas.

2.º Al no poder ser consumida de una sola vez, tal consumo no puede hacerse en presencia del acusado.

3.º Al tratarse de un interno de un centro penitenciario, existe posibilidad de asistencia médica y de adecuado tratamiento.

Por último, en la Sentencia de 23 de diciembre de 1995 se contempla la condena de una madre que envía a su hijo toxicómano, 2,865 gramos de resina de haschís, porque:

— Al no ser directa la entrega, la acusada no puede observar que la droga es consumida inmediatamente, por lo que no está en «posición de garante».

— No consta que el destinatario sufriera angustia por la carencia de la droga.

— La cantidad de droga, aunque exigua, no excluye el peligro abstracto de difusión, máxime en medio de tan especial como es el de la población penitenciaria.

## 2. TIPO GENERICO: SUSTANCIAS QUE CAUSAN Y SUSTANCIAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD

La jurisprudencia, ante el problema de concretar lo que ha de entenderse por drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se remite al contenido de las listas aprobadas en convenios internacionales suscritos por España, con las modificaciones que se van introduciendo a medida que la ciencia médica va descubriendo y precisando los efectos de determinados productos químicos o naturales, y la Administración Pública los incluye en tales listas.

Así pues, precisando previamente que las sustancias estupefacientes y psicotrópicas son especies del género drogas tóxicas, será necesario referirse a los Convenios que regulan estas dos especies de drogas, para concretar, en definitiva, que sustancias han de considerarse drogas ilícitas.

### ESTUPEFACIENTES

El Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, enmendado por el Protocolo de Ginebra el 25 de marzo de 1972 y conforme al texto de 8 de agosto de 1975,

es la norma con pretensión de unificar la regulación internacional sobre la materia. Su contenido esencial fue incorporado a nuestro Derecho positivo por la Ley 17, de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2.1 dispone que «a los efectos de la presente ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Unico de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca». El párrafo segundo del citado artículo agrega que «tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la IV de las listas anexas al Convenio», y, a su vez, esta norma internacional expresa (art. 2.5) que «los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I».

Hay que entender, en definitiva, por estupefacientes a los fines del artículo 368 (antiguo 344), sólo las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV anexas a la Convención Unica. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo considera tan sólo como estupefacientes las sustancias incluidas en estas listas I, II y IV así como las que se determinen en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establece (Sentencias de 22 de febrero de 1974, 17 de marzo de 1975, 1 de abril de 1977, 28 de noviembre de 1978, 27 de enero de 1983, 30 de noviembre de 1981, 25 de septiembre de 1982, 7 de noviembre de 1987, 26 de febrero de 1987, 10 de octubre de 1988, 1 de junio de 1990, 23 de octubre de 1990, entre otras).

La incorporación constante de nuevas sustancias a las listas de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas se realiza, bien por los mecanismos previstos en los artículos 3 y 2 de la Convención Unica de 1961 y del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, respectivamente, bien porque así se considera en el ámbito nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, y en el artículo 1 y Disposición Final del Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, tiene lugar mediante la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», en forma de Ordenes Ministeriales.

#### SUSTANCIAS PSICOTROPICAS

El Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, entiende por sustancia psicotrópica «cualquier sustancia, natural o sintética o

cualquier material natural de las listas I, II, III o IV», anexas al mismo. En su artículo 2.4 define como psicotrópica «la sustancia que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central que tenga como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción o del estado de ánimo».

La Convención de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1988, ratificada por España el 30 de julio de 1990 («BOE» de 10 de noviembre de 1990) establece en su artículo 1.º que «ha de entenderse por sustancias psicotrópicas cualquier sustancia natural o sintética o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio Unico sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971», al que España se adhirió en fecha 2 de febrero de 1973 («BOE» de 10 de septiembre de 1976) con la particularidad de que tales listas no se publicaron hasta el Decreto de 6 de octubre de 1977 («BOE» de 16 de noviembre de 1977).

Este Decreto de 6 de octubre de 1977, además del Anexo I, incluyó otro Anexo II en el que se relacionan las denominadas «sustancias psicotrópicas no incluidas en las listas I, II, III y IV», las cuales sólo están sometidas a determinadas normas en cuanto a símbolos en los envases, sin que les sean aplicables las disposiciones del Convenio de Viena de 1971.

La jurisprudencia mantiene como norma (al igual que la Fiscalía General del Estado, Consulta 12/85) que sólo se reputan sustancias psicotrópicas las de las listas I, II, III y IV del Convenio de 1971, entendiendo excluidas del ámbito del artículo 344 del Código Penal las del Anexo II del citado Decreto de 6 de octubre de 1977.

La lista I del anexo de este Convenio de 1971 está dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia, siendo algunos naturales o de origen vegetal (mescalina o psilocibina) y otros artificiales o de síntesis (dietilamida del ácido lisérgico). Son sustancias que están totalmente prohibidas, excepto para fines científicos y médicos muy limitados, manejadas por personas debidamente autorizadas en centros médicos o científicos bajo la fiscalización directa de los gobiernos o con su aprobación expresa.

Las disposiciones de esta lista, que son muy estrictas someten cualquier otra actividad, como la fabricación el comercio, la distribución o la posesión, a permiso especial o autorización previa

siempre bajo la estrecha supervisión del gobierno. La exportación o importación de estas sustancias esta prohibida, excepto mediante procedimientos muy específicos en los que exportador e importador han de estar autorizados por las autoridades competentes.

La lista II incluye las que ejercen una acción estimulante sobre el sistema nervioso central, que son los derivados anfetamínicos (dexanfetaminas, metanfetaminas, metilfenidato); a la lista III están incorporados todos los derivados del ácido barbitúrico o productores de una acción depresora o reductora de la consciencia, y en la lista IV se hallan sustancias con las que se pueden formar alguna de las anteriores. Estas sustancias que aparecen designadas por su denominación común internacional y por su denominación química en el Convenio de 1971, se encuentran también en el anexo I al Real Decreto 2829, de 6 de octubre de 1977.

Las listas II, III y IV del Convenio disponen que cada una de las partes ha de aplicar medidas específicas de fiscalización establecidas por el Convenio, así como otras medidas que se consideren adecuadas para limitar a fines médicos o científicos la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el almacenamiento, el comercio, el uso y la posesión. Las sustancias enumeradas en estas listas pueden exportarse o importarse, fabricarse o distribuirse únicamente mediante permisos otorgados por los gobiernos u organizaciones de fiscalización similares. Por supuesto, para que la población pueda aprovechar los efectos terapéuticos de esas sustancias, los médicos pueden expedir recetas, con sujeción a las prácticas y normas adecuadas, en particular en cuanto al número de veces que se pueden despachar, la duración de su validez, el etiquetado correcto y las advertencias necesarias.

Este Convenio regula también la inspección de las existencias, registros y locales de los laboratorios. Prohíbe la publicidad dirigida al público en general.

Dada la naturaleza de estas sustancias se encomendó a la OMS la función de determinar, sobre bases médicas, si una nueva sustancia debe incluirse en una de las listas. Los criterios son los siguientes: a) La sustancia debe tener la capacidad de producir un estado de dependencia y debe estimular o deprimir el sistema nervioso central, provocando alucinaciones o perturbaciones de la función motora, del juicio del comportamiento, de la percepción o del estado de ánimo; b) el uso indebido de la sustancia debe pro-

ducir efectos nocivos similares a los causados por una sustancia ya incluida en una de las listas. La OMS debe probar también que la sustancia es o puede ser objeto de un uso indebido, constituyendo así un problema sanitario y social. Una vez realizada una determinación médica, la Comisión de Estupefacientes considera otros factores, tales como el grado de uso indebido y tráfico conocidos y decide si se incluye o no la sustancia en una de las listas.

#### SUSTANCIAS QUE CAUSAN Y SUSTANCIAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD

##### *Distinción entre drogas duras y drogas blandas*

La diferencia de pena que en el artículo 344 se establece, viene determinada en atención a la nocividad de la droga, o sea, según se trate de sustancias o productos que puedan causar en abstracto grave daño a la salud (sin atender a su mayor o menor cantidad o pureza, de suerte que las notas de cantidad y pureza tan sólo entran en juego a los efectos de aplicación del subtipo agravado del número 3 del artículo 344 bis a), *Sentencias de 8 de junio de 1992 y 5 de diciembre de 1992*).

La Circular número 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado, a la hora de distinguir lo que en el lenguaje común son drogas «duras» o «blandas», expresa que es concepción que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos, experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectadas por su consumo y de las listas anexas a los Convenios. Se entiende que esta remisión a las listas de los Convenios se hace a efectos de determinar la consideración de droga tóxica de una sustancia, toda vez que tal distinción —introducida mediante la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio— es ajena a los mismos, de forma que la misma Fiscalía General del Estado en Consulta número 12/1985, de 13 diciembre, refiriéndose en concreto a las sustancias psicotrópicas, afirma que si abstractamente todas las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas del Convenio de Viena de 1971 son nocivas para la salud, ante un hecho concreto de tráfico y para precisar si son productoras además de un grave daño, se considera

indispensable que, a través, de la actividad probatoria adecuada queden aclaradas las siguientes circunstancias: identificación exacta del producto, naturaleza de la sustancia psicotrópica que interviene en su composición, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud pública de su uso extraterapéutico y acción farmacológica.

A tal efecto, existen varios parámetros que, directa o indirectamente, vienen utilizándose y auxilian a la clasificación de esta materia. Generalmente se consideran sustancias que ocasionan graves perjuicios a la salud las que reúnen las siguientes características:

a) Producir tolerancia, entendiéndose por tal, la necesidad de exigir mayor dosificación para producir iguales o similares efectos.

b) Ocasionar dependencia o adicción física y/o psíquica. Dependencia psíquica supone la necesidad imperiosa de procurarse la misma sustancia, a fin de sentir las mismas sensaciones que las producidas por ingestiones precedentes, con las consiguientes sensaciones de ansiedad y angustia que ello conlleva. Por dependencia física, se entiende, la ineludible precisión de administrarse la sustancia para mantener un normal equilibrio físico, con los efectos que sobre el organismo del consumidor se producen, son los conocidos estados carenciales o síndromes de abstinencia.

c) El deterioro que la sustancia puede producir en el organismo humano, y

d) La letalidad del producto a bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente la muerte por sobredosificación.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo será definitiva para determinar, a efectos penales, cuando una sustancia debe considerarse como causante de grave daño para la salud; seguidamente se reseña una síntesis de la doctrina de la misma al respecto.

El Tribunal Supremo sostiene de modo constante que el ácido lisérgico (*LSD*) es sustancia que causa grave daño para la salud (Sentencias de 3 de marzo de 1992, 28 de septiembre de 1992, 30 de octubre de 1992, 11 de noviembre de 1992, 6 de octubre de 1993, entre otras muchas) junto con la *cocaína* (Sentencias de 3 de febrero de 1988, 8 de junio de 1992, 6 de octubre de 1993) y la *he-*

roína (Sentencias de 23 de febrero, 13 de julio y 11 de diciembre de 1984, 24 de octubre de 1987, 28 de septiembre de 1988, 5 de diciembre de 1992), y que tanto el *haschís*, *la marihuana*, *la grifa* y, en general, todas las drogas derivadas del cáñamo índico deben ser consideradas como drogas blandas y no causantes de grave daño para la salud (Sentencias 23 de febrero, 13 de julio y 11 de diciembre de 1984, 21 de marzo, 11 de junio y 25 de octubre de 1985, 17 de enero, 11 de julio de 1986, 24 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1988 y sucesivas).

Respecto a la consideración de las *anfetaminas*, si bien en alguna ocasión ha habido alguna desviación —las *Sentencias de 30 de enero de 1992 y 6 de julio de 1992* mantienen que no puede considerarse a las *anfetaminas* como sustancias que causen grave daño para la salud—, en la actualidad invariablemente son consideradas gravemente atentatorias para la salud de las personas en *Sentencias de 23 de octubre de 1990, 24 de julio de 1991, 23 de octubre de 1991, 7 de noviembre de 1991, 23 de junio de 1992, 18 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1993, 26 de abril de 1993, 21 de julio de 1993, 11 de octubre de 1993 y 12 de noviembre de 1993*. No obstante, se viene exigiendo para esta calificación que se aclaren en el proceso las circunstancias concurrentes alrededor del producto, porque sólo el componente atentatorio a la salud pública, y no el excipiente, puede servir para fijar la cuantía exacta de aquél (varias sentencias, entre ellas la última de las citadas, señala en 30 miligramos el peso mínimo para adquirir la consideración de tóxica) y, por consiguiente, para llevar a cabo la oportuna calificación jurídico-penal.

Sin embargo, la *Sentencia de 4 de diciembre de 1993* señala que el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 recoge en su lista II, entre las sustancias psicotrópicas, las *anfetaminas*, respecto de las que reiteradas decisiones jurisprudenciales han considerado que son sustancias que causan grave daño a la salud. No se hace por ello preciso en este caso, la actividad probatoria que sugirió la Consulta 12/1985, de 13 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, para precisar si las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas del Convenio de 1971 son gravemente nocivas para la salud. Resalta esta sentencia que todas las sustancias incluidas en las listas son nocivas para la salud, y, en principio, producen además un grave daño; recurriendo a su identificación, al estudio de su natu-

raleza, riqueza de principios activos y nocividad o riesgo para la salud pública derivados de su uso extraterapéutico, sólo cuando no haya constancia de esa gravedad de nocivos efectos, pero no cuando, como en el caso presente, se trata de una sustancia de la que ya está firmemente establecida en la jurisprudencia su condición de causante de graves daños a la salud, sin que pueda, por tanto, depender de otras comprobaciones.

La Sentencia de 21 de febrero de 1994 hace referencia a los perniciosos efectos de las anfetaminas señalando que son sustancias gravemente perjudiciales para la salud porque su consumo produce dependencia, afectan al sistema nervioso central, ocasionando trastornos en la función motora y alteraciones del juicio, del comportamiento y del estado de ánimo del sujeto que las ingiere. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 4 de marzo y 28 de abril de 1994, esta última indica que estos productos desarrollan, en quien los consume, dependencia psíquica y compulsión a tomar la droga de forma continuada o periódica, crean tolerancia o necesidad de incrementar la dosis para lograr iguales efectos, y causan, por su acción estimulante del sistema nervioso central, labilidad intelectual, irritabilidad con inclinación a comportamientos violentos, ansiedad e insomnio, pudiendo terminar en la llamada psicosis anfetamínica, que es un cuadro semejante al de la esquizofrenia paranoide. Las recientes Sentencias de 9 y 27 de marzo de 1995 reiteran la citada doctrina.

Por lo que se refiere a la *Dextroanfetamina (Dexedrina)*, la Sentencia de 22 de julio de 1993 indica que dicha sustancia está incluídas como psicotrópico en la lista II del anexo al Convenio de 1971, siendo reiterada la jurisprudencia de esta Sala que incluye las anfetaminas y sus derivados entre las sustancias que causan grave daño a la salud.

En igual sentido respecto al denominado «Speed» se pronuncia la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 señalando que el complejo anfetamínico conocido como «speed» es gravemente dañoso para la salud porque no se trata de un compuesto farmacéutico debidamente controlado sino de una mezcla realizada por los propios consumidores o vendedores sin ninguna pauta científica por lo que se convierte en especialmente peligroso. La Sentencia de 10 de enero de 1995 señala que la palabra «speed» se identifica en el mercado ilícito con las centraminas, cuyo principio activo es el sul-

fato de anfetamina. La Sentencia de 8 de mayo de 1995 se remite a la de 21 de mayo de 1993 en la que después de distinguir entre el «speed ball» (mezcla de cocaína y heroína) y la sustancia anfetamínica denominada «speed», llega a la conclusión de que la centramina conocida por este último nombre tiene como principio activo el sulfato de anfetamina, obligado a un riguroso control de su producción, distribución y consumo, lo que evidencia su peligrosidad, por lo que refrendando la misma posición mantenida en Sentencias de 24 de julio, 23 de octubre y 7 de noviembre de 1991 se la califica como gravemente dañosa, ya que crea adicción psíquica, tolerancia y ansiedad de aumentar sucesivamente las dosis, llegando a producir labilidad emocional, irritabilidad, predisposición a conductas violentas, ansiedad o insomnio, pudiendo conducir a un cuadro parejo a la esquizofrenia paranoide llamada también psicosis anfetamínica.

El producto llamado «Bustaid» es causante de grave daño a la salud, Sentencia de 12 de julio de 1984. El *Buprex*, medicamento que contiene como principio activo la Buprenorfina, que está incluida en la lista III del Anexo I a partir de la Orden de 28 de septiembre de 1989 y sólo desde esta fecha debe considerarse como sustancia psicotrópica a los efectos del artículo 344 del Código Penal. Así se han pronunciado las Sentencias de 8 de junio de 1992, 4 de diciembre de 1992, 24 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1993.

La referida Sentencia de 24 de diciembre de 1992 considera que el *Buprex* no es una sustancia que cause grave daño para la salud ya que estima que el uso de este fármaco fuera del control médico sólo puede producir un síndrome de abstinencia de intensidad moderada. No parece lógico equiparar los efectos esta sustancia con los de la heroína, cocaína o LSD, que son las sustancias inequívocamente consideradas como causantes de grave daño a la salud.

El *Rohipnol*, utilizado como inductor de sueño y como preanestésico, pero también por algunos toxicómanos como sustitutivo de la heroína, sigue planteando posturas contradictorias en la Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuanto a su carácter nocivo. Se trata, de un producto farmacéutico, uno de cuyos componentes es la sustancia psicotrópica denominada *flunitracepan*, la cual fue incluida por la Orden de 30 de mayo de 1984 en la lista IV, Anexo I

del Decreto 2829/77 de 6 de octubre; pero mediante *Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 27 de diciembre de 1995* («BOE» 30 de enero de 1996), siguiendo los criterios de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, *esta sustancia ha sido transferida de la lista IV a la III*, lo que deberá traducirse en un mayor control en su prescripción y dispensación.

En las Sentencias de *23 de septiembre de 1992* y *18 de diciembre de 1992* se considera al *Rohipnol* como gravemente perjudicial para la salud. La Sentencia de *4 de mayo de 1993* ha matizado que la grave nocividad para la salud de este producto no deriva de su composición intrínseca, ya que se trata de un fármaco de dispensación médica ordinaria, sino del abuso patente cuando falta el control médico, o cuando a sus efectos se suman la ingestión de otros estupefacientes; entra entonces en la categoría de drogas de abuso que, sola o en unión de otras, desarrolla tolerancia, síndrome de abstinencia, y produce una toxicidad neuropsicológica que se traduce en alteraciones de conducta.

La Sentencia de *24 de febrero de 1993* señala que el *Rohipnol* no es sustancia que cause grave daño a la salud. En este sentido la Sentencia *9 de diciembre de 1992* estima que ni por su composición y efectos causa grave daño a la salud, ya que se trata de un fármaco que puede ser dispensado sin apenas contraindicaciones y efectos secundarios, no produce adicción especial, y no altera la personalidad del que lo consume. El carácter nocivo de éste y otros medicamentos, viene determinado no por su composición intrínseca, sino por el abuso en su consumo, sin respetar las prescripciones para su administración y posología. Las incompatibilidades y efectos perjudiciales para la salud, devienen de su consumo desordenado, y de no tomar en cuenta la incompatibilidad con la ingestión de alcohol u otros tranquilizantes. El efecto, pues, gravemente perjudicial para la salud, vendrá determinado por el uso incontrolado en la dosificación y por la conducta del propio consumidor. Circunstancias, pues, que no pueden tomarse en consideración para transformar la composición farmacológica del medicamento en gravemente dañosa para la salud.

Igualmente la Sentencia de *29 de noviembre de 1993* señala que la consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo huma-

no, nadie discute el efecto deletereo y desintegrador de la personalidad que producen sustancias como la cocaína y la heroína, pero deben valorarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que, en ocasiones, se encuentran incorporadas a las formulas de productos farmacéuticos. El carácter nocivo del Rohipnol y otros medicamentos viene determinado por el abuso de su consumo, sin respetar las prescripciones contenidos en los prospectos que recogen recomendaciones sobre su administración y posología.

■ Más estricta que las anteriores es la Sentencia de 2 de noviembre de 1994 respecto del Rohipnol y el Halción, señala que el Flunitrazepam, principio activo del fármaco Rohipnol, y el Triazolam, principio activo del medicamento Halción, fueron incluidos como benzodicepinas por la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 30 de marzo de 1984, en la lista IV del anexo I del Convenio de 21 de febrero de 1971, y consiguientemente en la lista IV del anexo I del Real Decreto de 6 de octubre de 1977, los que son tenidos por la jurisprudencia de esta Sala —cfr. Sentencia de 17 de mayo de 1994— como sustancias que causan grave daño a la salud, ya que aunque se trate de fármacos de disposición médica ordinaria, son drogas de abuso cuando se dispone de ellas al margen de todo control médico, produciendo una toxicidad neurológica que se traduce en alteraciones de conductas (es de señalar que como se ha indicado anteriormente la sustancia denominada Flunitrazepam ha sido transferida de la lista IV a la III por Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1995 («BOE» 30/1/96).

■ La citada Sentencia de 4 de mayo de 1993 emplea la misma argumentación respecto de los comprimidos denominados «prefin», aún cuando en su composición interviene la Brupemorfin, incluida en el anexo II de psicotrópicos de las listas del Convenio de 1971, por lo que su dispensación también exige la correspondiente receta médica, se trata igualmente de un producto farmacéutico, con finalidades curativas, con efectos analgésicos, y que, al igual que el anterior, sólo un uso indebido del mismo puede provocar un grave daño para la salud.

■ La reciente Sentencia de 18 de marzo de 1995 hace referencia al producto farmacéutico denominado Tranxilium como gravemente dañino para la salud.

### *Referencia a las llamadas drogas de diseño*

En la actualidad han hecho irrupción en el mercado las llamadas «drogas de diseño» o «drogas de síntesis», con estos términos se conoce a diferentes tipos de sustancias que empezaron a utilizarse como drogas de abuso en Estados Unidos a partir de los años sesenta. Son sustancias sintetizadas en laboratorios con una estructura química similar a la de otras drogas ya declaradas ilegales.

Se trata de una nueva fase o capítulo de las distintas etapas en las que ha evolucionado la elaboración, producción y tráfico de drogas de abuso causante de farmacodependencias.

Estos productos de síntesis que tienen la gran ventaja para las organizaciones criminales, respecto de las «drogas tradicionales», de que no es necesario recurrir a la exportación de las mismas desde los países productores de las sustancias básicas para su extracción, los laboratorios pueden ser instalados y desmontados en cualquier lugar sin grandes dificultades.

En relación con los consumidores, se ha difundido el atractivo infundado de que son atóxicos, producen efectos sexuales afrodisíacos y estimulantes del divertimento; pero lo cierto es que originan nuevos problemas tanto en la esfera sanitaria como en lo que se refiere a las técnicas clásicas que se aplican para prevenir el consumo de drogas y reprimir su tráfico.

Sometidas al tratamiento jurídico-penal actual se generan grandes parcelas de impunidad. Efectivamente, modificando ligeramente la estructura química de una sustancia psicotrópica catalogada, se pueden mantener sustancialmente sus efectos psicoactivos, consiguiendo un producto todavía no sujeto a fiscalización, y, por tanto, su comercialización exenta de sanción penal. Además una sustancia de estas características, en opinión de los especialistas, no es difícil de conseguir; si se poseen ciertos conocimientos químicos, con la información que aparece en publicaciones científicas y sin demasiada complejidad tecnológica se pueden obtener un gran número de compuestos psicoactivos.

Entre estas sustancias, también denominadas «análogos contemporáneos a las anfetaminas», destacan las metilendioxianfetaminas. Las principales variantes son la MDA (3,4 metilendioxianfetamina) conocida como «píldora del amor», la MDMA (3,4

metilendioximetanfetamina) es el llamado «Extasis» y también «Adán», y la más reciente MDEA o MDE (3,4 metilindioxietilamfetamina) o «Eva». Son fármacos similares entre sí, se administran por vía oral y presentan unos efectos parecidos a los que producen la amfetamina, pero también recuerdan a algunos efectos del LSD, sin que alcancen las típicas alteraciones de la percepción de este alucinógeno.

Posiblemente la variante que más polémica está suscitando en la actualidad es la MDMA, sustancia que fue aislada de modo accidental por los laboratorios Merck de Darmstadt en 1912 —bastante antes de descubrirse las amfetaminas—, fue patentada en 1914 como un supresor del apetito e investigada como un modificador del comportamiento por varios psiquiatras y psicólogos norteamericanos, hasta que en 1985 se prohibió su utilización en Estados Unidos a causa de su neurotoxicidad y de las posibilidades de un uso indebido, mientras que en el Reino Unido la MDMA se considera desde 1977 como un fármaco de clase B de acuerdo con la Misuse of Drugs Act de 1977. En España mediante Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 30 de mayo de 1986 se incluyó en la lista I, del anexo I, del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre. Debido al exhaustivo control que supone la inclusión en esta lista, el estudio farmacológico y toxicológico de esta sustancia sólo se ha reiniciado tras conocerse la síntesis y distribución de forma clandestina.

Son ya reiteradas las Sentencias del Tribunal Supremo que ya han declarado que la MDMA es una sustancia gravemente perjudicial para la salud, se pueden citar, entre otras, las Sentencias de 11 de octubre de 1993, 24 de enero, 31 de enero, 25 de junio, 27 septiembre, 23 de noviembre de 1994, siendo de destacar la Sentencia de 12 de diciembre de 1994 en cuanto casa la polémica Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha de 12 de enero de 1994 que declaraba que la referida sustancia no era gravemente nociva para la salud.

Seguidamente se recoge un resumen de la Sentencia de 1 de junio de 1994 en cuyo fundamento 2.º se efectúa un riguroso análisis sobre el MDMA, tanto desde el punto de vista legal como desde el científico. Se expresa que actualmente se descarta el uso médico de esta sustancia, que cuenta con alta potencialidad de abuso y que, además, presenta un grave problema en su presentación al

consumidor, toda vez que al principio activo se suelen acompañar sustancias adulterantes, una de ellas la MDA, de mayor toxicidad. Los derivados de ésta poseen propiedades comunes a las anfetaminas y a las de la droga alucinógena mescalina.

La MDMA puede presentarse en forma de polvo cristalino o en forma de comprimidos o tabletas. En su farmacodinámica se han descrito varios mecanismos de acción. Y en la farmacocinética la forma más usual de administración es la oral aunque, ocasionalmente, puede emplearse por vía intranasal. Para facilitar la absorción se toma con el estómago vacío y sus efectos se presentan a los 20-60 minutos. Por analogía con otras anfetaminas su efecto total se produce a las 3-6 horas de la ingesta, pudiéndose prolongar hasta las 4 a 6 horas con dosis de 75 a 150 mg. y hasta 48 horas con dosis de 100 a 300 mg.

En cuanto a las dosis tóxicas la de MDMA varía entre 50 y 150 mg., mientras que la MDA varía entre 40 y 150 mg.

Los efectos tóxicos pueden ser agudos con dosis superiores. Entre 500 a 700 mg. se han descrito sensaciones táctiles de ligereza, flotación y sensaciones auditivas transitorias. Y aun síntomas psicóticos con dosis superiores a los 200 mg., incluida la crisis de pánico.

Otras complicaciones de la sobredosis aguda incluyen delirios, convulsiones, hemorragias cerebrales secundarias a una rápida elevación de la presión arterial, rigidez muscular, etc.

Si bien la MDMA tiene menor potencial tóxico que la MDA, también se han descrito casos mortales relacionados con ella, aunque se polemiza seriamente sobre la responsabilidad directa de la MDMA en la muerte. También se han descrito signos residuales de toxicidad horas o días después de la ingesta, equiparables a la «resaca».

La toxicidad crónica fue observada en sus primeros efectos sobre el sistema nervioso; asimismo, se ha manifestado en forma de diversas psicosis, la más habitual la psicosis paranoide, difícil de diferenciar de la esquizofrenia.

Cabe añadir que esta droga se ha difundido mucho en Gran Bretaña como «droga de baile» y en Estados Unidos a solas o como droga de fiestas. En Gran Bretaña se han producido siete muertes consecutivas a tal uso, aunque el número real de casos indudablemente es bastantes mayor, incluidos los casos de suicidio y depresión.

Todo lo dicho nos lleva a confirmar el MDMA como droga gravemente nociva para la salud, en cuanto la dosis tóxica va de 50 a 150 mg. Consecuentemente, dadas las cuantías y cualidades del «éxtasis» incautado en la causa (800 comprimidos con un peso de 594,30 gramos y una riqueza media del 21,25 por ciento) tales cuantías sobrepasan los límites señalados para considerar como gravemente nociva para la salud.

Vienen a reiterar la anterior doctrina las recientes Sentencias de *6 de marzo de 1995*, *18 de mayo de 1995*, *27 de septiembre de 1995* y *22 de diciembre de 1995* que se refieren conjuntamente al MDA y al MDMA, considerando a ambas sustancias gravemente dañosas para la salud. En el mismo sentido la Sentencia de *17 de marzo de 1995* se refiere al MDA y la de *15 de febrero de 1995*, *17 de abril de 1995* al MDMA.

La Sentencia de *7 de julio de 1995* también considera al MDMA como sustancia que causa grave daño a la salud, pero estima el motivo del recurso de casación basado en la infracción del artículo 6 bis a) del Código Penal, haciendo un análisis sobre el *error de tipo* al desconocer el autor la gravedad de esta sustancia para la salud. Indica la expresada Sentencia que la Audiencia consideró que el error sobre la gravedad del daño a la salud que causa el éxtasis es de carácter «accidental» y que, por ello «no producirá efecto alguno». La terminología no es, posiblemente, la más adecuada, dado que lo decisivo para la relevancia del error en el Derecho Penal es si este recae sobre los elementos del tipo o sobre la antijuricidad, según lo establecido por el artículo 6 bis a) del Código Penal. De cualquier manera, es evidente que la gravedad del daño a la salud constituye —como lo dice acertadamente la defensa— un error relevante pues recae sobre un elemento «que agrava la pena» en el sentido del artículo 6 bis a), primer párrafo, del Código Penal y, por lo tanto, sobre un elemento del tipo (agravado). En efecto, una circunstancia de la cual depende la gravedad de la pena (por el mayor desvalor del resultado de peligro), en principio, debe formar parte del tipo penal (agravado), dado que implica una mayor gravedad de la ilicitud y el tipo penal es una ilicitud tipificada. Por lo tanto, en la medida en la que la gravedad del efecto de la sustancia sobre la salud es un presupuesto típico de la agravación de la pena, no es correcto considerar el error que recae sobre el mismo como meramente

«accidental», es decir, sobre una circunstancia que no forma parte del tipo penal.

Sigue esta sentencia expresando que es claro que el error de tipo no se ve afectado por el conocimiento genérico de la antijuricidad que el autor pueda tener del comportamiento del tipo básico —que la defensa no discute—, se trata como se dijo, del desconocimiento de una circunstancia típica que agrava la pena en relación al tipo básico y, por ello, que requiere ser alcanzado por el dolo. En caso contrario, no podría ser imputado al autor.

También la Sentencia de 9 de diciembre de 1994 se ha pronunciado sobre esta cuestión expresando que «el artículo 344 del Código Penal define como conducta básica la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico, y la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o la posesión con los mismos fines, y el mismo precepto introduce un nuevo elemento de índole normativa —la circunstancia de que las sustancias o productos causen grave daño a la salud— para construir un tipo agravado, en el que el dolo abarca, junto a la resolución de ejecutar actos de tráfico, el conocimiento de que la sustancia o producto es un estupefaciente o psicotrópico «que causa grave daño a la salud»; y como este aspecto intelectual del dolo y el error deben correr paralelos, el error puede afectar al susodicho elemento normativo con valoración más bien residenciable en el área de tipicidad. Consecuentemente, el error sobre la circunstancia agravatoria en cuestión (el daño grave para la salud) atraería la aplicación del que se ha convenido en llamar tipo básico, eludiendo el juego del carácter invencible o vencible del mismo, tal y como reconoce para las agravaciones específicas del tipo la Sentencia 21 de abril de 1994, sin que el error invencible provoque la exclusión de la responsabilidad, ni el evitable pueda operar otorgando carácter culposo al hecho o degradando la pena, según se aprecie error de tipo o de prohibición.

Afirmada, en estos términos, la posibilidad de que el error pueda recaer sobre el elemento normativo indicado, la sentencia de instancia sienta en el relato judicial que el acusado «no conocía» que las pastillas de la droga denominada «éxtasis» pudieran ser gravemente dañosas para la salud, lo que no impide cuestionar, en el recurso de fondo interpuesto, si esta inferencia venía avalada

por la razonable actitud mental; y no lo es, por sí sola, la apreciación subjetiva del acusado montada sobre el hecho de que él y sus compañeros la vinieran consumiendo desde hace casi un año sin otros efectos que la simple y temporal euforia, pero si a ello se une, como circunstancia añadida, la inexistencia —en el momento de los hechos— de un criterio dedicado y perfectamente caracterizado sobre la nocividad de dicho psicotrópico que había trascendido a las resoluciones judiciales, y al que puso término —en favor del grave daño— la Sentencia de este Tribunal de 1 de junio de 1994, hay base razonable para mantener el error sobre dicha calificación agravatoria, con aplicación del tipo base y preterición de las soluciones previstas en el artículo 6 bis a) del Texto penal. El criterio expuesto, que admite la posibilidad de error respecto del susodicho elemento normativo, como exigencia ineludible del principio de culpabilidad que impide dejar parcelas exentas dentro del tipo penal, no debe abrir un portillo a la impunidad en la represión del tráfico de drogas, porque la invocación del error será de todo punto inane cuando, abstracción de opiniones o apreciaciones subjetivas, se trate de sustancias o productos que tienen acreditada y reconocida nocividad en la experiencia clínica, y tal consideración en las resoluciones de los Tribunales, con notoriedad en la comunidad social.

### 3. PARTICIPACION

No se aparta la jurisprudencia del Tribunal Supremo del año 1995 de las pautas marcadas en años precedentes para la participación en delitos de tráfico ilícito de estupefacientes.

Entre otras muchas, la *Sentencia de 15 de julio de 1994*, como fundamento de este aserto, nos dice: «La redacción vigente del artículo 344 del Código Penal ha pretendido que todo favorecimiento del tráfico con drogas prohibidas constituya autoría —en su caso coautoría— del delito establecido en dicha disposición, sin distinguir diversos niveles de participación. Se trata, indudablemente, de un concepto extensivo de autor, que excluye la aplicación —al menos en principio— del artículo 16 del Código Penal. El texto del artículo 344 del Código Penal al incluir los términos “otro modo”, entre las acciones típicas, es indudablemente un elemento decisi-

vo, por su claridad, en la interpretación de los alcances de este delito. El vocablo "de este modo" pone de manifiesto que el legislador ha querido proteger el bien jurídico más intensamente, excluyendo la atenuación de la pena permitida por el artículo 16 del Código Penal para quienes realicen aportes reemplazables en este delito.»

En el mismo sentido, la *Sentencia de 21 de marzo de 1995*: «Aunque en ciertos supuestos se haya recurrido a la fórmula de la cooperación necesaria (así, por ejemplo, Sentencias de 12 de febrero y 16 de julio de 1993) más recientemente se ha declarado que lo que el artículo 344 del Código Penal ha pretendido es que todo favorecimiento de tráfico de drogas prohibidas constituya autoría, sin distinguir distintos niveles de participación. Se trata, por ello, de un concepto extensivo de autor, previsto en forma específica y que se satisface con la mera tenencia o posesión de la droga, tanto sea para sí o *animus domini*, como para terceros o en nombre ajeno.» Por tanto, la admisión de formas de participación diferentes de la autoría, se hace realmente difícil de apreciar cuando de delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico ilegal de drogas, se trata.

En esta línea jurisprudencial se encuentran entre otras sentencias las siguientes: *Sentencia de 6 de junio de 1995*: «La amplia redacción del artículo 344 del Código Penal parece *prima facie* permitir encuadrar en el tipo delictivo que describe cualquier actividad de cultivo, elaboración, tráfico, tenencia o cualquiera otra de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, lo que, a su vez, determina un concepto extensivo de la autoría que excluye la aplicación, al menos en principio de formas de participación encuadrables en el artículo 16 Código Penal que permitirían la atenuación penal a los que cooperan en la comisión del delito con una actividad reemplazable y no necesaria.»

«No obstante la posibilidad de estimar meramente cómplices y no autores de delitos de tráfico de drogas ha sido admitida en algunos casos excepcionales como han sido la indicación a personas drogadictas del lugar de venta de heroína y acompañarlas al domicilio de los traficantes para adquirirla (*Sentencia de 9 de julio de 1987*) o la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga (*Sentencia de 30 de mayo de 1991*). La

distinción entre autoría y complicidad ha de pasar porque la cooperación delictiva sea imprescindible o no para la ejecución del delito, de tal modo que “favorecer el favorecimiento” o “facilitar el facilitamiento”, en ausencia de actos incardinables directamente en los comportamientos básicos legalmente descritos determine que la actividad enjuiciada, por exigencias del principio de legalidad, deban degradarse a mera complicidad (Sentencia de 15 de enero de 1991).»

En tales conductas de participación, necesariamente, debe concurrir el elemento *subjetivo del injusto*, como bien nos recuerda la Sentencia de 30 de junio de 1995: «La doctrina de esta Sala ha estimado autoría genuina de la tipicidad del artículo 344 del Código Penal, no sólo los actos del cultivo, fabricación o elaboración, sino la venta, permuta y los previos como la tenencia o el transporte. El tránsito del acto impune a la conducta punible por típicamente antijurídica se produce a través de la potencial vocación al tráfico de la droga o sustancia estupefaciente. Precisamente en este ánimo tendencial, elemento subjetivo del injusto, radica la existencia del delito. Tal elemento por interno, personal y subjetivo debe inferirse de las circunstancias concurrentes en el caso.»

Como resumen, de esta línea jurisprudencial, recoger lo declarado en la Sentencia de 28 de noviembre de 1994: «*Todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico encaja en alguno de los supuestos del artículo 344 del Código Penal, en calidad de autoría directa, dado los amplios términos en los que aparece configurada esta clase de infracción penal, pues constituyen actos que de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de estupefacientes.*»

Frente a lo expuesto, no excluye de forma tajante la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, otras formas participativas distintas de la autoría.

Así lo avalan, entre otras las *Sentencias de 14 de junio de 1995 y 26 de octubre de 1995*: «Como viene señalando la doctrina de esta Sala (por ejemplo, Sentencias de 30 de mayo de 1991, 14 de abril de 1992, 18 de febrero de 1993 y 2 de junio de 1995, entre otras), la figura de la complicidad en esta clase de delitos es difícil habida cuenta de la amplitud de los términos con que aparece redactado el artículo 344 del Código Penal, pero no debe descartarse en caso de conductas auxiliares que benefician a aquél que es el

verdadero traficante, es decir, que no favorecen directamente al tráfico aunque favorecen al favorecedor.»

En la misma línea argumental, la *Sentencia de 24 de junio de 1995*: «La doctrina de esta Sala viene señalando la dificultad de estimar la figura de la complicidad en delitos de tráfico de droga por la amplitud de los términos en que está redactado el artículo 344 del Código Penal y sólo se ha aplicado en casos de colaboración mínima de favorecimiento al favorecedor del tráfico tales como la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vendía droga, y la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga, pero no cuando existe un previo acuerdo para delinquir que, según también reiterada doctrina de esta Sala, convierte en autores a todos los concertados para la actividad de tráfico de droga, cualquiera que sea el rol concreto, siempre que su colaboración contribuya, como establece el artículo 344, a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes o de sustancias psicotrópicas (*Sentencias de 14 de abril y 11 de noviembre de 1992, 9 de febrero, 15 de marzo, dos de 16 de julio, 24 de septiembre y 20 de octubre de 1993, 4 de febrero, 15 de julio, 8 y 11 de noviembre y 3 de diciembre de 1994*).»

#### AUTORIA

La *Sentencia de 3 de abril de 1995* analiza el acto de la posesión de sustancias estupefacientes como autoría: «El delito contra la salud pública, como delito abstracto, se consuma por la ejecución de cualquiera de las conductas especificadas en el precepto sin necesidad de resultados lesivos concretos y muy especialmente sin necesidad de que se haya llevado a efecto la transmisión del alucinógeno. Se trata de infracciones de resultado cortado en las que basta un tráfico potencial, porque el tráfico real se sitúa más allá de la propia consumación. La punibilidad nace de la mera disposición de la droga o del hecho de quedar ésta sometida a la voluntad del agente por medio de los artículos 431, 432, 4389 y 461 del Código Civil, si tales objetos están sometidos a la acción de la voluntad, a medio de una posesión material e inmediata, a medio de una posesión espiritual y mediata, a medio en fin de una posesión pre-

sente o a distancia, en cualquier caso única y compartida como en ese supuesto.»

«La conducta consciente de *posesión inmediata o de mediación posesoria de los alucinógenos* incide en el tipo penal si de ésta forma se promueve, se favorece o se facilita el consumo ilegal. Resulta indiferente la inexistencia material de la detentación física del producto cuando concurren una patente preordenación al tráfico por ser suficiente para la infracción el dominio funcional. Ese dominio en su caso, aquella *detentación material en otro, de presente y a distancia*, son las que elocuentemente se desprenden de las diligencias practicadas.»

«La conducta del acusado, con el dominio y la disponibilidad que ostentaba respecto de la droga, hasta el punto que fue sin duda alguna autor esencial y fundamental pues sin su intervención la infracción no se hubiere desencadenado. Es autor todo aquél que realiza el hecho en condiciones tales que puede imputársele como suyo.»

La *Sentencia de 2 de diciembre de 1995* refiere la posesión compartida: «Para que exista la autoría basta con que la operación de tráfico se ponga en marcha iniciando la actividad que cada uno tiene preordenada y adjudicada. La posesión es compartida por todos aquellos que poniendo su voluntad al servicio de la operación desempeñan diversos papeles en el transporte de la droga. La interrupción del transporte por la intervención de la policía, no frustra la actividad típica sino que la confirma y pone de relieve que se había puesto en marcha la actividad encaminada a enviar la sustancia estupefaciente de un lugar a otro, anticipándose la consumación al momento en que la droga inicia su recorrido.»

La *Sentencia de 24 de junio de 1995* contempla el alquiler de habitaciones. «Y en el caso de la recurrente no puede decirse que su colaboración fuera mínima, ocasional e innecesaria, para la comisión del delito de tal modo que este se hubiera producido igualmente sin su contribución, sino, muy al contrario, aparece en el relato de hechos su actuación, con pleno conocimiento de la existencia de una organización dirigida al tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, aportando, en cumplimiento de un previo acuerdo, su colaboración al favorecimiento y facilitación de ese tráfico. En funciones de alquiler a su nombre de las habitacio-

nes de hotel y recogiendo una importante cantidad de dinero procedente del ilícito tráfico.»

#### COOPERACION NECESARIA

La jurisprudencia configura la *intermediación* en acto de tráfico ilegal de drogas como autoría rechazando la posibilidad de la complicidad.

La *Sentencia de 8 de abril de 1994* analiza la figura del *mediador o intermediario en el tráfico ilegal de drogas identificándola con el instituto del cooperador necesario* del artículo 14, número 3, del Código Penal, tanto si aquél se erige en transmisor de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas desde el proveedor al consumidor como si su función consiste —como en el supuesto acontecido— en el acercamiento, puesta en relación de los dos protagonistas (pasivo y activo) del ilícito tráfico.

En este sentido la *Sentencia de 1 de junio de 1995*: «El acusado actuó como intermediario en una operación de tráfico de drogas dirigida por otras personas, limitándose a ser el transmisor de la droga entre los verdaderos traficantes. La conducta del acusado facilitó el tráfico y la amplitud de los términos del artículo 344 del Código Penal hacen difícil encontrar conductas auxiliares que no incurran en el tipo como autoría, imposible como ha reconocido esta Sala en supuestos de colaboración mínima. El acusado era poseedor de una importante cantidad de haschís que, conforme al juicio de inferencia, destinaba al tráfico, por lo que su conducta encaja directamente en la autoría directa del número 1.º del artículo 14 del Código Penal.»

*Los actos de vigilancia* se contemplan jurisprudencialmente como conductas de autoría por cooperación necesaria.

*Sentencia de 4 de abril de 1995*: «El relato histórico declara una “connivencia” en la actividad de tráfico que se realizaba en el establecimiento abierto al público, participando en ella con las funciones de vigilancia fundamental, lo que implica una acción conjunta de unos con otros y el consiguiente reparto de funciones, que les convierte en “coautores” por “cooperación necesaria”, sin que se pueda atender a la pretensión de la crítica que postula al respecto su participación en el grado de “complicidad”, ya que apar-

te de que la doctrina de esta Sala admite difícilmente forma participativas distintas de la autoría, pues la realización de alguno de los comportamientos descritos en el tipo previsto en el artículo 344 del Código Penal constituye *per se* autoría, y con dicha labor de vigilancia “favorecían” el consumo ilegal de drogas por terceros, desde el punto de vista material de la “causalidad”; su aporte para la ejecución del delito no puede reputarse como no necesario, sino que resultaba imprescindible su vigilancia para la venta en el bar, en cuanto la venta quedaba subordinada a la vigilancia como medio necesario para que el tráfico se llevase a cabo en condiciones de seguridad para impedir su descubrimiento.»

*Sentencia 18 de septiembre de 1995:* «Dice la parte recurrente que “vistos los hechos que se declaran probados, en lo que se refiere a la intervención del acusado, a quien se le atribuye exclusivamente *la cesión de una casa que tenía alquilada* a terceras personas sin que en el resto de hechos enjuiciados haya tenido intervención ninguna, se describe más bien la actuación de un cómplice que la de un autor del delito.»

«La complicidad (art. 16 del Código Penal), al igual que la coautoría (art. 14 del Código Penal), requieren un *pactum sceleris* entre los implicados y una cooperación en el resultado finalístico de la infracción. Se diferencian en que, en la autoría tal cooperación es “necesaria”, en tanto que en la complicidad, la misma es de importancia menor. A este respecto, tiene declarado esta Sala que existe cooperación necesaria del artículo 14.3.º del Código Penal cuando existe aportación de una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine que non*), cuando se contribuye con algo escaso que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los “bienes escasos”) o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del “dominio del hecho”) (*v. ad exemplum*, la Sentencia de 10 de junio de 1992).»

«En el presente caso, el hoy recurrente —según el “hecho probado”— formaba parte de un grupo organizado dedicado al tráfico de drogas. Fue él quien facilitó al procesado *Ciro Gaitán*, de acuerdo con el también procesado *William Rodríguez Paredes*, el uso de la casa rústica, donde *Ciro* “desarrolló parte de su hábil actividad extractora, mediante la utilización de sustancias y útiles tales como los encontrados en la diligencia de registro”. Este permi-

so de utilización supone, sin la menor duda, la aportación de un bien eminentemente escaso para el desarrollo de la actividad delictiva.»

#### COMPLICIDAD

La participación por complicidad en actos de tráfico ilegal de drogas son relegadas por nuestro Tribunal Supremo a «conductas de auxilio directo y secundario para la efectividad del delito a ejecutar por otro, de una actuación de modo accidental y subordinado al comportamiento de quien o quienes son los verdaderos traficantes, de modo que estas formas de auxilio-favorecimiento deben tener una incidencia remota y jurídico-penal en la actividad del autor, tal como se infiere de la doctrina emanada de las Sentencias de 24 de abril de 1994 y 28 de noviembre de 1994, que, a su vez, cita la Sentencia de 9 de julio de 1987.

La Sentencia de 3 de abril de 1995 nos dice: «La complicidad en cambio hace referencia a una actividad cooperadora no necesaria que requiere, además del acuerdo previo y simultáneo como elemento subjetivo, la concurrencia del requisito objetivo consistente en la aportación de actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar, secundario o accesorio.» En la complicidad resalta una participación de segundo grado, un auxilio eficaz favorecedor del resultado pero sin el cual el hecho criminal también era posible. Ahora no puede decirse que la conducta del acusado fuera carente de significado y eficacia en lo que al delito se refiere, y en esta línea jurisprudencial cabe citar:

→ Sentencia de 14 de febrero de 1995: «De otro lado conocida es la consideración de estos delitos contra la salud pública como infracciones de resultado cortado, de mera actividad o de consumación anticipada. Conforme a ello el delito mantiene un amplio "ámbito consumativo", dentro del cual tuvieron lugar los actos al recurrente imputados. Los cómplices son cooperadores con actos anteriores o simultáneos, tal aquí acontece. Subjetivamente se requiere el *pactum scaeleris* como concierto de voluntades o acuerdo, previo e inicial, coetáneo o sobrevenido, expreso o tácito, junto con la conciencia de la ilicitud y de la antijuricidad de los actos (*conciencia scaeleris*). Objetivamente es necesaria la aportación de

actos auxiliares, como participación secundaria de segundo grado, de carácter periférico acaecidos temporalmente “antes” o “durante”. Mientras los autores ejecutaron hechos propios, el acusado se limitó a contribuir de alguna manera en dichos actos para él ajenos. La tipicidad y la antijuricidad de la conducta principal, singularmente relevante, lleva aparejada inexcusablemente la tipicidad menor y el consiguiente reproche penal de quien intervino accesoriamente (ver la Sentencia de 3 de noviembre de 1992), con también relevancia aunque subsidiaria.»

*Sentencia de 14 de junio de 1995:* «Como viene señalando la doctrina de esta Sala (por ejemplo, Sentencias de 30 de mayo de 1991, 14 de abril de 1992 y 18 de febrero de 1993), la figura de la complicidad en esta clase de delitos es difícil habida cuenta de la amplitud de los términos con que aparece redactado el artículo 344 del Código Penal, pero no debe descartarse en casos de conductas auxiliares que benefician a aquél que es el verdadero traficante, es decir, que no favorecen directamente el tráfico aunque favorecen al favorecedor. En el caso presente debe confirmarse el criterio de la Sala de Instancia que valorando la escasa entidad y el carácter ocasional de la intervención de dicho acusado en relación con la importancia de la operación y partiendo de las doctrinas del carácter no indispensable del acto, de la prescindibilidad del mismo, de la innecesariedad, de la falta de dominio del hecho o incluso de la del bien no escaso, refleja la responsabilidad del acusado Francisco de Quinto al ámbito de la complicidad, por ser su colaboración no necesaria, pudiendo haber conducido el vehículo donde se trasladó la droga cualquier otra persona, estimando también esta Sala que el criterio de la Sala Sentenciadora —que debe respetarse en la valoración de la entidad de la conducta auxiliar, mientras ésta valoración no aparezca como manifiestamente errónea— permite una mejor y más proporcionada individualización de las responsabilidades que la idéntica calificación como co-autoría de dos conductas (la del verdadero traficante, y la del que le presta a éste un servicio auxiliar) notoriamente diferentes en su gravedad. El recurso, por tanto debe ser desestimado.»

*Sentencia de 26 de octubre de 1995:* «En el caso actual la conducta de los dos recurrente; padre y madre de los otros dos condenados no recurrentes que eran quiénes de manera material y directa se dedicaban al tráfico, consistía en prestarles la posibilidad

de utilizar el domicilio familiar para el depósito y ocultación de los estupefacientes (“haschís”), así como para la manipulación del mismo, sin que las operaciones de venta se realizaran en el domicilio, participando también en los beneficios en proporción no determinada. Realizándose las operaciones de tráfico fuera del domicilio familiar, sin la participación de los recurrentes, la cooperación de éstos tiene un mejor encuadre en la complicidad al no poder calificarse de necesaria, atendiendo a que el nivel de ganancias a que se refiere el hecho probado posibilitaba fácilmente a los dos traficantes la utilización de otro domicilio que no fuese el familiar. Por otra parte la estimación del motivo permite una mejor y más proporcionada individualización de responsabilidades que la idéntica calificación como co-autoría de dos tipos de conductas (la de los verdaderos traficantes y la de quienes prestaban una colaboración auxiliar), notoriamente diferentes en gravedad.»

#### ENCUBRIMIENTO

La posibilidad del encubrimiento en el tráfico ilegal de drogas ha venido siendo rechazada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo admitida la participación por encubrimiento en casos muy puntuales y restringidos.

La *Sentencia de 16 de diciembre de 1994* analiza los motivos jurídicos por los que el encubrimiento no tiene cabida en la modalidad delictiva del tráfico ilegal de drogas. A la vez, *obiter dicta*, admite la hipótesis del encubrimiento para las conductas encuadrables en el número 2 del artículo 17 del Código Penal: «*El carácter permanente del delito del artículo 344 permitía entender que toda intervención tenía lugar durante la comisión y nunca “ex post facto”*», de modo que la participación no podría salir del ámbito de la cooperación necesaria o de la complicidad; sin embargo, la *Sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1993*, aunque aceptaba este criterio y conclusión como indiscutibles en el encubrimiento del artículo 17.1.º del Código Penal —“auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito”—, no cerraba la posibilidad a las hipótesis del encubrimiento la número 2 del susodicho artículo —“ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento”—

*confinando en ellas las actividades dirigidas, con único propósito, a destruir la droga, poniendo término a la posesión y frustrando una ulterior intención de tráfico o consumo, supuesto al que se añaden, después de la Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre —artículo 344 bis h del Código Penal)—, los encubrimientos real y personal conceptuados como blanqueo de capitales. Quedando al margen aquellas ocultaciones que no excluyen la posibilidad de una ulterior utilización de la droga o que se refieren a parte de la poseída subsumibles en la cooperación o participación previstas en el amplio comprensivo texto del artículo 344.»*

En la misma línea argumental la *Sentencia de 21 de marzo de 1995*: «El tema ha sido ya resuelto motivadamente por la Sentencia recurrida, recordando que al ser el delito del artículo 344 Código Penal un tipo de consumación anticipada y carácter permanente no cabe la participación *ex post*, que es esencia del encubrimiento definido en el artículo 17 Código Penal, al ser inevitable que toda intervención en el *iter* de la tenencia y difusión de la droga sea una participación en la fase consumativa del delito, razones por la que esa Sala viene rechazando la posibilidad del encubrimiento en esta clase de infracciones (Sentencias de 30 de mayo de 1991; 21 de noviembre de 1992 y 25 de junio de 1993, por ejemplo), sin perjuicio de que a partir de la Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre, existan dos tipos especiales que sancionan ciertas modalidades de encubrimiento específico, en el artículo 344 bis h), apartados 1 y 2, cuya aplicación no es del caso.»

La idea de la *intervención ex post facto* es destacada por la *Sentencia de 27 de enero de 1995*: «El relato fáctico solamente nos facilita el dato de la convivencia común y atribuye a la esposa una actividad meramente circunstancial y derivada de los incidentes surgidos en el momento del registro domiciliario. La acusada siguiendo las instrucciones de su marido trata de esconder o deshacerse de la droga y después colabora con la Comisión que realiza el registro entregando a la Secretaría Judicial un objeto de tamaño de huevo conteniendo droga. Nos encontramos ante un supuesto de participación posterior a la comisión del hecho delictivo, mediante la prestación de actividades encaminadas a ocultar o inutilizar el cuerpo del delito con el objeto de tratar de impedir su descubrimiento, lo que nos lleva a encuadrar su conducta en el ámbito del encubrimiento previsto y tipificado en el artículo 17.2.º del

Código Penal. Este encubrimiento recae sobre actividades delictivas realizadas por su cónyuge, por lo que su actuación, según el artículo 18 del mismo texto legal, resulta exenta de responsabilidad criminal.»

La *Sentencia de 12 de julio de 1995*: «Se trata de desviar esta conducta, en un esfuerzo exculpatorio, al ámbito del auxilio o favorecimiento real del artículo 17.2 del Código Penal para atraer sobre las conductas enjuiciadas la excusa derivada de artículo 18, pero esta pretensión desconoce que la nota básica del encubrimiento es la intervención *ex post facto*, y en este caso se enjuicia una acción coetánea de eficaz cooperación al tráfico. Las dos procesadas llevaban la droga escondida entre su ropa y fueron detenidas junto a sus respectivos maridos quienes quisieron asumir la exclusiva responsabilidad de los hechos.»

*Sentencia de 26 de mayo de 1995*: «La sentencia de instancia, subsumió la conducta de Mercedes Cristóbal en el artículo 17.1º del Código Penal como un supuesto de encubrimiento. Presencia de la acusada en el momento de la venta y en la recepción inmediata del producto de la misma. Una vez finalizada la transacción, y no habiendo participado en ella, recibió de su hermano el billete de cinco mil pesetas, y aunque se apuntale este hecho con su conocimiento del acto de tráfico —según inferencias del Tribunal sentenciador— no hay elementos o datos suficientes para cambiar el título de imputación.»

La *Sentencia de 9 de marzo de 1995*: «La aplicación del artículo 17 del Código Penal requiere que el encubridor no haya tenido participación en el delito encubierto. En la medida en la que el recurrente tenía la droga ocupada en su poder, es decir, dentro de su ámbito de dominio, y no existe ninguna explicación que permita excluir su disponibilidad sobre la misma, es indudable que su participación tuvo lugar antes de la consumación del delito y ello impide de plano la aplicación del artículo 17 del Código Penal.»

#### ORGANIZACION

Los requisitos exigidos jurisprudencialmente para estar en presencia de un grupo organizado son elocuentemente destacados por la *Sentencia de 24 de junio de 1995*: «La doctrina de esta

Sala viene exigiendo para la apreciación de la agravante de pertenencia a una organización con finalidad de difundir drogas, que ha merecido por parte del legislador más grave sanción en razón de la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de la supervivencia del propósito criminal que la organización representa, que concurren, de un lado, una pluralidad de personas, que aunque no constituyan una organización formalizada dispongan de medios idóneos para desarrollar un plan de actuación con finalidad de difundir la droga, en el que los asociados han repartido las tareas a realizar y, de otro lado, una cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase la simple y ocasional "consorciabilidad" para el delito (Sentencias de 8 de febrero y 17 de marzo de 1993, 3 de mayo y 10 de noviembre de 1994, 19 de enero y 14 de febrero de 1995). Aplicando esos criterios en el caso aquí en consideración se constata la concurrencia en la actividad de difusión de la droga de varias personas que se han repartido las funciones para llevar a cabo esa actividad, de tal modo que, mientras uno se desplazaron a Málaga para realizar cobros del precio de la droga y contactos con personas allí encargadas a su vez del almacenamiento y distribución de la misma, otra permanece en el piso de Madrid, en que tenían su centro ya desde unos meses antes a ser descubiertos por la policía, custodiando y guardando en ese lugar droga y dinero obtenido del tráfico en cantidades importantes, como es, para la droga, la de 505 gramos de heroína y disponiendo para llevar a cabo toda esa actividad de medios idóneos. Bastando, como en este caso, con la posibilidad de disponer de un piso o local donde guardar la droga y dinero y de la posibilidad de disponer de la suficiente cantidad de numerario para el pago de los medios de transporte y el alojamiento en establecimientos hoteleros en ocasión de los desplazamientos a realizar con motivo de la actividad difusora de la droga.»

Como complementaria doctrina de lo anteriormente expuesto podemos señalar las siguientes sentencias:

*Sentencia de 14 de febrero de 1995:* «La organización no es de apreciar como agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco puede confundirse con la coautoría o la coparticipa-

ción (Sentencias de 8 de febrero de 1993 y 23 de diciembre de 1991).

La organización *supone* e implica *todos aquellos supuestos* (Sentencia de 3 de mayo de 1994) *en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la idea criminal pero sin que sea preciso la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente. Ese amplio concepto de la específica y concreta agravación acoge también a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuere el momento en que se insertan en la misma o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Únicamente se ha de tener presente, para la vivencia del subtipo, que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional "consoiciabilidad para el delito". Naturalmente que la organización, como en este supuesto acaece, va acompañada de una cierta jerarquización y, a la vez, una distribución de cometidos y tareas.»*

*Sentencia de 13 de marzo de 1995: «Las pruebas no contradicen, antes al contrario, la existencia de la organización y de la jefatura o dirección de la misma. La organización supone todos aquellos supuestos* (Sentencias de 14 de febrero de 1995 y 3 de mayo de 1994) *en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la acción criminal, más sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente. Ese amplio concepto de la agravante viene siendo asumido, pacíficamente, por la doctrina de esta Sala Segunda, acogiéndose en base a la misma a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos.»*

«Únicamente ha de tenerse presente, para la vivencia del subtipo, que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional "consoiciabilidad para el delito". Naturalmente que la organización, como aquí acontece, va acompañada de una cierta jerarquización con una distribución obligada de cometidos y tareas. Si la organización en ese sentido no puede haber duda alguna, menos aún la ofrece la identificación del acusado como director o gestor del "negocio" que la propia coacusada manifiesta y patentiza.»

#### 4. CONSUMACION: FORMAS IMPERFECTAS

Hay que tener en cuenta que el delito del artículo 344 del Código Penal, no sólo se comete por la posesión de la droga para el tráfico, sino, también por actos de cultivo, elaboración y tráfico y por actos de promoción, favorecimiento, facilitación del consumo ilegal de drogas, sin necesidad que se produzcan resultados concretos lesivos para la salud pública, ni la posesión de la droga por quienes hayan realizado los actos facilitadores, favorecedores o de promoción del uso ilegítimo de la droga.

Este tipo de infracciones no se penalizan en función del daño concreto causado, sino teniendo en cuenta el peligro abstracto que corre la comunidad con el tráfico de drogas, por lo que se rigen por la tesis de la «consumación anticipada» y, en, principio, el que la operación se malogre o fracase no priva al delito de la consideración de consumado, cualidad que adquiere cuando el agente realice cualquiera de las acciones enunciadas en el artículo 344 del Código Penal.

Debido a la naturaleza de este delito, de peligro abstracto, es difícil la apreciación de formas imperfectas de ejecución, aunque excepcionalmente algunas sentencias del Tribunal Supremo han admitido formas imperfectas, en aquellos casos en que el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga y no se le puede achacar cualquier forma de disponibilidad.

En este sentido se manifiesta la Sentencia de 8 de junio de 1995 al resolver el recurso planteado por el Ministerio Público ante una Sentencia de la Audiencia que declara que el delito contra la salud pública esta cometido en grado de frustración ante el hecho de que un paquete enviado desde el extranjero que contenía droga fue interceptado antes de llegar a sus destinatarios. El Tribunal Supremo acepta la tesis planteada por el Fiscal y considera consumado el delito aunque la tenencia no este lograda por entender que tal tenencia no requiere que sea material ni física sino que puede ser mediata, e incluso consistir simplemente en un poder de disposición sobre la droga que faculte a quien lo tenga a decidir aquello que se deba hacer con ella, y en tal sentido es notorio que tal poder lo tuvieron en este caso los acusados desde que el producto salió de Colombia rumbo al lugar designado por ellos para su entrega.

Igualmente, la Sentencia de 19 de julio de 1995, establece que la figura imperfecta de la frustración sólo cabe cuando el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni ha tenido, de cualquier otro forma, la disponibilidad de la misma. Para la consumación del delito contra la salud pública no es necesario que el agente llegue a ostentar la posesión material de la droga, ya que si nos atenemos a tan incongruente interpretación los grandes traficantes que actúan desde sus despachos y fuera de las actividades físicas del transporte, almacenamiento y distribución, quedarían al margen de cualquier posibilidad incriminatoria como autores de un delito consumado, viniendo a ocupar un lugar subalterno y subsidiario con respecto a sus servidores. Esta conclusión no es sólo irracional, sino que choca frontalmente con el espíritu de justicia que debe animar cualquier interpretación del derecho penal.

La Sentencia de 1 de febrero de 1995 entiende, en el caso de la droga enviada por medio de Correos o empresas privadas de transportes de mercancías, que desde que el remitente se desprende del envío en la estafeta o agencia de transporte y entra en el circuito del transporte se ha consumado el delito, tanto respecto del primero como del destinatario, aunque finalmente no llegue a poder de este por el seguimiento o intervención policial, ya que para la posesión de la sustancia no es precisa su tenencia material, sino sólo y únicamente la puesta a su disposición de la sustancia. La disponibilidad supone aptitud o predisposición a incidir sobre las actividades típicas establecidas por el legislador para configurar el delito contra la salud pública. El tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor de la mercancía había previamente convenido con ella.

La Sentencia de 26 de septiembre de 1995 destaca la excepcionalidad de la apreciación por el Tribunal Supremo de formas imperfectas y en los casos en que lo admite se debe a que el sujeto no ha alcanzado la posesión material de la droga y siempre que no le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad.

La Sentencia de 8 de febrero de 1995, abundando en la misma tesis, establece que la punibilidad de estos delitos encuentra su razón de ser en una situación de peligro eventual, por lo que, en orden a la determinación del momento de la consumación, se anticipa a la concurrencia de los dos elementos integrantes del delito, la

tenencia o el *corpus*, o cualquier forma de disponibilidad sobre la droga, y el *animus*, que ha de inferirse de los datos objetivos debidamente acreditados, sin necesidad de producción de resultados lesivos y concretos como lo determinan los verbos nucleares recogidos en el tipo del artículo 344 y sin que sea necesario la distribución del producto tóxico para lograrse la plena consumación, delitos de resultado cortado, en que basta un tráfico potencial, pues el tráfico real, se sitúa mas allá del área de la consumación (SSTS de 2, 5 y 16 de julio de 1993 y 30 de mayo y 8 de julio de 1994).

Por ello, aplicando la doctrina expuesta esta sentencia califica el delito como consumado aunque la acusada fuera detenida en el momento del canje de la droga por el dinero pactado por entender que se dan los dos elementos para la consumación de delito, tanto el objetivo de la posesión de la droga, como el intencional o *animus* que se infiere del objetivo debidamente acreditado con la entrega de la droga por el precio, sin que por tanto, sea preciso ni incluso la transmisión real, que se sitúa en la fase de agotamiento del delito, pues la consumación anticipada ya se había efectuado.

La Sentencia de 1 de marzo de 1995 considera consumado el delito para quien participó en el hecho, mediante una actividad consistente en la búsqueda de la forma de hacer llegar a España de una importante cantidad de cocaína que sería destinada al tráfico, buscando la personal y el medio de obtener que la droga llegara por correo a donde otra persona, con la que previamente se había convenido, funcionario de correos, pudiera conseguir su posesión y posterior dedicación al tráfico. Es indudable, pues, que se consuma su actividad de facilitación y favorecimiento del tráfico ya que no sólo se comete el delito por la posesión de la droga para el tráfico sino también por la ejecución de cualquier de las conductas especificadas en el artículo 344.

#### FORMAS IMPERFECTAS

Como hemos dicho la posibilidad de aceptar formas imperfectas en la comisión del delito contra la salud pública es admitido de forma excepcional por la jurisprudencia así, algunas sentencias de la Sala Segunda desarrollaron esa posibilidad (Sentencia de 27 de junio y 16 de octubre de 1991, 27 de febrero y 4 de junio de 1990)

con base a criterios jurídicos civiles sobre perfección y consumación de la compraventa de, si la primera se ha cumplido y la segunda no se ha ejecutado.

Como regla general ha de considerarse, como señala la Sentencia de 23 de febrero de 1994:

— Que la punibilidad nace de la mera disponibilidad de la droga o del hecho de quedar esta sujeta a la voluntad del destinatario, aunque no haya existido tráfico, ni haya posesión si la preordenación al tráfico es patente, habida cuenta además, que la entrega de la cosa ofrece plurales expresiones, muchas veces simbólicas.

— Que cualquier actividad tendente a promover, favorecer o facilitar, plasmada de una forma concreta, supone la conclusión del delito que por ser de mera actividad se consuma anticipadamente.

— Que tal disponibilidad puede provenir de situaciones muy diversas, desde la posesión material a la espiritual que comprende la detentación o coposesión a distancia, sea o no compartida con otros detentadores directos o inmediatos.

— Que toda conducta de mediación consciente es punible cualesquiera que sean las formas de la misma, siempre que se este favoreciendo, facilitando o promoviendo el consumo de drogas.

— Que de otro lado, carecería de sentido que la compraventa civil se estime perfeccionada por el simple acuerdo consensuado, artículo 1.450 del Código Civil, respecto de la cosa y el precio aunque ni la una ni el otro hubieren sido entregados, y en cambio se rechace la consumación de este delito contra la salud pública, porque la droga no se hubiere traspasado real y efectivamente.

La Sentencia de 27 de febrero de 1995 considera en grado de tentativa el siguiente hecho: El acusado esta vigilando en una playa junto a una segunda persona la llegada de una barca con un importante cargamento de hachís, pero son sorprendidos y detenidos por la Policía, posteriormente la barca fue interceptada. El TS estima que se ha dado comienzo a la ejecución pero no se produce una tenencia de la droga siquiera sea fugaz y considera que sólo puede reputarse existente la tentativa.

Esta sentencia rompe con la tesis generalizada establecida por la Sala 2.<sup>a</sup> en cuanto a la consumación de este delito ya que si de forma repetida se viene entendiendo que para la consumación de

este delito basta la tenencia mediata de la droga, entendemos que esta existía desde el momento que quien estaba a la espera de la llegada de la droga en la playa la poseía en calidad de poseedor mediato.

Ante un caso idéntico al anterior, en el que un individuo se encuentra en el aeropuerto esperando la llegada de una persona que procede de Colombia y porta siete kilos de cocaína, siendo esta última detenida, antes de producirse el contacto, el Tribunal Supremo entiende en Sentencia de 13 de marzo de 1995 que el delito es consumado para las dos personas en base al siguiente razonamiento «El delito contra la salud pública por tráfico de drogas es de riesgo abstracto o peligro general y, por lo tanto, de consumación anticipada, bastando la mera tenencia con ese destino, aunque no lleguen a realizarse actos de tráfico, pues la comercialización y el lucro caen ya mas allá de dicha consumación, que así es independiente del resultado. Por otra parte, el previo concierto de voluntades y la cooperación necesaria facilitando vías de transporte y distribución, igualan a ambos partícipes en la autoría. Tan consumado esta el delito para uno como para el otro, sin que pueda existir entre ellos grado de ejecución.»

Así, la Sentencia de 20 de enero de 1995 ante un caso semejante indica que tanto el remitente como el destinatario de la droga son jurídicamente poseedores de la misma, en cuanto gozan del poder de disposición, según el artículo 438 del Código Civil, ya que la puesta a disposición de tan vil mercancía es equivalente a la entrega según el artículo 339 referido a las ventas mercantiles y de cosas no prohibidas y con causa lícita.

#### ACTOS PREPARATORIOS

La Sentencia de 30 de junio de 1995 considera cometido el delito del artículo 344 en grado de conspiración ante el hecho de que una pluralidad de personas se hayan reunido, llevando varias de ellos elementos mecánicos y químicos, adquiridos, con un desembolso económico de cierta importancia, y utilizables en la manipulación y elaboración de cocaína para su presentación posterior en la forma en que se utiliza por quienes la consumen como droga estupefaciente, no habiéndose realizado ninguna actividad concreta

de elaboración pero constatándose de forma inequívoca la intención de realizarla en un momento posterior.

Esta sentencia declara que para que se pueda admitir la conspiración deben darse una serie de circunstancias:

— La actividad debe estar relacionada, necesariamente, con alguna de las infracciones definidas como delito en el Libro 2.º del Código Penal.

— Se requiere la concurrencia de una pluralidad de personas, dos al menos, que puedan cada una de ellas ser sujetos activos del delito que proyectan, que acuerden sus voluntades mediante un *pactum scaeleris* y parezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito.

— No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan sólo meras conjeturas o suposiciones, debiendo el tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso.

## 5. DELITO PROVOCADO

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo bajo la denominación de delito provocado, ha acogido aquellos supuestos en los que el llamado agente provocador (funcionario policial infiltrado e incluso particular colaborador con las fuerzas de seguridad) suscita el hecho delictivo sin auténtica voluntad de que se lesione o ponga en peligro el bien jurídico, adoptando, para ello, las medidas de precaución oportunas, con el sólo objetivo de detener y poner a disposición judicial determinada/s persona/s.

Muy sintéticamente expuestas, son tres las notas, que en este sentido, distinguen al delito provocado:

1.º Se requiere un elemento objetivo representado por la incitación del agente provocador, éste debe tomar la iniciativa a consecuencia de la cual surge la resolución delictiva en la persona del provocado.

2.º Un elemento subjetivo, representado por la conducta del agente provocador que aspira a conseguir una meta que difiere por completo de la que por lo común persigue todo delincuente,

pues su intervención en el hecho tiene como fin inmediato lograr el castigo de la persona provocada.

3.º Por último, la tercera nota característica consiste en que el agente provocador ha puesto las medidas precautorias adecuadas para evitar que se pueda alcanzar el resultado desaprobado. Por ello en el delito provocado la imposibilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico es consecuencia de la intervención directa o indirecta del propio provocador. Por este motivo ciertos delitos se prestan mejor que otros a estas actuaciones; así sucede con los delitos que requieren la coparticipación, en los que se puede influir decisivamente en la estructura o desarrollo del hecho.

Sin embargo, después de una fase inicial en la que se impuso la tesis de que el delito provocado se trataba de un hecho carente de entidad penal debido a la intervención del agente provocador que de antemano eliminaba la posibilidad de menoscabo del bien jurídico y el hecho no podía ser calificado ni siquiera como delito imposible por carencia inicial y preconstituida de todo riesgo (Sentencias de 22 de junio de 1950, 15 de junio de 1956, 3 de febrero de 1964, 27 de junio de 1967, 18 de abril de 1972, 20 de abril de 1973, 18 de abril de 1975, 16 de noviembre de 1979, 8 de julio de 1980, 16 de octubre de 1982, 8 de junio de 1984, 3 de julio de 1984, 15 de noviembre de 1984, 14 de mayo de 1985, 18 de junio de 1995, entre otras), en la actualidad prevalece la admisión de la diferenciación entre delito provocado (impune) que se da cuando las incitaciones policiales suponen la creación de una resolución criminal hasta entonces inexistente, diferente de los casos en los que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir otros ya cometidos —o que se están cometiendo—, en los que el sujeto está dispuesto a delinquir y la actuación policial solamente pone en marcha una decisión previamente adoptada; matización especialmente aplicable a ciertos delitos de tracto sucesivo, como el de tráfico de drogas.

Recogiendo esta distinción se pueden citar las Sentencias de 6 y 26 de septiembre, 5 de octubre, 28 de noviembre y 10 de diciembre de 1990, la Sentencia de 29 de noviembre de 1990 afirma que no se dio delito provocado al no producirse inducción engañosa en la actuación de la Guardia Civil que fue encaminada a descubrir una infracción penal ya cometida o que se está cometiendo. En el

mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia de *23 de marzo de 1994* al indicar que no existe delito provocado cuando la actividad policial encubierta va dirigida a descubrir una conducta delictiva preexistente.

El propio Tribunal Constitucional en Sentencia de *21 de febrero de 1983* ya recogió la distinción entre delito provocado —impune, conforme a la citada doctrina del Tribunal Supremo— y los supuestos en los que la intervención policial no es el detonador de la realización de un hecho aislado e insólito, sino la forma de descubrir a quien reiterada y contumazmente se viene dedicando al realizar acciones delictivas de tráfico ilícito —de armas, en el caso enjuiciado—. También se ha pronunciado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 15 de junio de 1992 en el caso *Lüdi*).

A partir de esta doble posibilidad de actuación, que son reflejo de la continua tensión entre la eficacia represiva y el utilitarismo que se proponen como métodos para combatir esas formas de criminalidad, se ha elaborado la actual doctrina sobre el delito provocado, toda vez que, como recogen reiteradas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre las más recientes la de *21 de junio de 1994*, hay que señalar que, así como la primera vía es absolutamente legítima, porque la intervención de los agentes de policía no determina el nacimiento de ningún hecho delictivo, sino que, a veces, hasta heroicamente, se introducen en la organización criminal para descubrirlo, es decir, cuando el delito ya existe. En el segundo supuesto, con toda evidencia, la incitación policial obliga a considerar al hecho como atípico, puesto que el mismo, desde el primer momento ha estado dominado por el agente que lo provocó y no es, además, aceptable que en un Estado de Derecho las autoridades o sus agentes se dediquen a provocar acciones delictivas.

En el supuesto concreto de las investigaciones relativas al tráfico ilegal de drogas, es frecuente que para llegar al descubrimiento de la, a veces, multitud de intermediarios que implica la vasta red, de ámbito incluso internacional, de personas dedicadas a esta forma de criminalidad, los agentes policiales realicen una actividad de relación con aquéllos aparentando estar interesados en algún aspecto de la ilícita actividad con el objeto de desvelar y poner de manifiesto el proceder delictivo de los infractores. Esta y otras se-

mejantes es la función que realiza el agente infiltrado, a veces, maliciosamente denominada también agente provocador, figuras que hay que distinguir, aunque no sea fácil marcar una línea divisoria con aspiraciones de generalidad.

Hay que resaltar que las fuerzas policiales *tienen*, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejercitando una misión de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto el de infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. En este sentido han insistido numerosas Sentencias como la de *15 de noviembre de 1984* o la más reciente de *4 de marzo de 1992*, destacando esta última que ha de entenderse que el comportamiento del agente se encuentra dentro de los límites de la Constitución (art. 126) y la ley (arts. 282 y ss. de la LEcr.), que le *imponen* en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Se entiende que en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito.

Es decir, la infiltración orientada a poner de manifiesto anteriores actividades delictivas es práctica policial que no ofrece ningún reparo. Sin embargo, añade esta última sentencia, dentro de esa táctica, peligrosa para el que la practica y digna de encomio, se puede incurrir en excesos exacerbando el celo inquisidor, llevándolo a su paroxismo, y, como consecuencia de ello, fomentar, estimular, o proponer la perpetración de hechos delictivos, planearlos con los delincuentes, cuyas actividades se celan y supervisan sin que ellos lo adviertan, o incitarles eficazmente a la comisión de los mismos, en todos cuyos supuestos, por una parte, se genera una delincuencia ficticia e impotente, carente de verdadera libertad de decisión, que a lo largo de su dinámica comisiva se desenvuelve de modo artificial y provocado y sin posibilidad alguna, gracias a la vigilancia y a la fiscalización que, inicialmente y de modo incesante, se ejerce sobre ellos, de fructificación o materialización en un resultado positivo o quizá impune, y, por otra parte se acrecienta y

aumenta la estadística criminal con hechos punibles gestados y determinados por quienes precisamente debían prevenirlos y evitar su perpetración.

Por ello, en Sentencias como la de *20 de febrero de 1991* se exige que dichas actuaciones policiales estén revestidas del más escrupuloso *respeto a los principios constitucionales de dignidad de la persona y a su libre y espontánea determinación*, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuera la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la prevención y represión de la delincuencia, es decir, que la *absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos*.

La Sentencia de *1 de julio de 1994*, que recoge precisamente un supuesto en el que estima que el delito fue provocado, toda vez que se cometió por inducción de un agente de la Guardia Civil; señala que, debido a la riqueza y variedad de los diferentes supuestos que se pueden presentar, es necesario distinguir e interpretar cada caso concreto. En este sentido hay que señalar que son numerosas las oportunidades que ha tenido el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre estas cuestiones en los últimos años; un resumen de las mismas podría ser el siguiente:

La Sentencia de *8 de febrero de 1991*, declara no haber existido delito provocado por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que fingiéndose supuestos compradores se ponen en contacto con los delincuentes aparentando su interés en adquirir 500 gramos de heroína, y cuando los delincuentes mostraron las bolsas conteniendo la sustancia y los supuestos compradores comprobaron las características de la heroína, procedieron a la detención de aquéllos; la sentencia estima que no cabe incluir en los supuestos del delito provocado aquéllos en que, como ocurre en el presente, la actuación de los agentes policiales no origina la comisión del delito sino que da la salida a la luz del ya consumado.

La Sentencia de *10 de abril de 1991*, analiza el supuesto en que un agente encubierto de la Policía Judicial, que por noticias confidenciales conocía que el delincuente ofrecía heroína de gran pureza, incita a éste a que le entregara 280 gramos de heroína. La cita-

da sentencia desecha la tesis de la existencia de un delito provocado por considerar que el delito era preexistente a la provocación policial, que no tuvo otra virtud que la de descubrir o desvelar la situación delictiva en cumplimiento de la misión de averiguamiento y persecución de los delitos que le compete. El delito no surgió de la provocación o estímulo del agente policial, existía con anterioridad, siendo ésta la esencial nota diferenciadora entre comportamientos merecedores de muy distinto trato penal (la impunidad o la condena).

Es de destacar la Sentencia de 16 de diciembre de 1992 por cuanto viene a señalar que no se da delito provocado desde el momento en que la resolución criminal es libre y la iniciación del *iter criminis* arranca de una decisión de voluntad del propio autor, aunque lo haga en la creencia de que los agentes infiltrados estarían dispuestos a cometerlo. Es decir, la existencia del delito provocado exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que inciten a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, creando así una voluntad criminal y las condiciones para la comisión de un delito que amén de imposible consumación por la intervención ya prevista *ab initio* de la fuerza policial. No sucede así en el *factum*, toda vez que los agentes de la Guardia Civil (que lógicamente en su tarea de investigadora ocultaban tal condición) recibieron la proposición de trasladarse a Algeciras y posteriormente a Ceuta para recibir cierta cantidad de «haschís», es evidente que el delito no fue propuesto por aquellos agentes, sino que la iniciativa partió de uno de los partícipes en el tráfico, en el que también tomó libremente parte el recurrente, en cuya casa se consumó la operación, entregando dicho recurrente a los mencionados agentes, la droga de autos «en concepto de venta».

La Sentencia de 15 de febrero de 1992 no estima la existencia de delito provocado, toda vez que los procesados poseían una importante cantidad de haschís con finalidad de tráfico, con anterioridad al ofrecimiento de compra por los supuestos compradores y agentes de la Autoridad.

La Sentencia de 4 de marzo de 1992 tampoco consideró la existencia de delito provocado al tener conocimiento la policía, por sus confidentes, de que había una serie de personas que se dedicaban a la venta de droga y, para descubrirlas y detenerlas, un miembro de la Guardia Civil simuló tener intención de adquirir 150 ki-

logamos de haschís, lo que sirvió para entrar en contacto, por medio de un tercero, con dos personas que dijeron tener la droga para suministrarla, que pudieron reunir en el breve período de tiempo de unas dos horas, por todo lo cual hay que entender que, conforme a estas confidencias iniciales, los dos condenados en la sentencia tenían a su disposición esa importante cantidad de droga antes de que el agente de la Guardia Civil tomara contacto con ellos, de modo que la actuación policial no originó el comportamiento delictivo de quien recurre y de su compañero, sino que sólo sirvió para descubrir la infracción que ya había sido consumada antes por la posesión de la sustancia estupefaciente con ánimo de tráfico. De otra forma no se explica como en tan poco tiempo pudo obtenerse una cantidad tan importante y de tanto valor, de tal ilegal mercancía.

La Sentencia de *21 de marzo de 1992* tampoco estima la existencia de delito provocado en la actuación de las fuerzas de la Guardia Civil que culminó con la detención de los recurrentes y la intervención de 280 dosis de LSD, sino que sabedores de que los indicados se dedicaban al tráfico de la referida droga se pusieron en contacto con dos de ellos, solicitándoles la venta de cuanto pudieran, con lo que la actividad de los agentes no estuvo encaminada a incitar o inducir a los mismos la idea criminal, sino a investigar, esclarecer o poner término a la actividad reiterada y consumada por los mismos con anterioridad a su intervención. En idéntico sentido la Sentencia de *14 de mayo de 1992*, la policía tuvo conocimiento por sus confidentes de la llegada a Córdoba de una importante cantidad de haschís para su venta, operación en la que iba a intervenir el recurrente, por lo que se montó el oportuno servicio, y en el que aunque interviniese un funcionario policial, la actividad de éste no iba dirigida a originar el comportamiento delictivo del recurrente, sino sólo para descubrir la infracción que ya había sido consumada antes por la posesión de la sustancia destinada al tráfico, que le fue entregada por una tercera persona amiga suya, con ánimo de venta, siendo pues, la operación policial, la adopción de medidas precautorias, para conseguir la comprobación del delito, evitar su agotamiento, y obtener la detención del culpable.

En el supuesto de hecho de la Sentencia de *10 de julio de 1992* los acusados no poseían la droga, ni tenían relación preestablecida

con los traficantes, la cual surgió, a iniciativa del agente encubierto del Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil, para desvelar o descubrir la venta de haschís que se realizaba en la zona de San Pedro de Alcántara; una intermediación que nació, por tanto, de la provocación policial, aunque fuera guiada por la expectativa de una remuneración a cargo de traficantes, no constituye acción delictiva porque la actividad del agente provocador, que excluye *ex ante* la posibilidad del peligro para la salud pública, no es antijurídica —causa de justificación 11 del art. 8 del Código— y esta falta de antijuricidad se propaga naturalmente a la conducta de los intermediarios que tiene en la provocación su origen inmediato.

Ahora bien, sigue la indicada sentencia, no puede extenderse la impunidad a otro acusado que, según el relato, era quien tenía el haschís, trasladándose al domicilio de los intermediarios en un automóvil de su propiedad y conducido por él, ni a otros dos acusados que le acompañaron en el viaje, recogieron la droga del automóvil y la subieron a la casa en sendas bolsas de plástico, bajándolas después al automóvil del supuesto comprador estacionado en la calle, mientras los otros tres procesados quedaban en el domicilio en espera de la consumación de la operación. No hay duda sobre la preexistencia del delito en el primer acusado citado en este párrafo, que era el poseedor de la droga, y en cuanto a los otros dos acusados su actuación se produce en la esfera de su influencia, acompañándole en el transporte, auxiliándole en la realización de la operación, de suerte que, sin gran esfuerzo deductivo puede afirmarse que compartían, en cierta aunque imprecisable medida, la disponibilidad de la droga; en todo caso, su conducta reconocía una influencia y un interés desvinculados de la actuación del agente provocador, y en ella se dan cita las notas definitorias del artículo 344 del Código Penal aplicado en la instancia, bien la posesión para el tráfico, o, en todo caso, el favorecimiento o facilitación.

El *factum* de la Sentencia de 27 de noviembre de 1992 es el siguiente: «teniendo conocimiento el Servicio de Información de la Guardia Civil de que en la localidad, se realizaban ventas de distintas sustancias estupefacientes, tras contactar con mujer adicta al consumo de drogas y que con anterioridad las había adquirido en el domicilio investigado, un Agente del Cuerpo, en compañía de

dicha persona, se personó en la casa donde tras llamar a la puerta en forma previamente convenida y conocida por la joven, se le franqueó la entrada, subiendo al salón de la casa, donde tras solicitar droga y exhibir unas doce mil pesetas, M.<sup>a</sup> Angeles se ausentó momentáneamente de la habitación, volviendo con una papeli-  
na de heroína, que fue esnifada por la joven, solicitando más sustancia, repitiéndose la operación, extendiendo Miguel una muestra de la misma sobre la mesa, que también fue esnifada por la joven. Siguiendo el plan preconcebido, el Agente de la Guardia Civil solicitó, en tanto que la joven decía bajar al vehículo a por dinero, cuando en realidad lo hacía para avisar a otros Agentes que esperaban el resultado de la operación, momento en que el agente que había quedado en el interior, al observar muestras de sospechas en M.<sup>a</sup> Angeles, tras identificarse, conminó con su arma a los presentes.»

Continúa la indicada sentencia reiterando que «el delito provocado es sólo aquél que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa del Agente que con la finalidad de constituir pruebas indudables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que éste consuma la infracción, facilitando así, provocando si se quiere, que el delito se cometa. Sin embargo, cuando únicamente se pretende la probanza del delito ya realizado, entonces no puede hablarse de provocación en tanto que la infracción estuvo consumada antes. No se pretendió incitar o inducir la idea criminal, sino investigar y esclarecer, poniendo término a la actividad reiterada y consumada por los autores, con anterioridad a su intervención».

En el supuesto de la Sentencia de *31 de diciembre de 1992* existe un primer período de presunción y sospecha de la Policía de que en una zona urbana de Madrid, se practicaba un intercambio de envoltorios y dinero, muy semejantes a los de venta callejera de drogas, en cuyo momento la sospecha alcanza al recurrente, por su presencia en aquella zona y en aquél tiempo del automóvil de su propiedad, de marca, color y matrícula muy precisos, ocupado también por otro sujeto ya conocido por la Policía por su intervención en tales tratos. Así las cosas, adviene el segundo período en el que, ciertamente, la Policía provoca, a través de un individuo y de su amiga, pakistaní, una supuesta operación de tráfico, logrando así que salga a la superficie la cocaína en cantidad próxima

al kilogramo y de buena pureza, poseída inicialmente por uno de los procesados, quién la entrega al recurrente y al que, antes de hacerla llegar a terceros, le es ocupada por los agentes policiales. En consecuencia, existe una posesión compartida por ambos procesados con ánimo de tráfico, tenencia no promovida por la Policía, sino puesta al descubierto por la misma, puesto que según el *factum*, ambos procesados actuaban de mutuo acuerdo con la «finalidad de posterior e ilícita distribución».

La Sentencia *12 de diciembre de 1992* distingue entre una simple denuncia de los hechos que ya han sido realizados y la provocación para la comisión de los mismos, pues mientras en el primer supuesto el delito ya ha sido consumado y en nada incide el «confidente» en la acción comisora, en el segundo, el llamado agente provocador interviene cuando ésta aún no se ha llevado a efecto y su intervención es tan esencial, directa y decisiva, que sin ella el delito no se habría cometido. Por ello, la denuncia de lo ocurrido, aunque se haga con simple ánimo «colaboracionista», no vicia la acción cometida, ni la culpabilidad en cuanto que su actuación, aunque posiblemente querida, siempre está impulsada por un tercero que manipula de manera espúrica su voluntad de delinquir. Y es que, en definitiva, una cosa es «descubrir» la existencia de un delito y otra totalmente diferente «colaborar» en su realización.

Es de destacar la Sentencia de *15 de septiembre de 1993* que recordando la doctrina consagrada por las Sentencias de 4 de marzo, 24 de septiembre y 29 de noviembre de 1990; 20 de febrero y 21 de septiembre de 1991; 10 de julio y 22 de diciembre de 1992, como por el Tribunal Constitucional en la indicada 11/1983, de 21 de febrero, señala que ha de establecerse la distinción entre el delito provocado y el delito preexistente descubierto por la iniciativa del agente policial, que simula aceptar su participación en el delito para consumarlo o como mecanismo o técnica de descubrir su comisión. Para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación —en realidad, una forma de instigación o inducción— parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la ver-

dadera causa de toda actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista *ab initio* intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal —por el carácter imposible de su producción— como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la CE) y hasta el de la ilícita obtención de la prueba (art. 11.1 de la LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune. Otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su coejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la Policía ejerciendo la función que le otorga el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes, los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos.

En otras palabras, *la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento "iter criminis" en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado.*

Esta última tesis tiene especial trascendencia en delitos, como el que analiza la anterior sentencia, de mera actividad y trato sucesivo, en los que la consumación delictiva se produce por el simple hecho de poseer la droga con la tendencia de destinarla al tráfico, por lo que la actividad del agente policial o de quien obra en colaboración con él, ofreciéndose como comprador de la droga previamente poseída, ni tiene influencia en la resolución delictiva

del autor, ni en la consumación ya producida del delito, sino sólo en el hito de la venta de la droga que, como un paso más del tracto sucesivo ya iniciado, pertenece a la fase de agotamiento del delito de tráfico de drogas, el que viene previsto en el artículo 344 del Código Penal como tipo de mera actividad, esto es, sancionable por la sola tenencia de la sustancia típica. Por ello, en estos casos, la actividad del supuesto agente provocador no busca el promover la ejecución de un delito, que sin tal actividad no hubiera nacido, sino descubrir su realidad, poder probar la existencia de ese delito ya nacido, y lograr detener a sus autores, por lo que no puede hablarse entonces de un delito provocado.

En el *factum* de la sentencia que referimos, el Servicio Antidroga de la Guardia Civil utilizó a uno de sus confidentes, para que se presentara como posible comprador, concertándose la compraventa e interviniendo los agentes en el momento en que aquel confidente les advirtió ser el recurrente portador de la sustancia ilícita. Con ello no aparece que el recurrente fuera una persona inocente en la que se hace surgir, a través de una provocación, la idea delictiva a la que de otro modo sería ajeno, sino que se trataba de un detentador de la droga, en cantidad notoria, con lo que ya había consumado el delito de tenencia de tal droga con fin de tráfico, que la actividad de los agentes policiales antes descrita se limitó a descubrir y constatar.

La Sentencia de 12 de marzo de 1993 reiterando lo ya expuesto, señala que no se trata, de un supuesto de delito provocado cuando la acción policial no persigue más que poner al descubierto el tráfico ilícito y obtener pruebas sobre una actividad sobre la que existía vehemente sospecha, y la realidad del delito preexistente residía en la posesión de droga. Abundando en lo anterior sigue la Sentencia de 7 de mayo de 1993 indicando que el delito provocado es el que, a no ser por la inducción del funcionario policial, no se cometería por el inducido. Pero no lo es si el sujeto activo está realizando ese delito por sí (sin intervención policial) y es descubierto *in fraganti* merced a un «cebo» de un policía comisionado a tal fin que actúa como un «cliente» más. El tráfico de drogas rara vez es esporádico, el sujeto se dedica a él y el Policía seudo-cliente se limita a poner su actividad en evidencia. Ardid legítimo en la lucha contra tan dañino comercio. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 18 de mayo de 1993.

La Sentencia de 21 de mayo de 1993 resalta la distinción entre el delito provocado, que se produce *ex novo* como consecuencia de la inducción y que no puede ser tenido en cuenta a los efectos de la represión penal, y la provocación policial que levanta el velo de una situación preexistente penalmente caracterizada de la que se tenían simples indicios o sospechas. No hay quebranto para el principio de legalidad cuando se trata de descubrir delitos ya cometidos, generalmente de trato sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes policiales no buscan y provocan la comisión del delito, sino que ponen al descubierto los canales por los que fluye y se realiza este tráfico ilícito, tratando, en definitiva, de obtener pruebas de una actividad sobre la que abrigan fundadas sospechas.

La Sentencia de 22 de mayo de 1993 indica que la actuación de los agentes de policía se enmarca en el contexto de la prevención y represión del tráfico de drogas y actúan en labores de investigación que es la razón de ser de los componentes de la policía judicial. Su actuación tiene su base y fundamento en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que le impone la obligación de averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio y practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes.

El supuesto de hecho al que se refiere esta sentencia transcurre en el curso de labores policiales que intervienen en la vía pública y lejos de incitar al procesado a la venta de droga, es éste el que de manera espontánea les ofrece la sustancia estupefaciente, poniendo de manifiesto la disponibilidad de las mismas, lo que por sí sólo integra el delito de tráfico de drogas por el que ha sido condenado.

La Sentencia de 14 de junio de 1993 examina el interesante supuesto que denomina *exceso de inducción*. En el *factum* se señala que un agente encubierto de la Guardia Civil incitó la comisión del delito, provocando la cadena de contactos que determinaron que unos posibles vendedores de drogas sacaran al mercado la ilícita mercancía, ofreciéndosela a quien, obviamente, tan sólo pretendía la captura de los posibles o presuntos traficantes.

El agente mediador, pues, no se limita a descubrir o poner de manifiesto un hecho criminal que ya estaba teniendo lugar o que ya había tenido lugar, sino que es el propio agente encubierto el que hace que nazca la resolución criminal de los vendedores.

La Audiencia de instancia entendió aplicable al caso los principios del llamado delito provocado, cuando, en realidad, ello es erróneo. En efecto, aun admitiendo que los procesados hubieran sido inducidos a vender la droga por el agente encubierto, lo cierto es que ofrecieron a éste concretar la venta de cinco kilos de hashís, manteniendo en su poder otros diez kilos de la misma sustancia. Se trata, pues, de un caso de exceso del inducido, en el que la extralimitación de éste no tiene porqué quedar impune.

Dicho de otra manera: en el presente caso la inducción, permitió descubrir otro hecho distinto del inducido y, en un cierto sentido, independiente de éste. Por lo tanto, las razones que justifican la caducidad de la pretensión punitiva respecto del hecho inducido, no operan en relación al exceso en el que los supuestamente inducidos habrían incurrido.

La doctrina sobre la *invalidez de la prueba ilícitamente obtenida* mediante la inducción al hecho delictivo por parte de agentes encubiertos de la Policía, es puesta de nuevo de relieve por las Sentencias de 14 de junio y 3 de noviembre de 1993, indicando que la prueba así obtenida invalida el proceso de una manera insana-ble. Tal punto de vista se basa, como es fácil de comprender, en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito. La jurisprudencia ha entendido que tales procesos son incompatibles con la idea central del Estado de derecho (art. 1 de la CE).

La doctrina ha sostenido —aunque con excepciones— la *no punibilidad del llamado agente provocador*, apoyándose para ello en que éste obra sin el «doble» dolo que la inducción (art. 14.2.º del CP) requiere. En efecto, en la inducción al delito se requiere que el inductor haya tenido no solamente el dolo de crear el propósito delictivo en otro, sino de que éste alcance también la consumación (en algunos casos se propone que el inducido alcance el agotamiento del delito). De aquí se puede deducir que el inducido también debe quedar impune pues, en la medida en la que ha estado constantemente bajo el control y dominio del inductor, no ha llevado a cabo, en realidad, una auténtica acción típica, dado que en las condiciones concretas de ejecución bajo control, el hecho no resultó en modo alguno peligroso para el bien jurídico.

Complementando lo anterior, la Sentencia de *21 de junio de 1993* indica que en los supuestos en que un funcionario policial actúa de un modo engañoso, fingiendo un comportamiento que incita a una conducta delictiva, generalmente simulando la intención de adquirir droga, originando así de modo artificial una infracción penal que antes no existía, surge la figura del llamado delito provocado que es impune al carecer de realidad, pues constituye una mera ficción. Ahora bien, hay otro supuesto en que la actuación policial, aún utilizando un procedimiento engañoso, fingiendo intenciones no reales, sin embargo, no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir una infracción cometida con anterioridad, por lo que el comportamiento del agente se halla justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo, averiguación del delito y descubrimiento del delincuente, propias de las funciones inherentes al cargo que ostenta, siendo, en consecuencia, su comportamiento lícito, y la prueba obtenida de ese modo válida para en su caso, formar la convicción del Juzgador.

Las Sentencias de *30 de septiembre, 31 de diciembre de 1992, 2 de julio, 11 de octubre, 5 de noviembre y 22 de diciembre de 1993* inciden en la indicada doctrina en orden a la distinción entre provocación para cometer el delito y provocación para descubrir la existencia de otro previamente consumado. Expresa la de 11 de octubre de 1993 que delito provocado es el que se origina *ab initio* por petición ilícita del agente provocador, o sea, invitando la Policía a que se realicen los preparativos y aportes necesarios. Pero en este caso, por el contrario fue el coacusado que no ha recurrido (porque su protagonismo e iniciativa no sólo estaban probados por la denuncia policial sino por su propia declaración ante el Juez, Ministerio Fiscal y Letrado, aunque en juicio rectificó en parte) el que se ofreció al policía para llevarle a una casa donde había cocaína, que luego reconoció era suya y la había dado a guardar a su cuñado.

Luego el delito —tenencia de droga para el tráfico—, ya existía y la gestión del policía, reglamentariamente prevista, no es «simulación» sino un medio normal de hacer la investigación criminal. No hay «provocación» sino descubrimiento de actividad delictiva preexistente.

La Sentencia de *3 de julio de 1993* revoca la dictada por la Audiencia, toda vez que esta aprecia la existencia de delito provoca-

do a los siguientes hechos: «A continuación (el agente de la autoridad) se dirigió al piso 1.º D donde llamó siendo invitado a entrar por el acusado a quien el policía le compró una papelina (de heroína) por 1.000 pesetas... En el posterior registro que se efectuó fue hallado en poder del acusado 10 papelinas de heroína con un peso, junto a la entregada al policía, ligeramente superior al medio gramo y una de cocaína de 0,0730 gramos.»

Se entienda el hecho como divisible o indivisible a los efectos penales, ello es indiferente para comprender que el Tribunal *a quo* incidió en error de derecho en su calificación jurídica, ya que: 1.º Cuando el agente de la autoridad simuló ser comprador «normal» de drogas y obtuvo su venta, el delito de tráfico ya se había consumado, pues en esta clase de infracciones esa consumación se produce con la simple posesión de la droga cuando se deduzca o detecte, como ocurre en el presente caso, que el producto está destinado al tráfico, no pudiéndose hablar, por tanto, de provocación «antecedente» que es el requisito esencial que se requiere para exonerar de responsabilidad a cualquier imputado. Y es que es necesario distinguir entre acción provocadora para la comisión delictiva y la simple acción investigadora cuando el delito ya ha sido cometido, y esto último es lo que llevó a cabo, en el cumplimiento de su deber, el policía en cuestión. 2.º En todo caso, y esto lo decimos a mayor abundamiento, lo que carece de toda duda es que en el registro posteriormente efectuado también se halló en posesión del acusado una cantidad de droga que, no por mínima en su cuantía, puede hacer desechar la idea de su empleo para el tráfico. En el mismo sentido, en supuesto similar se pronuncia la Sentencia de 6 de julio de 1993 indicando que la tenencia preordenada al tráfico ya existía con anterioridad a la provocación policial realizada a través de persona intermediaria y por ello no cabe hacer referencia a provocación al delito, sino como mera actuación de averiguación de uno que ya estaba consumado, por la tenencia de la droga con la aludida finalidad, con anterioridad. Igualmente la Sentencia de 28 de septiembre de 1993 señala que si la actividad policial mediante procedimientos engañosos origina o causa un delito, habrá provocación del mismo, pero si tal actividad sirve para descubrir un delito del que ya tenía *notitia criminis*, en el caso de la tenencia ilícita de la droga, en tal supuesto el comportamiento policial se encuentra dentro de los límites de la Constitu-

ción Española (art. 136) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 282 y ss.) que le imponen en el ejercicio de sus funciones la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

Un supuesto interesante ha sido recogido en la Sentencia de 22 de junio de 1994, en la que, acogiendo la tesis de Ministerio Fiscal, se absuelve a un acusado al que se le encontraron con motivo de un cacheo cuatro papelinas de heroína, toda vez que el mismo se encontraba en una de las habitaciones de una vivienda particular, en cuyo momento, otras dos personas vendieron una papelina a un policía nacional, que simuló estar interesado en su adquisición como consecuencia de una conversación de este funcionario y los suministradores de la droga. La policía irrumpió en la vivienda de la planta superior, sin contar con autorización judicial para ello y procedió al registro de todas las habitaciones y al cacheo de las personas que allí se encontraban, una de ellas el citado acusado. Se estima en la sentencia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que si bien no estamos en presencia de un delito provocado, porque la venta de la papelina no se provoca o estimula, sino que únicamente se comprueba o saca a la luz, la flagrancia delictiva sí que tiene que estimarse provocada, con las obligadas consecuencias de nulidad de registro, al no afectar sólo a los sorprendidos *in fraganti*. Se recoge la tesis del Ministerio Fiscal, según la cual, el delito no fue provocado pero sí lo fue la flagrancia, que determinó la irrupción policial en un domicilio particular sin el preceptivo mandamiento judicial.

La Sentencia de 16 de septiembre de 1994 confirma la validez de la entrega vigilada mediante confidente con autorización del Fiscal. En el supuesto examinado se señala que la droga existía y estaba concertado su envío desde Galicia al recurrente en Madrid, para cuyo traslado éste había gestionado la utilización de un coche. Hubo efectivamente una intervención policial intermedia, el coche llegó a Madrid conducido por un confidente, siendo dejado en la gasolinera convenida (según conversación telefónica debidamente intervenida por decisión judicial en forma legal). Luego, existió un fallo policial al perder de vista el coche hasta que fue localizado por quienes vigilaban al recurrente, cuando éste se disponía a subir al mismo en las cercanías de su domicilio. Así ha existido un acto de favorecimiento, ese traslado controlado de Galicia a Ma-

drid, pero tal «entrega controlada» estaba respaldada: a) por la autorización previa del Ministerio Fiscal a la Unidad de Policía Judicial de la Audiencia Nacional, y b) por la legalización de tal tipo de actos en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, ratificado por España el 30 de julio de 1990, con lo que por mandato constitucional es incorporado para facilitar el descubrimiento del delito y evitar la impunidad. Pero la policía ni incitó al acusado ni a sus corresponsales a concertar la operación, ni facilitó la droga. Esta existía antes de su intervención en el asunto, es decir, ya había actividad delictiva, que aquélla no provocó.

Otro supuesto de entrega vigilada autorizada judicialmente de un paquete con cocaína procedente de Colombia, es recogido en la Sentencia de *7 de octubre de 1994*, señalando que no existe provocación delictual alguna, sino simple y adecuada investigación policial sobre lo que, en definitiva, ya se había perpetrado, cual era la tenencia para el tráfico de una importante cantidad de droga.

En el relato recogido por la Sentencia de *18 de abril de 1994* se expresa que dos agentes policiales vestidos de paisano, tras denuncias telefónicas anónimas, llamaron a la puerta de acceso al piso que constituía el domicilio de la acusada, la que les facilitó el acceso al interior, cuyos agentes preguntaron a la acusada si tenía «caballo», contestándoles ésta que cuánto querían, diciéndoles que una papelina eran dos mil pesetas, dos papelinas cuatro mil pesetas y que tres papelinas se las dejaba en cinco mil pesetas, accediendo los Guardias Civiles a esta última oferta, procediendo, seguidamente la acusada a preparar dicha dosis. En este supuesto, indica la sentencia, los medios de investigación están encaminados o dirigidos a descubrir delitos ya realizados, métodos que sólo hacen aflorar una realidad preexistente y que ya está incidiendo sobre los bienes jurídicamente protegidos.

En igual sentido la Sentencia de *2 de julio de 1994* establece que si se ha determinado correctamente que los procesados poseían la droga con anterioridad a la intervención de las fuerzas de seguridad, ya no cabe considerar que el delito ha sido provocado por éstas. Es indudable que ello no ocurre cuando el acusado ya tiene en su poder la droga y los agentes de la autoridad sólo encubren su identidad para obtener la prueba del hecho. De igual forma la Sentencia de *23 de marzo de 1994* señala que no existió de-

lito provocado, recogiendo un supuesto en el que el Grupo Central del Grupo de Investigación Fiscal Antidroga de la Guardia Civil tuvo noticias de que en Murcia existía un pequeño traficante de droga, el cual podría actuar como mediador de una importante cantidad de cocaína poseída por traficantes de Madrid, por lo que dicho Grupo Antidroga decidió enviar a uno de sus agentes para que como «encubierto» contactara con el mediador referido, como así hizo, volviéndose ambos a esta capital, donde se desarrollaron todos los demás hechos que culminaron con la ocupación de una cantidad importante de cocaína y detención de los acusados, quienes actuaron en connivencia entre sí y con otro sujeto extranjero que se dio a la fuga al comprobar el fracaso de la operación montada.

También es de destacar la Sentencia de 22 de octubre de 1994 en cuanto señala que la provocación del delito no opera como causa de justificación y en consecuencia no extiende sus efectos a los partícipes que han tomado parte en el hecho pero que no han sido provocados por las fuerzas públicas para la comisión del mismo. La provocación sólo determina la extinción de la acción penal frente al provocado, dado que priva al procedimiento de legitimidad, pero no contiene una aprobación del hecho.

Durante el año 1995 la jurisprudencia del Tribunal ha venido reiterando la expresada doctrina. Así, en Sentencia de 20 de enero de 1995, recordando la Sentencia de 3 de noviembre de 1993, se indica que la provocación de la infracción penal por un agente de la autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona, por lo que la virtualidad probatoria debe ser enérgicamente rechazada. Ahora bien, existe asimismo una reiterada doctrina jurisprudencial que marca los límites del delito provocado o de la actuación del agente provocador y resuelve los supuestos de hecho en atención a las circunstancias concurrentes. Es necesario distinguir, a efectos punitivos, entre delitos provocados en los que falta la tipicidad y la culpabilidad ya que se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiese sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador.

La iniciativa criminal en la persona provocada se encuentra, en todo caso, en estado larvado y, por tanto, penalmente inocua, por

lo que su exteriorización material no es el resultado de su soberana y libre decisión sino del acicate eficaz del agente externo que actúa como factor desencadenante de un comportamiento delictivo que domina en todo momento y que le coloca en una situación de preeminencia que le permite controlar todo el tracto delictivo desde su iniciación hasta su término.

En el caso presente la sentencia comienza afirmando tajantemente que los acusados tenían en su poder unos quinientos gramos de cocaína y que se pusieron de acuerdo para su venta, llamando a una tercera persona para que buscara comprador. Este simple relato sirve para descartar cualquier intervención de agentes provocadores extraños que suscitasen en el recurrente la idea criminal.

A partir de esta resolución propia, firme e inequívoca, la intervención *a posteriori* de la persona contactada, que resultó ser un agente encubierto de la Guardia Civil, resulta totalmente inocua a los efectos de desvanecer la exclusiva responsabilidad personal de quien, teniendo en su poder droga, decide introducirla en el mercado buscando personas que se la adquieran. Los acusados no fueron provocados sino sorprendidos cuando ya habían iniciado el itinerario criminal que condujo a la comisión de un delito contra la salud pública que, como es sabido, es de riesgo general y consumación anticipada al momento en que se inicia la actividad delictiva.

Es sumamente interesante la Sentencia de 14 de febrero de 1995 por cuanto entra a analizar la figura del *infiltrado*. Expresa que la actuación del infiltrado en la mecánica delictiva se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente.

Pero el *infiltrado*, que actúa también durante el delito aun cuando no forma parte de él, se confunde con el *delator* cuando éste no es más que el denunciador o acusador, que por supuesto no tiene que ser anónimo. El infiltrado es más bien un *confidente* introducido en el ambiente delictivo que se está investigando. Es como el *colaborador judicial* que ahora se trata de imponer legalmente aun cuando no exista una concreta regulación legal de tal figura, lo que no deja de ser lógico en tanto que el infiltrado no es ni siquiera presunto delincuente, sólo un medio de prueba, posible provocador, que como tal ha de ser considerado.

La desconfianza hacia el confidente es evidente. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, admitió su legitimidad como prueba, aunque después, con mayor matización, las Sentencias del mismo Tribunal de 27 de septiembre de 1990 y 20 de noviembre de 1989 únicamente validaron las informaciones confidenciales con el carácter de indicios para proceder a su través como medios de investigación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991 manifiesta directamente esa desconfianza por el uso de los confidentes de que antes se ha hecho mención.

En cualquier caso es en el plenario en donde la prueba testimonial habrá de culminar con objeto de que los jueces valoren en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado, como testigo especialmente cualificado. El Tribunal valorará todas las circunstancias concurrentes antes de otorgar su credibilidad. Las condiciones o razones que promovieron esa especial intervención como infiltrado formaron parte, pues, del juicio de valor asumido finalmente por los jueces.

El agente provocador, en cuyo ámbito puede moverse cuanto el infiltrado o el confidente comportan aunque no necesariamente, ha desencadenado la repulsa doctrinal y jurisprudencial de la prueba por él obtenida (Sentencia de 14 de junio y 22 de marzo de 1993). Sin embargo, otras resoluciones han distinguido (Sentencia de 3 de noviembre de 1993, 27 de noviembre y 14 de mayo de 1992) dos situaciones distintas. De un lado la del agente que con su intervención provoca intencionadamente que otros cometan la infracción. Es decir, les incita o les facilita la consumación con la intención de lograr así la condena de unos sospechosos, método rechazable porque el provocador actúa de un modo engañoso, fingiendo un comportamiento que, como se acaba de decir, incita al delito que por eso se denomina delito provocado, infracción impune porque carece de realidad, es pura ficción si se tiene en cuenta que fue un tercero el que quiso que la norma penal se conculcara impetrando la defensa de la legalidad y la persecución de los delincuentes.

Mas hay otros supuestos en los que la actuación policial, aún utilizando medios engañosos, fingiendo intenciones no reales, no origina el delito hasta ese momento inexistente sino que sólo sirve para descubrir la infracción cometida con anterioridad tal y

como acontece ahora en las sucesivas actuaciones del infiltrado, cuyas manifestaciones posibilitan la destrucción de la presunción de inocencia. El comportamiento del infiltrado se halla justificado por el acuerdo a que llegó previamente con la Policía, no obstante sea necesario una exquisita prudencia a la hora de formar el criterio definitivo sobre la credibilidad del testigo a la vista de los derechos fundamentales que en todo proceso penal se han de respetar.

La Sentencia de *13 de julio de 1995* expresa que no es provocación la acción policial que se limita a poner al descubierto un delito que ya se estaba cometiendo, como lo es la tenencia previa de drogas con destino al tráfico, ya que esta actividad supone una continuidad de acción, disponiendo de las sustancias correspondientes (delito de peligro abstracto) que se manifiestan cada vez que se presenta un «cliente» y si la Policía es sólo un cliente más, cuya petición da lugar a una venta más, probatoria de su habitualidad, no hay provocación al delito, hay descubrimiento del mismo; si ese «cliente» no se hubiera presentado, existiría el delito, a la espera de la llegada de otro.

Expresa esta sentencia que en el supuesto de autos, el ahora recurrente tenía en su chalet el depósito de cocaína y tomó de él una parte y acudió con su coche al bar «El Cruce» donde la Guardia Civil estaba a la espera y le detuvo con 735,6 gramos de dicha droga y, con esa manifestación flagrante de dedicarse al tráfico, posteriormente se realizan los registros y en ese chalet de su propiedad se encuentran escondidos en el jardín otros 740 gramos más del mismo estupefaciente, tenencia destinada al mismo fin en espera de otro u otros clientes drogadictos o distribuidores minoristas, y allí estaba antes y hubiera seguido estando sin esa actuación de la Policía Judicial. No hay delito provocado sino investigación de la actividad delictiva ya existente; la posesión de drogas tóxicas con el fin de transmitir las.

En el supuesto de hecho que examina la Sentencia de *11 de octubre de 1995* algunos policías entraron en contacto con uno de los acusados, del que sospechaban que se dedicaba a vender droga y, en el mismo día de los hechos, al manifestarles este acusado que podría ofrecerles la venta de droga, uno de los policías manifestó estar interesado en ello, marchando acto seguido al lugar donde la droga fue aprehendida, sin que ninguno de los acusados haya ma-

nifestado que se hubieran puesto en comunicación entre ellos previamente y por causa de algún ofrecimiento de compra por la policía, lo que hubiera podido determinar la realización de un delito provocado, sino que la ñagaza policial sobrevino después del ofrecimiento del acusado y constituye una forma lícita de actuación investigadora de la existencia de un delito contra la salud pública cuya comisión ya se ya iniciado desde que los acusados comenzaron a poseer la droga con el ánimo tendencial de entregarla a terceros, es así evidente que en el caso no se provocó la comisión del delito.

La Sentencia de 30 de diciembre de 1995 también se refiere al delito provocado en el sentido indicado, al señalar que hay que distinguir entre verdadero delito provocado y la actividad investigadora policial que se vale de agentes que hábilmente buscan descubrir un hecho delictivo ya existente o determinado por la sola actuación espontánea de su autor, que quiso realizarlo sin estar previamente determinado por un agente provocador. Es claro que en el caso de delito provocado, en que se puede afirmar que el sujeto no hubiera actuado si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz de un agente incitador y la decisión de actuar no es libre sino determinada por un factor externo desencadenante, faltan los precisos elementos de tipicidad y de culpabilidad y es por tanto, impune. Mientras que la utilización de formas de investigación de un hecho delictivo ya realizado, no determinado por la voluntad de agente provocador alguno, es, en cambio, lícita.

La condena de la sentencia recurrida se ha basado tan sólo sobre las manifestaciones de una testigo que en todo caso, a lo largo del procedimiento, ha afirmado sin oscilaciones ni contradicciones que fue el encausado quien le pidió repetidamente le encontrara comprador para droga que poseía, declaraciones opuestas por las del inculpado de que los hechos ocurrieron precisamente al contrario, por instigación de la confidente policial que le manifestó la voluntad de que le proporcionara droga. El Tribunal en uso de su facultad de libre apreciación en conciencia de la prueba que sólo a él incumbe, ha preferido acoger las primeras manifestaciones y este criterio valorativo no es revisable en casación, pero sí constituye aquel elemento probatorio de cargo suficiente para destruir en el caso concreto el fundamental principio de presunción de inocencia.

## 6. SUBTIPOS AGRAVADOS

### A) NOTORIA IMPORTANCIA

#### a) *Haschís*

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es pacífica y constante en cuanto a apreciar el subtipo agravado del número 3 del artículo 344 bis a) respecto de la sustancia denominada hachís, pues cuando la misma sobrepasa el kilogramo ya es de apreciación este subtipo, aunque es cierto que frente a este principio general hay excepciones.

Conviene también destacar que para apreciar la notoria importancia en el hachís no hay que estar al grado de THC que posee la planta —a diferencia de lo que ha establecido la jurisprudencia respecto a las drogas duras— sino al peso total de la droga intervenida, y así la STS de 6 de noviembre de 1995 recoge: «A diferencia de lo que ocurre con la cocaína y heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o cannabis sativa son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa de tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contiene en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, haschís y aceite) y por ella esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas. En cualquier caso no es el porcentaje de THC el que hay que tomar como base para determinar si se alcanza o no el kilogramo que marca la línea divisoria, sino el peso bruto de la sustancia aprehendida, cualquiera que fuese su grado de concentración.»

En igual sentido la Sentencia de 30 de octubre de 1995 en uno de sus puntos recoge: «Pero al lado de drogas como el crack, la heroína, o LSD, existen otras que se utilizan en su forma natural, así los derivados del cannabis sativa o cáñamo índico, que son productos vegetales que se obtienen de la planta misma, sin proceso químico alguno, y a lo más son sometidos a procedimientos de se-

cado o prensado para reducción de volumen y obtención de resina. Tales productos nunca presentan la sustancia activa, el tetrahidrocannabinol (THC) en estado puro y tal principio alucinógeno varía en los diversos productos ofertados al consumo. Así la marihuana, equivalente a la grifa y al kif marroquí, el hachís, que puede presentarse en una mezcla de resina y polvo vegetal en forma de barras, pastillas o comprimidos, o como resina pura, lo que resulta menos frecuente en este tráfico, y finalmente el aceite de hachís o hachís líquido obtenido por sucesivas operaciones de concentración.

En estos casos el dato de concentración de sustancia pierde interés cuando, como en este supuesto, se trata de una sustancia de no grave daño y además viene ya identificado por su nombre clasificador a efectos de concentración, como haschís o resina de cannabis. Por eso es habitual que el informe de laboratorio no precise su pureza —STS de 28 de diciembre de 1990— que estima la agravación en los dos kilos, o sea el doble del módulo que reiterada doctrina de esta Sala ha estimado.»

La riqueza de THC en el haschís es variable según el clima y el lugar de producción, pudiendo variar en un 2 por ciento y un 10 por ciento y para determinar el concepto normativo de notoria importancia, la jurisprudencia de este Tribunal ha atendido al peso de la droga de tal clase cuando exceda del kilo y nunca se ha negado cuando rebase los dos kilos (STS de 18, 24 y 26 de enero de 1984, 19 de diciembre de 1992 entre otras). La Sentencia 19 de enero de 1995 abunda la tesis mantenida cuando establece que «la cantidad de droga poseída con fines de tráfico es factor importante de difusión, de ahí que la notoria importancia se considere por la ley causa de agravación con efecto penológico específico», agravación que depende del peso y de la riqueza en principios activos, y esta combinación de factores no se desdeña o elude para los derivados cannábicos sino que se pondera en función de los distintos productos que se ofrecen al consumo (marihuana, haschís, aceite de haschís) diferenciados en sus caracteres organolépticos y por el grado de pureza en el principio alucinógeno de cada uno de ellos, lo que hace innecesario para los derivados de la «cannabis sativa» el análisis cualitativo que echa en falta la sentencia recurrida.

Acreditado que la cantidad de haschís ocupado es 1.830 gramos y que el poseedor es consumidor de droga, es razonable restar la

cantidad que constituiría una ordinaria o normal posesión para un consumidor moderado, pero como ésta no ha de exceder de cincuenta gramos, a razón de cinco gramos diarios durante diez días. Dicho sustraendo no afectaría significativamente a la valoración que se hace de la cantidad aprehendida —notoria importancia— a los efectos de agravación solicitada por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo la Sentencia de 28 de abril de 1995 no aprecia el subtipo agravado de notoria importancia en cinco kilos y 170 gramos de grifa con una riqueza del 0,69 por ciento de THC.

En sus fundamentos de derecho la sentencia recoge: «La razón de la agravación recogida en el apartado 3 del artículo 344 bis a) del Código Penal es el mayor peligro que la elevada cantidad de droga representa de alcanzar a un número considerable de personas, y ello teniendo en cuenta el bien jurídico protegido en este delito que es la salud pública (STS de 28 de mayo de 1990). Para fijar qué se haya de entender por notoria importancia de una droga estupefaciente o tóxica de las incluidas en el artículo 344 del Código Penal, al que se refiere el texto del artículo 344 bis a) 3 del mismo Código, es importante la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que cumple una función complementaria del ordenamiento jurídico, conforme establece el artículo 1.6 del Código Penal. La doctrina de esta Sala ha afirmado que la cantidad de notoria importancia de droga estará en proporción a la mayor o menor concentración dentro del producto o sustancia que la contenga y a su pureza o calidad, y que depende del peso y pureza o riqueza en principios activos que, en el caso de los derivados cannábicos, es el principio alucinógeno THC (STS de 15 de marzo y 18 de noviembre de 1991), que varía en su concentración según se trate de haschís, con un porcentaje de ese principio que oscila entre un 4 y un 12 por ciento, asciende en el caso del aceite y se reduce alcanzando un 0,5 y un 4 por ciento en la marihuana y sus equivalentes. Pues bien, si la concentración media de principios cannábicos en un peso total de un kilogramo de haschís ha de ser 80 gramos (8 por ciento, que es la media entre el 4 y 12 por ciento) y alcanzar al menos 40 gramos en la sustancia aquí intervenida, que tenía una riqueza de THC del 0,69 por ciento, no alcanzaba la droga dentro de dicho peso total más que 35,673 gramos, patentemente inferior a los 40 gramos por kilo que como mínimo se exige para el haschís, con lo cual se evidencia la insuficiencia

de principios cannábicos para estimar que se trataba de cantidad de notoria importancia.»

b) *Cocaína*

Es reiterada la jurisprudencia en orden a apreciar el subtipo agravado del número 3 del artículo 344 del Código Penal en 120 gramos cuando se trata de cocaína, y así la Sentencia de 24 de enero de 1995 recoge que la cantidad de 165 gramos de cocaína con una pureza del 81,83 por ciento y que equivale a 135,0195 gramos de cocaína pura, es bastante para justificar la citada agravación, al exceder con creces los 120 gramos que la doctrina de esta Sala, de una manera pacífica y reiterada, viene marcando como límite mínimo para su aplicación (entre otras, Sentencias de 5 abril, 14 mayo y 9 de julio de 1993, y 20 de septiembre de 1994). También la Sentencia de 19 de julio de 1995 recoge que el módulo de notoria importancia cuantitativa para la cocaína es de 120 gramos.

La Sentencia de 30 de octubre de 1995 expresamente recoge: «Cuando la sustancia estupefaciente intervenida es cocaína, para apreciar el subtipo agravado del número 3 del artículo 344 bis a) es preciso que la cantidad ocupada pase de los 120 gramos de pureza; si se le ocuparon al procesado 216 gramos de cocaína con una pureza del 78,5 por ciento que alcanzan los 169 gramos por lo que, aunque algunos gramos hubieran de rebajarse de tal cantidad, aquella parte que pudiera estimarse como destinada al propio consumo (nunca los 90 gramos que pretende el recurrente) siempre quedaría rebasada la mencionada cuantía de los 120 gramos.»

c) *Heroína*

La Sentencia de 18 de abril de 1995 recoge: «Con relación a la heroína esta Sala, a través de su constante y reiterada jurisprudencia, considera como integrantes de la referida agravación cantidades superiores a los 60 u 80 gramos, mientras que para la cocaína son 120 gramos.»

d) *Sustancias psicotrópicas*

Respecto de estas sustancias la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, y así en Sentencia de 27 de marzo de 1995 se recoge: «Aunque la cantidad de notoria importancia de la droga es un concepto indeterminado, esta Sala, atendiendo a la cantidad y al principio activo, y estimando que la dosis tóxica en la anfetamina es 30 miligramos, y puede alcanzar los 100 miligramos, se ha estimado la agravación en 343 gramos, porque permitiría preparar más de 11.000 dosis —STS de 23 de octubre de 1991— y asimismo los 1.716,90 gramos de sulfato de anfetamina con una riqueza del 7,4 por ciento.»

La Sentencia de 20 de febrero de 1995 recoge que 719 pastillas de anfetamina y flumitrazepan constituyen notoria importancia.

El Tribunal de instancia no apreció el subtipo agravado del número 3 del artículo 344 bis a), al no haber quedado probada la pureza de la sustancia activa que contenía la ocupada. Recurrida la sentencia por el Ministerio Fiscal, el Alto Tribunal apreció el motivo casacional en base a que cuando la cantidad ya de por sí en términos absolutos y al margen de su pureza es de notoria importancia esta circunstancia de agravación debe ser apreciada en cuanto que el peso de la droga intervenida y el previsible número de dosis que pudiera haberse obtenido supera, en términos absolutos, la notoria importancia.

La Sentencia 2 de junio de 1995 establece el subtipo agravado del número 3 del artículo 344 bis a) respecto a 59,53 gramos de MDA, del que podrían extraerse 397 dosis, y dice: «El recurso del Ministerio Fiscal impugna la sentencia de instancia por inaplicación del subtipo agravado del número 3 del artículo 344 bis a) del Código Penal, por entender que la cantidad a disposición del acusado de metilendioxietilamfetamina, MDEA en simbología científica, rebasa la cantidad de 200 dosis, que es el límite que viene siendo señalado por la jurisprudencia de esta Sala para las sustancias del bloque anfetamínico, y no es desacertada la argumentación impugnativa porque la droga ocupada, según el hecho probado, tiene un peso neto de 53,63 gramos y de acuerdo con las resoluciones de esta Sala que señalan los límites de la dosis tóxica entre los 50 y 150 miligramos, la dosis media en uso recreacional debe situarse en los 100 ó 120 miligramos para dar un margen a las

posibles adulteraciones, que suelen ser escasas en estos derivados anfetamínicos; en consecuencia, los 59,53 gramos equivaldrían a 469 dosis, y si el beneficio del reo se adoptara como módulo, el límite máximo (150 mg.) la traducción de dosis llegaría a 397. En uno u otro caso sería el número muy superior al de 200 que viene aceptado por la doctrina jurisprudencial como límite para apreciar la notoria importancia de la droga aprehendida.

La Sentencia de 8 de mayo de 1995 aprecia el subtipo agravado de notoria importancia. Así establece: «La sustancia que el acusado introdujo en España procedente de Amsterdam era anfetamina de la variedad conocida como Speed, en cantidad superior a los siete kilogramos, que distribuyó en diversos locales públicos de consumo de bebidas, por lo que despertó sospechas que determinaron la petición de un mandamiento de entrada y registro que se llevó a efecto con asistencia del Secretario judicial, interviniéndose además de una balanza de precisión, siete kilos 497 gramos y 999 miligramos de la mencionada sustancia con una riqueza del 0,3 al 13 por ciento, siendo seis kilos, 955 gramos y 800 miligramos de riqueza 2 por ciento, valorándose toda la sustancia ocupada en 2.100.000 pesetas. Los datos que hemos mencionado son expresivos para justificar la calificación agravatoria otorgada por la sentencia recurrida que estima razonablemente que nos encontramos ante un supuesto de notoria importancia. Sin necesidad de acudir al baremo evaluatorio fijado por esta Sala en orden a considerar a efectos agravatorios las dosis realmente tóxicas y aplicando los correctivos porcentuales que figuran en el hecho probado, nos encontramos ante un supuesto en el que desbordan con mucho las barreras de la módica cantidad para entrar de lleno en la notoria importancia, cuando se trata de drogas sintéticas elaboradas en laboratorios con componentes semejantes a los de los fármacos que se venden autorizadamente en el mercado, no es tanto la composición intrínseca sino la cantidad de las dosis que se manejan, lo que nos debe orientar hacia la configuración de la agravante específica.»

Sin embargo, la Sentencia de 18 de octubre de 1995 establece en uno de sus fundamentos que no concurre el subtipo agravado de notoria importancia en anfetaminas para transformar en «éxtasis» 4.444 gramos cuando no consta el grado de pureza, y dice:

«El relato fáctico señala que la sustancia aprehendida tenía un peso de cuatro kilos y novecientos cuarenta y cuatro gramos, *sin que conste el grado de pureza o concentración de la anfetamina*. En estas condiciones el principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución Española de imprescindible observación en materia penal y del que es consecuencia necesaria el principio de taxatividad de los tipos penales impide que el concepto jurídico indeterminado de notoria importancia pueda establecerse mediante hipótesis, por muy racionales que resulten, como hace la sentencia recurrida en el primero de esos fundamentos jurídicos, pues ello constituiría un grave atentado al indicado principio de legalidad.»

La Sentencia de 14 de diciembre de 1995 no considera notoria importancia cuando se poseen 310 sellos de LSD destinados en parte a consumo propio y establece: «La determinación de límites cuantitativos para llegar a la notoria importancia así como para presumir la tenencia preordenada al tráfico, supone establecer criterios imprecisos, incluso contingentes y variables. Ese *quantum límite* es preciso para mejor orientación de los propios Jueces.»

Cualitativa y cuantitativamente no deben ser objeto de variación alguna porque no se trata de criterios sometidos a fluctuaciones económicas. Tales límites han de tener en cuenta los datos y circunstancias que alrededor del hechos se propicie (peso, pureza, calidad...). Según los casos se hablará de peso bruto, en relación a pureza, o peso específico de concentración según la preparación científica del producto, pues no puede olvidarse que la riqueza base indica la categoría de la droga en la idea de que a mayor pureza habrá mayor peligrosidad y mayor perjuicio público.

En relación con el LSD la jurisprudencia ha establecido en doscientas dosis la específica agravación por notoria importancia del artículo 344 bis a), número 3, tal como señalan las Sentencias de 30 de junio de 1995, 23 de mayo de 1994, 30 de octubre y 30 de marzo de 1992. Es sabido respecto de esta droga:

- a) Que por lo general poco importa la pureza de la misma ya que dada su presentación es difícil la adulteración.
- b) Que la dietilamida del ácido lisérgico se distribuye en dosis comprendidas entre 20 y 100 miligramos siendo suficiente veinte para producir efectos.

- c) Que el viaje psicodélico, completo y definitivo como efecto propio del LSD, se origina con 50 microgramos.
- d) Que los sellos aquí intervenidos tienen un número variable de microgramos, unos, 115, otros, de 45.

El motivo debe parecer porque si de la cantidad recogida a la acusada se detraen sellos propios del autoconsumo, la cantidad restante se encuentra en doscientas dosis. Por el beneficio que la duda debe representar, no cabe la agravación si no existe la seguridad de que se hubiese llegado en este caso con claridad a un quantum manifiestamente notorio.

#### B) ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO

Para apreciar este subtipo agravado es preciso que se den dos notas, una de ellas objetiva, que sea el titular o empleado del establecimiento abierto al público, y que sean estas personas las que comercien con la sustancia estupefaciente. Así la Sentencia 6 de octubre de 1995 en uno de sus fundamentos recoge: «El recurrente, desde el mesón que se indica, abastecía de cocaína a aquellas personas que se lo solicitaban, pero en ningún lugar de las actuaciones consta el carácter en virtud del cual el acusado operaba en tal establecimiento público. Salvo la indicación, en alguno de los razonamientos jurídicos de la recurrida, del que se reuniera periódicamente una peña quinielística en dicho mesón aglutinada por el recurrente, no se dice que éste fuera realmente empleado o responsable del establecimiento.

No cabe la interpretación extensiva del precepto que por esa parte guarda relación con una circunstancia de carácter personal y no como agravante fundamentada exclusivamente en el lugar donde se realiza la acción (Sentencia de 5 de mayo de 1994).»

La Sentencia de 4 de abril de 1995 incide al igual que la anterior y dice: «Este subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y cuando la finalidad del tráfico no se consigne... queda sólo a efectos penales la simple tenencia con tendencial y genérico ánimo de favorecer el consumo (Sentencias 10 de octubre de 1986 y 17 de julio de 1987), por cuanto dicho subtipo se aplica por la mayor posibilidad de difusión de la droga en cuanto el difusor se

vale para ello del establecimiento abierto al público (Sentencias de 21 de febrero de 1989 y 27 de julio de 1992).»

La Sentencia de 3 de octubre de 1995 recoge una conducta omisiva y en uno de sus fundamentos dice: «Los dueños o titulares de una discoteca tienen el deber de evitar que en su establecimiento se promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas. Su conducta omisiva —dada su potente condición de garante de orden a la protección de la salud pública— debe entenderse inculpada también en los preceptos penales cuya infracción aquí se denuncia.»

#### C) CONDUCTA DE TRAFICO REALIZADA POR FUNCIONARIO PUBLICO

Para que sea de aplicación el subtipo agravado número 7 del artículo 344 bis a) es preciso que el funcionario público se prevalga de su condición para favorecer la conducta comisiva, y en la Sentencia de 24 de febrero de 1995 rechaza este subtipo agravado diciendo: «Conviene subrayar la estrecha relación que guarda el artículo 344 bis c) con la 7 del artículo 344 bis a), y de ella surge como consecuencia inobjetable la necesidad inexcusable de que el acusado sea funcionario público en los amplios términos del artículo 119 del Código Penal y que la *acción delictiva se realice en el ejercicio del cargo, profesión u oficio*, interpretación confirmada en el artículo 3.5 apartado e) de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, que exige, para la particular agravación, que el delito guarde relación con el cargo público ejercido.»

#### D) INTRODUCCION DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

Establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo que para que pueda ser de aplicación este subtipo agravado es preciso que se tenga el ánimo de difusión entre los internos por lo que no procede cuando se entrega una dosis a una compañera para su autoconsumo, y así la Sentencia de 3 de marzo de 1995 dice: «Sólo se ha probado que entregó a su coacusada cantidad idónea para auto-

consumo y eso es elemento objetivo del delito del artículo 344, pero no valorarlo agravatoriamente además como *difusión* que implica al menos estar destinado a la distribución a más de un sujeto.»

#### E) TRAFICO DE DROGAS EN ESTABLECIMIENTO MILITAR

Al igual que ocurre con la posesión de sustancias estupefacientes en prisión, para apreciar el subtipo agravado se hace preciso que la misma se posea con el ánimo de traficar en el establecimiento, por eso la Sentencia de 3 de mayo de 1995 en uno de sus fundamentos dice: «No se desprende del factum que la facilitación de la droga se hiciera en forma generalizada, sino a tres sujetos designados en el relato por sus nombres, no sucesivamente sino en grupo, y dada la exigua cantidad ofrecida (9,94 gramos) no aparecen razones evidentes para suponer que la acción concreta de tráfico llevara consigo un riesgo adicional de difusión y de perturbación del orden y disciplina del establecimiento militar, que es donde reside la razón inspiradora de la agravación. La Sentencia de 28 de marzo de 1994 referida al tráfico en cuartel, aplicaba los criterios establecidos para establecimiento penitenciario (Sentencias de 17 de enero de 1991, 27 de julio de 1992 y 5 de mayo de 1994) que ponen el acento en la introducción de droga en condiciones potenciales de difusión.»

### 7. EXTREMA GRAVEDAD

#### A) CONCEPTO

Dicen las Sentencias de 19 de junio y 29 de diciembre de 1995 que nos hallamos ante un concepto, «extrema gravedad» sumamente indeterminado, por lo que suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad penal en su vertiente de *lex certa*, de tal modo que algún autor ha afirmado su inconstitucionalidad por no respetar dicho principio reconocido en el artículo 25 de la Constitución Española.

Y que, sin compartir tan radical postura (SSTC 105/88, 69/89 y 151/91) sí hemos de decir que las debidas garantías del ciudadano

exigen una aplicación muy cuidada mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal.

En el caso contemplado en la Sentencia de 11 de diciembre de 1995 la aplicación por parte del Tribunal de instancia del subtipo especialmente agravado previsto en el artículo 344 bis b) del Código Penal fue combatida por los recurrentes en dos direcciones: a) con apoyo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad respectivamente establecidos en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución Española; b) con sede procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimarse que tal aplicación vulneraría el principio constitucional de *non bis in idem*.

En esta sentencia se afirma que el tema de la posible vulneración de los principios de seguridad o certeza jurídica y de legalidad ha sido contemplado en la STS 791/95, de 19 de junio, que expresa que el concepto «extrema gravedad» es indeterminado, por lo que suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad penal.

Añadiendo que es preciso comparar el umbral fijado como mínimo por la jurisprudencia para la droga de que se trate y la ocupada en el caso concreto. De existir una enorme desproporción entre ambos términos será de aplicar, sin incurrir en vulneración del *non bis in idem*, la segunda agravación específica.

#### B) LA EXTREMA GRAVEDAD EN LAS DROGAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD

En la Sentencia de 14 de marzo de 1995 se contempla el tráfico de 2.062 kilogramos de hachís.

En el fundamento jurídico segundo de su sentencia la Audiencia estableció que el artículo 344 bis b) del Código Penal no era de aplicación al caso «al no ser el estupefaciente transportado de los que causan grave daño a la salud».

Como dice la indicada sentencia del Tribunal Supremo la cuestión planteada es producto de una técnica legislativa basada en una pluralidad de remisiones que dificultan el entendimiento de las disposiciones contenidas en la ley.

El artículo 344 bis b) del Código Penal establece que se «impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior». A su vez el anterior, es decir el artículo 344 bis a) del Código Penal, dice que «se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior». Y el artículo 344 contiene dos marcos penales diversos, según que las drogas causen o no grave daño a la salud.

De este doble reenvío contenido en la ley surge con claridad que no es posible afirmar que los preceptos concordantes con el artículo 344 ya «no establecen tal distinción». Es claro que el artículo 344 bis a) al utilizar la expresión «respectivamente» se quiere referir a los dos marcos penales contenidos en la disposición a la que reenvía. Por otra parte la utilización del plural, «las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior», sólo se puede entender como una recepción en el artículo 344 bis b) de los marcos penales diferenciados contenidos en el artículo 344 bis a) del Código Penal.

Sin embargo en este caso se formuló un voto particular en sentido distinto. En él se hace la siguiente distinción:

Cuando se trata de drogas que causan grave daño a la salud es posible afirmar que la notoria importancia de la misma, si alcanza grados sumos o desmedidos, al desvalor de la cantidad agrega el notorio aumento del riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo base de la salud de las personas destinatarias de aquella droga, susceptible por su extrema cantidad de ser distribuida entre una gran masa de drogadictos, con lo que la afectación de su salud adquiere también términos extremos que permiten en buena técnica asumir el concurrente «plus» de agravación que encierra ese aumento de la antijuridicidad material del hecho, autorizando a calificarlo de «extrema gravedad» y a exacerbar aun más la pena con la que debe ser sancionado, fundándose en ese «plus» de gravedad.

Por el contrario, respecto a las drogas que no causan grave daño a la salud, la notoria importancia de su cuantía, aunque alcance términos desmedidos, no altera el contenido de riesgo para la salud que dicha droga comporta, en cuanto por definición es leve o inexistente.

En tal caso se encuentra el haschís, la ilicitud penal de cuyo tráfico aparece controvertida y se apoya, según el argumento puniti-

vo, no en su negada condición de sustancia creadora de un riesgo para la salud, sino en que su uso se considera constitutivo de un primer escalón para el ulterior acceso al consumo de drogas duras, éstas sí destructivas de la personalidad y salud de su adicto.

Por cuya razón no parece que pueda encontrarse en la cantidad —incluso en la muy elevada— del tráfico de esa droga un «plus» de antijuricidad material o creación de riesgo para el bien jurídico, que excede de la ilicitud ya sancionada con la penal del tipo base elevada en un grado por virtud de la notoria importancia de la cantidad poseída o traficada.

Por lo que de producirse una nueva elevación de la pena por la gran cantidad de droga —ya sancionada por la aplicación del número 3.º del art. 344 bis a)— en base a considerar dicha cantidad de «extrema gravedad», estaría produciéndose una doble sanción apoyada en único hecho, ya que no se puede alegar que el que la notoria importancia de la cantidad de la droga sea en el caso concreto más notoria e importante todavía, agregue algo a cualquiera de los dos parámetros de agravación de la pena antes citados, la antijuricidad material del hecho o la culpabilidad de su autor.

Por lo que en dicho voto particular se estima acertado el criterio de la Sala *a quo* que así lo ha entendido.

En la Sentencia de 19 de junio de 1995 también se aborda este problema, ya que uno de los argumentos que utilizaban los condenados para oponerse al recurso del Ministerio Fiscal era el que nos encontramos ante un derivado del cáñamo índico, el haschís, es decir, ante una sustancia estupefaciente que pertenece al grupo de las que no causan grave daño a la salud.

Se dice que una droga cuyo consumo por el hombre no cause grave daño a la salud, nunca podría ser objeto de un delito al que se le asignen penas muy superiores precisamente por su extrema gravedad. Para la medición de tal extrema gravedad, afirman los recurridos, habrá de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido en las normas penales que ahora nos ocupan, la salud pública, y por ello nunca podría considerarse de extrema gravedad un comportamiento que se refiere a un objeto que por sí mismo no causa tal grave daño.

Argumento en verdad muy sugestivo, dice el Tribunal Supremo, pero que no compartimos, porque el concepto de extrema gra-

vedad se refiere no al objeto, sino a las conductas definidas en el artículo anterior, y todas estas conductas del artículo 344 bis a) son indudablemente graves, en cuanto constituyen delitos sancionados con penas importantes, multas de muy elevada cuantía y privación de libertad de varios años de duración, y ello aunque se refieran a estupefacientes que no causan grave daño a la salud.

Es tan importante el bien jurídico protegido, la salud de las personas, que las conductas que lo ponen en peligro se consideran graves aunque el daño que pudiera ocasionarse haya de considerarse no grave respecto del efecto inmediato que su consumo puede producir en una persona, pues el daño que a la salud pública puede causarse en su globalidad se reputa siempre grave por su posible afectación a una multiplicidad de sujetos pasivos.

El legislador quiere evitar la generalización de un hábito contrario a la salud acudiendo a la aplicación de unas penas a quienes trafican al respecto, que se agravan cuando el mal puede extenderse por la importante cantidad a la que tal conducta se refiere.

Conocemos que la punición de estas conductas relativas a sustancias que no causan grave daño a la salud es una cuestión polémica, pero el legislador español, hoy por hoy, ha optado por tal punición, y de tal realidad, que hemos de respetar (art. 117.1 de la CE), hay que partir para interpretar la norma penal que ahora nos ocupa.

En conclusión, entendemos, dice el Tribunal Supremo, que como el propio legislador considera conductas graves determinados hechos relativos al haschís, sobre esta gravedad se puede construir el concepto de «extrema gravedad» que estamos examinando.

Esta doctrina se repite en la Sentencia 29 de diciembre de 1995, en la que se hacía la misma alegación.

Estimamos que el problema está definitivamente resuelto, ya que en la Sentencia de 11 de diciembre de 1995 se dice que el pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sesión de 27 de abril de 1995, llegó a la conclusión de que no cabe distinguir entre drogas «duras» y las que no afectan gravemente a la salud, aunque naturalmente las cifras divergen según la naturaleza de cada sustancia.

### C) CONDICIONES QUE PERMITEN SU APLICACION

En la ya citada Sentencia de 14 de marzo de 1995, que se refiere a 2.062 kilogramos de haschís, se trataba de saber si la cantidad de droga transportada por el acusado era de «grave daño» o de «extrema gravedad».

Dice la Sala que la cuestión es especialmente delicada porque estas agravantes específicas del delito del artículo 344 Código Penal son límites imprecisos, compuestos de elementos que la doctrina considera como «simples modificaciones del marco penal sin una regulación legal de los presupuestos que determinan la aplicación de la pena modificada».

Añade que en tales supuestos de indeterminación legal del marco penal, el Tribunal debe decidir cuáles son los elementos que condicionan la condición del agravante.

Con carácter general afirma que, en este sentido la existencia de un caso de extrema gravedad en los términos del artículo 344 bis b) será de apreciar cuando las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho superen lo que, según la experiencia es habitual y de ello sea posible deducir un especial merecimiento de pena, superior al de los casos agravados por la notoria importancia en este juicio se debe tomar en cuenta naturalmente la cantidad de droga manipulada, pero también las otras circunstancias que puedan demostrar en el caso concreto que, a pesar de la cantidad, el hecho no reviste una gravedad tan pronunciada.

Y ya, ciñéndose al caso concreto, establece que la extraordinaria energía criminal que se exterioriza en la forma de obrar del acusado al transportar internacionalmente dos toneladas de haschís, es indudablemente merecedora de una pena especial.

Añadiendo que se debe tener en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala considera que la tenencia de haschís por encima de los 1.000 gramos constituye, por regla general, una cantidad de notoria importancia. Siendo, por lo tanto, plausible entender que su multiplicación por 2.000 tiene una gravedad muy superior a lo criminológicamente habitual en este tipo de tráfico de drogas si se tiene en cuenta además el carácter internacional de la empresa que el acusado se proponía.

En suma: el Ministerio Fiscal tiene razón en lo referente a la aplicabilidad al caso del artículo 344 bis b) del Código Penal, pero

ésta debe tener lugar en la forma diferenciada que prevén los marcos penales según que la droga sea de las que causan grave daño a la salud o no.

La Sentencia de 10 de marzo de 1995 dice: de igual forma procede también la estimación del motivo segundo del recurso, puesto que, en este caso, calificada la conducta de los encartados en la operación del «Bongo» como constitutiva de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia y cometida por quienes integraban una organización para perpetrarlo, es decir, del tipificado y sancionado en los artículos 344 y 344 bis a) 3.º y 4.º, la circunstancia de ser conceptuales además tales comportamientos de extremadamente graves en este supuesto dada la formidable cantidad de droga que intentaban introducir por vía marítima en España, ascendente a más de 1.100 kilos de cocaína, valorados en once mil millones de pesetas, con el tremendo impacto que hubiesen producido de haberse comercializado, hace atribuibles hacia todos ellos la especialísima agravación señalada en el artículo 344 bis b) del Código Penal.

Es de notar que se aplica el artículo 344 bis b) no sólo a los jefes de la operación sino también a los marineros.

Dice la Sentencia de 19 de junio de 1995, que se refiere a una operación de 4.049 kilos de haschís, que no basta una exacerbación en la cantidad de la droga de que se trata para aplicar la agravante penal aquí examinada (Sentencias de esta Sala de 17 de julio de 1993, 21 de abril de 1994 y 14 de marzo de 1995).

El legislador ha previsto una agravación por la cantidad del primer grado, la del número 3 del artículo 344 bis a) (cantidad de notoria importancia) y sobre ésta podría haber establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad, sino de extrema gravedad, refiriendo este concepto a las conductas definidas en el artículo anterior (también las del número 3).

Entendemos, se sigue diciendo en la sentencia, que ante tal forma de expresarse («conductas de extrema gravedad») hemos de examinar en cada caso cada uno de los comportamientos concretos de los distintos acusados, si hubiera varios, y siempre en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos que lo conformen, objetivos y subjetivos, todos aquellos que nos pueden conducir a

reputar una conducta personal como más o menos reprochable, por el acto en sí mismo o por la implicación de cada cual en dicho acto, para situar la extrema gravedad en un punto más o menos próximo a aquél en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en esta clase de conductas, ya de por sí graves por referirse a las del artículo anterior (art. 344 bis a) que ordena imponer las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el que le precede (art. 344).

Lo difícil es concretar que elementos (objetivos y subjetivos, como ha quedado dicho) han de tenerse en consideración para conformar esa «extrema gravedad».

En general, podemos decir que cualesquiera que pudieran ser constitutivos de una reprochabilidad en grado extremo pueden servir para definir el concepto que aquí examinamos, considerando como conductas de extrema gravedad aquéllas que la sociedad reprocha en grado sumo.

Examinemos alguno de ellos referidos al hecho en sí mismo y a la participación concreta de cada sujeto.

1. El criterio de la cantidad ha de ser considerado imprescindible, aunque no único, en estos casos.

2. Otro criterio puede ser el de que concurren en el supuesto varias de las conductas relacionadas en el artículo 344 bis a). Sin embargo, la del número 6 (pertenencia a una organización, aun transitoria) parece que poco puede añadir a la reprochabilidad del hecho, pues, se pruebe o no su existencia, es lógico pensar que una organización siempre ha de existir para traficar con droga en las cantidades extremas a que nos estamos refiriendo.

3. Otro elemento que puede determinar un mayor reproche social contra estas conductas, puede ser el uso de elementos especialmente preparados para este tráfico ilícito, como ocurrió en el caso presente en que se utilizó un remolque frigorífico preparado para transporte de fruta, en el que se había construido un departamento aislado donde se ocultaba la mercancía prohibida.

4. Ha de tenerse en cuenta, además, el papel que cada acusado desempeña en el hecho.

5. Otro criterio que podría tenerse en cuenta es si se actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos.

En definitiva, repetimos, con estos criterios y otros que la experiencia nos vaya ofreciendo en cada caso, hemos de aplicar esta suma agravación del inciso 1.º del artículo 344 bis b) solamente cuando el comportamiento del sujeto concretamente acusado, por sus circunstancias específicas, objetivas y subjetivas, pueda calificarse como reprochable en grado extremo.

Aplicando la doctrina antes expuesta al caso presente, entendemos que los 4.049 kilos de haschís con un contenido de THC del 8 por ciento constituyen cantidad de notoria importancia en grado extremo.

Dice la misma sentencia que no cabe exigir que se trate de jefes, administradores o encargados, a los que expresamente se refiere el inciso segundo.

Los jefes, administradores o encargados de la organización prevista como agravación específica en el número 6 del artículo 344 bis a) en el mismo precepto que estamos examinando, pero en un inciso segundo separado por la conjunción disyuntiva «o», tiene asignada la misma pena con que sancionan los casos de extrema gravedad.

Por ello no puede exigirse tal condición para aplicar la agravación del inciso primero, pues si así lo hiciéramos dejaríamos a este inciso sin contenido (interpretación agrupatoria prohibida por el art. 117.1 de la CE).

Ahora bien en el lado opuesto de la organización están los meros «peones» a quienes se encomiendan funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión.

Entendemos que a estos meros subalternos no cabe aplicar nunca la agravación específica aquí estudiada.

A tales personas de último rango la sociedad no les reprocha una «conducta de extrema gravedad» que parece habrá de aplicarse solamente a los jefes, administradores o encargados, por aplicación del inciso segundo, o a los escalones intermedios por aplicación del primero.

En el caso presente falta especial reprochabilidad en la vertiente subjetiva del hecho por tratarse de un mero asalariado en una empresa de transportes, que, además, se vio sorprendido con la noticia de que llevaba haschís en el remolque cuyo tractor conducía cuando ya se encontraba en la península procedente de Ma-

ruecos, que es cuando se la comunicó su compañero, razón por la cual no fue condenado por contrabando.

Pero es de resaltar que, como ya indicamos, en la Sentencia de 10 de marzo de 1995, referida a la embarcación «Bongo», se aplicó el artículo 344 bis b) tanto a los jefes de la operación como a los marineros, sin duda por la especial importancia que éstos tienen en las operaciones marítimas de tráfico de drogas.

## 8. APERTURA DE PAQUETES POSTALES

El Tribunal Supremo hasta 1993, venía manteniendo la legitimidad de la interceptación y apertura de los paquetes postales por funcionarios de Aduanas (conforme a la legislación de Correos y Aduanas) en base a que se consideraba que no podía equipararse los paquetes postales a la correspondencia de carácter personal, y no era necesaria la intervención judicial para su interceptación y posterior apertura.

En este sentido, la Sentencia 10 de marzo de 1989 dice: «un paquete postal no es correspondencia ya que ésta equivale a comunicación por escrito de una persona a otra», añadiendo que «la remisión de unos paquetes aunque se efectúan a través del Servicio de Correos, no pueden transformar lo que en sí, no es más que un transporte de mercancías, aunque se haya elegido aquél medio y convertirlo en correspondencia, cuando además ni se permite reglamentariamente, ni se constata la existencia de misiva alguna».

Pero, a partir de la Sentencia de 25 de junio de 1993, el Tribunal Supremo comienza a modificar su criterio al entender que se debe considerar correspondencia no sólo a las cartas o correspondencia personal sino a toda clase de envíos postales, al considerar la citada sentencia que a través de los envíos postales se «puedan enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial que están asimismo bajo la salvaguarda del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones».

Durante el año 1994, el Tribunal Supremo mantuvo una jurisprudencia oscilante, así la Sentencia 27 de enero de 1994 y 15 de noviembre de 1994, mantienen la tesis de identificar a los paquetes postales, como envíos de mercancía y por tanto no amparados por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones; de

otra parte las Sentencias 22 de febrero de 1994, 8 de julio de 1994, 26 de septiembre de 1994, 19 de noviembre de 1994, 20 de diciembre de 1994 y 23 de diciembre de 1994 mantienen la equiparación del paquete postal a la correspondencia personal y exige idénticos requisitos para su apertura.

Este cambio de criterio jurisprudencial exige la intervención judicial en dos fases de apertura de paquetes postales:

1.<sup>a</sup> Detención de la correspondencia, que deberá hacerse conforme al artículo 579 número 1 y 580, 581 y 583 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.<sup>a</sup> Apertura de la correspondencia, artículo 584 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ante la diversidad de posturas, los Magistrados integrantes de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo se reunieron el día 4 de abril de 1995 con objeto de unificar criterios en materia de «apertura de paquetes postales» y a partir de esta junta acordaron seguir un criterio unánime en las resoluciones que aborden esta cuestión.

En esta reunión se acordó seguir los criterios expuestos en la Sentencia de 13 de marzo de 1995. Esta resolución realiza un estudio pormenorizado de todos los problemas planteados entendiendo que:

1.º La correspondencia postal de la Ley Procesal y la Constitución ha de entenderse referida a todos aquellos envíos que pueden hacerse a través del servicio postal de correos y, por extensión, a través de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, siendo así que también por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo y personal igualmente necesitados de la protección constitucional.

2.º La interceptación o detención de la correspondencia queda bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, quien adoptará la decisión que corresponda en resolución motivada, atenta a las exigencias derivadas de una investigación por sospechas de actuación criminal, es decir, en correlación con insoslayables principios de «necesidad» y de «proporcionalidad». Las facultades puestas en manos de los funcionarios de Aduanas adscritos a Correos, no afectarán al secreto e inviolabilidad de la correspondencia, y ha-

brán de realizarse, cuando de apertura de envíos se trate, en presencia de destinatarios o interesados. La normativa referente a la intervención de los objetos cerrados nunca podrá afectar a los requisitos y prevenciones establecidos en la Constitución, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los Pactos Internacionales. De ahí la insoslayable aplicación de los artículos 579 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, protagonismo de la Autoridad Judicial traducido básicamente en el dictado de auto motivado, remisión inmediata de la correspondencia al Juez, y apertura de la correspondencia por el Juez en presencia del interesado, salvo que se hallase en rebeldía o no hiciera uso de ese derecho. El reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde.

3.º El secreto de la correspondencia tiene su reflejo, desde el punto de vista administrativo, en el vigente Reglamento de Servicios de Correos aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964, a través del cual se garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad. Se trata de proscribir y evitar su apertura ilegal, sustracción, destrucción, retención, ocultación o cualquier otra infidelidad en su custodia. La interceptación se pone en manos de la autoridad judicial, aunque los funcionarios de Aduanas destinados en Correos tengan reconocidas algunas facultades específicas cuando se sospeche de envíos con un contenido fraudulento, si bien nunca podrán afectar al secreto o a la inviolabilidad antes dicha. Es cierto sin embargo que, según tal decreto, el reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. La intervención de los objetos cerrados y de los no provistos de tarjeta verde, en ningún caso se practicará más que en presencia del interesado, bien entendido no obstante que la normativa administrativa nunca podrá afectar a los requisitos y prevenciones establecidos en la Constitución, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los Pactos Internacionales. En ningún supuesto de los antes dichos y bajo ningún pretexto. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.3 de la Constitución, obliga a la mayor escrupulosidad a la hora de intervenir cualquier clase de correspondencia entendida ésta desde el punto de vista gramatical en su más amplio significado.

4.º El artículo 581 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece los requisitos que han de regir cuando de registrar la correspondencia se trata, a tener en cuenta ostensiblemente dada la naturaleza que como fundamental corresponde al derecho sobre el secreto de las comunicaciones postales establecido en el artículo 18.3 de la Constitución, artículo 8 del Convenio de Roma y 17.1 del Pacto Internacional de Nueva York; la legitimidad de la actuación judicial invadiendo este aspecto parcial de la intimidad que la correspondencia representa, ha de ir precedida por un formalismo procedimental ahora evidentemente trascendental en lo que se refiere a los trámites esenciales del mismo: a) auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia concreta de que se trata equivalente en otro orden al mandamiento de entrada y registro domiciliario, b) inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor de la causa, c) apertura por el Juez y a presencia del interesado o de la persona a que designe, salvo que no hiciere uso de este derecho o estuviese en rebeldía, en cuyos dos supuestos la diligencia judicial llevaríase a cabo a pesar de tales ausencias. Igualmente ha de ir precedida de una auténtica necesidad, de la mano de la proporcionalidad, antes de adoptar medida de tanta importancia por lo que significa de limitación de un derecho fundamental.

5.º En los artículos 30 y 31 del Reglamento de Servicios de Correos se pone de manifiesto que la interceptación o detención de la correspondencia se pone en manos de la autoridad judicial que entienda en asuntos criminales, y si bien a los funcionarios de Aduanas que tengan intervención en Correos, se les reconocen ciertas facultades de intervención, ello será sin formalidades especiales sobre los objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. En cambio la intervención de los objetos cerrados y no provistos de etiqueta verde no podrá en ningún caso practicarse más que en presencia de los destinatarios; aun mediante Auto del Juzgado la diligencia de apertura es nula cuando no sea citado el interesado para que pudiera presenciar la operación (art. 584 de la LECr.).

Si siguiendo esta tesis, la Sentencia 15 de marzo de 1995 indica que como quiera que en los paquetes postales se pueden incluir objetos como fotografías, cintas magnetofónicas o de vídeo, pelí-

culas, etc., que pueden incorporar datos relativos a la intimidad personal o familiar debe entenderse que el secreto de las comunicaciones debe abarcar también a los paquetes cuando éstos se en-  
vían cerrados.

Por ello, declara violado el artículo 18.3 de la Constitución Española ante la interceptación del paquete en Barajas proveniente de Colombia y con destino a La Coruña, realizado sin autorización judicial, aún cuando el Fiscal hubiera autorizado la entrega controlada y habiéndose abierto finalmente en el Cuartel de la Guardia Civil, donde se hallaron 1.940 gramos de cocaína. La Sentencia 23 de marzo de 1995 considera legítima la apertura en la Inspección de Aduanas de un paquete postal con «etiqueta verde», entendiéndose que quien acepta enviar un paquete bajo etiqueta verde acepta todas sus condiciones y entre ellas la posibilidad de apertura para control del contenido; hay renuncia expresa al posible derecho de secreto del contenido del paquete.

En el mismo sentido se refiere la Sentencia de 6 de abril de 1995, ante la apertura de otro paquete con «etiqueta verde» por funcionarios de aduanas e indica que tal apertura es legítima pues tales funcionarios cumplieron las normas recogidas en el artículo 117 del Reglamento del Convenio Postal Universal de Washington.

Las Sentencias de 13 de julio de 1995 y 10 de noviembre de 1995 mantienen idéntica doctrina ante la apertura de un paquete con etiqueta verde.

La Sentencia de 1 de febrero de 1995 aborda el problema que plantea la apertura en el extranjero de un paquete postal conteniendo droga conforme a las leyes del país y luego enviado a España y entregado a su destinatario mediante la «entrega vigilada».

En concreto, en esta sentencia se plantea la validez de la prueba al producirse la apertura del paquete en Alemania por el Grupo de Vigilancia de Aduanas de Colonia, bajo la supervisión y control del Fiscal de Colonia. Al descubrirse la droga en el interior del paquete, el Fiscal de Colonia solicita a las autoridades españolas, en concreto a la Fiscalía Antidroga, la entrega vigilada del paquete con el estupefaciente. Concedida la autorización se ponen los hechos en conocimiento del Juzgado de Guardia, acordando éste mediante la oportuna resolución la sustitución del estupefaciente por sustancia simulada y la entrega del paquete a su destinatario.

El recurso aborda la posibilidad de nulidad de la prueba ya que el recurrente entiende que no ha existido autorización judicial en la apertura de la correspondencia, conforme a nuestra normativa, ni se ha acreditado que se hubiera cumplido el derecho extranjero vigente en esta materia.

El Tribunal Supremo entiende que no ha habido vulneración al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones ya que la técnica de la sustitución del estupefaciente por sustancia simulada esta recogido en el número 2 del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 11.1 del Convenio de Viena y amparándose en tal precepto internacional se generó la petición de las autoridades alemanas.

La Sentencia 9 de mayo de 1995, aborda un problema similar al anterior, las autoridades alemanas sospechan de que un paquete remitido de Argentina a España, vía Alemania, contenga droga y solicitan al Fiscal Especial Antidroga la entrega controlada. Una vez autorizada ésta, se presenta el paquete al Juzgado de Guardia, autorizando éste su apertura y modificación de la droga por otra sustancia inocua, sustitución realizada ante el Juez y Secretario, continuando el paquete su entrega hasta el domicilio del destinatario quien se hizo cargo del paquete sin sospechar de la presencia policial.

La sentencia mantiene que como la apertura se realizó mediante autorización judicial, el acto es lícito pero irregular ya que se realizó sin citación del interesado y como no hay otra prueba para acreditar la presencia de la droga, casa la sentencia entendiendo que la condena fue sostenida con vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Esta resolución indica la necesidad de una específica regulación de la entrega controlada de paquetes y correspondencia postal.

Como vemos, el Tribunal Supremo está cerrando las puertas a la técnica de la entrega controlada (considerada a nivel internacional como un avance en la investigación de delitos de tráfico de drogas, de ahí que se recoja en el Convenio de Viena de 1988), en la modalidad de sustitución de la droga en el interior de los paquetes postales y está solicitando una legislación en esta materia. Creemos, por el contrario, que existe una solución a este problema, ya que si se decreta el secreto de las diligencias judiciales, una

vez detenido el paquete, entendemos que no sería obligatorio la citación del destinatario para la apertura de éste y podría continuarse su entrega previa sustitución de la sustancia estupefaciente.

## 9. DELITO FLAGRANTE

### A) CONCEPTO

Como dicen las Sentencias de 31 de enero y 15 de noviembre de 1995, al delito flagrante se refiere con frecuencia nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Constitución (arts. 18.2 y 71.2), como la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 273, 490.2, 533, 751 792.2 y 877).

Por ello resulta extraño que actualmente no haya una definición legal de esta figura.

Sin embargo, es doctrina jurisprudencial constante (Sentencias, entre otras, de 11 de diciembre de 1992, de 28 de abril y 23 de junio de 1993) que la definición contenida en el antiguo artículo 779 de la Ley Procesal sigue vigente.

De acuerdo con el mismo, es delito flagrante el que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente o delinquentes son sorprendidos, entendiéndose sorprendido en el acto el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, y también el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durase o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. Por último, también se considera delincuente *in fraganti* aquél a quien se sorprendiera inmediatamente después de cometido el delito, con efectos o instrumentos que infundan la vehemente sospecha de su participación en él.

Dice la Sentencia de 31 de enero de 1995, ya citada, que el término «flagrante», en correspondencia con su origen etimológico del latín *flage* significa, en sentido técnico-jurídico, que un delito lo es cuando se comete públicamente y ante testigos, o, como afirma la Sentencia de 20 de enero del mismo año, el que se comete de manera singularmente escandalosa y ostentosa.

Es de destacar que la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 afirma que el concepto de delito flagrante está constitucionaliza-

do, no pudiéndose admitir que el Poder Legislativo o el Judicial hagan de él interpretaciones extensivas o ampliadoras, pues a través de ellas se estaría afectando el contenido esencial del derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio por la vía indirecta de ampliar o extender las excepciones más allá del sentido que el legislador constitucional tomó en consideración para reconocer y garantizar ese derecho fundamental.

En base a ello el Tribunal Constitucional, como luego veremos, declaró inconstitucional y, por tanto, nulo, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, que introducía un concepto de flagrancia amplio e indeterminado.

## B) REQUISITOS

La Sentencia de 9 de febrero de 1995, citando la de 5 de diciembre de 1994, señala las siguientes notas propias del delito flagrante:

### a) *Sustantivas:*

1. Inmediatez. Es, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de realizarse.

2. Personal. Consistente en que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho, en relación directa con el objeto, instrumentos o efectos del delito.

### b) *Adjetiva:*

1. Percepción directa, no meramente presuntiva de la situación.

2. Necesidad urgente de intervención para evitar la consumación o el agotamiento del delito o, simplemente la desaparición de los efectos o vestigios del mismo.

Esta última nota resulta imprescindible para que tenga lugar uno de los efectos jurídicos más importante del delito flagrante: la

posibilidad de realizar un registro domiciliario sin mandamiento judicial ni consentimiento del titular, efecto al que a continuación nos referiremos.

### C) DELITO FLAGRANTE Y REGISTRO DOMICILIARIO

Efectivamente, tratándose de delitos relativos al tráfico de drogas, el concepto de delito flagrante adquiere una especial relevancia cuando se produce, sin mandamiento judicial previo, una entrada y registro de un domicilio.

Ello en base a que el artículo 18.2 de la Constitución establece que ninguna entrada o registro podrá hacerse en un domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de delito flagrante.

Por ello los Tribunales de Justicia han tenido que perfilar el concepto de «delito flagrante» ante la frecuente alegación de que un registro practicado sin el correspondiente mandamiento judicial vulneraba el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el citado artículo 18.2 del Texto Fundamental.

El problema adquirió especial conflictividad al entrar en vigor la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

En el artículo 21 de dicha ley se decía:

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijan las leyes.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los Agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

Esta norma fue declarada inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de noviembre de 1993, en base, fundamentalmente, a que las expresiones «conocimiento fundado» y «constancia», en cuanto no constituyen necesariamente un conocimiento o percepción evidente, van notoriamente más allá de lo que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia.

Por ello con frecuencia se plantea ante los Tribunales de Justicia el problema de si un registro domiciliario practicado sin consentimiento del titular y sin la correspondiente autorización judicial, puede ser utilizado como prueba válida que, desvirtuando la presunción de inocencia, sirva de base o de apoyo a una sentencia condenatoria.

En el análisis de este problema puede llegarse a una de estas dos conclusiones:

a) Que la actuación de la policía, al penetrar en un domicilio particular, se hizo en base a un precepto legal vigente en aquel momento, pero declarado inconstitucional después (art. 21.2 de la LOPSC).

Ello implica que se estime nula e ineficaz la labor de investigación realizada al amparo de dicho precepto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberse vulnerado un derecho fundamental, aunque lo fuera *ex post* como consecuencia de una especie de nulidad o ineficacia sobrevenida con posterioridad (Sentencia de 20 de enero de 1995, que cita la de 30 de mayo de 1994).

b) Que se ha aplicado correctamente el artículo 533 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo caso es válido el registro y legítimas sus consecuencias jurídicas.

#### D) DELITO FLAGRANTE Y DELITOS DE CONSUMACION ANTICIPADA

Recuerda la Sentencia de 20 de enero de 1995, que la de 29 de marzo de 1990, refiriéndonos a los delitos de consumación anticipada o resultado cortado (como lo son los de tráfico de drogas) afirmaba que desde el momento en que tales infracciones quedaban consumadas por la tenencia ilegal de la droga preordenada al tráfico, ya no se requería, normalmente, ninguna intervención ur-

gente de la policía, que no pudiera esperar, al menos, el tiempo preciso para obtener el oportuno mandamiento judicial.

Igualmente recuerda que la Sentencia de 26 de junio de 1994, al enumerar los requisitos del delito flagrante, une al requisito temporal —momento en que se está cometiendo o se acaba de cometer la infracción— y al requisito personal —presencia actual del delincuente en el lugar de los hechos—, otra nota necesaria, referida a la necesidad imperiosa de una intervención urgente de los funcionarios policiales.

Pues bien, dicha Sentencia de 20 de enero de 1995, concluye que la flagrancia puede justificar el registro domiciliario sin mandamiento judicial, incluso en los delitos de consumación anticipada cuando haya que evitar que la infracción se proyecte con mayor amplitud en un futuro inmediato, aumentando sus efectos, daños y consecuencias.

#### E) CASOS CONCRETOS

1. Se estima correcto el registro por tratarse de delito flagrante:

— Sentencia de 5 de mayo de 1995. La policía vigila el domicilio del acusado por sospechar que pudiera vender heroína en gramos. La policía sube a la vivienda, cuya puerta estaba abierta y se identifica. A continuación, la acusada lanza un calcetín conteniendo dos bolsitas de heroína al interior de un cubo de agua sucia, de donde son recogidos rápidamente. «Se trata de un delito flagrante.»

— Sentencia de 18 de septiembre de 1995. La policía en la vigilancia previa, ve al acusado contactando una y otra vez con compradores, a los que acompaña y guía al local. Se intenta entorpecer el registro esparciendo abundante sustancia con apariencia de droga. El local no era vivienda, pero aunque lo hubiera sido, el registro «hubiera sido válido aún sin mandamiento, dada la flagrancia constatada directamente por los agentes en la vigilancia previa».

— La Policía establece un servicio de vigilancia ante la sospecha de que, en un apartamento, existe tráfico de drogas. El acusado, alertado por la presencia judicial, intenta escapar saltando por el balcón pero, ante los requerimientos de los agentes, desiste y

vuelve al apartamento. Una persona corre hacia el baño y tira al retrete sustancias estupefacientes contenidas en un espejo. «El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido aplicado correctamente.»

2. No se estima correcto el registro:

— Sentencia de 20 de enero de 1995. La Guardia Civil aprovechando la ausencia de los acusados y el que sus hijos habían abierto la puerta blindada de acceso a la vivienda, al comprobar que los padres regresaban, suben al piso e impiden el cierre de la puerta hasta que llegan los acusados, a los que manifiestan verbalmente su intención de practicar el registro. Un niño de trece años, ante la señal de su padre, esconde en el pantalón una bolsa pequeña de aseo.

«Los hechos enjuiciados no evidencian ni mucho menos la flagrancia, porque nunca estaría justificado el requisito de la urgencia. Difícilmente puede comprenderse la necesidad de una intervención que, a la vista de los hechos, podría lógicamente esperar el pertinente mandamiento judicial.»

«No había posibilidad racional de que se incrementara el daño a terceros y mal podía justificarse un registro inmediato que no iba a evitar la infracción o la desaparición de las pruebas.»

— Sentencia de 29 de diciembre de 1995. Agentes de la Policía Local, que circulan en un vehículo, observan que tres personas «se intercambian algo que no pudieron ver los actuantes» y, seguidamente, se introducen en un inmueble. Los policías entran en la casa, detienen a las personas que allí se encontraban y ocupan diversos efectos supuestamente relacionados con distintos hechos delictivos, tanto contra la salud pública como contra la propiedad.

No existe flagrancia pues no hay:

1) Percepción sensorial de la comisión de un delito, sino simple observación de una actitud sospechosa.

2) Necesidad inexcusable de una rápida e inmediata intervención ya que, siendo el inmueble «un punto habitual de venta de drogas», lo procedente era solicitar el oportuno mandamiento judicial, montando el correspondiente servicio de vigilancia.

Por ello, se declaran nulas las pruebas directa e indirectamente derivadas del registro practicado con infracción del artículo 18.2

de la Constitución. Y, dado que del mismo nacen la totalidad de las pruebas de cargo, se dicta sentencia absolutoria.

3. Aunque el registro, practicado en virtud de mandamiento judicial, no fuera en sí mismo correcto, resultaría legitimado por la existencia de delito flagrante:

— Sentencia de 20 de noviembre de 1995. La policía, que vigila la casa de la acusada, se percató de que ciertas personas, algunas conocidas consumidoras de drogas, se acercan al inmueble y llaman a la puerta, abriéndose ésta una vez que la inculpada los identificaba desde la ventana y saliendo poco después.

Es de resaltar que en la misma sentencia se afirma que, en este caso, los funcionarios policiales que llevaron a cabo la diligencia de entrada y registro pueden deponer como testigos de todo en cuanto en ella vieron y oyeron.

## 10. ENTRADAS Y REGISTROS

### A) CONCEPTO DE DOMICILIO

El desarrollo de lo que debe entenderse por domicilio a efectos de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria lo realiza el Tribunal Supremo en 1995, como en años precedentes, en un importante número de resoluciones.

Confirma la doctrina general en la materia: domicilio a efectos de la diligencia de entrada y registro es cualquier lugar donde una persona pueda desarrollar su privacidad y los actos que ésta lleva aparejados, sin que importe el concepto por el que se ocupe, que se trate de un domicilio habitual o accidental, o las características del lugar, siempre que permitan aquel ejercicio de la privacidad.

La Sentencia de 19 de enero de 1995 analiza el *concepto de domicilio en el marco de los derechos fundamentales* a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Así expresa «que el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 de la CE) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de

la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección a la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ello se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no es sólo el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho por la STC 22/84 que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, caracterizándose por quedar exento e inmune a las agresiones o invasiones exteriores, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella». La referida sentencia señala que la legislación ordinaria no ha concretado de una manera expresa el concepto constitucional de domicilio. Pero el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada, reconociéndose la existencia de domicilios y de otros lugares o edificios de acceso dependiente del consentimiento del titular. Asimismo los artículos 546 y 547.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen que los lugares cerrados que no constituyen domicilio, en el sentido de habitación, solo pueden ser registrados previa autorización judicial, pero ello se refiere a lugares capaces de constituir una protección para la privacidad, por tanto aquellos lugares cerrados que no reúnen las condiciones necesarias para el libre desarrollo de la personalidad no precisan para la entrada y registro autorización judicial ni se hallan sujetos a las formalidades establecidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Sentencia de 24 de enero de 1995 reitera la doctrina sentada en relación a los *vehículos de motor* en el sentido de que los automóviles carecen de la protección que a la intimidad domiciliaria presta el artículo 18.2 de la Constitución Española, razón por la cual no ha de sujetarse su registro a los requisitos de los artículos 454 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otra

cosa sería si se tratara de furgoneta constituida en domicilio, habitual o meramente accidental.

La Sentencia de 31 de enero de 1995 tras recordar el alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, establece el concepto de domicilio a efectos de *protección* y señala que es «cualquier lugar cerrado en el que transcurra la vida privada, individual y familiar, sirviendo como residencia estable o transitoria».

La Sentencia de 15 de febrero de 1995 señala que la *habitación de un hotel*, aunque se trate de una estancia accidental, es domicilio y por tanto la entrada en ella sin consentimiento de los ocupantes o resolución judicial supone vulneración del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española, y en consecuencia se trataría de una prueba ilícitamente obtenida con aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Sentencia de 7 de abril de 1995 resume la doctrina jurisprudencial y la doctrina científica afirmando que la *morada* protegida es cualquier lugar, sea cual fuere su condición y características, donde viva y conviva, detente o posea una persona o familia, sea domicilio jurídico o residencia, estable o transitoria, incluidas las chavolas, tiendas de campaña, roulottes, habitaciones de hotel, etc. En consecuencia, y por el contrario no integran el concepto de vivienda los locales comerciales o de esparcimiento, los lugares abiertos al público bien de manera incondicionada, bien selectivamente en razón a personas, afiliaciones o en horarios determinados, sencillamente porque se protege la intimidad como valor esencial y no la propiedad.

La Sentencia de 27 de abril de 1995 expresa que no cabe extender el concepto de domicilio a aquellos lugares que se utilizan para depositar o guardar objetos, como son las *cocheras, garajes o almacenes*, en los que no tienen lugar actividades domésticas que constituyen el contenido propio de aquello que la persona realiza alejado de los extraños que pudieran cohibir su comportamiento. Concluye el Tribunal Supremo afirmando que para registrar una cochera no se precisa autorización judicial.

La Sentencia de 29 de abril de 1995 se pronuncia en idénticos términos que la anterior y en este caso refiriéndose a un taller donde no consta acreditado «algún atisbo de privacidad».

La Sentencia de 18 de mayo de 1995 afirma que los establecimientos abiertos al público no gozan de la protección que el artículo 18 de la Constitución Española concede al domicilio.

Las Sentencias de 10 y 14 de junio de 1995 niegan el carácter de domicilio a una chabola deshabitada y a un cobertizo en el que no existe dependencia alguna destinada al desarrollo de la vida privada.

La Sentencia de 30 de junio de 1995 analiza el supuesto de que parte del registro se realizase en las dependencias de un bar, señalando que en este supuesto no era necesario el mandamiento judicial para la práctica de la diligencia de registro.

La Sentencia de 7 de julio de 1995 confirma la, ya consolidada, jurisprudencia relativa a las *habitaciones de los hoteles*, en el sentido de que gozan de la protección constitucional a la inviolabilidad domiciliaria. Ahora bien, la sentencia matiza el supuesto de que el hallazgo de la droga no sea fruto de una actuación policial, sino consecuencia del encuentro casual por la señora de la limpieza cuando realizaba tales labores. Así, se afirma que estas labores de limpieza están tácitamente consentidas porque forman parte del régimen de ocupación habitual de los alojamientos hoteleros.

La Sentencia de 6 de noviembre de 1995 se refiere a los *establecimientos abiertos al público* y señala que éstos no integran el concepto de domicilio, por tanto para entrar en ellos no se requiere mandamiento judicial. De este modo las formalidades establecidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se exigen en estos casos, pues sólo se precisan cuando para practicar la entrada y registro se requiera autorización judicial.

La Sentencia de 15 de noviembre de 1995 reitera la doctrina sobre la naturaleza domiciliaria de las «roulotte», donde se desarrolla la vida privada de sus moradores.

La Sentencia de 20 de noviembre de 1995 afirma que no es domicilio un *establecimiento abierto al público*, aunque en una de sus habitaciones exista un colchón donde el dueño descansa en las horas abiertas al público.

La Sentencia de 24 de noviembre de 1995 analiza el registro efectuado en la *celda de un establecimiento penitenciario*. Afirma que para practicar la diligencia de entrada y registro en ese caso no era preciso adoptar las precauciones que para tal diligencia en un domicilio establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se afirma en la sentencia que el respeto del domicilio es un complemen-

to del derecho a la libertad de la persona, lo que determina que la garantía de esta última ha de determinar la protección también del lugar donde desarrolla la parte más íntima de la vida. Por ello, aunque el artículo 25.2 de la Constitución Española establece que el condenado a la pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales que no se hubieran expresamente limitado, como la protección a la inviolabilidad del domicilio es una ampliación del derecho a la libertad del individuo, que es precisamente del que se priva al condenado a las penas privativas de libertad, es claro que también alcanza al correlativo de elegir un espacio de privacidad del que se pueda excluir a otras personas, imposible de ejercitar y mantener, con escasos momentos de excepción, en instituciones penitenciarias.

## B) GARANTIAS PROCESALES

La invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria es posible en tres supuestos: en caso de delito flagrante; porque lo consienta el interesado; o, porque una resolución judicial así lo autorice. Una vez se ha producido la condición habilitante para entrar y registrar un domicilio, se han de respetar las garantías legalmente establecidas para su desarrollo.

En su virtud, lo primero que se debe determinar es si alguna de esas condiciones habilitantes concurre, y, en caso de que así sea, si cumplen todos los requisitos necesarios para su validez, o, en caso contrario, determinar las consecuencias de su incumplimiento.

En un segundo momento, es preciso examinar si la entrada y registro que se ha practicado lo ha sido cumpliendo todas aquellas previsiones legales que garantizan el desarrollo de la diligencia y que determinan su eficacia como medio probatorio.

### a) *Auto*

#### 1. Inexistencia de auto

La Sentencia de 16 de marzo de 1995 declara la ilicitud de la diligencia de entrada y registro practicada puesto que en las actua-

ciones no constaba la existencia de auto y ello aunque el registro se efectuase en presencia de la Secretario Judicial. Así establece que «en estas condiciones se desconoce si existió autorización judicial para practicar el registro o si, de existir, reunía las condiciones de motivación, determinación del lugar y demás extremos que impone el artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no puede declararse que el registro fue constitucionalmente lícito por contar con una autorización válida que lo legitimara a la luz del artículo 18.2 de la Constitución Española, y así en los términos del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial carente de efecto probatorio alguno».

## 2. Motivación del auto

La Sentencia de 27 de enero de 1995 afirma que la decisión de autorizar la invasión de un derecho fundamental debe estar debidamente justificada y responder a una previa valoración de todos los elementos indiciarios acopiados por los encargados de la investigación policial. Tras esto analiza el auto que en el caso concreto autorizó la entrada y registro domiciliaria, y reconoce su validez aunque éste se recogiese en un impreso al que se trasladó, en los fundamentos de hecho, la petición policial con los datos en ella recogidos, así como la necesidad de practicar el registro para encontrar indicios relativos a un delito contra la salud pública.

En el mismo sentido la Sentencia de 28 de marzo de 1995, admite la constitucionalidad de las resoluciones que autorizan el registro aunque se cobijen bajo la fórmula de los impresos de «plantilla», porque la parquedad de la fundamentación jurídica debe merecer un tratamiento más permisivo y benévolo siempre que no se vulnere manifiestamente un derecho fundamental y se conozca a la vez el criterio jurídico esencial tenido en cuenta.

La Sentencia de 17 de abril de 1995 señala que el auto por el que se acuerde la entrada y registro deberá fundarse en indicios constatables en actuaciones y que pueden ser los que facilite la policía en el *petitum* de la diligencia, ampliados o no según lo estime el Juez, y otros, en todo caso no equivalentes a sospechas o conjeturas, sino expresivos de la racionalidad de la noticia y probabili-

dad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar, así como de llegar al conocimiento de los autores o intervención de los efectos e instrumentos de la infracción.

La Sentencia de 16 de mayo de 1995 se refiere a la motivación y señala que ésta ha de ser suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, siempre atendiendo a que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión, y que no es necesario explicitar lo obvio. Una vez afirmado lo anterior, señala que en el caso concreto es suficiente la motivación, puesto que desde el punto de vista jurídico se recogen los preceptos constitucionales y legales que facultan al Juez para dictar la resolución así como las circunstancias genéricas que la justifican («la existencia de indicios racionales de que en un determinado lugar se encuentra la persona del imputado, los efectos o instrumentos de un delito, o los libros, u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación»), y se señala la forma en que debe llevarse a cabo la diligencia con referencia a la normativa procesal aplicable, mientras que en el segundo fundamento jurídico, con expresa referencia a los hechos que sirven de antecedente al razonamiento jurídico, se expresa el criterio del juzgador de que los mismos permiten inferir indicios racionales acerca de alguno de los elementos justificadores de la resolución anteriormente expresados. En el antecedente fáctico consta con toda claridad cual es el objeto que fundamenta en el caso concreto el registro: «La intervención de cuantas sustancias estupefacientes, útiles de tráfico u otros objetos de ilícita procedencia pudieran encontrarse en el domicilio.» Asimismo, en la base fáctica del auto se hace referencia al informe policial.

La Sentencia de 22 de mayo de 1995 establece que basta con una sospecha objetivada en datos concretos que conduzcan a ella para que la resolución habilitante pueda estimarse fundada.

La Sentencia de 30 de mayo de 1995 refiere la suficiente motivación del auto que autoriza la entrada y registro y se basa en la pormenorizada exposición policial del modo de operar que se viene observando entre los canales de distribución de la droga en un barrio, siendo el objetivo pretendido la búsqueda de sustancias estupefacientes, efectos de procedencia ilícita y armas de fuego.

La Sentencia de 26 de septiembre de 1995 analiza la motivación de una resolución en la que se recoge que «por la policía se solicita mandamiento de entrada y registro por tener indicios racionales que se está llevando a cabo tráfico de drogas», pero no se especifica de dónde proceden esos indicios y es omitiendo la referencia a las escuchas que sirvieron para detectar los hechos que se trataba de comprobar. La sentencia afirma que esa resolución carece de una suficiente justificación de su concesión, y recuerda lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 25 de julio de 1995 según la cual corresponde al Juez ponderar los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad de domicilio, debiendo ir acompañada de un acto de comprobación donde se ponderen las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste con la limitación consiguiente del derecho fundamental.

La Sentencia de 31 de octubre de 1995 entiende motivado el auto que se basa en una sospecha objetivada en datos concretos, pues señala esta sentencia, «no se puede pretender es que por el Juez se justifiquen exhaustivamente las causa o motivos de su acuerdo, pues ello, amén de su imposibilidad en la mayoría de los casos, devendría racionalmente en una tardanza innecesaria en la actividad policial y, en suma, en una mayor impunidad de los delitos cometidos.

La Sentencia de 7 de noviembre de 1995 es válido y eficaz el auto que pese a emplearse un impreso recoge la solicitud policial y los datos en ella contenidos.

La Sentencia de 20 de noviembre de 1995 casa la del Tribunal de instancia que consideró infundado el auto por el que se autorizaba la entrada y registro domiciliaria. El Tribunal Supremo distingue dos aspectos a tener en cuenta para valorar la motivación del auto habilitante: en primer lugar, las circunstancias que justifican la entrada y registro, y afirma que basta con una sospecha objetivada en datos concretos que conduzcan a ella, viniendo dada tal objetivización por el oficio policial, pues el auto se remite al oficio y por tanto es de estimar que *per relationem* incorpora su contenido a la motivación. En segundo término, se debe comprobar si la resolución aparece correctamente motivada con el contenido asumido en un auto parcialmente impreso, entendiendo (STC de 20 de enero de 1991) que se dan razones que permiten conocer

los criterios jurídicos esenciales tenidos en cuenta y la remisión al oficio policial.

### 3. *Contenido del auto*

Bajo este enunciado incluimos todas aquellas cuestiones analizadas por el Tribunal Supremo relativas a los datos consignados en la resolución judicial.

En primer lugar, y tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley 10/92, de 30 de abril, se han sucedido los recursos de casación que denuncian las irregularidades consistentes en la no designación individualizada del funcionario policial que fuera a actuar como secretario en la diligencia de entrada y registro, o bien la práctica de la diligencia por otro funcionario distinto al específicamente designado.

El Tribunal Supremo en esta materia ha variado de criterio en sus distintas resoluciones. Así, afirma que no es necesaria la concreción personal del funcionario que vaya a hacer las veces de secretario bastando con una nominación genérica y no individualizada al cargo (Sentencias de 15 de febrero de 1995 y 28 de marzo de 1995). Por el contrario, las Sentencias de 30 de mayo de 1995, 20 de noviembre de 1995 y 2 de diciembre de 1995 declaran la nulidad de la diligencia en la que el auto designa a un determinado funcionario y en el acta figura actuando otro, no obstante, tal irregularidad, no supone que la convicción judicial dirigida al pronunciamiento de condena no pueda ser obtenida por otros medios probatorios distintos. Finalmente, la Sentencia de 10 de mayo de 1995, única dictada en tales términos, remite al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial porque en la diligencia de registro no consta que participase el funcionario policial facultado en el auto para la misma.

Otras cuestiones que en este punto ha analizado el Alto Tribunal han sido:

— Erratas en la identificación de la vivienda a registrar: lo importante es que se concrete el domicilio a registrar por el nombre de la persona titular y que lo ocupa, lo demás son irregularidades intrascendentes (Sentencia de 3 de marzo de 1995).

— Error en la fecha del auto: se trata de un manifiesto error material, que puede ser rectificado y subsanado en cualquier momento y que resulta irrelevante a efectos probatorios (Sentencia de 16 de mayo de 1995).

— Entrada y detención: no existe ningún obstáculo legal para que un mandamiento de entrada y registro abarque un doble objetivo siempre que su fundamentación sea suficiente y exista cobertura jurídica para justificar la decisión judicial (Sentencia de 11 de marzo de 1995).

— Discordancia entre el nombre del titular del domicilio y el consignado en el auto habilitante: el artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no requiere que los autos consignen el nombre del titular del domicilio, sino que se exprese de forma concreta el edificio o lugar cerrado en el que haya de verificarse (Sentencias de 10 de mayo de 1995 y 31 de octubre de 1995).

— El registro se practicó de noche cuando el auto decía que debía realizarse de día: en la interpretación de lo que es noche ha de atenderse a la *ratio essendi* de la diligencia, y por tanto se trata de que el registro no resulte especialmente gravoso al practicarse en las horas normalmente dedicadas por las personas para el descanso, por ello «noche» no ha de entenderse en sentido literal (Sentencia de 28 de abril de 1995).

— El auto no determinó que el registro podía efectuarse de noche: el oficio policial señalaba la necesidad de que la diligencia se practicase en horas nocturnas, por tanto no existió vulneración del artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Sentencia de 7 de noviembre de 1995).

#### b) *Consentimiento del titular*

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución Española no tiene carácter absoluto y por tanto, en determinados supuestos, se puede restringir. El propio texto constitucional señala como una de las causas justificadoras de la intromisión en el domicilio ajeno la autorización o el consentimiento voluntario de su titular.

En este punto el Tribunal Supremo ha señalado que el consentimiento, o conformidad implica un estado de ánimo en virtud del

cual la persona interesada, ante la situación concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga inequívocamente, que este acto tenga lugar (Sentencia de 20 de enero de 1995).

El problema de si existió o no consentimiento ha de ser interpretado restrictivamente, pero deben analizarse tanto el comportamiento del propio interesado, «antes, durante y después», como las manifestaciones de cuantos pudieron estar presentes cuando el registro se llevó a cabo.

En la Sentencia de 18 de enero de 1995 se entiende que el consentimiento fue válido cuando se otorgó expresamente y por escrito a los funcionarios policiales, se reconoció en el Juzgado y en el acto del juicio oral.

En el mismo sentido la Sentencia de 24 de enero de 1995 señala que: «Resulta altamente significativo, por incomprensible, que quien ha sufrido presuntamente un agravio tan importante como es el penetrar por la fuerza en su domicilio, nada en absoluto diga cuando presta declaración posterior en presencia de su Abogado, dato este último que elimina, *ex post*, la disculpa de haber obrado inicialmente por la coacción intimidatoria que las Fuerzas de Seguridad del Estado representan. El que calló cuando debía hablar, y lo advirtió, parece que consiente.»

La Sentencia de 15 de febrero de 1995 analiza el supuesto en que el consentimiento para el registro de la habitación de un hostel, que estaba ocupada por los acusados, se otorgó por los dueños del establecimiento. Afirma la sentencia que no consta, en principio, que los acusados se opusieran ostensiblemente al registro. Pero, se dice, tampoco consta que se les pidiese la autorización para ello; y habida cuenta que se trataba de un habitación de hotel, pudiera dar lugar a confusiones a la hora de que los acusados invocaran la inviolabilidad domiciliaria. Por lo tanto, existiendo dudas sobre el consentimiento, debe resolverse en el sentido de entender que hubo vulneración del artículo 18.2 de la Constitución Española.

Finalmente, la Sentencia de 18 de enero de 1995 se refiere a la naturaleza de la diligencia de registro practicada con el consentimiento del titular, afirmando que esta forma parte del atestado policial y que, por consiguiente, no tiene más valor que el de simple denuncia, que necesita de su ratificación en el juicio oral, puesto que no se está en presencia de una prueba preconstituida.

c) *Presencia del titular*

En la práctica del registro la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 569, exige la presencia del interesado o de su representante, de un familiar, si el titular no fuere habido o no quisiese nombrar representante, o de dos testigos, vecinos del mismo pueblo, para el caso de no encontrarse a familiar.

En este punto todas las sentencias emanadas del Tribunal Supremo reiteran que la presencia del interesado en el registro es un requisito esencial cuya ausencia no puede ser suplida en modo alguno. Supone una especie de garantía coadyuvante en función de legalidad. No es suficiente la fe judicial del Secretario sino que, en razón a la trascendencia e importancia del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se exige que concorra a la diligencia alguien que actúe en nombre del domicilio que contra o sin la voluntad del «dueño» va a ser invadido (Sentencias de 16 de enero de 1995, 15 de febrero de 1995, 4 de marzo de 1995, 30 de mayo de 1995 y 20 de diciembre de 1995).

Las consecuencias de la diligencia de registro practicada incumpliendo los requisitos previstos en el citado artículo 569, sobre la presencia del interesado, supone una lesión a la esencia de la diligencia porque repercute en sus propias entrañas, quebrando su legitimidad y la convierte en nula de pleno derecho, al faltar un requisito esencial a la legalidad ordinaria, que afecta al derecho de defensa y a la posibilidad de contradicción por parte del que se pueda ver afectado por su contenido y conlleva la aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por tanto sus resultados deben extraerse del material probatorio y todas las pruebas que de ella, directa o indirectamente, traigan causa de ella (Sentencias de 16 de enero de 1995, 15 de febrero de 1995 y 4 de marzo de 1995).

d) *Asistencia de letrado*

La presencia en el registro del Letrado del titular del domicilio no es precisa para la validez de la prueba a través del mismo registro obtenida, ni su ausencia determina violación del precepto constitucional ni invalidez de la prueba. El artículo 17.3 de

la Constitución Española garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca y la redacción del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala como preceptiva la presencia de letrado del detenido o preso en las declaraciones que haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, pero estos preceptos no pueden interpretarse en el sentido de que la presencia y asistencia de letrado ha de darse en todas las diligencias de instrucción (Sentencia de 15 de febrero de 1995).

La Sentencia de 6 de abril de 1995 afirma que la ausencia del letrado en la diligencia de registro no supone ni tan siquiera una irregularidad procedimental.

#### e) *Presencia del Secretario Judicial*

La jurisprudencia, en esta materia, ha sido constante y ha ratificado la doctrina general sentada en los años precedentes.

Recordemos que la asistencia del Secretario Judicial a la diligencia de registro, cuando ésta había sido autorizada judicialmente, era preceptiva antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley Orgánica 10/92, de 30 de abril. Con la antedicha modificación era posible delegar en un funcionario de la Policía Judicial o en otro funcionario público para que asistiera al registro y extendiera la correspondiente acta. Y finalmente, la Ley 22/1995, de 17 de julio, modifica nuevamente el artículo 569 y exige la presencia del Secretario Judicial en la práctica del registro.

De este modo, aquella doctrina general desarrollada por el Tribunal Supremo adquiere plena validez en el momento presente y puede ser de aplicación a los supuestos concretos que, a partir de la reforma de 1995, surjan relativos a la ausencia del fedatario judicial en las diligencias de registro.

Recordemos cuales eran las tres posibles respuestas a la inasistencia del Secretario Judicial cuando ésta era preceptiva: 1. La diligencia así practicada constituía prueba ilícita pues se había obtenido con vulneración de derechos fundamentales; 2. La diligencia era un acto irregular sanable; y 3. Se trata de un acto nulo de

pleno derecho, que no puede tener efecto alguno, sin perjuicio de que los datos probatorios puedan obtenerse por otros medios de prueba.

Es esta última respuesta la que se acoge unánimemente por el Alto Tribunal. De este modo, se parte de la distinción entre la vulneración constitucional, que en este caso no concurre, siempre que exista una resolución judicial debidamente fundada que habilite el registro; y, el incumplimiento de la legalidad ordinaria, que, a su vez, puede constituir una simple irregularidad perfectamente sanable, o una nulidad de pleno derecho que priva a la diligencia de cualquier efecto, pero que no impide la acreditación de los hechos por raros medios probatorios, puesto que no conlleva las consecuencias de la ilicitud constitucional.

Exponentes de los que se acaba de apuntar son las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1995, 3 de febrero de 1995, 8 de febrero de 1995, 4 de marzo de 1995, 8 de marzo de 1995, 13 de marzo de 1995, 24 de marzo de 1995, 8 de abril de 1995, 23 de junio de 1995, 30 de junio de 1995, 24 de julio de 1995, 18 de octubre de 1995, 31 de octubre de 1995, 13 de noviembre de 1995.

### C) HALLAZGOS CAUSALES

En este punto la jurisprudencia ha sufrido oscilaciones, pero la Sentencia de 28 de abril de 1995 resume la más reciente jurisprudencia sobre la materia. De este modo analiza el supuesto en que se otorgó un mandamiento de entrada y registro en el que se hacía constar que el objeto de la diligencia era la localización de objetos y efectos procedentes de un delito de robo con intimidación. En el curso del registro se halló una importante cantidad de heroína que poseía el acusado. El tribunal *a quo* absolvió por el delito contra la salud pública por entender que la policía se había extralimitado del objeto de investigación, concretado en el auto de registro, y declaró ilícita la prueba así obtenida. El Tribunal Supremo señala que la entrada en el domicilio fue lícita constitucionalmente, pues se contaba con autorización judicial, y lo que después acaeció no fue más que un delito flagrante de tráfico de drogas.

## 11. PRUEBA ILÍCITA

La primera cuestión a abordar es estrictamente terminológica, pues con frecuencia se emplean indistintamente las expresiones de prueba ilícita, prueba irregular y prueba prohibida, cuando, entendemos, entrañan conceptos distintos.

Así, por *prueba ilícita* se entiende aquélla en la que en su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; *prueba prohibida* sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis ha vulnerado derechos o libertades fundamentales; y, finalmente la *prueba irregular* sería aquélla generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica.

En el marco de la *prueba ilícita* el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Por tanto, la vulneración de alguno de los derechos fundamentales protegidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución Española, en la aportación del material probatorio al proceso, o en la práctica de la prueba, supone la prohibición de su valoración.

Sin embargo, cuando lo que se transgrede es el ordenamiento ordinario, esto es, no existe vulneración de derecho o libertad fundamental alguno sino vulneración del procedimiento, estaríamos ante una irregularidad procedimental, cuyas consecuencias serán distintas si esa irregularidad ha generado o no indefensión. Así, no afectando al derecho de defensa estaríamos ante un acto, de los denominados en derecho privado anulable, sanable y sin trascendencia para la validez y eficacia de la prueba. Pero si la irregularidad es generadora de indefensión estaríamos ante un acto nulo de pleno derecho, que no impediría, a diferencia de la prueba prohibida, corroborar el hecho de que se trate, por otros medios probatorios.

Precisamente en tales efectos radica la diferencia entre la prueba irregular y la ilícita, pues en esta última rige la denominada teoría de los «frutos del árbol envenenado», según la cual también sufren del envenenamiento las consecuencias de lo que es nulo.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prueba ilícita y sus consecuencias al analizar aquellas diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, cuales son, las intervenciones telefónicas, domicilios y apertura de paquetes postales, y a tales apartados nos remitimos.

Asimismo, se ha planteado la cuestión al resolver recursos sobre la denominada «diligencia de cacheo policial», consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito. El Alto Tribunal ha entendido que ello no es equivalente a una detención en el sentido del artículo 490 y siguientes de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Indudablemente implica una medida coactiva que afecta a la libertad ambulatoria, pero se diferencia en forma esencial a la detención, pues, su efecto es cuantitativamente reducido. Por esta razón las exigencias previstas en la ley para una detención no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo. En este punto la doctrina procesal europea es prácticamente unánime (Sentencia de 7 de julio de 1995).

La Sentencia de 28 de diciembre de 1995 casa la del Tribunal de instancia que había absuelto al acusado por entender ilícito el cacheo que se le practicó, así como su posterior detención. El Tribunal Supremo afirma que si en el curso de la identificación no hubiera aparecido el dato relacionado con una previa denuncia policial por hechos que presentaban caracteres de delito, el posterior cacheo y detención no hubiera estado justificado. Pero una vez comprobado que el acusado estaba relacionado con ciertos hechos delictivos, a partir de ese momento, está justificada cualquier actuación encaminada a la averiguación y comprobación del hecho denunciado.

## 12. INTERVENCIONES TELEFONICAS

Tratándose de delincuencia organizada —y desde luego en las organizaciones dedicadas al narcotráfico— es un hecho fácilmente constatable que las personas situadas en los escalones más elevados de la estructura criminal, rara vez participan en la ejecución material del hecho delictivo; su participación se limita a la ideación, preparación coordinación, dirección y, en último término

agotamiento de los efectos del delito. Consecuencia la investigación y acreditación de sus responsabilidades penales difícilmente podrá pasar por la obtención de pruebas directas de su participación en la operación concreta de que se trate, sino que la investigación ha de centrarse precisamente en esa actividad organizativa desplegada por los principales responsables de la misma; para desarrollar tal actividad, gran parte de los preparativos, contactos y negociaciones, citas..., se llevan a cabo a través de comunicaciones telefónicas, de lo que se deriva que la observación de tales comunicaciones es uno de los medios de investigación idóneo cuando no el más adecuado o el único posible para la determinación de las responsabilidades de los jefes y miembros más destacados de la organización criminal.

Esta es sin duda la causa de que, en los procedimientos seguidos contra organizaciones dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes, los esfuerzos de las defensas se centren cada vez más en destruir la eficacia de las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas; merced a ello la jurisprudencia acerca de la validez de las intervenciones telefónicas y sus requisitos es ciertamente abundante.

Nuestro ordenamiento prevé la interceptación de las comunicaciones telefónicas del procesado sin contener una regulación detallada de las condiciones de las mismas. Tan sólo se refiere que tal intervención debe llevarse a cabo por resolución judicial (art. 18.3 de la CE), con forma de auto, cuando existan indicios de obtener un hecho o circunstancia importante para la causa (579.2 de la LECr.) y a que su duración temporal será de tres meses prorrogables (art. 579.3 de la LECr.).

Tal parquedad en la regulación ha motivado que la jurisprudencia haya venido creando una doctrina tendente a fijar las condiciones en que las intervenciones telefónicas pueden servir de base a la acusación y condena en el proceso penal. Así, al lado del requisito de la motivación (esencial en cualquier restricción de un derecho fundamental, como lo es el secreto de las comunicaciones), ha introducido otros relativos a la ejecución e incorporación al proceso de los resultados de la interceptación de las comunicaciones, tendentes a garantizar de un lado la autenticidad e integridad de las observaciones aportadas, y de otro el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE).

Sin embargo, en algunas ocasiones parece nos encontremos en una auténtica carrera —cuyo pistoletazo de salida fue el famoso auto de 18 de junio de 1992— dirigida a agregar y añadir nuevas condiciones y requisitos a la validez de las intervenciones telefónicas que, llevados a un punto extremo, podrían llegar a hacer inviable en la práctica el referido método de investigación.

Ejemplo de esta inflación de requisitos es la Sentencia de 12 de enero de 1995 que viene a establecer hasta once requisitos, a los que añade otro relativo al control judicial de la medida; concretamente establece los siguientes: «1.º La exclusividad jurisdiccional de las intervenciones en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. 2.º La finalidad exclusivamente probatoria de las interpretaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo. 3.º La excepcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daño sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones. 4.º Proporcionalidad de la medida que habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida. 5.º Limitación temporal de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas. La Ley de Enjuiciamiento Criminal fija (art. 579.3) períodos trimestrales prorrogables para la observación de las comunicaciones individuales, pero no prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal. 6.º Especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (Auto 18 de junio de 1992). 7.º La medida, además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales. 8.º Existencia previa de procedimiento criminal, aunque cabe sea la intervención de las comunicaciones las que pongan en marcha un verdadero

procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación y correspondiente anotación de ese procedimiento de investigación criminal. 9.º Existencia previa imprescindible de indicios de la comisión de delito, y no de meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuenta con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía, con la pertinente ampliación de los mismos que el Juez estimara conveniente. 10. Exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención, control que, como el afectado por ella desconocerá, por razones obvias, su adopción ha de ser rigurosa en grado suma. 11. Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada, riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuya importancia exige del Juez una explicación razonable y razonada de acuerdo con la ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte... Además para la validez como prueba del contenido de las comunicaciones intervenidas se precisa la entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde consten las conversaciones detectadas, sin consentirse la previa manipulación y selección de su contenido por la Policía, el conocimiento por el Juez de ese contenido, su conservación y el respeto del mismo contenido, así como la posibilidad de su audición con audiencia de las partes interesadas.»

#### A) MOTIVACION

Como cualquier limitación de un derecho fundamental, la interceptación de las comunicaciones telefónicas exige resolución judicial motivada; por ello dice la Sentencia de 28 de marzo de 1995 que «desde el punto de vista de legalidad constitucional, la invasión legítima del derecho al secreto de la comunicación telefónica, reside en la existencia de una resolución judicial, debidamente motivada y proporcional, la cual necesariamente ha de apoyarse

en la también existencia de indicios racionales respecto de un posible delito. Sólo de esta manera se explicará convenientemente la naturaleza, la gravedad o la trascendencia social del supuesto hecho delictivo, así como la justificación de una medida que coarta, invade, restringe y vulnera de alguna forma el derecho fundamental». Con idéntica base la Sentencia de 1 de junio de 1995 señala que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales, es preciso encontrar una causa suficientemente explicada que haga comprender al titular del derecho limitado, las razones por las que ese sacrificio necesario se consuma.

Precisamente en relación el requisito de la motivación, la citada Sentencia de 12 de enero de 1995 llega a declarar sin valor probatorio las intervenciones telefónicas acordadas por el Juez de instrucción en una auto impreso con una fórmula no individualizada, sin añadir ninguna circunstancia referente al caso concreto que se le presentaba, sin que tampoco en la solicitud de los agentes policiales se hiciera constar el delito que se hubiera cometido o se pudiera estar cometiendo ni referencia de indicios sobre la existencia del delito concreto de la participación del titular del teléfono que pedían se interviniera en la misma línea la Sentencia de 23 de enero de 1995 previene de la utilización de «resoluciones impresas intercambiables y polivalentes que puedan abarcar toda la infinita variedad de supuestos que presente la realidad», si bien admite que «en casos muy específicos la petición policial, si está suficientemente razonada y justificada pudiera servir de antecedente fáctico a la resolución motivada del Juez de instrucción». La remisión al oficio policial solicitando la observación telefónica también es admitida por la Sentencia de 11 de diciembre de 1995 al considerar que «el examen de lo actuado en la presente causa permite comprobar que la intervención de las comunicaciones telefónicas llevada a cabo en la misma fue acordada por auto judicial, que contiene una motivación escueta pero suficiente, por remisión expresa a las razones expuestas en las correspondientes solicitudes policiales». También la Sentencia de 2 de diciembre considera suficiente motivación la contenida en un auto «impreso y rellenado» en el que se contienen una serie de razonamientos que, unidos a la amplitud de detalles proporcionados por el oficio policial, permiten llegar a la conclusión de que se ha respetado en lo esencial la motivación para comprobar la adecuación y proporcionalidad de la medida.

Por otra parte la Sentencia de 10 de marzo de 1995 considera que contenían suficiente motivación, «a los fines de dar satisfacción a las exigencias de los artículos 120-3 de la Constitución Española, 141 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», las resoluciones cuestionadas, «ya que en ellas consta la fecha del acuerdo, la autoridad que la pide, las infracciones a investigar, los números a intervenir, los nombres de sus abonados y el tiempo por el que se concedía la intervención». Del mismo modo la Sentencia de 14 de junio considera que la suficiencia de la resolución hay que referirla al supuesto concreto ante el que nos encontremos, «siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, siempre atendiendo a que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión, y que no es necesario explicitar lo obvio».

La valoración contenida en la resolución que acuerda la intervención de las comunicaciones debe respetar, según la doctrina jurisprudencial, tres principios que serían, tal y como los relaciona la Sentencia de 6 de febrero, los siguientes:

*Proporcionalidad*, pues por infracciones de escasa consideración no cabe acordar una medida como la de intervención u observación telefónica, lo que en cada caso habrá de valorar el Juez al no existir en nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones, un catálogo cerrado de delitos con esta finalidad. «Sólo los delitos graves pueden dar lugar a una intervención telefónica, y por supuesto únicamente durante el tiempo indispensable» dice la Sentencia de 1 de junio de 1995.

Se exigen en consecuencia la «proporcionalidad entre la restricción del derecho y la gravedad del hecho a investigar» como declara la Sentencia de 11 de diciembre (en mismo sentido Sentencia). Sin embargo, tratándose de drogas también ha dicho nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de marzo que «obviamente, las medidas de intervención telefónica acordadas en este supuesto fueron proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos objeto de persecución, cuya transcendencia social no puede ni siquiera discutirse, pues gracias a ellas consiguió abortarse una formidable operación de entrada en el país de más de una tonelada de cocaína, que hubiese contribuido a engrosar la ya larga

lista de sus consumidores y a agravar la situación física y personal de los drogodependientes». En íntima conexión con este principio está el de *especialidad* del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos» (Sentencia de 12 de enero de 1995). En parecidos términos se expresa la Sentencia de 1 de junio al significar que «no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo, que se está investigando» si bien esta misma sentencia admite «que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales».

*Subsidiariedad*, ya que sólo ha de acordarse cuando no haya otro medio de investigación menos dañoso para las libertades y derechos ajenos. Por ello dice la Sentencia de 1 de junio que sólo cabe acudir a esta medida «si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención».

*Utilidad*, porque se entienda que con tal medida se puede descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante para el proceso.

A pesar de todo lo dicho en alguna sentencia se sigue considerando válidas la autorización de prórrogas en observaciones telefónicas acordadas por providencia (Sentencias de 10 de marzo y 23 de noviembre de 1995).

## B) CONTROL JUDICIAL

La jurisprudencia, ante la falta de regulación específica del desarrollo de las intervenciones de teléfonos, hace aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 586 Ley de Enjuiciamiento Criminal para el registro de paquetes postales (Sentencias de 28 de marzo y 6 de octubre de 1995).

Se dice en consecuencia que la ejecución de la medida de intervención telefónica, que materialmente y por razones obvias de imposibilidad material debe realizar la Policía, debe estar sometida a un directo control judicial; se exige, según la Sentencia de 23 de enero de 1995, «que se traigan al juzgado las cintas grabadas en los soportes originales, procediendo a su audición antes de autorizar la prórroga de la escucha, pues difícilmente se puede justificar una extensión en el tiempo de la interceptación telefónica si no se conoce cual ha sido el resultado del primer período de grabación. En ningún caso se debe autorizar a la policía judicial para que realice por su cuenta y sin control judicial una previa selección del material acopiado; le corresponde pues a la autoridad judicial realizar la selección del contenido de las conversaciones destruyendo y arrojando fuera del procedimiento todas aquellas que no tengan nada que ver con el delito que está siendo investigado». En términos muy parecidos la Sentencia de 28 de marzo de 1995 dispone que «todo ello implica la selección de las conversaciones trascendentes para la causa, así como la transcripción mecanográfica de su contenido con el cotejo subsiguiente y la actuación legitimadora de la fe pública judicial» sin perjuicio de que en el plenario se ratifiquen los que llevaron a cabo prueba preconstituida y puedan ser oídas las voces intervenidas.

La Sentencia de 11 de diciembre de 1995 que «para que el contenido de las correspondientes grabaciones pudiera servir de medio de prueba de determinados hechos, sería preciso, como se ha dicho: a) que se hubiera hecho entrega oportunamente al Juez de Instrucción de las cintas de grabación originales; b) que se hubiera procedido a una audición de las mismas a presencia judicial, de los interesados y las partes; c) que, caso de no haberse reconocido por los interesados la autenticidad de tales grabaciones, se hubiera practicado la pertinente información pericial; y d) que por el Secretario judicial se hubiere practicado la transcripción de dichas grabaciones o de la parte de las mismas que la autoridad judicial —oídas las partes— hubiere estimado relevante a los fines del proceso Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de su audición en la vista del juicio oral». Considera el Tribunal Supremo un adecuado control judicial «la audición completa por el Instructor de las cintas originales (en su integridad y no sólo de las partes transcritas en los atestados) y la custodia de las mismas cin-

tas originales por el Secretario Judicial» (Sentencia de 14 de junio de 1995).

Por directo control judicial entiende la Sentencia de 23 de noviembre de 1995 «que las cintas originales de la grabación de las conversaciones intervenidas sean entregadas en su integridad al Juez; que el Secretario Judicial certifique la transcripción de las mismas; y que se lleve a cabo una audición de las mismas con intervención de los interesados y con plenas garantías de defensa».

No obstante lo anterior no considera imprescindible la audición de lo grabado la Sentencia de 17 de febrero, si bien «las cintas estuvieron en la Sala de Audiencia a disposición de las partes, ninguna de las cuales interesó su escucha... Hubo, y no se ha discutido, autorización y adecuado control por parte del Juzgado competente, las cintas originales se trajeron al Juzgado con su oportuna transcripción, cuya correspondencia fiel con el contenido de tales cintas certificó el Secretario judicial con salvedades de nula importancia para el caso contenido que fue aportado al debate a través de las preguntas que, con referencia a tal transcripción (sin duda por mayor comodidad para todos y sin mengua alguna de las garantías de autenticidad precisas), se hicieron concretamente a la persona que aquí recurre y, por último, nadie ha puesto en duda el contenido de cargo que para M. C. tenían esas conversaciones en cuanto que revelaban cómo ordenaba a los miembros de la banda lo que cada uno tenía que hacer en las complejas operaciones de traída de la droga, distribución, pagos, cobros, etc. En resumen, entendemos que las referidas cintas fueron prueba documental practicada con las garantías propias del juicio oral (contradicción, intermediación, oralidad, publicidad) que tuvo un contenido de cargo y que, junto con las demás que recoge la sentencia recurrida, justifican una condena de la recurrente respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia. No es obstáculo para ello el que las grabaciones efectuadas no fueran oídas en el desarrollo de las sesiones del juicio oral, pues el contenido de éstas, fiel al de las conversaciones intervenidas según certificación de la persona a quien la ley encomienda la fe pública judicial, el Secretario del Juzgado correspondiente, fue incorporado al debate de dicho acto solemne a través de las preguntas que, con referencia a la tan repetida transcripción auténtica, se formularon a la persona acusada que ahora recurre».

Yendo más lejos la Sentencia de 19 de mayo de 1995 no da importancia al hecho de «que tales cintas no se elevaran a la Audiencia, ni que no se encontraran a disposición del Tribunal en el momento del Juicio, porque ninguna parte solicitó su escucha, ni ninguna aclaración obre sus contenidos ni transcripción, lo que devenía inocua su ausencia o su presencia».

#### C) INTERVENCIÓN TELEFÓNICA DE PERSONAS NO IMPUTADAS

«Nada se opone a la intervención telefónica de personas no imputadas —dice la Sentencia de 1 de junio— o incluso teléfonos públicos, si existen elementos de juicio suficientes por parte del Juez para concluir que directa o indirectamente pueda ser dicho teléfono utilizado por el procesado o imputado, también si a través de tal teléfono, incluso con participación de su titular no imputado, pueden obtenerse datos esenciales que ayuden a la investigación» (admite también tal posibilidad la Sentencia de 14 de junio).

#### D) ASPECTOS DE DERECHO PROCESAL

«La prueba consistente en las grabaciones magnetofónicas obtenidas de conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos por la policía con autorización judicial, constituye una modalidad de la prueba documental, porque se trata de objetos muebles que incorporan un determinado texto a través de los sonidos que quedaron incorporados a tales objetos cuyo contenido puede ser conocido a través de la correspondiente reproducción. Como en toda prueba documental, problema básico es el de su autenticidad, es decir, el de la atribución del documento a su autor, en este caso, la atribución de las palabras grabadas a una persona concreta, lo que puede estimarse acreditado, bien porque el titular de la voz así lo reconoce (en paralelo con el reconocimiento del documento privado —artículo 1.225 y 1.226 C y concordantes de la LECr.—), reconocimiento que con frecuencia se realiza tácitamente, cuando a alguien se le pregunta por el contenido de una determinada conversación (con audición de lo grabado o con lectura de los transcritos) y contesta dando por auténtico dicho conte-

nido, bien, a falta de tal reconocimiento, porque hay otro medio de prueba que acredite tal autenticidad, como puede ser la testifical (caso de la Sentencia de 17 de abril de 1989), o la pericial por los procedimientos técnicos que actualmente permiten comparar la voz grabada con la de la persona a quien se le atribuye (a semejanza de la pericial caligráfica en los documentos privados de carácter escrito), o incluso la directa observación del Tribunal que escucha las grabaciones y la voz del acusado y, por las razones que sean, llega a adquirir la convicción firme sobre tal autenticidad» (Sentencia de 6 de febrero de 1995).

La intervención de teléfonos debe hacerse dentro de un procedimiento penal y «procedimientos penales sólo son aquellos que expresamente están previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Sentencia de 26 de septiembre de 1995) sin embargo es «indiferente la forma o nombre que adopten las diligencias pues no hay que ajustarse a un formalismo estéril» dice la Sentencia de 14 de junio, sin embargo la utilización de las llamadas diligencias indeterminadas, si bien no implica nulidad, «sí constituye una irregularidad que sería conveniente desterrar» (misma conclusión que la alcanzada por la citada Sentencia de 26 de septiembre y la de 18 de octubre de 1995).

En otro orden de cosas, es de destacar que la denegación de la audición de las cintas en el Juicio, determina la estimación del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

[Fiscalía Especial para la Prevención y Represión de Tráfico Ilegal de Drogas.]

## INDICE

	<u>Páginas</u>
<i>Introducción</i> .....	XIX
<b>CAPITULO I</b>	
<b>I. INCIDENCIAS PERSONALES Y ASPECTOS ORGANIZATIVOS DEL MINISTERIO FISCAL</b> .....	<b>1</b>
A) <i>Movimientos de la Carrera Fiscal durante el año 1995</i> .....	1
B) <i>Diligencias informativas</i> .....	2
C) <i>Retiradas de acusación</i> .....	10
D) <i>Visitas de Inspección y nueva plantilla</i> .....	11
E) <i>Informatización de las Fiscalías</i> .....	16
F) <i>Apoyo al Consejo Fiscal</i> .....	18
G) <i>Libro Blanco</i> .....	20
H) <i>Medios materiales</i> .....	28
I) <i>Autores de las Memorias correspondientes a 1995</i>	
<b>II. REUNION DE FISCALES JEFES</b> .....	<b>38</b>
<b>CAPITULO II</b>	
<b>I. DESARROLLO LEGISLATIVO DURANTE EL AÑO 1995 Y ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES</b> .....	<b>41</b>

	<u>Páginas</u>
A) <i>Desarrollo Legislativo</i> .....	41
1. Normativa internacional .....	41
a) En el ámbito del Derecho Civil y Mercantil .....	41
b) En el ámbito del Derecho Penal .....	43
2. Normativa interna .....	43
a) Legislación del Estado .....	43
b) Legislación Administrativa .....	73
c) Legislación Autonómica .....	75
II. REFORMAS LEGISLATIVAS SUGERIDAS .....	136
A) <i>Proceso Penal</i> .....	138
B) <i>Justicia de Menores</i> .....	145
C) <i>Artículo 58.4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal</i> .....	151
D) <i>La prohibición de las Disposiciones Testamentarias (art. 752 bis del Código Civil)</i> .....	155
E) <i>La recusación del Magistrado Penal que ha intervenido en Causa Civil sobre los mismos hechos (art. 219.10 de la LOPJ)</i> .....	156
F) <i>Responsabilidad en las obras públicas</i> .....	159
G) <i>Estafas en los arrendamientos</i> .....	160
H) <i>La protección de la víctima</i> .....	161
I) <i>Procedimiento de apremio y del procedimiento judicial. Sumario de ejecución hipotecaria</i> .....	167
J) <i>Sobre la competencia territorial para acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas o la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas (art. 579 de la LECr. y disposiciones concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial)</i> .....	172
K) <i>Establecimiento de límites al valor de los bienes que pueden realizarse en el juicio ejecutivo (arts. 1.442 y 1.466 de la LEC) o en otros procesos de ejecución</i> .....	174
L) <i>Sobre la competencia para el conocimiento y fallo de los procesos penales a tenor de la Disposición</i>	

<i>final primera del futuro Código Penal en relación con los actuales artículos 13 y 33 de dicho Cuerpo legal</i> .....	176
M) <i>Algunas observaciones sobre los criterios seguidos en el nuevo Código Penal para establecer la punición de algunos tipos de injusto</i> .....	182
N) <i>La adaptación y desarrollo de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre</i> .....	189
Ñ) <i>Propuestas de simplicidad y flexibilidad</i> .....	191
O) <i>Propuestas en relación con algunas lagunas legales</i> .....	194

### CAPITULO III

EVOLUCION DE LA DELINCUENCIA .....	197
A) <i>Modificaciones en los cuadros estadísticos de la Memoria</i> .....	197
B) <i>En el orden cuantitativo de los procedimientos iniciados</i> .....	199
C) <i>En el orden cualitativo o de la naturaleza de los delitos cometidos</i> .....	206
D) <i>Cifras de algunos delitos en particular</i> .....	208
1. Terrorismo .....	208
a) <i>Acciones reivindicadas por ETA</i> .....	208
b) <i>Atentados perpetrados en toda la Comunidad Autónoma del País Vasco por individuos integrados en los denominados grupos «X» e «Y» del entorno de ETA</i> ....	210
c) <i>Actuaciones de la Fiscalía de Bilbao</i> .....	214
2. Tráfico de drogas .....	217
a) <i>Análisis de los indicadores más importantes</i> .....	217
b) <i>Relación de indicadores más importantes por Comunidades Autónomas en 1995, ordenados de mayor a menor</i> .....	225

c)	Indicadores más importantes correspondientes a los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995 .....	228
E)	<i>Evolución de la delincuencia en las Comunidades Autónomas</i> .....	240
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía .....	241
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Aragón .....	251
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Asturias .....	260
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria .....	271
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León .....	277
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha .....	282
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña .....	291
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura .....	299
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia .....	309
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid .....	319
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Murcia .....	330
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Navarra .....	339
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja .....	342
	Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco .....	346

CAPITULO IV

LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL .....	361
A) <i>Fiscalía del Tribunal Supremo</i> .....	361
1. Sección de lo Civil .....	361
2. Sección de lo Penal .....	363
3. Intervención del Ministerio Fiscal en el orden Contencioso-administrativo.....	365
4. Sección de lo Social .....	368
5. Sección de lo Militar .....	369
B) <i>Fiscalía ante el Tribunal Constitucional</i> .....	385
1. Actividad de la Fiscalía .....	385
2. Cuestiones planteadas ante el Tribunal que ofrecen especial interés.....	400
C) <i>Fiscalía del Tribunal de Cuentas</i> .....	436
1. Actuaciones del Ministerio Fiscal en el orden fiscalizador .....	436
2. Actuaciones jurisdiccionales.....	460
D) <i>Fiscalía de la Audiencia Nacional</i> .....	463
Introducción .....	463
1. Asuntos Penales que merecen destacarse .....	463
a) Juzgados Centrales de Instrucción .....	463
b) Sala de lo Penal .....	472
2. Otras cuestiones relacionadas con la actividad del Ministerio Fiscal .....	477
a) Asunto «Colza II» .....	477
b) La posible resolución definitiva de las cues- tiones que se planteaban en cuanto a la apli- cación de la Ley de Control de Cambios ....	478
c) Algunos expedientes de extradición .....	480
E) <i>Fiscalía Especial para la Prevención y Represión         del Tráfico Ilegal de Drogas</i> .....	490
1. Datos estadísticos de los procesos seguidos en la Audiencia Nacional .....	490

	<u>Páginas</u>
2. Procesos más importantes .....	492
a) Procesos en trámite .....	492
b) Procesos sentenciados .....	496
F) <i>Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción</i> .....	501
G) <i>Algunas cuestiones con tratamiento específico</i> .....	503
1. Delitos contra el Medio Ambiente .....	503
a) El nuevo Código Penal .....	504
b) La protección del Medio Ambiente, la ciudadanía y la Administración .....	510
c) El ciudadano .....	511
d) La Administración .....	514
e) Fiscalías. Organización y funcionamiento .	516
f) Incendios Forestales .....	523
2. El fraude comunitario .....	526
a) Evolución de la materia .....	526
b) Clases de fondos comunitarios y las dimensiones del fraude .....	531
c) Clases de fondos comunitarios .....	531
d) La magnitud del fraude .....	533
e) Organismos competentes para la lucha contra el fraude comunitario .....	535
— La UCLAF .....	535
— La Fiscalía Anticorrupción .....	539
f) Consideraciones finales .....	540
3. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: incidencias y experiencias en los primeros meses de aplicación .....	541
a) Introducción .....	541
b) Ambito competencial del jurado .....	544
c) Petición de diligencias .....	548
d) Comisión de seguimiento de la Ley del Jurado de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid .....	550

e)	El Fiscal en el procedimiento por Jurado. Una reflexión .....	556
f)	Suspensión del juicio en el Procedimiento del Jurado .....	558
g)	Cuestiones que suscitan las eximentes en el proceso ante el Tribunal del Jurado .....	562
h)	Conformidad .....	565
4.	Nuevo régimen procesal de la prisión preventiva .....	569
a)	Juicios globales sobre la reforma .....	569
b)	Aspectos críticos de la reforma .....	571
c)	La detección de los requisitoriaados .....	579
d)	Organo competente para la celebración de la Comparecencia .....	584
e)	La celebración de la comparecencia .....	586
f)	Recursos contra los autos de prisión y libertad .....	589
g)	Otros aspectos de la reforma .....	591
h)	La prestación del servicio por las Fiscalías .....	594
i)	Reformas propuestas .....	595
5.	El artículo 113 de la Ley General Tributaria ..	596
6.	Extranjeros .....	615
H)	<i>Otras actividades del Ministerio Fiscal</i> (algunos temas tratados en la Reunión de Fiscales Jefes) .....	627
a)	Diligencias de Investigación y Diligencias Informativas .....	627
b)	Las Facultades de Investigación del Fiscal .....	642
c)	Libro Blanco del Ministerio Fiscal. Selección y formación de los Fiscales. Aspectos orgánicos .....	659
d)	Libro Blanco del Ministerio Fiscal. Aspectos normativos .....	670

CAPITULO V

TEMAS DE INTERES Y ACTUALIDAD TRATADOS POR LOS FISCALES .....	683
I. <i>Estudios doctrinales</i> .....	683
A) El nuevo régimen procesal de la prisión pre- ventiva .....	683
B) La acusación penal: ¿ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal «versus» acción popular .....	701
C) El cuerpo humano como objeto de prueba en el proceso penal .....	721
D) La protección de las marcas en el nuevo Códigi- go Penal .....	739
E) Alternativas a la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: especial referencia a la suspensión de la ejecución y a la sustitución de las penas privativas de libertad .....	754
F) La nueva regulación del tráfico ilegal de dro- gas .....	775
G) El blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995 .....	786
H) Aproximación a cuestiones fundamentales de parte general en el Nuevo Código Penal .....	804
I) Licitud de la prueba en el proceso penal .....	811
J) Consideraciones en torno a los delitos relati- vos a la protección del medio ambiente en el nuevo Código Penal .....	828
K) Mora del asegurador y consignación en la cir- culación de vehículos a motor .....	842
L) La guarda, el acogimiento y la adopción en la Ley Orgánica 1/96.....	852
II. <i>Observaciones de interés</i> .....	869
A) Incendios forestales: investigación y vigilan- cia .....	869

B)	Algunos aspectos relativos a la investigación e instrucción de procesos penales por fraudes contra el fondo de cohesión .....	885
C)	La conexidad material como presupuesto para admitir una acusación cruzada .....	894
D)	Expedientes de reforma de menores: su archivo por mayoría de edad penal .....	899
E)	Consideraciones en torno a la prueba de la paternidad .....	901
F)	Asuntos indeterminados: una laguna legal.....	905
G)	Un supuesto de aparente pluralidad de partes en los procedimientos de la jurisdicción contable ...	914
H)	La pieza de responsabilidad penal en el procedimiento de suspensión de pagos. Reflexiones sobre la Circulación 1/95, de la Fiscalía General del Estado .....	928
I)	Supuestos de responsabilidad civil solidaria de las personas jurídicas .....	931
J)	La diligencia de inspección ocular .....	939
K)	Diligencias de investigación del Fiscal y delito de acusación y denuncia falsa .....	946
L)	Sobre la prisión preventiva .....	950
M)	La cosa juzgada y el desamparo de menores ...	962
N)	Matrimonios de complacencia y Registro Civil ..	968
Ñ)	Consideraciones en torno al rechazo de extranjeros en las fronteras .....	969
O)	Una cuestión en torno al delito de robo y hurto de uso de vehículos en el nuevo Código Penal .....	973
P)	Reflexiones sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria .....	976
CIRCULARES .....		983
	Circular número 1/1995, de 6 de abril. <i>Acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos</i> .....	985

	<u>Páginas</u>
Circular número 2/1995, de 22 de noviembre. <i>Sobre nuevo Régimen Procesal de la Prisión Preventiva</i> .....	1059
Circular número 3/1995, de 27 de diciembre. <i>Sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: su ámbito de aplicación</i> .....	1083
Circular número 4/1995, de 29 de diciembre. <i>Sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: las actuaciones en el Juzgado de Instrucción</i> .....	1113
INSTRUCCIONES .....	1159
Instrucción número 1/1995, de 29 de diciembre. <i>Sobre atribuciones y competencias de los Fiscales Especiales Antidroga en los diferentes territorios</i> .....	1161
CONSULTAS .....	1167
Consulta número 1/1995, de 16 de febrero. <i>Sobre recursos procedentes contra resoluciones judiciales en materia de condena condicional</i> .....	1169
Consulta número 2/1995, de 19 de abril. <i>Acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad</i> .....	1183
ANEXOS ESTADISTICOS .....	1201
ANEXO .....	1235
<i>Síntesis actualizada de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo correspondiente al año 1995 sobre las cuestiones relativas al tráfico ilegal de drogas</i> .....	1237
1. La donación y el consumo compartido. Conductas atípicas .....	1237

2. Tipo genérico: sustancias que causan y sustancias que no causan grave daño a la salud .....	1241
3. Participación .....	1257
4. Consumación: formas imperfectas .....	1271
5. Delito provocado .....	1276
6. Subtipos agravados .....	1299
7. Extrema gravedad .....	1308
8. Apertura de paquetes postales .....	1317
9. Delito flagrante.....	1323
10. Entradas y registros.....	1329
11. Prueba ilícita .....	1343
12. Intervenciones telefónicas.....	1344