

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 5



1998

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

D i r e c t o r

JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

V o c a l e s

JOSÉ APARICIO CALVO RUBIO

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN

RAFAEL VALERO OLTRA

MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA

JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA

JAIME MORENO VERDEJO

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

S e c r e t a r i o

RAFAEL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS

La Revista del Ministerio Fiscal no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de esta Revista.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



**MINISTERIO DE JUSTICIA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA**

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral.

Precios de suscripción:

España: 2.404 pesetas.

Extranjero: 2.885 pesetas.

Precios del número suelto:

España: 1.442 pesetas.

Extranjero: 1.923 pesetas.

Estos precios no incluyen IVA.

Correspondencia:

Redacción: C/ Fortuny, 4, 28010 Madrid.

Distribución, suscripciones y venta: C/ San Bernardo, 62,
28015 Madrid.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



NÚM. 5

1998

Es propiedad. Queda hecho el depósito
y la suscripción en el registro que marca
la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO: 051-98-002-1

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5500-1995

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54
28050 Madrid

SUMARIO

Págs.

I. ESTUDIOS

• ANDRÉS JAVIER GUTIÉRREZ GIL: <i>La dimensión constitucional del ofrecimiento de acciones</i>	9
• LUIS ALFREDO DE DIEGO Díez: <i>La «applicazione della pena su richiesta delle parti» en Italia</i>	51
• EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA: <i>El modelo de investigación penal de la CE de 1978: Los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial</i>	93
• CRISTINA ESCOBAR JIMÉNEZ: <i>El delito de agresión sexual. Nuevas perspectivas</i>	137
• JESÚS MARÍA GARCÍA CALDERÓN: <i>La frontera luso-española: Historia y realidad</i>	161

II. NOTAS Y COMENTARIOS

• OLAYO EDUARDO GONZÁLEZ SOLER: <i>Sistemas legales y abusos infantiles</i>	177
• ÁNGEL M. NÚÑEZ SÁNCHEZ: <i>La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de impugnación de los Convenios Colectivos laborales</i>	195
• GEMMA BLANCO SANTOS Y JOSÉ ZARZUELO DESCALZO: <i>La intervención del Ministerio Fiscal en los ensayos clínicos con medicamentos en seres humanos</i>	213

EMILIO VALERIO MARTÍNEZ DE MURIAÍN: <i>De la Sentencia «Manga del Mar Menor» a la «Ojos del Guadiana»</i>	221
ÁLVARO REDONDO HERMIDA: <i>La revisión de la decisión del Fiscal de no ejercitar acciones</i>	233

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

I. Estudios

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL OFRECIMIENTO DE ACCIONES

ANDRÉS JAVIER GUTIÉRREZ GIL

Magistrado. Abogado Fiscal excedente

SUMARIO: 1. UNA REFLEXIÓN PREVIA.—2. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL OFRECIMIENTO DE ACCIONES. 3. NATURALEZA PROCESAL DE LAS CONSECUENCIAS DEL OFRECIMIENTO DE ACCIONES.—4. EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES. 4.1 *Quién debe o puede llevarlo a cabo.* 4.2 *Momento en que debe tener lugar.* 4.3 *Forma.* 4.4 *Contenido.*—5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE OFRECIMIENTO DE ACCIONES.—6. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.—7. LA PERSONACIÓN. 7.1 *Presupuestos.* 7.1.1 *Capacidad.* 7.1.2 *Legitimación.* 7.1.3 *Tiempo.* 7.1.4 *Forma.* 7.1.5 *Voluntariedad y recursos económicos.* 7.1.6 *Validez de la personación en caso de transformación del procedimiento.* 7.2 *Consecuencias de la personación.*—8. LA FALTA DE PERSONACIÓN.—9. EL MINISTERIO FISCAL Y EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES.—10. LA LEY ORGÁNICA 5/1995, DE 22 DE MAYO, DEL TRIBUNAL DEL JURADO.—11. LA LEY 35/1995, DE 11 DE DICIEMBRE, DE AYUDAS Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.—12. EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES EN LA JURISDICCIÓN MILITAR. 12.1 *Doctrina constitucional.* 12.2 *Régimen vigente.*

1. UNA REFLEXIÓN PREVIA

Afortunadamente, una persona media sólo es víctima del delito en alguna contada ocasión a lo largo de su vida, lo que hará que su relación con la Administración de Justicia sea limitada; pero esa experiencia creará en él una impronta y una consideración de lo que la Justicia es, que no será capaz de modificar ninguna experiencia ajena, ninguna declaración institucional, ninguna campaña publicitaria, ningún discurso electoral.

Es fácil oír a quienes han estudiado o sufrido la terrible problemática de la imprudencia profesional en general y de la médica en particular, que un buen número de las querellas y reclamaciones que se presentan contra facultativos no se hubieran formulado si el médico o la institución responsable hubiera dado una explicación correcta, detallada y humana de lo acaecido.

Pues, de alguna manera, eso es trasladable a los ciudadanos que se relacionan con la Administración de Justicia. Por supuesto que la víctima del delito sólo entenderá como justa la punición de quien considera culpable, pero habitualmente podrá comprender que pueda llegar a dictarse sentencia absolutoria, o que se sobresea la denuncia. Lo que le resultará injustificable será, por contra, que se demore el procedimiento hasta límites inexplicables, que no se le dé la oportunidad de exponer su versión; que tenga que repetirse una misma diligencia; que un juicio deba suspenderse sin que se le explique la razón; en definitiva, que se sienta maltratado por las instituciones a cuyo sostenimiento contribuye.

Quienes participamos en la instrucción de las causas penales somos conscientes de que hay que hacer un gran esfuerzos por acercarnos a la víctima, porque actualmente nos siente como ajenos al problema que le supone el delito que ha irrumpido en su cotidianeidad, entendiendo que cuando la víctima denuncia

un delito, está expresando así su confianza en que sabremos darle una respuesta justa.

Estas líneas, carentes de toda pretensión, están sin embargo redactadas en la ilusión de ser publicadas en la felizmente recuperada «Revista del Ministerio Fiscal», con el deseo de contribuir a los fines de la misma expresados por el Fiscal General del Estado, excelentísimo señor don Carlos Granados Pérez, en su presentación: el esclarecimiento y profundización teórica en las instituciones, pero también la búsqueda de soluciones a cuantos problemas de orden práctico se presentan diariamente en nuestra actividad profesional.

Con este norte me propongo llamar la atención sobre la importancia de la diligencia de ofrecimiento de acciones a la víctima del delito, para contribuir así a que entre todos hagamos que los derechos de la víctima no queden minusvalorados; para que nuestra práctica diaria se encargue de demostrar que el hecho de que la instrucción de derechos al inculpado se ordene en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras que la de los derechos de la víctima tenga que esperar hasta el artículo 109, no significa preterición alguna. Para recordar, en definitiva, que el artículo 13 de la Ley considera como primera diligencia a practicar en el proceso penal la de dar protección a la víctima. Y esa protección a la víctima ha de comenzar normalmente por informarle correctamente de cuáles sean sus derechos.

2. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL OFRECIMIENTO DE ACCIONES

La Constitución española, en su artículo 24.1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, lo que comprende el acceso a la jurisdicción, y, por lo tanto, entre otras de sus manifestaciones, el derecho a promover una actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 3/1984, 115/1984, 63/1985, 123/1986 y 34/1994).

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE) y, por tanto, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del artículo 24, pues es un interés legítimo digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad.

De ello se deriva que una vez acordada la apertura de una instrucción penal, ha de otorgarse al ofendido por el delito la posibilidad de comparecer y de mostrarse parte en la instrucción penal ya incoada. En nuestro ordenamiento procesal dicha posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela por el ofendido se garantiza permitiendo su comparecencia como parte acusadora en una instrucción en curso y, sobre todo, mediante el ofrecimiento de acciones o llamada a la causa del Juez de Instrucción al ofendido (STC 37/1993, de 8 de febrero).

Por tanto, forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión la posibilidad de personación del ofendido en el procedimiento penal en el que se enjuicia el hecho del que proviene su condición de tal. Su fundamento estriba no sólo en la postulación del derecho indemnizatorio al que se considere acreedor, sino también en la alegación de lo que estime pertinente en relación con la responsabilidad penal de quien considera que le hizo víctima, sin que quepa entender sustituidas estas posibilidades por la intervención del Ministerio Fiscal, ya que ésta tiene una naturaleza diferente.

Tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985, 137/1987 y 34/1994) pero su fundamento constitucional es diferente. Mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del artículo 125 de la Constitución, la legitimación del acusador particular deriva directamente del artículo 24.1 del la Constitución (STC 34/1994, de 31 de enero).

En cualquiera de los casos, para facilitar el ejercicio del mencionado derecho al acceso a la jurisdicción, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en su artículo 109 que los órganos jurisdiccionales, en el acto de recibir declaración al ofendido, le instruirán «del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible» (STC 324/1994, de 1 de diciembre).

Precisamente, una de las características del proceso penal español, característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1 de la Constitución española, es la posibilidad de la concurrencia simultánea de la acción penal para la averiguación del delito con el correlativo castigo del delincuente, y de la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima.

Esta simultaneidad, y sobre todo su ejercicio preceptivo por el Fiscal, beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho para conseguir con esa actuación tutiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 de la Constitución, y con aquélla la justicia (SSTC 123/1992 y 98/1993).

3. NATURALEZA PROCESAL DE LAS CONSECUENCIAS DEL OFRECIMIENTO DE ACCIONES

El destinatario del ofrecimiento de acciones podrá optar por ejercitar o no tales acciones y en consecuencia personarse o no en el procedimiento. Ciertamente, la personación tiene como objeto último la aplicación de la ley penal o civil sustantivas. Pero el ofrecimiento de acciones es un acto estrictamente procesal y las consecuencias propias que de él se derivan son también de naturaleza procesal, sin perjuicio de que del mismo puedan seguirse efectos para los derechos subjetivos sustantivos.

Esa naturaleza procesal implica que todo lo concerniente al ofrecimiento de acciones esté sustraído a la disponibilidad de las partes, siendo las normas reguladoras del mismo de orden público y, como tales, de obligado cumplimiento, pudiendo apreciarse su infracción de oficio o a instancia de parte, en cualquier fase o instancia del proceso.

En efecto, del ofrecimiento de acciones se derivan consecuencias básicamente procesales, como lo demuestra también el caso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional, resuelto en la Sentencia 15/1987, de 11 de febrero. Al perjudicado le había sido hecho el ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manifestando en ese acto que renunciaba al ejercicio de las acciones que pudieran corresponderle. No obstante lo cual, en la vista del juicio de faltas celebrado pidió una determinada indemnización, siéndole concedida, aunque en cuantía inferior a la pedida; apelada por ello la Sentencia, el Juez de apelación le privó de toda indemnización en virtud de la renuncia que previamente había efectuado. Por la vía del recurso de amparo se alegó ante el Tribunal Constitucional que con ello se había infringido el principio de prohibición de la *reformatio in peius*. Al margen de otras consideraciones que llevaron también a la desestimación del recurso de amparo, en lo que ahora interesa merece atención la afirmación del Tribunal Constitucional de que la *reformatio in peius* se hubiera producido si el Juez de la segunda instancia hubiera privado al apelante de la indemnización en virtud de una consideración de Derecho sustantivo. Pero en el caso examinado, el Juez de apelación hacía una aplicación de los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya virtud el renunciante no podía ejercitar la acción civil en el proceso por haberla renunciado, y tales reglas son de naturaleza procesal, cuya observancia es exigencia de orden público, no quedando nunca sustraídas por obra del efecto devolutivo al conocimiento del Juez de apelación, por lo que entendió el Tribunal Constitucional que no había vulneración del mencionado principio prohibitivo de la *reformatio in peius*.

4. EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES

La regulación básica sobre el ofrecimiento de acciones, en orden a quién debe llevarlo a cabo, su contenido, momento y forma de realización, ha sido la derivada del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, modificó, entre otros, el artículo 789.4, para establecer que en la primera comparecencia «deberá realizarse la instrucción al perjudicado de sus derechos prevista en el artículo 109 de esta Ley, así como del derecho a nombrar Abogado. Dicha instrucción la podrá realizar la propia Policía judicial, informando de que, aun no haciéndose la citada designación, el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones civiles correspondientes si procediere. No obstante, si no se hubiere practicado la referida instrucción, ello no impedirá la continuación del procedimiento, si bien por el medio más rápido posible, incluso telegráficamente, deberá instruirse al perjudicado de su derecho a personarse en la causa».

El precepto, formalmente aplicable tan sólo al procedimiento abreviado, pero con una indudable expansión, en la práctica, a los demás procedimientos, suscita algunas cuestiones:

4.1 QUIÉN DEBE O PUEDE LLEVARLO A CABO

Entendemos que corresponde a los Jueces de Instrucción, al Ministerio Fiscal, a los Secretarios Judiciales o a los funcionarios de Policía judicial.

El precepto sólo menciona expresamente a la Policía judicial, surgiendo como problema ya habitual, siempre que de esta institución se trata, discernir si hemos de entender por tal al heterogéneo conjunto de personas enumeradas en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por contra hay que ceñirse a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado integrados en las unidades orgánicas de Policía judicial.

Nos inclinamos por esta última solución, más acorde con la actual configuración del concepto de Policía judicial, pero no nos satisface. No es satisfactoria porque en la práctica son pocos cuantitativamente los atestados elaborados por estos funcionarios, correspondiendo la mayoría de las veces su realización a los agentes policiales destinados en las oficinas de denuncias, dependencias o establecimientos policiales no integrados en esas unidades orgánicas de Policía judicial. Si lo que de verdad se quiso fue descargar a los Juzgados de la realización de ese deber de información y si se quiere que la víctima quede correctamente informada de sus derechos desde el primer momento, lo coherente hubiera sido atribuir esa función a los

instructores de los atestados o diligencias policiales, pertenezcan a la Guardia Civil, al Cuerpo Nacional de Policía, a las Policías autonómicas o a las locales. De ello no se derivaría perjuicio alguno.

En segundo término, es claro que también podrá llevar a cabo el ofrecimiento de acciones el Juez de Instrucción cuando a su presencia comparezca el ofendido o perjudicado, bien para este fin específico, bien para prestar declaración con motivo de los hechos objeto del proceso, ello naturalmente subordinado a que no se hubiera hecho ya el ofrecimiento de acciones durante la formación de las diligencias policiales con arreglo a lo antes indicado.

Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal, es cierto que nada dice expresamente la Ley, y ello permitiría una interpretación negadora del deber por parte de los integrantes del Ministerio Público de informar a la víctima del contenido del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero una interpretación teleológica (art. 3 del CC) sólo puede llevarnos a la solución contraria. Si lo que el Legislador ha pretendido es eliminar la exclusividad de la figura del Juez de Instrucción para la realización del ofrecimiento de acciones, ha sido con la loable finalidad de que el ofendido o perjudicado tenga conocimiento de sus derechos respecto del proceso desde el primer momento, esto es, desde que comparece a denunciar el hecho o le es comunicado el mismo. Y puesto que el Ministerio Fiscal está legitimado para la recepción de denuncias y para la práctica de diligencias, no existe ninguna razón por la cual puedan el Juez de Instrucción y los funcionarios de Policía judicial hacer el ofrecimiento de acciones, y no el Fiscal.

Así parece haberse entendido también en la Ley de 11 de diciembre de 1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, cuando en su artículo 15.1 se menciona expresamente a los miembros de la Carrera Fiscal, junto a Jueces, Magistrados, autoridades y funcionarios que intervengan por razón de su cargo en la investigación de los hechos que presenten caracteres de los delitos citados, encomendándoseles el informar a las víctimas de tales delitos sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas por esa Ley. En el número 4 del artículo 15 se establece la genérica obligación de informar del contenido del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de las posibilidades de lograr el beneficio de justicia gratuita, sin especificar quiénes sean los encargados de hacerlo, pero razones sistemáticas llevan a considerar que no pueden ser otros que los antes indicados.

Mayores dudas en cambio ofrece responder a si puede el Secretario judicial llevar a cabo el ofrecimiento de acciones. En realidad, no vemos ningún obstáculo procesal ni práctico para ello. Procesalmente, porque el artículo 279.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye, entre otras funciones, al Secretario

judicial la práctica de actos de comunicación. ¿No es acaso la información de derechos un acto de comunicación a la víctima de un determinado contenido del proceso?

Además, el artículo 288 de la misma Ley atribuye al Secretario la función de dictar diligencias de ordenación, que tienen por objeto dar a los autos el curso ordenado por la Ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites. Por tanto, si puede el Secretario acordar por diligencia de ordenación que se lleve a cabo el ofrecimiento de acciones, ¿qué razón hay para que no pueda hacerlo por sí mismo? ¿Qué sentido tiene que lo pueda acordar el Secretario y sin embargo lo tenga que realizar el Juez de Instrucción? ¿Qué razón hay para que lo pueda llevar a cabo un agente de la autoridad (el policía judicial) y no una autoridad (el Secretario, que lo es conforme al artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) integrante del órgano jurisdiccional?

Cabe finalmente plantearse si pueden hacer el ofrecimiento de acciones otros funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Creo que la respuesta sólo puede ser negativa, a salvo los supuestos de desempeño de funciones de Secretario judicial por un Oficial en virtud de sustitución o habilitación. Y ello porque ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en las Leyes procesales, ni en los Reglamentos orgánicos de los respectivos Cuerpos, se les atribuye competencia para ello.

4.2 MOMENTO EN QUE DEBE TENER LUGAR

Hemos visto que tras la reforma de 30 de abril de 1992 puede verificarse antes de que el proceso mismo haya nacido, puesto que en el transcurso de las diligencias policiales puede llevarse a cabo por la Policía judicial.

Pero, naturalmente, de no haberse hecho antes se producirá una vez incoado el proceso penal, ya sea en la primera comparecencia que el perjudicado realice en el Juzgado (art. 789.4), o, si no hubiera lugar a la misma, por el medio más rápido posible, según ordena la Ley. Lo que parece indudable es que debe realizarse antes de concluir la fase de instrucción o diligencias previas.

Aunque el precepto parece vincular cronológicamente comparecencia y ofrecimiento de acciones, nada impide que aun estando acordada tal comparecencia del ofendido o perjudicado para declarar sobre los hechos objeto del proceso para fecha determinada, no pueda hacerse previamente el ofrecimiento de acciones por correo o telégrafo. Es más, parece deseable que así sea, para que incluso cuando tenga lugar esa declaración pueda hacerlo ya en condición de parte personada, si así le conviene.

4.3 FORMA

Puede, en primer lugar, instruírsele de sus derechos al ofendido de forma personal, ya cuando preste declaración en las diligencias policiales, ya cuando lo haga en la comparecencia en sede judicial.

Pero pueden emplearse también, porque lo permite el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, otros medios; este precepto permite que se haga «por el medio más rápido posible, incluso telegráficamente».

Creemos que aunque la norma sólo parece incidir en la celeridad del medio empleado, debe concurrir un segundo requisito: que permita la constancia del acto. Por ello, además del correo certificado con acuse de recibo, será admisible la vía telegráfica. Pero no el teléfono, pues no le es posible al Secretario dar fe de la identidad del interlocutor. Respecto del fax es lo cierto que queda constancia de la remisión del mensaje, pero no necesariamente de la recepción por su destinatario ni del momento en que tiene conocimiento real del mensaje así transmitido, por lo que resulta problemático su empleo, salvo que el destinatario remitiera a su vez confirmación suscrita de haberlo recibido.

4.4 CONTENIDO

Dice el tan citado artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en la primera comparecencia deberá realizarse la instrucción al perjudicado de sus derechos, prevista en el artículo 109, y del derecho a nombrar Abogado. De este tenor se deriva que debe ser informado de dos contenidos procesales distintos: del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del derecho a nombrar Abogado. Pero resulta que el artículo 109 lo que prevé es precisamente la información del derecho a mostrarse parte en el proceso, además de renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

Por tanto, ¿estamos ante una mera reiteración cuando en el artículo 789.4 se dice que se informará del derecho a ser parte (art. 109) y a nombrar Abogado, o se quiere con ello introducir algún matiz? Podríamos decantarnos por esta última solución si pensamos que para ser parte acusadora es preciso designar Abogado, y Procurador, y en el precepto sólo se menciona al primero de los profesionales. ¿Quiere con ello decirse que en el procedimiento abreviado para ser parte acusadora basta con designar Letrado, siendo por tanto la intervención del Procurador meramente potestativa?

Pudiera argumentarse en favor de este criterio el que para el imputado el artículo 788.3 prevé que el Abogado asuma también su representación procesal hasta que se dicte el auto de apertura del juicio oral.

Pero no parece que sea argumento suficientemente sólido, pues al margen de lo que de *lege ferenda* pudiera parecer más conveniente, hoy parece exigible el nombramiento de Procurador para poderse constituir en acusación particular en el Procedimiento Abreviado, pues el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica con claridad que el ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el título II del libro II, con la salvedad de poderse mostrar parte en la causa sin necesidad de formular querrela.

De otro lado, si incluso el imputado, una vez dictado el auto de apertura del juicio oral, necesita estar representado en autos por Procurador, también deberá estarlo el acusador particular o privado, al que expresamente no se releva de ese deber procesal. En definitiva, la sola mención que en el artículo 789.4 se hace al Abogado, con silencio para el Procurador, no tiene ninguna trascendencia, siendo un mero defecto de formulación por el Legislador.

5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE OFRECIMIENTO DE ACCIONES

Hemos venido reiterando la vinculación del ofrecimiento de acciones con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. En consonancia con ello, cuando el órgano jurisdiccional no lleve a cabo el ofrecimiento de acciones a los ofendidos o perjudicados por la infracción penal está desconociendo ese derecho fundamental; pero las consecuencias prácticas que de ello se deriven son diferentes según cuál sea el momento y lugar procedimental en que tenga lugar. Por ello, en lugar de dar un tratamiento global a la cuestión, se desgranarán a continuación los supuestos más interesantes a que nos podemos enfrentar:

1) Conclusión de la instrucción sin haberse efectuado el ofrecimiento de acciones.—Consecuencia propia será la necesidad de revocar el auto de conclusión de la fase sumarial ya sea en el procedimiento ordinario, pidiendo la revocación del auto de conclusión del sumario al amparo del artículo 627, o, tratándose del procedimiento abreviado, recurriendo en reforma, y si fuere desestimada en queja, el auto dictado en aplicación del artículo 789.5, regla cuarta. Pero como la normativa reguladora del ofrecimiento de acciones es de orden público, dada su naturaleza procesal, también cabe subsanar la omisión del ofrecimiento de acciones mediante la declaración de nulidad hecha de oficio por el propio órgano jurisdiccional, previa audiencia de las partes, al amparo del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pese a que el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponga que si no se hubiera efectuado la instrucción de derechos, ello no impedirá la continuación del procedimiento, si bien por el medio más rápido, incluso telegráficamente, deberá instruirse al perjudicado de su derecho a personarse en la causa, entendemos en base a la jurisprudencia constitucional que, sin el ofrecimiento de acciones, la exigencia de ulterior constitución en parte procesal en las actuaciones penales resulta irrazonable y de tal omisión se deriva también la irrelevancia de la reserva o renuncia expresa de acciones civiles, pues difícilmente puede imputarse a alguien negligencia derivada de incomparecencia al proceso penal, cuando previamente no se ha cumplido la exigencia legal de ofrecer el procedimiento y, en fin, hacer saber la posibilidad que se tiene, a tenor de las normas procesales, de comparecer y ser oído en dicha causa, ejercitando las acciones que asisten (STC 121/1994, de 25 de abril).

Sin embargo, esta doctrina constitucional no ha sido tan rotunda como para no haber admitido excepción. Así fue en el caso extraordinario que resuelve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 324/1994, de 1 de diciembre, y que trae causa de los conocidos sucesos ocurridos el 20 de octubre de 1982, por el derrumbamiento de la presa de Tous. Los Juzgados de Instrucción de Játiva, Alcira, Sueca y Gandía utilizaron, para la realización del ofrecimiento de acciones a todos los afectados por la catástrofe, la vía edictal. Tras diversas y prolijas vicisitudes procesales, la Audiencia Provincial de Valencia dictó un Auto el 18 de diciembre de 1993, por el que anuló el de conclusión del sumario y reabrió la instrucción «a los efectos de que se tome declaración y se realice el ofrecimiento de acciones del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a todos los damnificados que aparecen en los nuevos listados presentados por el Ministerio Fiscal [...] con excepción de los ya personados en la causa como acusadores particulares...». Este Auto de la Audiencia de Valencia fundamentó su decisión «en la indefensión objetiva que generaron para la mayor parte de los afectados por el derrumbamiento de la presa los defectos en que, a su entender, incurrió la instrucción de la causa en relación sobre todo con los mandatos que contiene el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considerando que no se procedió debidamente a la búsqueda de los ofendidos; que sólo se recibió declaración a una mínima parte de ellos; que tampoco se instruyó a los damnificados de su derecho de personación en la causa, ni se les informó de que, de no hacer uso del mismo, su condición de ofendidos sería mantenida por el Ministerio Fiscal mientras no renunciaran expresamente a la restitución, reparación o indemnización de su cosa o de sus daños y perjuicios».

La constitucionalidad de esta medida es lo que se sometió a la consideración del Tribunal Constitucional a través del correspondiente recurso de amparo. Pues

bien, en su Sentencia 324/1994, de 1 de diciembre, expresa el Tribunal Constitucional que la falta de la actividad procesal de ilustración de sus derechos al ofendido no lleva automática y necesariamente a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Diferencia la Sentencia entre lo que es el incumplimiento de una obligación judicial de información al ciudadano acerca de su posibilidad de solicitar un cierto modo de tutela judicial de sus intereses, de lo que es la inexistencia misma de esa tutela, de modo que no quepa identificar la ausencia de un instrumento de facilitación del acceso a la jurisdicción con la posibilidad misma de dicho acceso. Asimismo, se indica por el Tribunal que esa obligación judicial de ilustración no tiene la misma trascendencia y los mismos efectos, en el plano constitucional, en los supuestos en que los ofendidos son personas concretas y determinadas y en aquellos otros en los que esta condición puede corresponder a un amplísimo colectivo de personas indeterminadas. Considera que cabe presumir *ab initio* que quien ha sido sujeto pasivo del delito conoce, o puede conocer con una normal diligencia, que el conflicto en el que se ha visto inmerso puede dirimirse ante los tribunales y que en dicho proceso puede tener cabida su participación, de modo que lo excepcional será que la ausencia de prestación judicial informativa equivalga siempre a una auténtica denegación de acceso a la justicia. Por ello, llega la Sentencia a la conclusión de que no cabe negar la posibilidad de que en determinados supuestos la falta de ofrecimiento de acciones al ofendido o al interesado que no conoce la existencia del proceso, o la información judicial defectuosa, o el archivo prematuro de las actuaciones, conviertan la falta de ilustración en auténtica denegación de tutela, con frustración de la legítima estrategia procesal del interesado; sin embargo, añade, tampoco cabe negar que pueden darse otros casos en los que de la referida falta de ofrecimiento de acciones no se siga esta consecuencia.

Con relación al caso concreto que se resuelve en la Sentencia, se afirma que la reapertura de la instrucción no resulta justificable desde el punto de vista del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, insistiéndose en que ello supondría añadir varios años de tramitación a un proceso que ya resulta muy dilatado, incluso aceptando la complejidad del asunto. La desproporción entre el medio empleado y el fin es evidente y por ello lo indebido de las dilaciones.

Por lo demás, debe recordarse la validez del emplazamiento edictal siempre que se utilice como una vía de comunicación estrictamente subsidiaria (SSTC 157/1987, 16/1989, 244/1991, 216/1992, 314/1993, 227/1994). Anteriormente, ya en el Auto 321/1983, de 29 de junio, el Tribunal Constitucional dio por bueno el ofrecimiento de acciones llevado a cabo mediante edicto publicado en un boletín oficial de Comunidad Autónoma.

2) Archivo o sobreseimiento de las actuaciones sin haberse hecho el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado, ya sea por omisión negligente del órgano jurisdiccional, ya sea porque cuando se decretó la resolución poniendo fin al proceso se desconocía la existencia o identidad de dicho ofendido o perjudicado.

En tales casos, ante la petición de personarse o de que se lleve a cabo el ofrecimiento de acciones, no cabe sino declarar la nulidad de la resolución que decretaba el sobreseimiento, permitir el acceso al proceso mediante la personación y conferir la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga y de proponer la práctica de diligencias.

3) Celebración de juicio de faltas sin la presencia del ofendido, al cual no se hizo el ofrecimiento de acciones.—El que el ofendido no actúe en juicio por haberse omitido la advertencia legal preceptiva, menoscaba y aun cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial, que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa (STC 31/1988) y que ni siquiera puede subsanar el ejercicio de la acción civil correspondiente por el Ministerio Fiscal (STC 98/1993, de 22 de marzo).

4) Derecho a la segunda instancia de quien no fue tenido por parte en la primera, no habiendo concurrido ofrecimiento de acciones.—La regla general de que sólo pueden ser tenidos por parte en segunda instancia quienes lo hayan sido en la primera, no puede aplicarse a aquellos supuestos en que la incomparecencia en primera instancia no ha sido obra de la decisión voluntaria de los interesados, sino por un defecto procesal no imputable a ellos, que sólo puede remediarse permitiendo tal comparecencia en la segunda instancia (STC 98/1993, de 22 de marzo).

Sólo si se hubiera hecho el ofrecimiento de acciones previo, o si el Ministerio Fiscal hubiera ejercitado acción por los perjuicios sufridos por el ofendido, cabría interpretar que la acción civil —a falta de reserva expresa de la actora— se había ya consumido y ejercitado en el proceso penal previo (STC 121/1994, de 25 de abril).

6. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

Con arreglo al artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito. Ahora bien, el artículo 642 establece que cuando el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 637 y 641, y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación, podrá el Tribunal acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fis-

cal a los interesados en el ejercicio de la acción penal, para que dentro del término prudencial que se les señale, comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no comparecieren en el término fijado, el Tribunal acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal.

Si fuere desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos, que se publicarán a las puertas del Tribunal mismo, en los periódicos de la localidad o en los de la capital de la provincia, y podrán publicarse también en el «Boletín Oficial del Estado». Transcurrido el término del emplazamiento sin comparecer los interesados, se procederá al sobreseimiento (art. 643).

Estamos ante una situación en que el Tribunal, disconforme con la petición de sobreseimiento llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, no se resigna a acordarlo y va en busca de una parte dispuesta a sostener una pretensión de condena. Esa persona o personas, como no debe ser de otro modo, han tenido que haber recibido durante la fase de instrucción sumarial el correspondiente ofrecimiento de acciones. Pudiera así entenderse que estamos ahora ante una simple duplicación del ofrecimiento. Pero no es así, pues al anterior ofrecimiento de acciones se incorpora ahora la información de que caso de no personarse se procederá al sobreseimiento de la causa. De modo que el ofendido o perjudicado, que pudo la primera vez decidir no personarse confiado en que el Ministerio Fiscal ejercería las acciones pertinentes, debe saber ahora que caso de no constituirse en acusación particular se pondrá fin al proceso; naturalmente, sin perjuicio de que el Tribunal pueda agotar la busca de una acusación poniendo los hechos en conocimiento del superior jerárquico de la Fiscalía a que pertenezca el solicitante del sobreseimiento, conforme al artículo 644, precepto por lo demás de dudosa constitucionalidad y difícil encaje con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece la exigencia de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

Una última cuestión al respecto es la relativa a la virtualidad de los anteriores artículos en el procedimiento abreviado, dado que las normas del procedimiento ordinario son de aplicación supletoria al abreviado. Con la Circular 1/1989, de la Fiscalía General del Estado, entendemos que no es aplicable el artículo 642 y ello porque habiendo conferido el Legislador en el artículo 790.4 al órgano jurisdiccional la facultad de remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva, esto es, manteniendo el cauce del artículo 644, por el contrario omite el del artículo 642. Pudiendo el Legislador haber guardado silencio, en cuyo caso no habría duda de la aplicación tanto del artículo 642 como del 644, optó por plasmar expresamente la solución del 644, lo que *inclusionis unius est exclusionis alterius*, debe llevarnos a rechazar su vigencia supletoria

7. LA PERSONACIÓN

Hecho el ofrecimiento de acciones, puede el ofendido o perjudicado optar por querer acceder o no al proceso. En el primer caso, necesita, en expresión de tanta raigambre procesal, personarse. La personación tiene lugar a través de la resolución judicial que acuerda tener por parte a una persona física o jurídica en el proceso.

7.1 PRESUPUESTOS

7.1.1 *Capacidad*

Ser parte procesal en el artículo 102.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se identifica con el estar en el goce de la plenitud de los derechos civiles. Igualmente, el artículo 109 refiere la práctica del ofrecimiento de acciones al ofendido que ostente «la capacidad legal necesaria». Habrá que estar por tanto a las normas de Derecho material civil sobre capacidad, integración de la misma, representación y reglas específicas para las personas jurídicas.

7.1.2 *Legitimación*

Se concibe en nuestro Ordenamiento con la mayor amplitud, pues junto al Ministerio Fiscal y al ofendido o perjudicado por la infracción penal, se confiere, salvo en las infracciones perseguibles a instancia de parte, a todo ciudadano español (art. 125 de la Constitución) que se halle en la plenitud de sus derechos civiles, salvo que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como autor del delito de denuncia o querrela calumniosa, o que fuere Juez o Magistrado, salvo que el hecho les haya afectado a ellos mismos, a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos o uterinos y afines, o a sus bienes. Además, todos, salvo Jueces y Magistrados, pueden ejercitarla cuando haya afectado a la persona o bienes de quienes estén bajo su guarda legal. Los extranjeros pueden personarse únicamente por hechos afectantes a ellos mismos o a las personas a quienes representen o a sus bienes, previa prestación de fianza si no están exonerados de ello por tratado internacional o por el principio de reciprocidad.

Tampoco pueden ejercitar acciones penales entre sí los cónyuges, a no ser por hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta cometidos por uno contra la persona del otro, o la de sus hijos y por el delito de bigamia. Tampoco pueden hacerlo los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos o uterinos y afines, a menos que se trate de delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.

Casos específicos son la legitimación que ostentan los herederos y parientes del ofendido en casos tales como los de asunción de querella por fallecimiento o incapacitación del accionante o para el ejercicio de la acción de calumnia.

7.1.3 Tiempo

El momento en que puede tener lugar la personación viene fijado por el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: antes del trámite de calificación del delito.

Como en el procedimiento abreviado se concentra en un solo trámite la solicitud de apertura del juicio oral y la formulación del escrito de acusación, surge el escollo, que en la práctica no es del todo infrecuente, de si la personación es admisible una vez que dictada la resolución prevista en el artículo 789.5, regla cuarta, por la cual se pone fin a la fase de diligencias previas y en cumplimiento del artículo 790.1 se da traslado al Ministerio Fiscal y posibles acusaciones personadas para que en el plazo común de cinco días soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación, o el sobreseimiento de la causa o diligencias complementarias en aplicación del artículo 790.2.

Dicho más sintéticamente, la cuestión estriba en discernir si cabe personarse como acusación particular una vez iniciado el trámite de calificación, pero no habiendo concluido todavía el mismo; en definitiva, ello dependerá de que cuando el artículo 110 expresa que la personación ha de tener lugar antes del trámite de calificación, entendamos que es «antes de comenzar» o por contra «antes de concluir» el referido trámite de calificación. La doctrina aparece dividida, siendo exponente de la postura restrictiva Ortells Ramos que la sustenta en base a la concentración en un solo trámite de la solicitud de apertura del juicio oral y formalización del escrito de acusación, así como del carácter común para todos los acusadores del plazo correspondiente (art. 790.1).

Al margen de la solución que con carácter general se adopte, existen situaciones particulares que pueden merecer respuestas distintas:

a) Cuando se acuerde la práctica de alguna diligencia complementaria al amparo del artículo 790.2, por tener manifestado el Ministerio Fiscal o alguna acusación personada la imposibilidad de formular escrito de acusación por serle indispensable esa diligencia para la tipificación de los hechos objeto del procedimiento. Pues bien, en tal caso, puesto que se ha suspendido el plazo común de cinco días para calificación sin que hayan comenzado a transcurrir, pues después de practicadas se inicia de nuevo el plazo a los efectos del artículo 790.1, es perfectamente

defendible que hasta que se practiquen las diligencias acordadas y se dé nuevo traslado para calificar, siguen siendo admisibles nuevas personaciones.

b) Cuando el Juez de Instrucción decreta la apertura del juicio oral, sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, conforme al artículo 790.6 debe darse nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento, por plazo de tres días, para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.

Pues bien, si el ofendido o perjudicado tratara de personarse en este ínterin, entendemos que su solicitud debe ser rechazada, pues el artículo 790.6, como hemos visto, restringe el nuevo traslado para calificar a aquellas partes que estando ya personadas hubieran solicitado el sobreseimiento en el trámite del artículo 790.1.

c) Supuestos de juicios inmediatos. Con arreglo al artículo 789.5, regla quinta, si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal, el de Instrucción podrá, a instancia del Ministerio Fiscal y del imputado que asistido de su Abogado haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal, para que convoque inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones.

Por tanto, la calificación y consiguiente formulación de acusación tiene lugar al comienzo de la vista del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal y por tanto la personación como acusación podrá producirse hasta ese momento ante el propio Juzgado de lo Penal si ya se han remitido al mismo las actuaciones y aunque se haya abierto el juicio oral.

d) Tratándose del llamado «juicio rápido» introducido por la reforma de 30 de abril de 1992, el artículo 790.1 dispone que tan pronto como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación por haberse practicado, en su caso, las diligencias a que se refiere el apartado 3 del artículo 789, el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes acusadoras podrá efectuarse de forma inmediata, incluso en el propio servicio de guardia del Juzgado de Instrucción. En este caso, el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o el aseguramiento de su puesta a disposición judicial, podrá presentar, de inmediato, su escrito de acusación y solicitud de inmediata apertura del juicio oral, y simultánea citación para su celebración.

Añade el artículo 790.6, párrafo quinto, que, en tal caso, si el Juez de Instrucción estima justificada la solicitud, recabará la presentación urgente dentro del plazo no superior a tres días que el propio Juez señale, del escrito de la acusación particular que faltare y mandará convocar al juicio oral.

Al respecto no cabe sino alertar sobre la escasa atención que se presta a la posible incorporación al proceso del ofendido, lo cual obedece sin duda a que la realidad ofrece pocos casos de delitos cuyo enjuiciamiento pueda llevarse a cabo por este procedimiento y en que se constituya una acusación particular. Pero no ofrece la Ley una solución para los casos, por escasos que sean, en que suceda otra cosa, esto es, que el ofendido quiera incorporarse como parte y se encuentre que ya está señalado el juicio oral. Entendemos que la única solución compatible con el artículo 24 de la Constitución es declarar la nulidad de lo actuado, admitir la personación y retrotraerse a la fase de instrucción, siempre que se realice antes de adquirir firmeza la resolución que pone fin a la instrucción.

e) Por último, recordar simplemente, pues de ello ya hemos tratado, que puede tener lugar la personación después de haber concluido el trámite de calificación, si la incorporación se produce como consecuencia del llamamiento judicial previsto en el artículo 642, esto es, cuando habiendo solicitado el Ministerio Fiscal el sobreseimiento entienda el Tribunal que debe hacerse saber esa pretensión a los interesados en el ejercicio de la acción penal, para que en el plazo que prudencialmente se les señale puedan comparecer a defender su acción si lo consideran oportuno.

7.1.4 Forma

Para el procedimiento ordinario establece el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de la misma Ley. La querella deberá reunir los requisitos establecidos en su artículo 277.

Para el procedimiento abreviado el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que el ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el título II del libro II de dicha Ley, expresando la acción que se ejercite. Añade que, sin perjuicio de ello, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esa Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella.

El precepto se ciñe a dos cuestiones: la obligatoriedad de la información de derechos, que no presenta para el procedimiento abreviado ninguna especialidad hasta la Ley de 30 de abril de 1992, a la que nos referiremos después. Y de otro lado se ocupa este artículo 783 de la personación del ofendido; en este punto, se

observa que la única especialidad que se introduce para el procedimiento abreviado con relación al ordinario es la de poderse llevar a cabo sin necesidad de formular querella. Pero adviértase que esta posibilidad de personarse sin formular querella aparece reservada para los ofendidos o perjudicados por el delito; por tanto, si se trata del ciudadano que al amparo de los artículos 125 de la Constitución y 101 y 270.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ejerza la acción popular, deberá deducir querella.

En el juicio de faltas la personación puede tener lugar mediante la formulación de querella, que reunirá los requisitos exigidos por el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo que no necesita de firma de Abogado ni Procurador (art. 969). Pero pueden también el ofendido o perjudicado constituirse en parte en el juicio de faltas con la sola declaración de voluntad en tal sentido, bien en el supuesto de que se les haya efectuado el ofrecimiento de acciones antes de la celebración de la vista oral, o bien en el propio juicio oral.

7.1.5. *Voluntariedad y recursos económicos*

La personación es, en estricta lógica jurídica, un acto voluntario; pero esa voluntariedad viene *ab initio* condicionada por la tenencia o carencia de recursos económicos suficientes para la contratación de los servicios de aquellos profesionales cuya intervención deviene obligatoria en nuestro Ordenamiento para los procesos por delito: el Abogado y el Procurador.

Como la carencia de recursos económicos no puede ser obstáculo para el acceso al proceso, vemos cómo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ha concretado en el derecho al acceso a la jurisdicción, y cómo éste, a su vez, se ha concretado en el derecho a personarse en el concreto proceso abierto, y cómo del derecho a la personación se sigue el derecho a que se proceda por el órgano judicial a la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio.

Por ello, dado que en determinados casos, según hemos visto, es preciso que concurra la condición de postulación procesal para que se produzca la personación, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial injustificadamente, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el Ordenamiento pone a su disposición, su falta de postulación procesal (STC 217/1994, de 18 de julio).

Pero, al tiempo, debe considerarse que el derecho a que se proceda por el órgano judicial a la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo, en todos los demás casos, un derecho relativo, sometido a diversos

condicionamientos procesales y materiales, entre ellos, los previstos en el artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se requiere la existencia de un hecho punible y de un perjuicio directamente derivado del mismo (ATC 356/1992).

7.1.6 Validez de la personación en caso de transformación del procedimiento

Consecuencia propia del ofrecimiento de acciones es que el ofendido o perjudicado decida personarse o no en el proceso abierto. Ahora bien, puesto que las exigencias procesales para esa personación son diferentes en los procesos por delitos que en el juicio de faltas, se plantea el problema de que estando una persona válidamente personada con arreglo a una de estas clases de procedimiento, se proceda a su transformación (art. 780 para la de procedimiento abreviado en ordinario y viceversa, 789.5 regla segunda para la transformación de procedimiento abreviado en juicio de faltas o art. 624 para la transformación de un procedimiento ordinario en juicio de faltas).

Naturalmente nunca habrá escollo respecto de quien esté debidamente personado en un procedimiento ordinario o abreviado si el mismo se transforma en juicio de faltas, al cubrir las exigencias de postulación en aquéllos las que son propias del juicio de faltas, en que la sola voluntad de ser parte basta, sin ser precisa la asistencia y representación por Abogado y Procurador.

Por contra, el problema se planteará con relación a quien sea parte en un juicio de faltas sin tener designados Abogado y Procurador, cuando se transforme en procedimiento ordinario o abreviado, pues en tales casos deberá designar tales profesionales o pedir que se le nombren de oficio, si quiere seguir conservando la condición de parte procesal.

Podemos preguntarnos si será necesario llevar a cabo un nuevo ofrecimiento de acciones. Entendemos que la respuesta es negativa, y que lo procedente es notificarle el auto en que se acuerde la transformación del procedimiento, advirtiéndole de la necesidad, en su caso, de que complete los requisitos de postulación exigidos en el nuevo procedimiento.

De no hacer esa advertencia, el órgano jurisdiccional infringiría la normativa procesal, que es de orden público, reguladora de la postulación, en el caso de que diera por buena la personación sin Abogado y Procurador, o bien crearía indefensión para el ofendido si no se le diera la oportunidad de subsanar el defecto de postulación. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 79/1990, de 26 de abril, y 66/1992, de 29 de abril.

7.2 CONSECUENCIAS DE LA PERSONACIÓN

Detallaremos a continuación, de manera breve, las consecuencias más destacadas e inmediatas que de la personación se derivan para el ofendido o perjudicado que decide incorporarse al proceso como parte acusadora.

1) Tomar conocimiento del contenido de las diligencias.—Es quizá el primer efecto, tanto desde una perspectiva cronológica como lógica, pues sin conocer el contenido de los autos difícilmente pueden ejercitarse los demás derechos derivados de la personación.

Tratándose de delitos dolosos con resultado de muerte o lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental o contra la libertad sexual, la víctima habrá tenido ya oportunidad de conocer el curso de las diligencias policiales, siempre que con ello no ponga en peligro su resultado, en virtud de lo establecido en la Ley de 11 de diciembre de 1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (art. 15.2).

En todo caso, una vez incoado el proceso judicial, la personación va a permitir al ofendido o perjudicado acceder al conocimiento de los autos (arts. 302 de la LECrim.), salvo que siendo el delito público acuerde el Juez de Instrucción, de oficio o a instancia de parte, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes, y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión de la instrucción (arts. 302 y 789.4 de la LECrim. y 232 de la LOPJ). Tratándose del acusador privado, al igual que ocurre con el Ministerio Fiscal en toda clase de procesos en que intervenga, no cabe restricción alguna a la publicidad del proceso.

Respecto de la forma en que se tome conocimiento de las actuaciones, dispone el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubiesen sido declaradas secretas conforme a la ley. En los mismos casos, se expedirán los testimonios que se soliciten.

Para el procedimiento abreviado, el artículo 789.4 dispone que los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado.

2) Exponer su versión de los hechos.—Supone, mediante la prestación de declaración, la oportunidad de narrar y concretar o ampliar las circunstancias relevantes a los efectos de que su pretensión pueda prosperar, tal y como reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1995, de 4 de julio.

3) Pedir la práctica de diligencias.—Dispone al efecto el artículo 311 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieren el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales. Y el artículo 312 permite al querellante proponer la práctica de diligencias en el escrito de querella, que se practicarán salvo que el Juez las considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, las cuales denegará en resolución motivada. En consonancia con ello, el artículo 277.5 determina que en el escrito de querella habrán de expresarse las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.

Específicamente para el procedimiento abreviado, el artículo 789.4 dispone que los que se personaren podrán desde entonces instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias, cuando fueren necesarias para abrir el juicio oral.

En principio, tales diligencias deberán ser solicitadas durante la fase de instrucción sumarial o de diligencias previas, pero tratándose del procedimiento abreviado cabe la posibilidad de que habiéndose dictado la resolución prevista en el artículo 789.5, regla cuarta, y estándose por tanto en la fase preparatoria del juicio oral, se solicite, al amparo del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la práctica de diligencias complementarias cuando manifieste la parte la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, pero con la salvedad discriminatoria de que el Juez acordará lo que estime procedente, mientras que si la solicitud la formula el Ministerio Fiscal, el Juez accederá a ello.

4) Intervenir en la práctica de las diligencias instructoras.—Esa intervención implica en primer lugar el derecho a estar presente físicamente la parte, durante la realización de la diligencia, para lo cual debe ser oportunamente citada (arts. 302 y 790.2 de la LECrim.).

Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, podrán durante su práctica formularse alegaciones o dirigirse preguntas a quien preste la declaración o emita el informe.

5) Formular peticiones.—Al margen del derecho a pedir la práctica de diligencias instructoras tendentes a la comprobación del hecho delictivo, puede venir al ofendido o perjudicado personado formular peticiones en orden a cuestiones diversas, como puedan ser la adopción de medidas cautelares, tanto de naturaleza personal como real, la transformación del procedimiento, la inhibición en favor de otro órgano jurisdiccional, la deducción de testimonios y demás.

6) Calificar jurídicamente los hechos objeto del proceso, ejercitando la acción penal.—Puede el acusador personado solicitar el sobreseimiento de la causa (art. 627 de la LECrim. para el procedimiento ordinario y art. 790.1 y 3 para el procedimiento abreviado), si bien parece más probable que solicite la apertura del juicio oral, para lo cual deberá proceder a la calificación de los hechos, presentando el correspondiente escrito que contenga la pretensión de condena (art. 790.5), debiéndose ajustar en cuanto a la forma a lo prevenido en el artículo 650.

7) Proponer la práctica de prueba anticipada.—Puede hacerlo cuando se trate de diligencias que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión (art. 657, último párrafo, y 790.5 de la LECrim.).

8) Proponer la práctica de las pruebas de que intente valerse en el juicio oral, así como el derecho a que su denegación sea motivada (arts. 659 y 790.5 de la LECrim.).

9) Asistir al juicio oral.—Aun cuando el Juez o Presidente acuerde que las sesiones se celebren a puerta cerrada (extremo sobre el que deberá ser oído conforme al art. 680), en virtud del artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la medida en ningún caso afectará a las personas lesionadas por el delito.

10) Intervenir en la práctica de las pruebas que tengan lugar en la vista del juicio oral.

11) Formular el informe tras la práctica de las pruebas.—Al efecto expondrá los hechos que considere probados, su calificación legal, la participación que hayan tenido los juzgados (arts. 734 y 793.6), pudiendo al efecto exponer oralmente cuanto estime procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

12) Ser notificado de las resoluciones que se dicten.—El artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como hemos tenido ocasión de ver, dispone que las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley.

13) Recurrir las resoluciones y ser oído en los recursos interpuestos por otras partes.

14) Obtener el beneficio de justicia gratuita.—Al respecto señala el artículo 119 que los perjudicados por el hecho punible o sus herederos que fueren parte en el juicio, si estuvieren habilitados para defenderse como pobres, tendrán también derecho a que se les nombre de oficio Procurador y Abogado para su representación y defensa.

15) Obtener el abono de los derechos y honorarios correspondientes a su Abogado y Procurador cuando el acusado fuere condenado en costas.—Al respecto, el artículo 124 del nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995, señala que las costas comprenderán los derechos y obligaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

16) Extinguir la responsabilidad penal mediante el perdón en las infracciones perseguibles a instancia de parte.—El artículo 130.4 del nuevo Código Penal establece como causa de extinción de la responsabilidad criminal el perdón del ofendido, en los casos en que la Ley así lo establezca. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. A tal efecto, declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador oír al ofendido por el delito, antes de ordenar la ejecución de la pena.

17) Ser oído en orden a la concesión de la suspensión de las penas privativas de libertad.—El artículo 81.3 del nuevo Código Penal fija como una de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad que no superen los dos años de prisión, el que hayan sido satisfechas las responsabilidades civiles, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador declare la insolvencia total o parcial del condenado. Pero ello sólo podrá hacerlo tras oír a los interesados, además de al Ministerio Fiscal.

Mayor interés tiene aún el artículo 86, con arreglo al cual, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena. Añade el artículo 87 la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad a quienes reúnan las condiciones que en el mismo se establecen, pero siempre previa audiencia de las partes.

18) Ser oídos previamente a la concesión de la sustitución de las penas privativas de libertad.—El artículo 88 del nuevo Código Penal señala este requisito de la previa audiencia a las partes para poder sustituir, antes de dar inicio a su ejecución, a las penas de prisión que no excedan de hasta dos años por arresto de fin de semana o multa.

19) Ser oído en orden a la concesión del indulto.—El artículo 15.2 de la Ley de 18 de junio de 1870, llamada de la Gracia de Indulto, y modificada por la Ley de 14 de enero de 1988, exige como condición para la concesión de todo indulto que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

El problema que se plantea es el mismo que acabamos de señalar a propósito del beneficio de condena condicional, esto es, si el precepto ahora citado es de aplicación exclusiva a los delitos y faltas privados o también a los sometidos al régimen de denuncia previa.

Pues bien, así como la jurisprudencia excluyó para la condena condicional a las infracciones semipúblicas y semiprivadas, tratándose del indulto, en Sentencias de 14 de noviembre de 1973, de 30 de enero de 1974 y de 13 de marzo de 1974, fijaba la necesidad de oír a la parte ofendida por el delito.

20) Derecho a la responsabilidad civil.—El artículo 109 del nuevo Código Penal establece 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 causados. Podrá optar para su reclamación entre las vías jurisdiccionales penal o civil. Sin embargo debe tenerse en cuenta que con arreglo al artículo 114 si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

8. LA FALTA DE PERSONACIÓN

Como la personación no es un deber procesal sino un derecho, puede perfectamente el ofendido o perjudicado decidir personarse o no en autos.

La falta de personación provocará que el ofendido o perjudicado no pueda intervenir activamente en el proceso, proponiendo en la fase de instrucción la práctica de diligencias o interviniendo en las que se acuerden de oficio o a instancia de parte. No podrá llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos, ni sostener una pretensión de condena o una petición de contenido patrimonial. Por supuesto no podrá impugnar las resoluciones que a lo largo del procedimiento recaigan y sean contrarias a sus intereses.

Pero de la falta de personación no se deriva un destierro procesal absoluto para la víctima del delito, sino que sigue manteniendo una vinculación con el proceso, y algunos de esos supuestos son los que se detallan a continuación:

1. *No renunciabilidad tácita a la acción civil.*—La circunstancia de no haberse personado el ofendido o perjudicado por el delito no autoriza a presumir la renuncia a la restitución, reparación o indemnización, pues la renuncia ha de hacerse, en su caso, de una manera expresa y terminante conforme al artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STC 98/1993, de 22 de marzo).

2. *Necesidad de notificar el sobreseimiento al ofendido o perjudicado no personado.*—Si la *notitia criminis* se produce a través de querella, o mediante denuncia, pero habiéndose personado el ofendido o perjudicado, resulta obvio que es preciso notificarle la resolución de archivo, en aplicación del artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Distinto es el supuesto de aquella persona que formula denuncia, normalmente en dependencias policiales, excepcionalmente en sede judicial o en una Fiscalía, sin llegar a personarse, dando su denuncia lugar a la incoación de un procedimiento, sea ordinario, abreviado, juicio de faltas o especial, y se practica o no alguna actuación procesal. Puede suceder que de plano, o tras esas diligencias instructoras, se decrete el sobreseimiento, libre o provisional. ¿Se notifica esa resolución?

En principio, parecería no existir tal obligación procesal desde el momento en que el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la regla de que las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa. En similares términos se pronuncia el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de supletoria aplicación al proceso penal.

Ahora bien, ambos preceptos añaden algo más: «También (se notificarán) a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley», dice el primero; «cuando así se mande, a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicio», indica el segundo.

Esta previsión de notificar a quienes no son parte no se configura como una concesión graciosa del órgano jurisdiccional; lo que ocurre es que se subordina a dos condiciones: una, que así se acuerde en la propia resolución; otra, que lo sea de conformidad con la ley.

Pues bien, la primera, que se acuerde en la propia resolución, tampoco es cuestión que deba quedar al voluntarismo del autor de la resolución, sino que deberá acordarlo cuando proceda de conformidad con la ley; de modo que en realidad la primera condición queda absorbida por la segunda. Y ¿cuándo debe acordarse de conformidad con la ley? Ése es el problema, pues la ley guarda silencio. No así la jurisprudencia constitucional, que desde su inicio ha sido constante en reconocer y favorecer el derecho de las personas afectadas por los procesos judiciales a estar informados del curso de los mismos, a fin de poder efectuar pedimentos o ejercitar recursos.

Otra cosa es que para impugnar la resolución tenga que cumplir con los requisitos de postulación que en cada caso procedan. Pero debe conocer que se ha decretado el archivo; de lo contrario, cuanto más confíe en la Administración de Justicia,

peores consecuencias sufrirá; porque si confía en que el procedimiento seguirá su curso, y que ya será citado a juicio o se dará el trámite que corresponda, lo más probable es que cuando quiera reaccionar no sólo no pueda obtener el resarcimiento en la vía penal, sino tampoco acaso en la civil, si verbigracia ha transcurrido más de un año desde que se dictó la resolución de archivo tratándose de infracciones culposas, por haber prescrito la acción civil de conformidad con el artículo 1.968 del Código civil, que como es sabido fija el plazo de un año para la prescripción de las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902 del Código y por consolidado criterio jurisprudencial, aplicable a todo supuesto de culpa extracontractual o aquiliana previsto en los artículos 1.903 a 1.910 del mismo cuerpo legal.

En definitiva, la resolución de archivo además de al Ministerio Fiscal y otras eventuales partes personadas, debe notificarse al mero denunciante, dado que la resolución, amén de afectarle puede pararle perjuicio, siendo uno de los casos más claros de aplicación de la previsión al respecto del artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como destaca el Tribunal Constitucional cuando el perjudicado no ha renunciado a la acción civil, no puede constituir una justificación de la ausencia de notificación de la resolución de archivo de las actuaciones penales el hecho de no haberse convertido en parte cuando se le ofreció esta posibilidad en el trámite del artículo 109, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Subsistiendo la acción civil derivada del delito por no haber renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose personado éste en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la resolución de las actuaciones penales.

3. *Notificación de la sentencia u otras resoluciones judiciales a quienes no habiendo sido parte en el procedimiento se les conceda una indemnización.*—Ciertamente, es factible que un perjudicado no se haya personado en el proceso y sin embargo el Ministerio Fiscal haya solicitado para el mismo el resarcimiento correspondiente, por no constar una renuncia expresa al contenido de la responsabilidad civil, en aplicación del artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 3.cuatro del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981.

Pues bien, aunque resulte claro que la resolución habrá de notificarse a tales personas, a las que sin haber sido parte formal se les concede una indemnización, lo cierto es que la práctica de determinados Juzgados ha sido distinta, lo que motivó la Instrucción número 8/1991, de 8 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, para que por los miembros del Ministerio Fiscal se interesara de los órganos juris-

diccionales el que acuerden la notificación a las personas a cuyo favor se concedan indemnizaciones, aunque no hayan sido parte.

Quizá convenga recalcar que esa notificación a quien no es parte formal debe ser expresamente acordada en la resolución de que se trate, puesto que el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al que ya nos hemos referido antes, así lo exige. Advuértase también que la Instrucción citada, no dice que se interese de los órganos jurisdiccionales la notificación, sino que «se acuerde» la notificación.

La necesidad de la notificación a que nos venimos refiriendo ha sido examinada también por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/1987, de 14 de diciembre a propósito de un proceso civil, pero cuyas consecuencias son de aplicación al resto de los órdenes jurisdiccionales, dado el carácter general de los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

9. EL MINISTERIO FISCAL Y EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES

Por definición, las partes del proceso pretenden del órgano jurisdiccional resoluciones ajustadas a sus propios y particulares criterios o intereses y en esa medida a ninguna parte puede convenir, en principio, la constitución de otras, pues sus posicionamientos en el proceso podrían no ser coincidentes y por tanto pudieran esas otras partes promover del órgano judicial resoluciones contrarias a los intereses que defienda, o incluso, habiendo obtenido resoluciones conformes con sus criterios, pudieran las demás partes impugnarlas.

Ahora bien, el Ministerio Fiscal no puede partir de esa premisa, pues sin perjuicio de su condición de parte en el proceso se le encomiendan por la Ley funciones garantizadoras de su observancia y de los derechos de todas las demás partes que le deben llevar a defender el acceso al proceso de todos cuantos teniendo legitimación y reuniendo en cada caso los necesarios requisitos de capacidad y postulación, así lo pretendan. Y ello con absoluta independencia de que esa nueva parte vaya a sostener a lo largo del procedimiento una postura procesal coincidente o discrepante con la del propio Ministerio Fiscal.

La posición del Ministerio Fiscal, desde el punto de vista material, es *sui generis*, en cuanto no defiende un interés particular y directo, ni pide la actuación de la Ley en nombre propio, ni ejerce como representante del Estado un derecho potestativo de acción referido al derecho subjetivo del Estado a la imposición de la pena, sino que su misión es la 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 (art. 124 CE y art. 1 de su Estatuto), estando sujeto a los principios de legalidad

e imparcialidad, lo que le convierte en defensor oficial del interés público en la realización de la Justicia, que, tanto puede manifestarse en el ejercicio del derecho punitivo del Estado como en la defensa del ciudadano, indebidamente objeto de aquel ejercicio sancionador.

El artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que el Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil y específicamente se le encomienda velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. Pues bien, no cabe duda de que entre los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito destaca de manera especialísima el derecho a constituirse en parte.

Por ello, entendemos que si el ofrecimiento de acciones no se hubiera llevado a cabo con todos los eventuales perjudicados, no deberán los Fiscales consentir la conclusión de la fase sumarial o de diligencias previas, y por tanto si se hubiera dictado la resolución prevenida en el artículo 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratándose del procedimiento ordinario, o del artículo 789.5, regla cuarta, tratándose del abreviado, deberán en el primer caso pedir la revocación del auto de conclusión del sumario y en el segundo formular recurso de reforma y, si éste fuere desestimado, el de queja.

En la *praxis* forense se observa que así como en el procedimiento ordinario, efectivamente, se sigue el cauce del artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para corregir la omisión del ofrecimiento de acciones, por el contrario en el procedimiento abreviado la tendencia de los Fiscales cuando advierten la falta de la diligencia de ilustración de derechos al ofendido o perjudicado, no es la de recurrir el auto dictado al amparo del los artículos 789.5, regla cuarta, y 790.1, sino pedir que se practique, como diligencia complementaria, al amparo del artículo 790.2, o bien pidiendo que se lleve a cabo en el escrito de acusación, por medio de otrosí.

Quisiera examinar brevemente las tres posibilidades:

a) Pedir su práctica mediante otrosí incorporado al escrito de acusación. Ciertamente, el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite a las partes acusadoras pedir, y al Juez de Instrucción acordar, la práctica de diligencias indispensables para formular acusación, aun después de haberse dado por concluida la fase de diligencias previas mediante la firmeza obtenida por la resolución dictada al amparo del artículo 789.5, regla cuarta.

Pero conforme con el propio artículo 790.2, no basta que se trate de una diligencia indispensable para formular acusación (nota que sí podría predicarse del ofrecimiento de acciones), sino que además ello ha de imposibilitar al Ministerio

Fiscal formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos. Siendo obvio que el ofrecimiento de acciones no guarda relación alguna con la tipificación de los hechos objeto de la instrucción, parece igualmente claro que no podrá solicitarse el remedio a la omisión del ofrecimiento de acciones por esta vía.

b) La formulación del pedimento de que se haga el ofrecimiento de acciones, mediante otrosí en el escrito de acusación, es acaso la más incorrecta procedimentalmente. Al margen de no tener esta solución ningún apoyo legal, supone negar la esencia misma del ofrecimiento de acciones. Formulando el escrito de acusación, el Ministerio Fiscal está simultáneamente pidiendo la apertura del juicio oral. Si se dicta el auto accediendo a ello ¿qué sentido tiene el ofrecimiento de acciones? El ofrecimiento de acciones tiene como meta permitir el acceso de la víctima al proceso, pero como ese acceso debe tener lugar antes de precluir el período de calificación (art. 110 de la LECrim.) resulta un sarcasmo ofrecer a la víctima la posibilidad de incorporarse al proceso cuando ello ya no es procedente. El ofrecimiento de acciones ha de tener lugar durante la fase de instrucción para que pueda la víctima participar en ella, tomando conocimiento de lo actuado, exponiendo su versión de los hechos, proponiendo diligencias, interviniendo en las que se practiquen de oficio o a instancia de parte, y valorando su resultado y la propia resolución que ponga fin a la fase de instrucción, para en su caso proceder a la calificación jurídica de los hechos, pudiendo también recurrir las resoluciones impugnables de las que se le siga perjuicio. De nada sirve hacer un hipócrita ofrecimiento de acciones a la víctima si nada de lo anterior va a ser posible ya.

Y, sin embargo, las anteriores consideraciones no son desconocidas por ningún Fiscal, lo que nos lleva a interrogarnos sobre la razón por la que habitualmente articulan su petición de esta forma. Sin lugar a dudas que por razones de economía procesal. Conocedores de que en la práctica son escasos los ofendidos o perjudicados que no habiendo formulado querella desde el inicio, se lleguen a personar después, son conscientes de que recurriendo el auto de prosecución dictado al amparo de los artículos 789.5, regla cuarta, y 790.1 el recurso será estimado, pero provocará alguna dilación en el proceso y en realidad la víctima no va a personarse, y, si lo hace, siempre puede acudir al mecanismo de la nulidad de actuaciones retrocediendo a la fase de instrucción.

Sin embargo, la realidad es que la dilación será mínima y en todo caso nunca sería indebida, que es la única dilación prohibida por nuestra Constitución, y además la interposición del recurso provocará el efecto práctico de que los órganos jurisdiccionales observarán con mayor celo el cumplimiento de la diligencia a que nos venimos refiriendo.

c) Recurrir la resolución (auto dictado al amparo del art. 789.5, regla cuarta) por la que se pone fin a la instrucción, sin haberse efectuado el ofrecimiento de acciones. Nos parece la solución más coherente con el sistema propio del procedimiento abreviado. Si la instrucción no debe concluir sin habersele hecho el ofrecimiento de acciones al ofendido que sea conocido, y hay una resolución que pone fin a la instrucción sin haberse hecho tal ofrecimiento, parece correcto concluir que es preciso impugnar esa resolución.

10. LA LEY ORGÁNICA 5/1995, DE 22 DE MAYO, DEL TRIBUNAL DEL JURADO

I. Debemos partir de la consideración de que la Ley del Tribunal del Jurado en su redacción originaria preveía que antes de incoar el procedimiento el Juez de Instrucción procedería a «la previa confirmación de la verosimilitud» de la denuncia o querella.

Tal expresión planteó varias inquietudes, antes de haber entrado en vigor la Ley, tales como discernir bajo qué normativa procesal se tramitarían esas diligencias que llevaran a confirmar o excluir la verosimilitud de los hechos que se derivaran de los términos de la denuncia o querella y qué sentido debía darse al término «verosimilitud». Ello nos hacía preguntarnos si en esta fase, llamémosla de comprobación preliminar, podía haber personación de los ofendidos y perjudicados, así como si debía llevarse a cabo el ofrecimiento de acciones prevenido en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Entendimos que la respuesta sólo podía ser afirmativa pues, en esa extraña fase podían realizarse u omitirse diligencias fundamentales que llevaran a confirmar o excluir la verosimilitud del hecho imputado, sin que debieran los ofendidos o perjudicados ser excluidos de su legítima intervención. Por tanto, si la *notitia criminis* tenía lugar a través de querella o si iniciada la fase probatoria el ofendido o perjudicado, o cualquier ciudadano que cumpliera los requisitos necesarios, se personaba, debería ser tenido por parte. Y si no habiéndose personado por propia iniciativa se conocía no obstante al ofendido o perjudicado, debería hacerseles el ofrecimiento de acciones.

Pero, con buen criterio, el Legislador, por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, antes de que entrara en vigor la Ley en su redacción originaria, sustituyó la expresión «confirmación» por «valoración», lo que excluye la posibilidad de que el Juez de Instrucción demore la incoación del proceso por jurado con la finalidad de confirmar o comprobar la verosimilitud del hecho imputado.

Por tanto, lo que procede es que el Juez de Instrucción, como en cualquier otro proceso, realice una reflexión intelectual sobre la tipicidad de los hechos descritos en la denuncia o querella y sobre la posibilidad del acaecimiento histórico de los mismos.

II. El artículo 25 de esta Ley establece que incoado ya el procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, el Juez de Instrucción convocará en el plazo de cinco días a una comparecencia al imputado, al Ministerio Fiscal y demás partes personadas. Ello demuestra que ya puede haber partes personadas antes de la incoación propiamente dicha de este procedimiento.

Añade su artículo 25.2 que si son conocidos los ofendidos o perjudicados por el delito, se les citará para ser oídos en la comparecencia prevista en el apartado anterior, y al tiempo de la citación se les instruirá por medio de escrito de los derechos a que hacen referencia los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si tal diligencia no se efectuó con anterioridad. Especialmente, se les indicará el derecho a formular alegaciones y solicitar lo que estimen oportuno si se personan en legal forma en dicho acto, y a solicitar, en las condiciones establecidas en el artículo 119 de aquella Ley, el derecho de asistencia jurídica gratuita.

En la citada comparecencia, el Juez de Instrucción «comenzará por oír al Ministerio Fiscal y, sucesivamente, a los acusadores personados, quienes concretarán las imputaciones. Seguidamente, oirá al Letrado del imputado... En sus intervenciones, las partes podrán solicitar las diligencias de investigación que estimen oportunas.»

De esta regulación se desprende:

a) Que los ofendidos o perjudicados, estén o no personados, serán citados para ser oídos en la comparecencia.

b) Que a los ofendidos o perjudicados no personados hasta ese momento y que no hubieran recibido ya el ofrecimiento de acciones, se les hará al tiempo de recibir la citación para acudir a la comparecencia.

c) Que la ilustración de derechos se hará por escrito.

d) Que en la comparecencia, el ofendido o perjudicado sólo podrá formular alegaciones y solicitar lo que estime oportuno si se persona en legal forma en dicho acto.

e) Que esa precisión se les hará al tiempo de efectuarse el ofrecimiento de acciones.

f) Que también se les advertirá del derecho a solicitar, concurriendo los requisitos necesarios, asistencia jurídica gratuita. Esta información, que va más allá de la del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también ha sido fijada

por la Ley de 11 de diciembre de 1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (art. 15.4).

Se observa una aparente contradicción entre la previsión de que se cite en todo caso a los ofendidos o perjudicados, estén o no personados, y el que al mismo tiempo sólo puedan formular alegaciones y hacer peticiones si se personan en forma. La armonización debe venir por la vía de entender que el ofendido o perjudicado no personado se limitará a declarar sobre aquellos extremos sobre los que fuere interrogado por las partes, pero sin posibilidad de hacer alegaciones en orden a la continuación o sobreseimiento del procedimiento, ni menos aún pedir la práctica de diligencias.

11. LA LEY 35/1995, DE 11 DE DICIEMBRE, DE AYUDAS Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Desde el siglo pasado, autores diversos, como Ferri o Garófalo, abogaron porque el Estado asumiera los riesgos inherentes a la vida en sociedad y que ésta genera, o que provienen incluso de una defectuosa estructuración, organización o funcionamiento de las instituciones sociales. A lo largo de nuestro siglo nunca han faltado voces en la doctrina, que han querido llamar la atención sobre la penosa situación de indefensión en que se ha colocado a la víctima del delito, habiéndose conformado de un modo lento pero constante las bases de una nueva disciplina jurídica que se ha dado en llamar «victimología», en expresión atribuida a Wertham, y que en los países de nuestro contexto jurídico ha merecido ya la atención de un número creciente de penalistas y entre nosotros de autores como Beristein, García-Pablos, Silva Sánchez, Conde-Pumpido, Gutiérrez-Álvarez, Peris Riera, Martínez Arrieta, Varela Castro, Landrove Díaz, Larrauri, Sangrador, Giménez-Salinas y otros.

A partir del I Simposio de Victimología celebrado en Jerusalén en 1973 no han faltado tampoco documentos de indudable valor, tanto en el seno de Naciones Unidas como en el Consejo de Europa, pudiendo destacarse el VI Congreso de Naciones Unidas celebrado en Milán en 1985, que motivó el que la Asamblea General adoptara por unanimidad la Resolución 40/84, de 29 de noviembre, conteniendo una declaración de principios fundamentales para el adecuado tratamiento de las víctimas de delitos. Igualmente, merece atención el Convenio número 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, así como la Recomendación del Comité de Ministros del

Consejo de Europa a los Estados miembros de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal.

En línea con estos precedentes y esta tendencia, la Ley de 11 de diciembre de 1995 establece un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental, así como de los delitos contra la libertad sexual, aun cuando éstos se perpetraren sin violencia. La normativa no rige respecto de las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, pues a ellas les es de aplicación su normativa específica.

Al margen de la regulación que se contiene en el capítulo I de la Ley sobre la determinación, a sus efectos, de los beneficiarios, del régimen de incompatibilidades y exclusiones, criterios para determinar el importe de las ayudas, procedimiento, órganos competentes y materias conexas con las anteriores, se regulan también en el capítulo II determinados deberes de información a las víctimas de estos delitos, que merecen ser destacados; así:

1. En el artículo 15.4 se establece que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia, o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido.

La innecesariedad del precepto se deriva de venir establecido su contenido, con carácter general, en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Igualmente, deberá ser informada la víctima en términos claros y en el mismo momento de realizar la denuncia, o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita (art. 15.4).

El beneficio de justicia gratuita en favor del ofendido o perjudicado viene dado ya por el artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero resulta de interés la extensión que se hace en esta Ley del derecho/deber de información, a este extremo. También, como hemos visto, la Ley reguladora del procedimiento ante el Jurado, extiende el contenido de la información de derechos al relativo a la obtención del beneficio de justicia gratuita.

3. En el artículo 15.1 se indica que los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

4. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de estos hechos tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado (art. 15.2).

Parece acertado el reconocimiento del derecho de la víctima a ser informada del curso de la investigación, pues cumple la función de ser no sólo medio de conocimiento del contenido de las investigaciones, sino también un instrumento de control de esa investigación policial, de que efectivamente se lleva a cabo y de que la misma no incurra en dilaciones u omisiones inadmisibles. Y no menos acertada es la previsión de que excepcionalmente pueda denegarse la información solicitada por la víctima, cuando con ello se comprometa el resultado de la investigación. Ahora bien, en el caso de que exista abierto un proceso judicial por tales hechos, habrá que estar a las normas generales sobre publicidad y secreto de las actuaciones judiciales (arts. 301, 302 y 789.4 de la LECrim.). Tratándose de diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal (arts. 785 bis de la Ley y 5 de su Estatuto Orgánico), creemos que es aplicable por analogía lo señalado para las investigaciones policiales, pues aunque la norma guarde silencio, una solución contraria sería tanto como crear una zona de investigación opaca, sin que exista ningún motivo razonable por el cual pueda la víctima acceder al contenido de las investigaciones judiciales y policiales, y no en cambio a las del Ministerio Fiscal.

5. La víctima deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente (art. 15.4).

La norma no tiene especial acierto, pues es impensable que la víctima del delito no sea citada a juicio para intervenir en el mismo. De la redacción del precepto pudiera pensarse que cabe la posibilidad de que la víctima no llegue a conocer la celebración del juicio, pero ello es absolutamente inaudito. No es concebible la celebración del juicio en el que la presencia y declaración de la víctima no forme parte del elenco de medios de prueba propuestos por alguna de las partes para su práctica en el acto de juicio oral.

6. A la víctima le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso (art. 15.4).

Sobre esta cuestión se ha tratado anteriormente en términos elogiosos, al examinar las consecuencias derivadas de la falta de personación, por lo que no se reitera en este lugar lo ya expresado allí.

7. En el artículo 16 se establece que el Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

Se prevé, además, que en relación con las actividades desarrolladas por estas oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior pueda establecer Convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones Locales.

Al margen del aplauso que deben merecer iniciativas como la establecida en este precepto, interesa destacar dos cuestiones: la primera, es que si bien el ámbito de esta Ley se circunscribe a los delitos dolosos con resultado mortal o lesivo grave y contra la libertad sexual, si estas oficinas se establecen, parece razonable que ejerzan sus labores informativas no sólo con relación a las víctimas de estos delitos, sino de cualesquiera otros sin distinción. Y, en segundo lugar, es preciso reflexionar sobre el engarce de la labor que se lleve a cabo en esas oficinas, con el deber de información de los derechos de la víctima que se establece en el artículo 15 de la Ley a cargo de Jueces, Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal y cuantas autoridades y funcionarios intervengan en la investigación de los delitos, y con carácter más general, en los artículos 109 y 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Creo que son funciones complementarias, pero que en ningún caso la información que se realice en tales oficinas de asistencia exime de la realización del ofrecimiento de acciones propiamente dicho. Éste es un acto de naturaleza jurídica a cargo de las personas a quienes la Ley encomienda la investigación de los hechos delictivos y siempre bajo el control último del Juez de Instrucción, quien no puede concluir la fase de instrucción sin constatar que obra en autos acreditación de haberse efectuado.

La previsión en esta Ley de Convenios del Ministerio de Justicia e Interior con las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, para encomendarles la gestión de las oficinas de asistencia a las víctimas aleja su actuación del ámbito propio de la Administración de Justicia.

Finalmente, todo parece indicar que la Ley no ha querido que en esas oficinas se realice la instrucción de derechos, pues cuando en el artículo 15 se regulan los deberes de información jurídica, en ningún momento se hace referencia a estas oficinas, a las que por otra parte se denomina de «asistencia» a la víctima, sin regular sus funciones, pero de la exposición de motivos de la Ley parece derivarse que su actividad se concreta en la asistencia psicológica y social, omitiendo toda referencia a funciones de asistencia o información jurídicas.

12. EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

12.1 DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El artículo 117.5 de la Constitución, al tiempo que proclama el principio de la unidad jurisdiccional, reconoce la especificidad de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. Esa especificidad tiene múltiples manifestaciones, y en lo que ahora interesa, también en el tratamiento del ofrecimiento de acciones y de la personación del perjudicado en el proceso penal, originada por el desconocimiento en su ámbito de la acción popular propiamente dicha, y la negación de la acción penal y de la civil ejercida conjuntamente con ella por el ofendido o perjudicado, cuando sea militar y lo sea también el ofensor, estando aquél subordinado jerárquicamente a éste.

El artículo 452.2 del ya derogado Código de Justicia Militar, estableció en su redacción dada por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que en ningún caso se admitiría la querella y que la acción privada sólo podría ejercitarse en los procedimientos seguidos por delitos perseguibles a instancia de parte.

Este precepto, pese a estar en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva, enlazado al derecho enunciado en el artículo 125 de la Constitución, encontraba históricamente su justificación y posteriormente su convalidación constitucional en el propósito de evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente para el logro de los fines que el artículo 8.1 de la Constitución les asigna una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados.

El precepto, al vedar como regla, y aceptar, sólo como excepción, el acceso a la jurisdicción y consiguientemente al proceso, a los perjudicados por el delito, en esencia estaba en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, su constitucionalidad fue admitida por el Tribunal Constitucional, primero en el Auto 121/1984, de 29 de febrero, y después en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio, afirmándose en la primera de estas resoluciones que el principio constitucional, concediendo acción penal directa al interesado, sólo puede sufrir excep-

ción en los casos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo vedan intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, por lo que en atención a la especificidad y singularidad de la jurisdicción castrense debe entenderse como valor preferente el carácter militar de la situación creada y el mantenimiento de la vinculación y disciplina en el Ejército, que el enfrentamiento jurisdiccional directo con una actuación procesal que atacaría valores distintos y preferentes por ser preponderantes. Ahora bien, la segunda de las resoluciones comentadas, la Sentencia de 29 de julio de 1985, matizó que así como en el primer caso que se planteó ante el Tribunal Constitucional había una relación inferior/superior jerarquizada entre quien pretendía ejercitar la acción penal y contra quien se propugnaba, en el caso que resolvía la citada Sentencia se estaba ante una acción que pretendía ejercitar un civil, ajeno a la institución militar, contra un miembro de la misma, por un hecho realizado en el ejercicio de sus funciones. Consideró el Tribunal que la institución militar en general y la jurisdicción castrense, en concreto, no iban a verse perjudicadas porque se consintiera que los ciudadanos no militares ejercitasen un derecho que la Constitución española proclama.

En definitiva, se entendió que siempre que la acción penal pretendiera ser ejercitada por un militar frente a otro, estando ambos ligados orgánicamente, había de estimarse prohibida, salvo que se tratara de delitos perseguibles a instancia de parte.

12.2 RÉGIMEN VIGENTE

Cuando el Legislador ha llevado a cabo una reordenación global de la jurisdicción militar y del procedimiento ante la misma, ha plasmado en los textos legales aprobados los criterios emanados de la doctrina del Tribunal Constitucional antes reseñada. Así, promulgada la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, de 15 de julio de 1987, se ha establecido en su artículo 108 que si la comisión de un delito o falta que sea competencia de la jurisdicción militar lesionara bienes o derechos particulares, los perjudicados podrán mostrarse parte en el procedimiento, a cuyo fin se les hará ofrecimiento de acciones, dejando constancia en autos. Igualmente, en la Ley Orgánica Procesal Militar 2/1989, se ha establecido, en su artículo 127, *in fine* en relación con el 130.5 y el 141 la realización por el Juez Togado Militar del ofrecimiento de acciones, viniendo obligado a indagar en las diligencias previas, quien sea el perjudicado u ofendido por el delito, comunicándole su incoación a fin de que pueda ejercitar la denominada acción penal adhesiva (STC 37/1993, de 8 de febrero).

Por tanto, la situación vigente es la que sigue:

a) El ofrecimiento de acciones se hará por el Juez Togado Militar a los que hayan resultado perjudicados en sus bienes o derechos particulares.

b) El ofendido o perjudicado puede actuar en el proceso penal militar por sí mismo, o representado por Procurador, según su elección, al ser potestativa la intervención de este profesional. Por contra, en todo caso, ha de estar asistido por Abogado (art. 109 LOCJM). Se exceptúa la tramitación del recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en que tanto el acusador particular como el actor civil deben necesariamente estar representados por Procurador y defendidos por Abogado.

c) No se permite el ejercicio de la acción popular a quien no sea perjudicado en sus bienes o derechos. No existe por tanto en la Legislación procesal militar una norma equivalente al artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

d) No se permite el ejercicio de las acciones penal ni civil al que es perjudicado si, siendo militares el ofendido y el ofensor, está jerárquicamente subordinado el primero al segundo (art. 108, *in fine* LOCJM).

Ni la normativa examinada ni el Tribunal Constitucional en las dos resoluciones comentadas aclaran si la relación jerárquica entre inculpado y ofendido debe estar cronológicamente referida al momento de la comisión del hecho, en cuyo caso ya no podría ejercitarse la querella ni en ése ni en ningún otro momento posterior, o, por contra, si debe referirse al momento en que se produce la personación, en cuyo caso desaparecida la relación jerárquica podría personarse.

Partiendo de que conforme a reiteradísima, uniforme y constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que también coincide con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las normas deberán ser interpretadas de la manera que resulte más favorable para la efectividad de los derechos constitucionales, parece claro que debemos inclinarnos por la segunda opción, esto es, la que admite la restricción de la personación del ofendido al solo caso de que la situación de subordinación jerárquica esté presente en el momento en que se pretende la personación. Pero es que, a mayor abundamiento, el fundamento mismo de la restricción al derecho a la personación nos debe llevar al entendimiento de que desaparecida la situación de dependencia jerárquica desaparecen también los peligros que se quieren conjurar con la prohibición de acceso al proceso. Basta pensar en el caso de que el ofendido fuera soldado de reemplazo en el momento de ser ofendido o perjudicado. Carece de sentido que incluso recuperada su condición de civil y por tanto carente de todo vínculo jerárquico con el ofensor, se le siguiera prohibiendo el acceso al proceso en aras de la unidad y disciplina de las Fuerzas Armadas.

e) En tiempo de guerra queda prohibido con carácter general el ejercicio de la acusación particular por el delito militar.

f) El perjudicado militar y jerárquicamente subordinado al inculpado deberá ejercitar la acción civil, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria civil (art. 108, párrafo segundo, LOCJM). Ello en el caso, naturalmente, de que la acción civil no haya sido ejercitada por el Ministerio Fiscal, pues para éste no existe limitación alguna en orden al ejercicio de acciones penales y civiles.

LA «APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI» EN ITALIA

LUIS ALFREDO DE DIEGO DíEZ
Magistrado-Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. DEL «VIEJO» AL «NUEVO» *PATTEGGIAMENTO*.—3. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO.—4. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 5. LA FORMACIÓN DEL ACUERDO: SUJETOS, MOMENTO PROCESAL Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO. 5.1 *La «richiesta» durante las «indagini preliminari»*. 5.2 *La «richiesta» durante la «udienza preliminare» y en el «giudizio»*. 5.3 *El disenso del Ministerio Fiscal*. 5.4 *La motivación del disenso*. 5.5 *Revocabilidad y modificabilidad de la «richiesta» y del consenso*.—6. EL CONTROL JUDICIAL FRENTE AL CONSENSO DE LAS PARTES. 6.1 *Los controles de legalidad y voluntariedad*. 6.2 *Control sobre la proporcionalidad de la pena: la Sentencia del Tribunal Constitucional número 313/1990*. 6.3 *Otros problemas constitucionales sobre la intervención judicial y de las partes en punto a la definición del proceso*.—7. EFECTOS. 7.1 *Sentencia «equiparada» a un pronunciamiento de condena*. 7.2 *Efectos preclusivos*. A) Límites al contenido del pronunciamiento. B) La prohibición de resolver sobre la acción civil. C) Ineficacia de la sentencia en los juicios civiles y administrativos. D) Límites a la impugnación. 7.3 *Efectos extintivos*.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los objetivos fundamentales perseguidos por el legislador en el *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 ha sido obtener la máxima celeridad del proceso penal (1). De entre las medidas tendentes a lograr esta política de aceleración, merece destacarse la instauración de distintas categorías de procedimientos penales simplificados como alternativa al esquema del proceso ordinario que se inicia con las *indagini preliminari*, pasa a través del filtro de la *udienza preliminare* y encuentra su epílogo en el *giudizio*. Así, bajo la rúbrica «Procedimientos Especiales» (libro VI, parte 2.^a), se encuentran el «juicio abreviado» (título I), la «aplicación de la pena a petición de las partes» (título II), el «juicio directísimo» (título III), el «juicio inmediato» (título IV) y el «procedimiento por decreto» (título V).

Aunque todos ellos se inspiran en criterios de economía procesal, sus presupuestos y efectos son bien distintos. En lo relativo a los presupuestos, dice Pisapia (2), el *giudizio immediato* y el *giudizio direttissimo* tienen una cierta homogeneidad pues el primero se aplica en caso de evidencia de la prueba y el segundo cuando se produzca un arresto por delito flagrante o la confesión del imputado; por otro lado, el *giudizio abbreviato* y el *giudizio su richiesta delle parti* presupo-

(1) «A lo largo de todo su articulado se observa claramente una obsesión por alcanzar el objetivo de acelerar al máximo el proceso penal, residiendo el mérito del nuevo texto legal en la capacidad para compaginar este objetivo de aceleración con el respeto absoluto a las garantías procesales del derecho de defensa.» Así, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco A.: «El nuevo procedimiento penal monitorio italiano como modelo de simplificación y aceleración de la justicia penal», en *Poder Judicial*, 2.^a época, 1990, núm. 19, págs. 168-169. Véase, principalmente, la nota 3 en la última de las páginas citadas.

(2) PISAPIA, Gian-Domenico: *Lineamenti del Nuovo Processo Penale*, 2.^a ed., Padova, 1989, pág. 58.

nen un acuerdo entre el acusado y el Ministerio Fiscal, sobre el procedimiento y sobre la pena, respectivamente.

Como nota singular de estos procedimientos se ha destacado su «convertibilidad» (3), esto es, la facultad que en algunos casos tienen las partes para poder solicitar, incluso durante su desarrollo, la sustitución de un procedimiento alternativo por otro, aun cuando los presupuestos del primero fueran diferentes. Indica Cristiani (4) al respecto que «no puede excluirse la posibilidad del tránsito de uno a otro procedimiento como, por ejemplo, cuando a causa de la evidencia de la prueba el Ministerio Fiscal haya solicitado el juicio inmediato y, al tener noticia de ello, el imputado reclame el juicio abreviado por las ventajas que pudieran derivarse a su favor sobre la medida de la pena».

Por lo que atañe a los efectos, es característica común a todos los procedimientos especiales la eliminación de alguna de las fases del proceso ordinario (investigación preliminar-audiencia preliminar-juicio de primera instancia-impugnación). Señala Giustozzi (5) cómo el juicio *direttissimo* y el *immediato* (comúnmente denominados «procedimientos anticipatorios»), omiten la audiencia preliminar, anticipando la fase de los debates orales, que precisamente es la que elude el juicio *abreviato*, toda vez que permite definir el proceso en la audiencia preliminar con limitaciones en el ámbito de la apelación; *l'applicazione della pena su richiesta delle parti*, determina la inmediata conclusión del juicio y elimina la apelación (salvo en la hipótesis de que el Fiscal haya manifestado su disconformidad); y, finalmente, el *procedimento per decreto* (también conocido como «de definición anticipada del proceso») omite la audiencia preliminar y, eventualmente, los debates orales.

Dos de los procedimientos indicados obedecen a la implantación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, y de los distintos sistemas de transacción intraprocesal (*patteggiamento*): el «juicio abreviado» y la «aplicación de la pena a petición de las partes» (6). Este último —observa Villagómez (7)— regula básicamente la conocida figura de la *probation*, en virtud de la cual no se cumple la pena privativa de libertad y, en su lugar, se aplican un conjunto de obligaciones o condiciones durante un tiempo, al objeto de que transcurrido este período (cinco

(3) Cfr. PISAPIA, ibídem.

(4) CRISTIANI, Antonio: *Manuale del Nuovo Processo Penale*, Torino, 1989, pág. 328.

(5) GIUSTOZZI, Raimondo: «I procedimenti speciali», en *Manuale Pratico del Nuovo Processo Penale*, 2.ª ed., AA.VV., Padova, 1991, págs. 569-570.

(6) Acerca de las diferencias entre uno y otro procedimiento puede verse LATTANZI Giorgio: «Giudizio abbreviato e patteggiamento», en *Cassazione Penale*, 1988, tomo II, págs. 2192 y ss.

(7) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco A.: *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pág. 170, nota 5.

años en caso de delito y dos años en caso de falta), y cumplidas de modo satisfactorio tales condiciones, se renuncie por el Estado a la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. DEL «VIEJO» AL «NUEVO» *PATTEGGIAMENTO*

La aplicación de la pena a instancia de las partes, regulada en los artículos 444 a 448 del nuevo Código, se articula como un verdadero y propio *patteggiamento* (8). Nos encontramos ante un procedimiento ligado a un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Fiscal sobre la aplicación de la pena, y de ahí que se configure como una negociación sobre el fondo del asunto y sobre el tratamiento punitivo, con repercusión sobre el cauce procesal (9).

La finalidad del instituto no es, pues, tratar de conseguir un consenso acerca de la elección del procedimiento, como sucede en el *giudizio abbreviato*, sino sobre la pena (10). Por ello, mientras el juicio abreviado es calificado como *patteggiamento sul rito*, la aplicación de la pena a instancia de las partes viene siendo definida como *patteggiamento sulla pena o nel merito* (11), pese a que indirectamente tenga también una importante incidencia sobre el procedimiento. Desde esta óptica, debido al papel predominante atribuido a las partes en la definición del fondo del asunto, se aprecia la influencia y semejanza con la práctica norteamericana de la *plea bargaining*, aunque existe entre ambos una notable diferencia: esta última encuentra su base esencial y su amplio desarrollo en el principio de discrecionalidad de la acción penal, reconocida a la policía y al Ministerio Fiscal, en tanto que la legislación italiana está vinculada al principio constitucional de legalidad en el ejercicio de la acción penal (art. 112 CE) (12).

El *patteggiamento sulla pena* supone una novedad en la legislación procesal italiana, siquiera sea —como veremos— en cuanto a ciertas e importantes connota-

(8) Aunque la expresión es de uso común entre la doctrina para designar este procedimiento, puede verse una crítica sobre lo equivoco de esta terminología en BIFFA, Massimo: «Il patteggiamento nei procedimenti differenziati», en *Accusa e difesa nel nuovo Processo Penale. (Atti del convegno nazionale di Crema 7-8 ottobre 1988)*, coordinados por Benito Melchionna, Padova, 1989, págs. 97-98.

(9) Así, GIUSTOZZI, Raimondo, en *Manuale Pratico...*, cit., pág. 590.

(10) Cfr. GIARDA, Angelo: *Lezioni sul Nuovo Processo Penale*, varios autores, Milano, 1990, pág. 125.

(11) Así, por ejemplo, GIUSTOZZI, Raimondo, en *Manuale Pratico...*, cit., pág. 590; y RICCIO, Giuseppe, *Profili del Nuovo Codice...*, cit., pág. 305.

(12) Cfr., por ejemplo, MELILLO, Giovanni: «Osservazioni in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti», en *Cassazione Penale*, 1990, tomo I, pág. 531; o PISAPIA, Gian-Domenico: *Lineamenti...*, pág. 61.

ciones. Bien es verdad que tiene su antecedente histórico, o —en palabras de Pisapia (13)— sus «padres italianos», en el «viejo» *patteggiamento* de los artículos 77 a 85 de la Ley 689, de 24 de noviembre de 1981 (14). En virtud de tales normas, podía el Juez, concurriendo determinados presupuestos, aplicar al imputado una «sanción sustitutiva» —de naturaleza controvertida (15)—, que, de un lado, requería declarar por sentencia extinguido el delito, aunque daba lugar a una ejecución con un mecanismo distinto del previsto para las penas, y, de otro, era considerada incompatible con la suspensión condicional de la pena, de suerte que la efectiva ejecución de la sanción sustitutiva se configuraba como el «precio» del *patteggiamento* (16).

Estos preceptos, que por primera vez reconocían papel determinante a un acuerdo procesal entre las partes, preveían la aplicación de sanciones sustitutivas a petición del imputado, con el consentimiento del Ministerio Fiscal. Se trató de un instituto innovador, cuya normativa —nos dice Giambruno (17)— causó un cierto estupor: «era la primera vez que se hablaba de transacción sobre el resultado del proceso penal; era la primera vez que en un sistema moderno se llegaba, sustancialmente, a dar valor de prueba legal a la confesión del imputado o, más bien, era la primera vez que la confesión venía incentivada a cambio de aplicar una norma de naturaleza premial». Aun reconociendo en la Ley 689/1981 un precedente de la «aplicación de pena a petición de las partes», las diferencias entre uno y otro *pat-*

(13) PISAPIA, Gian-Domenico: *Lineamenti...*, pág. 61.

(14) Así lo entiende unánimemente la doctrina italiana. Véanse, por ejemplo, LATTANZI, Giorgio: «L'applicazione della pena su richiesta delle parti», en *Contributi allo studio del Nuovo Codice di Procedura Penale*, obra colectiva a cargo de Giovanni Canzio, Donatella Ferranti y Alessandro Pascolini, Milano, 1989, pág. 113; LUPO, Ernesto: «Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata», en la obra colectiva *Questioni Nuove di Procedura Penale. I giudizi semplificati*, a cargo de A. Gaito, G. Paolozzi y G. P. Voena, Padova, 1989, pág. 72; o RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, obra colectiva a cargo de Giovanni Conso y Vittorio Grevi, Padova, 1990, pág. 305.

(15) Explica Lozzi que, «según algunos, las referidas sanciones conservaban naturaleza de sanción penal y, por tanto, en este orden de ideas, el procedimiento de los artículos 77 y ss. de la Ley 689/1981 se caracterizaba como una mera forma simplificada y abreviada del proceso penal. Otros, por el contrario, han entendido que la petición del imputado *ex art. 77* determinaba una transformación del ilícito penal en administrativo, con la consiguiente aplicación de una sanción administrativa. Según esta última tesis, el instituto en su conjunto se vería caracterizado como una suerte de despenalización a instancia de parte: una alternativa al proceso penal y no una forma abreviada del mismo.» LOZZI, Gilberto: «L'applicazione della pena su richiesta delle parti», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, pág. 32.

(16) Cfr. GIUSTOZZI, Raimondo, en *Manuale Pratico...*, cit., pág. 590.

(17) GIAMBRUNO, Silvana: «Prime considerazioni sull'applicazione della pena a richiesta delle parti nel nuovo Codice di Procedura Penale», en *Cassazione Penale*, 1989, tomo I, pág. 717.

teggiamento son tan notables (18) que, con un toque de fina ironía, Lattanzi (19) ha llegado a afirmar que «si bien se mira, el parentesco del nuevo *patteggiamento* con el establecido en la Ley 689 resulta a la postre hartó remoto, encontrándonos aquí en presencia no de un hijo, sino de un nieto, en el que las características de la estirpe se vislumbran todavía, pero considerablemente transformadas».

Aunque a lo largo de este estudio tendremos ocasión de poner de relieve más ampliamente las diferencias esenciales que separan uno y otro instituto, no está de más adelantar ahora —siquiera sea enunciándolos— alguno de los aspectos más singulares del viejo *patteggiamento* regulado en la Ley 689/1981, que han marcado tales diferencias (20).

Siguiendo a Giustozzi (21), cabe afirmar que «mientras el viejo *patteggiamento* sólo podía ser puesto en funcionamiento a petición del imputado, el nuevo instituto atribuye la iniciativa también al Fiscal, pudiendo provenir la petición indiferentemente de una u otra parte; mientras la norma del artículo 77 de la Ley 689 sólo podía dar lugar a la aplicación de sanciones sustitutivas y de entre ellas únicamente la libertad controlada y la multa, con el nuevo *patteggiamento* son aplicables tanto las sanciones sustitutivas, incluida la semidetención, cuanto las penas pecuniarias y privativas de libertad; el nuevo instituto, por otra parte, no se ha construido como un beneficio, de donde no es incompatible con la suspensión condicional de la pena; la sentencia que aplica la pena pedida por las partes no determina directamente la extinción del delito, sino que es equiparada a una sentencia de condena, lo que resulta relevante en punto a la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad en el delito, y, en caso de aplicarse una pena privativa de libertad no suspendida condicionalmente, deberá dictarse orden de prisión, mientras que la extinción del delito se verifica al expirar los términos del artículo 445.2.º y las condiciones allí previstas; el nuevo *patteggiamento*, en fin, no viene sujeto a limitaciones de

(18) Aluden a ello, entre otros muchos, GIUSTOZZI, Raimondo, en *Manuale Pratico...*, cit., págs. 590 y ss.; LOZZI, Gilberto: *L'applicazione della pena...*, cit., págs. 32 y ss.; o LUPO, Ernesto, en la obra *Questioni Nuove...*, cit., pág. 72.

(19) LATTANZI, Giorgio: *Giudizio abbreviato...*, cit., pág. 2195.

(20) Para una más completa exposición nos remitimos a la «Relazione al Progetto Preliminare», que puede verse en la obra colectiva *Il Nuovo Codice di Procedura Penale (dalle leggi delega ai decreti delegati)*, a cargo de Giovanni CONSO, Vittorio GREVI y Guido Neppi MODONA: vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, págs. 1024-1027. Cfr. también CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, en *Manuale Pratico dei Procedimenti Speciali*, Milano, 1990, págs. 213-214; GIUSTOZZI, Raimondo: *Manuale...*, cit., págs. 590-592; LATTANZI, Giorgio, *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, págs. 113 y ss.; o LOZZI, Gilberto: *L'applicazione della pena...*, cit., págs. 32 y ss.

(21) *Ibidem*, págs. 590-591.

orden objetivo ni subjetivo, sino que encuentra su aplicación general en los límites de la pena indicada por el artículo 444.1.º».

3. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

El «viejo» *patteggiamento* de la Ley 689/1981 fue concebido como un «beneficio» (22) a disposición del imputado, en tanto que sólo de él podía partir la iniciativa de la petición, limitándose el Fiscal a expresar su parecer (23). El legislador de la época, al permitir al imputado hacer uso de la aplicación de sanciones sustitutivas, pretendía, sobre todo, evitar los efectos nocivos que para la resocialización de sujetos condenados a penas cortas privativas de libertad podía producir su ingreso en prisión (24). La naturaleza de este instituto convertía su aplicación en alternativa a otros beneficios, como la suspensión condicional de la pena (25), lo cual era lógico en cuanto se trataba de un mecanismo extintivo del delito. Apunta Sottani (26) a este propósito que la exclusión del beneficio de la suspensión condicional venía justificada, entre otras razones, porque «la suspensión está prevista para la sentencia de condena y, por tanto, no resulta admisible frente a una sentencia que declara la extinción del delito, ya que no cabe yuxtaponer dos medidas extintivas».

Bien distinta es la perspectiva del «nuevo» *patteggiamento sulla pena* surgido del Código Procesal Penal italiano de 1988. En punto a la naturaleza de este instituto, puede decirse que carece completamente de cualquier connotación de «beneficio» para surgir como un verdadero procedimiento alternativo al juicio oral (27).

(22) Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional número 267/1987. Este término —según escribe CRISTIANI, en *Manuale...*, cit., pág. 332— «se obtenía textualmente de un verbo usado en el artículo 80».

(23) El parecer del Ministerio Fiscal era considerado vinculante respecto del procedimiento, mas no en cuanto al fondo. Así, el disenso del Fiscal impedía la terminación anticipada del procedimiento, pero no la posibilidad de que el Juez estimase la petición del imputado al finalizar el juicio oral. Cfr. la Sentencia número 120, de 30 de abril de 1984, del Tribunal Constitucional italiano.

(24) Así, GIAMBRUNO, Silvana: *Prime considerazioni...*, cit., pág. 117.

(25) Dice CRISTIANI, Antonio, en *Manuale...*, cit., pág. 332 que «la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria lo consideraban incompatible con la suspensión condicional de la pena: consecuencia gravemente limitativa tanto desde el plano práctico como bajo el perfil psicológico». En la misma línea señala LATTANZI, Giorgio, *L'applicazione...*, cit., pág. 117, que tal incompatibilidad era precisamente uno de los obstáculos a la difusión del *patteggiamento* de la Ley 689/1981, pues en la alternativa de elegir entre uno u otro beneficio, en la mayor parte de los casos el imputado se decantaba por la suspensión condicional.

(26) SOTTANI, Sergio: «Osservazioni critiche sul nuovo patteggiamento», en la obra colectiva *Questioni Nuove di Procedura Penale. I giudizi semplificati*, a cargo de A. Gaito, G. Paolozzi y G. P. Voena, Padova, 1989, pág. 124.

(27) Cfr., entre otros, LUPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, cit., pág. 73; y RICCIO, Giuseppe, *Profili del Nuovo Codice...*, cit., pág. 305.

La preocupación —dice Giambruno (28)— no es ahora la de tutelar a quien sea condenado a una pena breve privativa de libertad para evitarle los peligros del ambiente carcelario, ni mucho menos la de poner a salvo los fines reeducativos de la pena (29). Por el contrario, lo que se pretende del imputado, a cambio del premio-incentivo de la reducción de la pena, es un comportamiento «procesalmente meritorio» que la autora citada identifica con la confesión.

La propia *Relazione al Progetto Preliminare* pone de relieve la estructuración del nuevo esquema procedimental sobre el principio del «premio-incentivo» por la actitud de *meritorietà processuale* del imputado, aclarando, por lo demás, que «no se trata de un “beneficio”, sino de un juicio especial, ligado a un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Fiscal sobre la aplicación de la pena, y de ahí que guarde relación con el fondo del asunto y se refleje sobre el procedimiento, a diferencia del acuerdo del juicio abreviado que, por el contrario, se refiere exclusivamente al procedimiento» (30).

Desde esta lógica, no se habla ya de petición únicamente del imputado, sino de petición de las partes, puesto que la iniciativa se otorga también al Ministerio Fiscal; y se prevé expresamente la aplicación de la suspensión condicional de la pena, a cuya concesión puede incluso subordinar el imputado la eficacia de su petición (cfr. art. 444.3).

Esta nueva especie de *patteggiamento* es, por lo demás, un procedimiento especial con un único límite señalado por la entidad de la pena, en el caso de delitos castigados con prisión o arresto (dos años: art. 444.1); un juicio caracterizado por un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Fiscal acerca de la pena a aplicar y de la correspondiente modificación procedimental, que se simplifica y da lugar a un resultado (la sentencia a petición de las partes) parcialmente distinto de lo que sería normal (31).

Presenta la ventaja de suprimir toda aleatoriedad del juicio, con los riesgos, de otro modo inevitables, de un tratamiento sancionador más desfavorable. Frente a ello —indica Cristiani (32)—, la eventualidad de una decisión absolutoria, aunque

(28) GIAMBRUNO, Silvana: *Prime considerazioni...*, cit., pág. 717.

(29) Precisamente por considerar que el procedimiento de «aplicación de pena a petición de las partes» no garantizaba debidamente la finalidad reeducativa de la pena (prevista por el art. 27.3 de la Constitución italiana) al sustraer del control judicial la proporcionalidad de la misma, el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia número 313, de 26 de junio-2 de julio 1990, la ilegitimidad constitucional del artículo 444.2.º del *Codice di Procedura Penale*.

(30) Puede verse en la obra colectiva *Il Nuovo Codice di Procedura Penale...*, cit., a cargo de CONSO/GREVI/MODONA, vol. IV, págs. 1025-1026.

(31) LATTANZI, Giorgio: *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, pág. 118.

(32) CRISTIANI, Antonio: *Manuale...*, cit., pág. 331.

obviamente remota a causa del implícito reconocimiento del hecho —cuando menos a nivel histórico— por parte del imputado, no puede ser excluida por la permanente posibilidad de la aplicación inmediata por el Juez de las causas de inimpugnabilidad *ex* artículo 129 del CPP.

Con la *applicazione della pena su richiesta delle parti*, el legislador italiano ha avanzado un paso más en lo que Riccio (33) llama la lógica de la «premialidad» (34) ligada a la elección procesal (la más importante de las disposiciones de naturaleza «premial» es en este caso la relativa a la reducción de la pena). Se extiende así el área de los procedimientos comúnmente denominados «de colaboración», esto es, de cooperación por parte del imputado en la más rápida resolución del proceso.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El instituto diseñado en la Ley 689/1981 comportaba ciertas limitaciones subjetivas y objetivas. Así, el artículo 80 preveía excepciones subjetivas para quien anteriormente ya lo hubiera disfrutado o para quien hubiera sido condenado como reincidente a pena privativa de libertad. Por otra parte, su aplicabilidad se subordinaba a los delitos competencia del pretor —aunque se enjuiciaran, por efectos de la conexión, por un Juez superior (art. 54)—, y castigados con penas privativas de libertad que permitieran su sustitución por las sanciones de libertad controlada o pena pecuniaria (art. 53) (35). En cualquier caso, no cabía la aplicación de sanciones sustitutivas en relación con delitos castigados con pena pecuniaria, sola o conjunta con privación de libertad (36).

En el actual marco de aplicación penológica, el nuevo *patteggiamento* cubre las hipótesis de sanciones sustitutivas, penas pecuniarias, y penas privati-

(33) RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice...*, *op. cit.*, págs. 306 a 308. En esta última página dice que «respecto del funcionamiento del sistema, surge la raíz *collaborativa* del nuevo instituto, subrayada por la circunstancia de que el enjuiciamiento más rápido sólo es realizable en presencia del acuerdo de las partes».

(34) Término que también utilizan CRISTIANI, Antonio: *Manuale...*, *cit.*, pág. 332; y LOZZI, Gilberto, *L' applicazione...*, *cit.*, pág. 32.

(35) Conforme al artículo 53 de la Ley 689/1981, si el Juez consideraba que la pena privativa de libertad que correspondía imponer estaba comprendida dentro del límite de tres meses, podía sustituirla por la libertad controlada, y si estaba dentro del límite de un mes, por la pena pecuniaria.

(36) Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional número 148/1984, de 24 de mayo, y la del Tribunal de Casación (pleno) número 678, de 21 de noviembre de 1987. LATTANZI, Giorgio, en *Giudizio abbreviato...*, *cit.*, pág. 2195, se muestra crítico con esta doctrina, que considera «un tanto extravagante, pues, ante un delito castigado alternativamente con pena privativa de libertad o pecuniaria, permite al Juez aplicar la petición con los efectos ventajosos previstos por el artículo 77 de la Ley número 689 y sustituir la pena privativa de libertad por una pecuniaria, pero no le permite sustituir directamente esta última».

vas de libertad. Si bien, en estas últimas se establece un techo: sólo podrá aplicarse una pena privativa de libertad a instancia de las partes si, teniendo en cuenta las circunstancias del delito y calculando la disminución de la pena hasta el máximo de un tercio, no supera los dos años de prisión o de arresto, ya sea sola o conjuntamente con una pena pecuniaria (art. 444.1); dicho en otros términos: el límite de los dos años se determina, en concreto (37), después de haber operado la disminución «hasta un tercio» de la pena a imponer, prevista por el legislador para incentivar el recurso por parte del imputado a este procedimiento especial.

5. LA FORMACIÓN DEL ACUERDO: SUJETOS, MOMENTO PROCESAL Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

La confluencia de voluntades sobre la pena es el presupuesto básico e imprescindible para la aplicación de este procedimiento, evitando así los debates orales del juicio (*dibattimento*). La iniciativa puede partir tanto del imputado como del Ministerio Fiscal, ya sea conjunta o individualmente; si bien, en este último caso, es preciso el consenso de la parte no solicitante. Sólo la existencia de acuerdo entre el Fiscal y el imputado acerca de la pena, comporta, de aplicarse ésta, el truncamiento del proceso y la inmediata decisión del Juez (art. 448.1), quien, según la fase o momento procesal en que se presente la petición, tendrá carácter unipersonal (*monocratico*) o colegiado (*collegiale*).

Excepcionalmente, como luego veremos con mayor amplitud, el órgano judicial también puede acoger la petición de pena, pese a la falta de conformidad del Ministerio Fiscal, si estima que tal disconformidad fue injustificada (art. 448.1, último inciso). Pero ello sólo es posible tras la celebración del juicio ordinario, de tal modo que el disenso del Fiscal impide la definición anticipada del procedimiento, aunque no evita que, finalmente, se estime la petición del imputado.

El nuevo Código Procesal es respetuoso con el derecho de autodefensa, exigiendo que la *richiesta* sea expresada personalmente por el imputado o por medio

(37) Cfr. LATTANZI, Giorgio: *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, pág. 114, quien añade: «Es evidente el salto respecto de la Ley 689/1981, que preveía el *patteggiamento* sólo para la aplicación de las sanciones sustitutivas de la libertad controlada o de la pena pecuniaria: dos años de prisión, determinados en concreto tras la disminución “hasta un tercio”, hacen aplicable el procedimiento especial también respecto de delitos graves, como el robo o la extorsión». En idéntico sentido, LUPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, cit., pág. 73. Más ampliamente puede verse SOTTANI, Sergio: *Osservazioni critiche...*, en *op. cit.*, págs. 124-126.

de procurador con poder especial (art. 446.3). La petición al Juez de que aplique la pena negociada es concebida como un acto personalísimo del sujeto pasivo del proceso penal (38), sin que sea necesario el asentimiento del defensor.

No ha de ser de otro modo, pues —como bien observa Giarda (39)— tratándose de una manifestación de voluntad que puede incidir en la esfera patrimonial y de la libertad personal del imputado, debe provenir directa y personalmente del interesado y no puede formar parte de esa gama de poderes y derechos que suelen definirse normalmente como *ius postulationis*.

La forma de la petición y del consentimiento puede ser oral o escrita, según se formule, respectivamente, en la audiencia o fuera de ella (art. 446.2). De hacerse por escrito, la firma del imputado habrá de ser autenticada «mediante Notario, por otra persona autorizada o por el defensor» (art. 583.3, por remisión del art. 446.3). Como se ve, la intervención profesional del Abogado en este procedimiento, aparte del habitual asesoramiento a su cliente, se reconduce aquí a cumplir funciones notariales o de fedatario, dado que puede ser llamado para autenticar la firma del imputado.

A lo largo del procedimiento penal, la presentación de la *richiesta*, individual o conjuntamente, puede hacerse desde las investigaciones preliminares (art. 447.1), pasando por la audiencia preliminar (art. 448.1), hasta que se produzca la declaración de apertura del juicio oral en la primera instancia (art. 446.1). Este acto determina la preclusión para promover el consenso. Así pues, el último momento hábil para presentar la petición de aplicación de pena o para prestar el consentimiento con la petición hecha de contrario es precisamente hasta justo antes de que se declare la apertura del *dibattimento* (art. 446.4) (40).

Al ser aptas para formular la petición de pena negociada las *indagini preliminari e udienza preliminare* (libro V del CPP) y también el *giudizio* (libro VII del CPP), de conformidad con el principio de preclusión, el órgano judicial com-

(38) Así, por ejemplo, GIARDA, Angelo: *Lezioni...*, op. cit., pág. 126; y GIUSTOZZI, Raimondo: *Manuale...*, cit., pág. 592.

(39) *Ibidem*, pág. 127.

(40) Conviene aclarar, para una mejor comprensión de lo expuesto, dónde se ubica este acto dentro de la fase de *giudizio* en proceso penal italiano. El *giudizio* comprende no sólo los debates orales (*dibattimento*), sino también una serie de actos previos (*atti preliminari al dibattimento*), recogidos en los artículos 465 a 469, tales como el examen por las partes y sus defensores de las piezas de convicción o de las actuaciones y documentos recogidos en el legajo preparado para el juicio oral, la práctica de prueba anticipada, etc. Incluso en la propia fase de *dibattimento* existen una serie de actividades (arts. 470 a 491) previas a que el Presidente del Tribunal declare la apertura de los debates, prevista en el artículo 492.1. Es precisamente éste el momento en que precluye la posibilidad de presentar la «*richiesta*» o de prestar el consentimiento a la formulada por la parte contraria.

petente funcionalmente para dictar sentencia aplicando la pena negociada será el propio de la concreta fase procedimental en que la *richiesta* se formule. Así, el procedimiento será resuelto por el Juez unipersonal competente para las *indagini preliminari*, en una audiencia preparada a propósito, si la solicitud se produce en el curso de la investigación misma (art. 447) o en sede de la *udienza preliminare*. En los otros casos, decidirá el Tribunal del *giudizio*. Con todo, ha de precisarse desde ahora —aunque más tarde volveremos sobre ello con mayor detenimiento— que la *richiesta* propuesta por el imputado y rechazada por el Fiscal, o la formulada conjuntamente por ambos y desestimada por el Juez, puede ser excepcionalmente acogida incluso en el juicio de impugnación (cfr. art. 448.1, segundo inciso).

La decisión que el Juez adopte frente a la *richiesta*, ya sea admitiéndola y dictando seguidamente sentencia o rechazándola, se funda en el conocimiento íntegro de las actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal (arts. 444.2 y 447.1, *in fine*) sin distinción alguna —apunta Lupo (41)— entre los actos con plena eficacia probatoria (los referidos en el art. 431) y aquellos otros que tienen solamente una eficacia endoprocesal.

5.1 LA RICHIESTA DURANTE LAS INDAGINI PRELIMINARI

El artículo 447 disciplina la hipótesis de que la petición sea presentada en el curso de las investigaciones preliminares, ya sea conjuntamente por el Ministerio Fiscal y el imputado, bien por una de las partes acompañada del consentimiento escrito de la otra, o por una sola parte como oferta dirigida a la contraria.

En el caso de que la *richiesta* sea conjunta, o venga acompañada del consentimiento escrito de la otra parte, está previsto el señalamiento por el Juez de una audiencia *ad hoc* para la decisión (art. 447.1). No es preciso que en ella estén presentes el Ministerio Fiscal ni el imputado, siempre que se les haya dado la oportunidad de intervenir (42).

La innecesaria asistencia de las partes es lógica si tenemos presente que, logrado el acuerdo, falta una verdadera situación de contraposición entre ellas, y, además, ya han manifestado antes de la audiencia su posición y su voluntad uniformes. De ahí que el artículo 447.2, cuando alude a que en la audiencia serán oídos el

(41) LUPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, cit., pág. 81, quien, seguidamente, añade: «La formación de la prueba relevante en este procedimiento acontece según reglas procesales distintas de las previstas en líneas generales. Estas reglas han sido reconducidas, bajo una perspectiva que puede compartirse, al modelo inquisitivo.»

(42) Así lo entienden CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, en *Manuale Pratico...*, cit., pág. 258.

Ministerio Fiscal y el defensor, añade «si comparecen» (en una clara alusión a la posibilidad contraria, sin prever para ella ningún efecto especial). No obstante, el Juez puede verificar el control sobre la voluntariedad de la *richiesta* o el consentimiento del imputado ordenando a tal fin su comparecencia (art. 446.5).

La segunda posibilidad es la de que la *richiesta* haya sido presentada por una sola parte (art. 447.3). Es importante señalar a este propósito que, cuando la petición provenga del Ministerio Fiscal, el escrito deberá contener la formulación de la imputación y equivaldrá al ejercicio de la acción penal (art. 405.1). En cualquier caso, el Juez señala mediante «decreto», dirigiéndose a la parte de quien se reclama el consentimiento, un plazo para que exprese su conformidad o disenso y, de lograrse el acuerdo, prosigue en la forma antes descrita.

Durante el transcurso de este plazo no es admisible la revocación o modificación de la petición (art. 447.3), que, por lo demás, sí debe considerarse en términos generales revocable, y con mayor razón modificable, permitiendo así una mayor flexibilidad a las partes para alcanzar el acuerdo (43).

Cuestión controvertida es la de si formulada la petición o manifestado el consenso por parte del Fiscal o del imputado, pueden continuar las *indagini preliminari* hasta el pronunciamiento judicial. Algunos autores, como Chiliberti/Roberti/Tuccillo (44) dan una respuesta afirmativa, argumentando que no existe prohibición legal al respecto y que, además, bien puede ser que a la petición no le siga el consenso de la otra parte, o al consenso no le siga la sentencia que aplica la pena acordada. Con mayor razón —siguen diciendo—, no será obstativa a la prosecución de las investigaciones la *richiesta* del imputado, pues, de otro modo, al ser reiterable, podría transformarse fraudulentamente en un instrumento para paralizar la actividad investigadora. Lupo (45), por su parte, tras advertir que el pronunciamiento del Juez se hace «sobre la base de las actuaciones practicadas» (art. 444.2.º), entiende «que el acuerdo de las partes bloquea la continuación de actividad procesal (o procedimental, si el acuerdo sobreviene durante las *indagini preliminari*) y determina la obligación del Juez de pronunciarse sobre la petición de las partes, acogiendo la con una resolución conclusiva del proceso o rechazándola y determinando así la prosecución del procedimiento ordinario». Para este autor, la única actividad consentida en estos momentos sería la facultad del Juez de disponer la comparecencia del imputado a fin de verificar su voluntariedad (art. 446.5.º).

(43) Así RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice...*, op. cit., pág. 309.

(44) En *Manuale Pratico...*, cit., págs. 258-259.

(45) LUPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, cit., pág. 75.

Otra importante cuestión que se ha planteado es la de si —faltando una norma análoga al último párrafo del artículo 440 (46)— la petición de *patteggiamento* puede ser reiterada cuando la otra parte haya negado su consentimiento, o el Juez la haya rechazado (art. 444.2).

La respuesta es distinta según que la iniciativa haya sido del Fiscal o del imputado. En el primer caso, al tratarse de una forma del ejercicio de la acción penal, la negativa del imputado priva de efecto al acto del Ministerio Fiscal, quien, por tanto, no podrá reiterar su *richiesta* y deberá ejercitar la acción penal de otro modo. El Fiscal que haya procedido a ejercitar la acusación en el modo ordinario, podrá, sin embargo, presentar *richiesta di applicazione di pena* hasta el vencimiento del plazo decretado en el artículo 446.1, esto es, hasta la declaración de apertura del juicio oral en primera instancia. Por el contrario, si la iniciativa fue del imputado, éste podrá reiterar cuantas veces quiera la propia petición de aplicación de pena, que vendrá limitada temporalmente sólo por plazo del artículo 446.1.

5.2 LA RICHIESTA DURANTE LA UDIENZA PRELIMINARE Y EN EL GIUDIZIO

Finalizadas las investigaciones preliminares, la *richiesta* puede aún formularse durante las actuaciones posteriores, hasta que se declaren abiertos los debates del juicio (art. 446.1). Estas fases son las reguladas en el Código bajo las rúbricas de *udienza preliminare* (arts. 416 y ss.) y de *giudizio* (arts. 465 y ss.), siempre que en este último caso se produzca, como se ha dicho, en cualquier momento anterior a la declaración de apertura de los debates orales conforme al artículo 492.1.

La petición puede formularse verbalmente, aprovechando la ocasión de comparecer en una audiencia preordenada (la *udienza preliminare* o la *dibattimentale*), o por escrito fuera de ella. En cualquier caso, el *patteggiamento* utiliza aquí los instrumentos procesales ya existentes y no es preciso fijar, como sucedía en las investigaciones preliminares, una audiencia expresamente para la decisión. Basta, a tal fin, «la existencia de una audiencia en curso, el señalamiento de una próxima audiencia o la obligación de señalarla» (47).

(46) El artículo 440.3 del *Codice di Procedura Penale*, incardinado en la normativa sobre el *giudizio abbreviato*, dispone que, «en caso de rechazo, la petición puede ser nuevamente propuesta hasta el plazo del artículo 439, párrafo 2». Este último precepto admite la presentación de la petición y del consenso en el curso de la audiencia preliminar, hasta que se formulen las conclusiones del Fiscal sobre el reenvío a juicio (arts. 421 y 422).

(47) Cfr. CHILIBERTI, ROBERTI y TUCCILLO: *Manuale Pratico...*, op. cit., pág. 256.

Obviamente, la eventual conformidad o disconformidad de la parte contraria también podrá manifestarse en tal audiencia, y, de obtenerse el acuerdo de las partes, éste determina en el Juez la inmediata obligación de resolver en el mismo acto (art. 448.1), ordenando su continuación en la hipótesis de que la *richiesta* sea rechazada.

5.3 EL DISENSO DEL MINISTERIO FISCAL

El disenso del Ministerio Fiscal —como ya se ha advertido— impide la definición anticipada del procedimiento, pero no producirá *per se* un efecto preclusivo sobre la cuantificación de la pena. Así, la petición del imputado presentada en tiempo y forma y rechazada por el Fiscal podrá no obstante ser acogida con todos sus efectos ventajosos en cualquier momento ulterior, tanto por el Tribunal del *giudizio*, incluso después de finalizar los debates orales en primera instancia, como por el Tribunal que conozca de la impugnación, siempre que consideren injustificada la actitud contraria del Ministerio Fiscal (art. 448.1, último inciso).

Según se lee en la *Relazione al Progetto Preliminare* (48), la facultad judicial de estimar la petición del imputado pese a la disconformidad del Fiscal tiene su fundamento en las indicaciones del Tribunal Constitucional contenidas en la Sentencia número 120, de 30 de abril de 1984. El Alto Tribunal entendió entonces, con referencia a los artículos 77 y 78 de la Ley 689/1981, que el parecer del Ministerio Fiscal era vinculante en lo atinente a la elección del procedimiento, pero no respecto del fondo. La consecuencia que de ello se deriva es clara: la disconformidad del Fiscal concierne sólo a la simplificación del proceso e impide su conclusión anticipada, mas no obsta para la estimación de la *richiesta* del imputado una vez celebrando el juicio por el procedimiento ordinario.

Debido precisamente a que la «petición sobre aplicación de pena» concierne al fondo, aunque se refleje sobre el procedimiento, el Juez se encuentra en posición de valorarla y establecer si ha sido o no justificado el disenso del Fiscal, así como si ha errado el Juez que en un momento procesal anterior haya rechazado la solicitud (49). A propósito de tal facultad del órgano judicial, observa Biffa (50) que «debe admitirse en tanto que el Juez de la vista tiene una mayor posibilidad de conocer y valorar los elementos probatorios y, por ende, puede corregir motivadamente una laguna habida en la fase procesal anterior, que podría haber sido ocasionada

(48) Cfr. *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*..., cit., a cargo de Giovanni CONSO y otros, vol. IV, pág. 1036.

(49) Así, LATTANZI, Giorgio: *Giudizio abbreviato*..., cit., págs. 2196-2197.

(50) BIFFA, Massimo, en *Accusa e difesa*..., cit., págs. 104-105.

precisamente por la insuficiencia objetiva de elementos probatorios en el momento de la petición del imputado *ex* artículo 444». Por todo ello, para facilitar el control judicial sobre lo justificado o arbitrario de la disconformidad fiscal, ésta debe ser siempre motivada (art. 446.6).

En definitiva, desde el punto de vista procesal, la toma de postura de las partes es relevante a los fines de la prontitud o rapidez de la decisión; el consenso entre ambas coloca al Juez en posición de decidir «inmediatamente», según los acuerdos alcanzados, si los considera correctos desde el punto de vista jurídico y sustancial (art. 444.2 y 3, y Sentencia de la Corte Constitucional núm. 313/1990). La disconformidad del Fiscal, por el contrario, bloquea el procedimiento en su dimensión de celeridad, pero no excluye que la petición del imputado pueda ser estimada en un momento ulterior.

Las objeciones a tan singular disciplina, que deriva los efectos de la sentencia dictada en *applicazione della pena su richiesta delle parti* hacia un caso en el que falta propiamente el acuerdo entre las partes, no se han hecho esperar. Giambruno (51) se pregunta qué sentido tiene desarrollar todas las fases de un proceso ordinario, llegando incluso hasta los sucesivos grados de impugnación, para finalmente, una vez confirmada la culpabilidad del acusado, ofrecerle como premio un descuento de pena que en realidad representa el precio que habría de pagar el Estado por la tramitación de un proceso más breve. Podría responderse —continúa esta autora— «que lo que así se pretende es incentivar al máximo la petición de definición anticipada del procedimiento; en la práctica, sin embargo, el resultado será sólo la disminución de pena para ciertos delitos» (52).

Para que no se frustre la celeridad perseguida por el instituto y resulte inútil —a tales efectos— premiar el comportamiento procesalmente meritorio del imputado, propone la mentada autora (53) adelantar la decisión del Juez sobre si el disenso del Fiscal resulta o no justificado: «Puesto que la finalidad del procedimiento especial que nos ocupa es evitar una tramitación más larga cuando la ley permite elegir otra más breve, el Juez debería poder decidir si el disenso está o no justificado hasta el momento en que se llegue a los debates orales típicos del juicio ordinario. En efecto, precisamente porque aquel disenso guarda relación con la elección del proce-

(51) GIAMBRUNO, Silvana: *Prime considerazioni...*, cit., pág. 719.

(52) GIAMBRUNO, *ibidem*, apunta que «se corre el riesgo de incentivar peticiones de aplicación de pena por parte de imputados que, aun a sabiendas de que el Ministerio Fiscal ha manifestado o manifestará su disconformidad, esperan que durante el *iter* procesal el Juez se decante a favor de ellos, atraídos exclusivamente por el espejismo de la rebaja de la pena, sin importarles en absoluto acelerar la definición del proceso que les espera».

(53) *Ibidem*.

dimiento, parece una incongruencia admitir que el Juez, considerándolo injustificado, pueda estimar la petición de pena propuesta por el imputado cuando ya haya concluido el juicio en primera instancia o se encuentre en fase de impugnación».

5.4 LA MOTIVACIÓN DEL DISENSO

El imputado, sujeto necesario junto con el Ministerio Fiscal para concluir una «petición de aplicación de pena», no viene sometido a ninguna clase de obligación de naturaleza procesal en orden a su comportamiento durante el transcurso de las negociaciones. Ello es así porque el imputado es libre de elegir la línea defensiva que más le agrade, y, sobre todo, porque la formación del negocio conlleva, como consecuencia de la inmediata sentencia, el efecto de una renuncia por su parte a la plena *cognitio* del hecho imputado, a la plenitud del contradictorio y comporta la aceptación de una sentencia, que es equiparada a un pronunciamiento de condena.

Por estas razones, si el imputado se niega a acceder a la propuesta del Ministerio Fiscal, no tiene por qué motivar su disenso ni, desde luego, tiene obligación alguna de pronunciarse acerca de la propuesta. En este último caso, su silencio sólo podría ser interpretado como el rechazo a consentir el *patteggiamento*.

Distinta es la posición del Ministerio Fiscal. En su calidad de parte pública, se encuentra sujeto a ciertas obligaciones en su comportamiento procesal. Entre éstas es de notable relevancia la de motivar su eventual disconformidad respecto de la *richiesta di patteggiamento* formulada por el imputado (art. 446.6). La *Relazione al Progetto Preliminare* subraya a este propósito que «la determinación del Ministerio Fiscal es discrecional, no arbitraria; para negar el consentimiento deben existir razones válidas que han de expresarse» (54).

La obligación de motivar responde a una pluralidad de funciones. Dos son las más relevantes: evitar actitudes discriminatorias del Fiscal y facilitar el control judicial del disenso tras el juicio oral (55).

En primer lugar, se pretende responsabilizar al Ministerio Fiscal resaltando su aspecto de parte pública y, como tal, destinado a una valoración objetiva y uniforme de la ley. Así, mediante la motivación de su disenso, se evitan, o al menos se intentan evitar, comportamientos arbitrarios y posturas desiguales y discriminatorias en la confrontación con los distintos imputados.

Desde este primer aspecto, la exposición motivada de su disconformidad proporciona transparencia a los criterios de fondo en los que el Fiscal se inspiraría

(54) Esta observación de la *Relazione* puede verse en *Il Nuovo Codice di Procedura Penale...*, *op. cit.*, a cargo de Giovanni CONSO y otros, vol. IV, pág. 1035.

(55) Así, LATTANZI, Giorgio: *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, pág. 124.

de decidirse por prestar su consentimiento (56). El órgano público, en su calidad de defensor de la legalidad, deberá verificar el control sobre la legalidad de la pena, valorando también su proporcionalidad; sobre la concreta formulación de las circunstancias atenuantes y su confrontación con las agravantes oponibles, comprobando su adecuación con la objetiva relación circunstanciada del hecho sometido a examen, y, finalmente, deberá valorar la oportunidad de excluir, si en hipótesis prestase su consentimiento, la aplicabilidad de penas accesorias y medidas de seguridad en relación con los antecedentes penales del imputado y con su personalidad.

Por otro lado, la motivación del Fiscal hace posible el control por parte del Juez, quien, al finalizar el juicio oral puede valorar las razones en que se funda el disenso y, si lo estima injustificado, acoger la petición del imputado (art. 448.1), con los mismos efectos de carácter «prelial» que si se hubiere acogido la *richiesta* por conformidad de ambas partes en cualquier momento anterior a la declaración de apertura de los debates orales.

5.5 REVOCABILIDAD Y MODIFICABILIDAD DE LA *RICHIESTA* Y DEL CONSENSO

Como veremos, no tienen el mismo tratamiento a estos efectos la propuesta o petición de acuerdo y el acuerdo mismo. La primera será, en términos generales, revocable, a fin de flexibilizar la negociación; el segundo, sin embargo, será irrevocable.

En orden a la revocabilidad de la *richiesta di patteggiamento*, encontramos una primera pauta en el artículo 447.3. Establece este precepto que, cuando se haya presentado la *richiesta* por una de las partes y fijado por el Juez un plazo a la otra para expresar su consentimiento o disconformidad, aquella petición no puede ser revocada o modificada antes de expirar tal plazo. De la expresa mención a este caso cabe entender, *contrario sensu*, que en todos los demás la *richiesta* puede no tenerse por firme (57); esto es, la petición ha de considerarse generalmente revocable y, por supuesto, modificable, a fin de facilitar a las partes la obtención del acuerdo (58).

(56) Cfr. la obra colectiva *Manuale Pratico dei Procedimenti Speciali*, cit., de CHILIBERTI, ROBERTI y TUCCILLO, pág. 253.

(57) Así, CHILIBERTI, ROBERTI y TUCCILLO: *Manuale Pratico...*, op. cit., págs. 250-251, continúan diciendo que: «en el caso del artículo 447.3 se encuentra una hipótesis de propuesta irrevocable sujeta al régimen del artículo 1329 CC, con la única diferencia de que, en el caso que nos ocupa, la inmodificabilidad e irrevocabilidad proceden no ya de una obligación voluntariamente asumida por el proponente, sino directamente de la ley y por el tiempo allí establecido. Ello se entiende así porque el encuentro de voluntades entre el Ministerio Fiscal y el imputado da lugar a un negocio de derecho procesal, cuya disciplina es la dictada en general para el negocio jurídico».

(58) Vide RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice...*, op. cit., pág. 309.

Por cuanto atañe al Ministerio Fiscal, el artículo 405.1 prevé, como una de las distintas formas de ejercitar la acción penal, la formulación de *richiesta di patteggiamento*. Por consiguiente, si el Fiscal, antes de ejercitar la acción penal de otro modo, formula tal petición de *patteggiamento* en el curso de las investigaciones preliminares, su propuesta será irrevocable al serlo también la acción penal de la que ha constituido ejercicio. Fuera de este caso, debe entenderse que la regla general está representada por la revocabilidad de la propuesta, como sucede para el imputado.

Por el contrario, ha de afirmarse la irrevocabilidad del consenso o acuerdo. Este acto precluye la posibilidad de ulteriores modificaciones: una vez que se ha logrado el encuentro de voluntades sobre el contenido de la *richiesta*, y que ésta ha sido presentada al Juez, desaparece todo poder de disposición de las partes (59). Así debe ser, puesto que el *patteggiamento* viene siendo considerado como un negocio de naturaleza procesal (60) que se perfecciona con el consenso y únicamente precisa de la homologación judicial (61).

6. EL CONTROL JUDICIAL FRENTE AL CONSENSO DE LAS PARTES

El papel reconocido a la voluntad de las partes en el nuevo sistema penal italiano abre —en palabras de Lattanzi (62)— perspectivas interesantes hacia un proceso en el que la posibilidad de composición consensual debería llevar hacia una

(59) RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice...*, op. cit., pág. 309.

(60) Como «negocio procesal» entienden este *patteggiamento* autores como CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, en *Manuale Pratico...*, cit., pág. 251. También la Sentencia del Tribunal de Casación italiano (sección 1.ª) de 28 de junio de 1991.

(61) Cfr. CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO: *Manuale Pratico...*, op. cit., págs. 251-252. «No puede, por tanto, compartirse —dicen estos autores— la interpretación de quienes, aun conviniendo que la interpretación más correcta es la de que la revocación no ha de ser permitida una vez obtenido el consenso, entienden que la delimitación temporal de la irrevocabilidad permite siempre la revocación hasta la emisión de la sentencia: a lo más, en nuestra opinión, esto podría admitirse en una hipótesis de mutuo disenso. El límite temporal concierne a la *richiesta* todavía no encontrada y fundida con el consenso. De admitir la tesis contraria debería derivarse que, concurrente el consenso en el plazo fijado por el Juez, el proponente podría después revocar su propia propuesta, de forma que la irrevocabilidad sancionada por el artículo 447.3 perdería toda su función».

En contra, LATTANZI, Giorgio, *L'applicazione della pena...*, en op. cit., pág. 122, quien entiende que «una petición y una conformidad válidamente expresadas pueden ser revocadas antes de la decisión judicial». Igual criterio muestra la Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 28 de junio de 1991: «El llamado *patteggiamento* es en efecto un negocio de naturaleza procesal que, una vez perfeccionado con la adhesión de la otra parte y la aprobación del Juez que ha verificado su corrección, no es revocable unilateralmente, y ni siquiera es modificable en función de situaciones que sobrevengan con posterioridad». (*Cassazione Penal*, 1992, tomo I, págs. 373-374).

(62) LATTANZI, Giorgio: *Giudizio abbreviato...*, cit., pág. 2199.

atenuación de la conflictividad, evitando la instrumentalización de los institutos defensivos, con el único objeto de retrasar la definición del proceso; hacia un proceso en el que la decisión justa, esto es, la apropiada al caso, surja más a través de las posiciones convergentes o divergentes de las partes que de una relación preponderante del Juez. Con todo, reconoce el citado autor que los mecanismos de definición consensuada del proceso, aparte de satisfacer las exigencias de economía procesal, sitúan los pactos interpartes en un marco de legalidad cuyo control corresponde al órgano judicial.

6.1 LOS CONTROLES DE LEGALIDAD Y VOLUNTARIEDAD

El acuerdo de las partes tiene como objeto, dice el artículo 444.1, la «naturaleza» y «medida» de la pena (privativa de libertad y/o pecuniaria) o de la sanción sustitutiva. Se trata, por consiguiente, de un acuerdo sobre el fondo de la imputación y sobre sus consecuencias sancionatorias; un acuerdo, en definitiva, sobre el tratamiento punitivo (63). Las partes eligen la pena en sentido amplio. Pero también forman parte del contenido del acuerdo «la calificación jurídica del hecho y la aplicación y confrontación de las circunstancias alegadas» (arg. ex art. 444.2). A todo ello —y aun más lejos, como veremos— se extiende el ámbito de control judicial.

En efecto, el Juez, ante la petición consensuada del imputado y del Ministerio Fiscal dirige fundamentalmente a determinar el tratamiento sancionador a imponer, no actúa accediendo automáticamente a lo solicitado. Tiene, por el contrario, una serie de facultades de control recogidas en los artículos 444 y 446, relativas a apreciar *ex officio* la existencia de causas de exención de punibilidad, a comprobar si la calificación jurídica del hecho y la valoración de las circunstancias han sido correctamente formuladas, a determinar discrecionalmente si procede la suspensión condicional, y a verificar la voluntariedad del imputado. Estos poderes del órgano judicial demuestran —observa Amodio (64)— «que el Juez no está vinculado por la voluntad de las partes, sino que ejerce una siquiera sea limitada y anómala *iurisdictio* (65) que ciertamente resuelve más allá del papel puramente notarial desenvuelto por el *judge* en la *bargaining* estadounidense».

(63) LUPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, cit., pág. 74.

(64) AMODIO, Ennio: «Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana», en *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, AA.VV., «Giuffrè Editore», Milano, 1988, págs. XLVIII-XLIX.

(65) «Limitada», aclara AMODIO ibídem, nota 97, porque el Juez no puede aplicar una pena distinta de la indicada por las partes; «anómala» porque en caso de estimar la petición no se pronuncia una sentencia de condena conteniendo la confirmación de la responsabilidad, sino una decisión atípica con una motivación contratada.

El Juez debe examinar en primer lugar, a la vista de las actuaciones practicadas, si procede dictar sentencia absolutoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 129 (66). Este precepto, que opera «en cualquier fase o grado del proceso» ordena al Juez la apreciación de oficio de circunstancias tales como la inexistencia del hecho, o que el imputado no lo ha cometido, o que el hecho no es constitutivo de delito, o que el delito se ha extinguido, o que falta una condición de procedibilidad. Si se da alguno de los supuestos enumerados, y pese al acuerdo de las partes sobre la imposición de una determinada pena, el órgano judicial debe rechazar la petición y dictar sentencia absolutoria o de archivo.

Como se ve, la finalidad esencial de este examen judicial es determinar si concurren o no los presupuestos de admisibilidad y fundamentación de la pretensión penal. Se trata de un control sobre el juicio de acusación por motivos que en nuestra legislación provocan el sobreseimiento libre del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (67), o el archivo de las actuaciones, según determina el artículo 789.5.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado.

(66) El artículo 129 del *Codice di Procedura Penale* italiano es del siguiente tenor:

Obligación de pronunciamiento inmediato de determinadas causas de falta de punibilidad

1. En cualquier fase o grado del proceso, si el Juez reconoce que el hecho no existió, o que el imputado no lo ha cometido, o que el hecho no es constitutivo de delito, o no está previsto en la ley como delito, o bien que el delito se ha extinguido o que falta una condición de procedibilidad, lo declarará de oficio mediante sentencia.

2. Cuando concurra una causa de extinción del delito, pero de las actuaciones resulta evidente que el hecho no existió, o que el imputado no lo ha cometido, o que el hecho no es constitutivo de delito, o no está previsto en la ley como delito, el Juez pronunciará sentencia absolutoria o de no haber lugar a proceder mediante la fórmula prescrita.

(67) En efecto, el artículo 637 recoge como causas objetivas del sobreseimiento libre las que atañen a la existencia del hecho y a su tipicidad. Si a lo largo de la instrucción se acredita suficientemente que el hecho nunca existió, procederá el sobreseimiento libre por el número 1 del artículo 637. Si, por el contrario, justificada la existencia del hecho, ello no obstante, tal conducta no es subsumible en norma alguna del Código Penal (*v. gr.* porque se trata de una cuestión meramente civil), el sobreseimiento libre habrá de dictarse por la vía del número 2 del artículo 637.

De otra parte, procederá el sobreseimiento libre por razones subjetivas cuando «aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores» (art. 637, núm. 3). Ha de tenerse en cuenta también que las causas de extinción de la responsabilidad penal del artículo 130 de nuestro Código Penal son causas de exclusión de la pena que se resuelven, la mayoría de ellas, en la esfera del proceso como presupuestos procesales de carácter negativo, fácilmente acreditables a través del oportuno documento público y, por tanto, nada se opone a que puedan también motivar el sobreseimiento libre (cfr. arts. 666 y 675). Idéntica solución debe adoptarse cuando falte la «autorización previa para procesar» y, en general, ante todos los supuestos de «inviolabilidades» e «inmunidades», así como con las excusas absolutorias por razón de parentesco (art. 564 del CP). Sobre este tema, véase GIMENO SENDRA, Vicente: «Derecho Procesal», tomo II, *Proceso Penal*, AA.VV., 3.^a ed. revisada y actualizada, Valencia, 1991, págs. 412-413.

También ejercita el Juez un control sobre la legalidad del punto de vista jurídico consensuado por las partes. Desde esta perspectiva, y sobre la base de las actuaciones practicadas, debe examinar que la calificación jurídica del hecho y la aplicación y valoración de las circunstancias propuestas por las partes sean correctas (68). De no ser así, deberá rechazar la petición (art. 444.2, *a contrario sensu*). Si entiende, por el contrario, que todo se adecua a la legalidad penal, dispondrá mediante sentencia la aplicación de la pena solicitada.

En otro orden de ideas, la *richiesta* es perfectamente compatible con la suspensión condicional de la pena. A diferencia de lo que sucedía con el instituto diseñado por la Ley 689/1981, que por su naturaleza de «beneficio» fue considerado como alternativa a la suspensión condicional y ligado necesariamente a la ejecución de la sanción, cabe en el nuevo Código la posibilidad de que el imputado subordine la eficacia del *patteggiamento* precisamente a la concesión de la suspensión condicional de la pena (69).

El examen judicial no se limita en tal caso a la posibilidad legal de aplicar la suspensión; también entra en juego la discrecionalidad del Juez (70). Si considera improcedente la concesión del beneficio, rechazará enteramente la solicitud sobre la aplicación de la pena (art. 444.3) (71). No vinculan al Juez, por tanto, los acuerdos a que las partes puedan haber llegado en lo relativo a la aplicación de la suspensión condicional de la pena.

Antes de aplicar una pena a petición de las partes, tiene el Juez la facultad de verificar, si lo cree oportuno, la voluntariedad de la petición o del consenso. Para ello, la ley le permite ordenar la comparecencia del imputado (art. 446.5) y, a través del contacto inmediato y personal con aquél, podrá comprobar no sólo la correcta formación de la voluntad, sino también las razones de la petición y del consenso, y la opinión del imputado acerca de su propia responsabilidad.

(68) «En esencia, el Juez debe examinar si un delito ha sido calificado, por ejemplo, como tentativa de homicidio en vez de como lesiones personales, y si la aplicación y valoración de las circunstancias propuestas por las partes han sido respetuosas del Código Penal.» *Vide* GIARDA, Angelo: *Lezioni...*, *op. cit.*, págs. 125-126.

(69) La novedad es importante, puesto que uno de los obstáculos para una mayor aceptación y difusión del *patteggiamento* de los artículos 77 y siguientes de la Ley 689/1981, radicaba en su carácter de alternativa respecto de la suspensión condicional de la pena; beneficio, este último, que el imputado consideraba más conveniente en la mayor parte de los casos. Cfr. LATTANZI: Giorgio, *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, pág. 117.

(70) Así lo entiende, por ejemplo, LUPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, *cit.*, pág. 75.

(71) Así lo confirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 313/1990, cuando declara que «si el imputado hubiera subordinado la eficacia de su petición a la concesión de la suspensión condicional de la pena: en tal caso, si el Juez considera que no es merecedor del beneficio, rechazará enteramente la petición».

Es interesante apuntar aquí la opinión de Lattanzi (72), quien entiende que, fuera del caso previsto por el artículo 447.3 *Codice di Procedura Penale*, una petición y una conformidad válidamente expresadas pueden ser revocadas antes de la decisión judicial (73). Por tanto, el imputado, inmediatamente después de su entrevista con el Juez y habida cuenta de las clarificaciones obtenidas, podría, según esta tesis, decidirse a revocar su petición o su consentimiento para intentar conseguir en el juicio la absolución a la que eventualmente tenía derecho.

6.2 CONTROL SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 313/1990

Por último, también puede el Juez valorar y ponderar la proporcionalidad de la pena consensuada o negociada. En efecto, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 26 de junio-2 de julio (núm. 313/1990), el ámbito de control judicial se extendió al juicio sobre la proporcionalidad de la pena pedida por las partes; más concretamente, al objeto de verificar su adecuación respecto de la finalidad reeducadora del condenado (art. 27.3.º de la Constitución) (74).

En la mentada sentencia, el Alto Tribunal ha resaltado que la necesidad constitucional de que la pena deba tender a reeducar, lejos de representar una simple tendencia genérica referida sólo al tratamiento penitenciario, indica, por el contrario, una de las cualidades esenciales y generales que caracterizan la pena en su contenido ontológico, y que la acompaña desde su nacimiento en la abstracta previsión normativa hasta que se extingue en concreto.

Según entiende la Corte Constitucional italiana, la pena, en su función reeducadora del condenado, tiene una indudable conexión con el principio de proporcionalidad entre la cualidad y cantidad de la sanción, por un lado, y el delito, por otro. El artículo 444.2 del *Codice di Procedura Penale*, al obligar al Juez a atenerse a la concreta pena, tal y como le venga indicada por las partes, impide todo control judicial efectivo sobre su proporcionalidad en relación con el real desvalor social del hecho; al propio tiempo, determina una situación de conflicto con el principio constitucional de la función reeducadora de la pena, cuya aplicación vigila tanto el legislador como el Juez (ya sea del enjuiciamiento, de la ejecución o de vigilancia), además de la autoridad penitenciaria.

(72) LATTANZI, Giorgio: *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, pág. 122.

(73) Véase lo expuesto *ut supra* acerca de la revocabilidad y modificabilidad de la *richiesta* y del consenso.

(74) «Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado.»

Fueron estas razones las que, en esencia, llevaron al Tribunal a declarar en su Sentencia 313/1990 «la inconstitucionalidad del artículo 444.2 del Código Procesal Penal de 1988, en cuanto no prevé que, a los fines y en los límites del artículo 27.3.º de la Constitución, el Juez pueda valorar la proporcionalidad de la pena indicada por las partes, rechazando la petición en la hipótesis de que tal valoración fuera desfavorable».

Antes de la intervención del Tribunal Constitucional, se entendía que el Juez venía vinculado en el sentido de no poder imponer una pena distinta, por su entidad o especie, de aquella que le indicaron las partes (arg. *ex art.* 444.1 y 2) (75), ni tampoco podía rechazar la *richiesta* porque considerase desproporcionada la pena (76). Señalaba entonces Lattanzi (77) que «la vinculación concierne sustancialmente a la entidad de la pena y resulta coherente con un proceso de partes». Por ello —continúa diciendo este autor—, «no debería extrañarnos el hecho de que el Juez no pueda aplicar una sanción mayor o menor que la acordada, ni rechazar la petición y proceder en la forma ordinaria sólo porque entiende que se debería aplicar una pena distinta» (78).

La *richiesta* era así virtualmente concebida como un «proyecto de sentencia» (79) sometido al examen judicial en el ámbito de una verificación de orden técnico, pero no de oportunidad o equidad de la pena propuesta. Acerca de esta limitación, el artículo 444.2 no dejaba lugar a dudas interpretativas, al disponer que, fuera de los casos de absolución *ex* artículo 129, «si el Juez, sobre la base de las actuaciones,

(75) Cfr. LATTANZI, Giorgio, en *Giudizio abbreviato...*, cit., pág. 2197, y PISAPIA, Gian Domenico, *Lineamenti...*, op. cit., pág. 62.

(76) Así se infiere del texto de la directiva, según la fórmula resultante tras la modificación del Senado que impuso este esquema para revalorizar el papel de las partes. Explica LATTANZI, ibídem, que «La diferencia entre el texto de la Cámara de los Diputados y del Senado es clara pues del primero, que contenía la frase “el Juez..., en caso de admitirla, aplica la sanción en la medida solicitada”, ha sido suprimido el inciso “en caso de admitirla” y no se advierte otro significado de la supresión que no sea el de sustraer al Juez toda apreciación discrecional sobre la *richiesta*. Casini, en su última relación a la Cámara ha observado a este propósito que “el texto del Senado parece convertir en obligatorio el pronunciamiento del Juez una vez que haya acuerdo entre el Fiscal y el imputado”».

(77) LATTANZI, Giorgio: *Guidizio abbreviato...*, cit., pág. 2198.

(78) En su argumentación añade LATTANZI que «Este límite, además de en el *patteggiamento*, está presente en el procedimiento *per decreto*; incluso, si bien se mira, una prohibición general de que el Juez se mueva *ultra petita* en la aplicación de la pena, aunque no sería fácilmente concebible en un sistema inquisitorio como el vigente (y en la cultura que bajo el mismo se ha formado), podría resultar en sintonía con el nuevo sistema y no encontraría obstáculos constitucionales, puesto que la consideración, a veces expuesta, de que “los Jueces están sujetos solamente a la ley” (art. 101.2 de la C) y, por consiguiente, no lo están al Ministerio Fiscal, no puede evidentemente llevarnos hasta sostener de modo absoluto la sujeción a la ley en cuanto al poder discrecional en la aplicación de la pena (art. 133 CP) ya que es posible que otra ley, sustancial o procesal, excluya tal poder en algún caso particular o lo limite mediante la *richiesta delle parti*».

(79) Así lo califica CRISTIANI, Antonio, en *Manuale...*, op. cit., pág. 333.

considera que la calificación jurídica del hecho y la aplicación y valoración de las circunstancias expuestas por las partes son correctas, dispone mediante sentencia la aplicación de la pena indicada, exponiendo en la parte dispositiva que se trata de la petición de las partes».

En definitiva, excluida la alternativa de la absolución *ex* artículo 129 del *Codice di Procedura Penale*, al Juez no le restaba más que una comprobación de orden técnico acerca de la exactitud de la propuesta convenida entre el Ministerio Fiscal y el imputado y, en su caso, la verificación de la voluntariedad de este último. Ninguna posibilidad de censura o control tenía el Juez sobre la determinación de la pena; siempre que ésta fuera legal, su concreta naturaleza y medida quedaba confiada al poder de las partes como tema exclusivo de la negociación. Si el marco jurídico propuesto era exacto y no concurría ningún motivo para que el Juez rechazase la petición, la sentencia que aplicaba la pena indicada se calificaba como un verdadero y propio «acto debido» (80), con valor de mero reconocimiento de la adecuación del acuerdo a la ley.

De ahora en adelante, sin embargo, el Juez es llamado a ejercitar una completa censura de fondo sobre la petición concorde de las partes, que podrá ser rechazada incluso cuando el Juez considere que la pena no es proporcional, ya sea por exceso o por defecto (81).

No han faltado las críticas a esta doctrina del Tribunal Constitucional. Lattanzi (82), que atribuye la imprevisibilidad de las resoluciones de este órgano al humor del momento (83), apunta con pesar que para llegar a declarar la inconstitucionalidad del *patteggiamento* «la Corte ha tenido que interpretar de forma innovadora una disposición constitucional (el art. 27.3 de la Constitución) que el Juez *a*

(80) Así CRISTIANI, Antonio: *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 333.

(81) Véase CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, en *Manuale Pratico...*, *op. cit.*, pág. 226.

(82) LATTANZI, Giorgio: «Il patteggiamento in appello: un incompreso», en *Cassazione Penale*, 1990, tomo II, parte 2.^a (Jurisprudencia sobre el nuevo CPP), pág. 366.

(83) Afirma este autor, *ibidem*, págs. 365-366, que: «En este extraño país, cuando se publica una ley, muchos Jueces parecen preocupados, más que de aplicarla lo mejor posible, de intentar su desmantelamiento mediante las más variadas cuestiones de constitucionalidad, contando con el imprevisible juicio del Tribunal Constitucional que a veces salda con un auto de inadmisibilidad o de manifiesta falta de fundamento cuestiones importantes, mientras otras, tal vez influido por el humor del momento, toma como importantes cuestiones que no lo son. Los humores del momento no son propicios para el nuevo Código Procesal Penal y con numerosos pronunciamientos de inconstitucionalidad muy discutibles el Tribunal ha realizado manipulaciones en un sistema complejo y en su fase inicial, con riesgo de poner en crisis los institutos más novedosos: por culpa del Tribunal Constitucional se han venido abajo el juicio abreviado en el régimen transitorio (STC de 8 de febrero de 1990, núm. 66), el juicio abreviado insertado en el procedimiento directísimo (STC de 12 de abril de 1990, núm. 183), y el *patteggiamento* (STC de 2 de julio de 1990, núm. 313)».

quo no había indicado como parámetro (sin ni siquiera una explicación, por parte del Tribunal, de por qué la función reeducativa de la pena sería más correctamente alcanzada, antes que mediante la aceptación por parte del imputado de la sanción acordada con el Ministerio Fiscal, a través de una distinta determinación de la misma operada por el Juez en el modo por todos conocido)».

6.3 OTROS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y DE LAS PARTES EN PUNTO A LA DEFINICIÓN DEL PROCESO

La adecuación de la pena consensuada al cumplimiento de su finalidad reeducadora del condenado (art. 27.3.º CI) no fue la única objeción de inconstitucionalidad a que tuvo que hacer frente el Tribunal Constitucional italiano. La redacción dada al artículo 444 del *Codice di Procedura Penale*, fundamentalmente en cuanto consiente un amplio poder discrecional de las partes, al objeto de determinar el contenido de la sentencia, ha planteado no pocas objeciones acerca de su legitimidad constitucional. Así, la Corte Constitucional se ha visto obligada en su Sentencia 313/1990, ya citada, a examinar, acumulándolas, varias cuestiones sobre el eventual conflicto de esta norma procesal, con los siguientes parámetros constitucionales:

1.º Con el principio de sujeción del Juez únicamente a la ley (art. 101.2 CI) (84). La cuestión se planteó al considerar que el acuerdo de las partes sobre la pena priva al Juez de todo pronunciamiento sobre su congruencia. Puesto que la facultad de determinar la naturaleza y el *quantum* de la pena se reserva al consenso entre Ministerio Fiscal e imputado, la actuación judicial, en vez de estar sometida exclusivamente a la ley, vendría sustancialmente sujeta a la voluntad de las partes, salvo en lo relativo al control de legitimidad sobre la calificación del hecho y las circunstancias alegadas. El juzgador —se dice— quedaría así privado del poder de valorar la pena en el sentido del artículo 133 del Código Penal (85), y no en virtud

(84) El artículo 101.2 de la CI dice así: «Los Jueces están sujetos solamente a la ley.»

(85) El tenor de dicho precepto es el siguiente:

«Gravedad del delito: valoración a los efectos de la pena.—En el ejercicio del poder discrecional indicado en el precedente artículo, el Juez deberá tener en cuenta la gravedad del delito, inferida: 1. de la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad del hecho; 2. de la gravedad del daño o del peligro ocasionado a la persona ofendida por el delito; 3. de la intensidad del dolo o del grado de la culpa.

También deberá tener en cuenta el Juez la capacidad del culpable para delinquir, inferida: 1. de los motivos para delinquir y del carácter del reo; 2. de los antecedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo, anterior al delito; 3. de la conducta contemporánea o subsiguiente al delito; 4. de las condiciones de vida individual, familiar y social del reo.»

de criterios rigurosamente predeterminados, sino a causa de un poder discrecional atribuido a los otros sujetos procesales.

El Tribunal Constitucional, al rechazar la objeción propuesta, observa que se encuentra suficientemente determinada «la situación en la que las partes están autorizadas para presentar la petición consensual de aplicación de pena»; la norma cuestionada establece con precisión las condiciones necesarias para que la petición de las partes pueda ser válidamente presentada y los límites dentro de los cuales resulta vinculado el Juez. Dice a este propósito la Corte:

En realidad, el ámbito dentro del cual se hace posible el acuerdo está contenido entre rigurosas condiciones, y la pena ha de poder quedarse dentro del límite de los dos años de prisión. Esto comporta que el acuerdo solamente es admisible para aquellos delitos respecto de los cuales esté previsto un mínimo edictal de pena que permita la reducción, en concurso con todas las posibles disminuciones, dentro de los límites antedichos.

Igualmente predeterminada está la necesidad de que no existan causas legitimadoras de una absolución «según el estado de las actuaciones». Si éstas existieran, el poder-deber del Juez de aplicar el artículo 129 del Código Penal vigente se antepone a la voluntad de las partes. Lo mismo podría decirse si el imputado hubiera subordinado la eficacia de su petición a la concesión de la suspensión condicional de la pena: en tal caso, si el Juez considera que no es merecedor del beneficio, rechazará enteramente la petición.

Al mismo tiempo niega el Tribunal que los poderes del Juez tengan un mero carácter «notarial». Declara al respecto:

Ya al ejercitar el control sobre la definición jurídica de los hechos, el Juez no valora exclusivamente la corrección de una operación lógico-jurídica. Cuando el legislador lo ha querido así, lo ha dicho expresamente [...]. Aquí el Juez llega a su propio convencimiento a la vista del resultado de las actuaciones y no por el modo en que las partes las hayan valorado, de manera que bien puede negar que la definición jurídica presentada por las partes sea la que efectivamente procede conforme a tal resultado. Ésta es ya una valoración de fondo y aspecto esencial de la sujeción del Juez exclusivamente a la Ley.

Otro tanto debe decirse respecto del reconocimiento de las atenuantes que el acuerdo de las partes estime deban tenerse en cuenta para la cuantificación de la pena, pues, al igual que en la hipótesis de compensación con eventuales agravantes, el Juez ha de examinar los criterios adoptados por las partes. En uno y otro caso, el control judicial se efectúa siempre a partir del resultado de las actuaciones y, por consiguiente, no es cierto que tal control se detenga en el marco de la legitimidad; antes bien, acaba por ser en sí mismo determinante a los efectos de la medición de la pena, sobre la que se restablece el imperio de la Ley, a la cual, solamente, el Juez está sujeto.

Y es, asimismo, evidente que, al proceder al reconocimiento de las atenuantes o al juicio sobre compensación con las agravantes, deberá necesariamente atenderse a los

criterios del artículo 133 del Código Penal, especialmente por cuanto se refiere a las consideradas atenuantes no típicas (art. 62 bis del Código Penal) que, según pacíficamente admiten doctrina y jurisprudencia, no tienen otro índice de referencia sino el que, directa e inmediatamente, se desprende de los criterios dictados por el artículo 133 del Código Penal.

Igualmente está implícito que el Juez, inspirándose siempre en una correcta valoración del resultado de las actuaciones, no solamente tiene el poder-deber de controlar —como ya se ha dicho— la corrección de las circunstancias que las partes hayan alegado, sino que, además, puede apreciar libremente otras circunstancias, tanto atenuantes como agravantes: condicionadas por lo demás al eventual juicio de compensación entre unas y otras.

2.º Con la norma del artículo 102.1 de la CI (86), que reserva a los Magistrados ordinarios el ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto que el artículo 444 del Código Procesal Penal confía sustancialmente a las partes (Ministerio Fiscal e imputado) la elección discrecional de la pena que ha de ser impuesta por el Juez.

El Tribunal Constitucional negó el fundamento de la objeción. Consideró que en la hipótesis del artículo 444 del Código Procesal Penal el Juez sí ejercita la función jurisdiccional, puesto que, sin la intervención de la autoridad judicial, las partes no tendrían posibilidad alguna de definir el juicio.

En efecto, entiende la Corte que:

Aunque fuese cierto que el artículo 444 atribuye al Juez un simple control de legitimidad, se trataría, en todo caso, de una función jurisdiccional, y, por lo demás, de una función decisiva, dado que, de otro modo, las partes no tendrían posibilidad alguna de definir el juicio, que es precisamente el acto cualificante de la función jurisdiccional.

Por otra parte, ya se ha visto cómo el Juez también ejercita esta función bajo el aspecto de fondo.

3.º Con la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales, sancionada por el artículo 111.1 (87). La Sentencia prevista por el artículo 444 del Código Procesal Penal sólo exige que al aplicar la pena se declare en el fallo que ésta se impone a petición de las partes; declaración a la que difícilmente podrá atribuirse valor de motivación. Mientras tanto, se prescinde en la Sentencia de toda valoración judicial sobre el fondo y, por consiguiente, se prescinde de motivar la libre convicción del Juez.

(86) «La función jurisdiccional será ejercitada por Magistrados instituidos y regulados por normas sobre el ordenamiento judicial.»

(87) «Todas las resoluciones jurisdiccionales deben estar motivadas.»

En punto a esta cuestión, el Tribunal niega que la sentencia surgida del consenso pueda carecer de una motivación suficientemente expresiva del convencimiento del Juez:

La declaración en el fallo que advierte haber sido impuesta la pena a petición de las partes no es, efectivamente, una motivación; pero ello no significa que el deber del Juez en orden a la motivación se agote con tal declaración.

En realidad, el Juez no puede dejar sin justificación en la sentencia su apreciación sobre la corrección o no de la definición jurídica del hecho que surge del resultado de los autos: así como tiene que referir las razones por las que entiende que las circunstancias, atenuantes o agravantes, y la eventual prevalencia de unas respecto de otras, son o no aceptables tal y como han sido presentadas por la petición consensual de las partes.

De otro lado, el modelo general de sentencia que el legislador ha delineado en el artículo 546 del Código Procesal Penal prevé, en su apartado e) del párrafo primero, «la concisa exposición de los motivos de hecho y de Derecho sobre los que la decisión se funda»: se trata de una exigencia que no está excluida de la particular configuración de la sentencia prevista por el artículo 444 del Código Procesal Penal, sino que le es igualmente exigible.

Se trata, por consiguiente, de una resolución motivada, dictada por la autoridad judicial ordinaria en el ejercicio de la jurisdicción, que se mueve desde el fondo a la legitimidad.

4.º En relación con los artículos 13.1 y 24.2 de la Constitución (88), en tanto que el artículo 444 permite dictar un pronunciamiento de condena sobre la base de actuaciones relativas a las investigaciones preliminares y, por consiguiente, sin una sustancial confirmación de la responsabilidad. En estas condiciones, al solicitar el imputado la aplicación de la pena, renuncia a derechos fundamentales indisponibles tales como la libertad personal y el derecho de defensa.

Rechaza la Corte Constitucional ambas objeciones. Por un lado, afirma que la esencia de la participación del Juez en la decisión no es solamente formal; así, el pronunciamiento que aplica la pena a petición de las partes no prescinde de una positiva verificación acerca de la responsabilidad del imputado. De otra parte, considera totalmente inaceptable la idea de que el imputado «disponga» de su «indisponible» libertad personal para autolimitarla.

La argumentación en torno a la primera de las cuestiones, esto es, sobre si se efectúa o no una verdadera comprobación judicial de la responsabilidad del imputado, es la siguiente:

(88) El artículo 13.1 establece que «La libertad personal es inviolable», mientras que el artículo 24.2 declara que «La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento».

Cuanto se ha dicho anteriormente, en sede de comparación con el parámetro del artículo 101, primer párrafo, de la Constitución, excluye que el Juez permanezca extraño a la determinación de la pena.

Aquí debe añadirse además que también la verificación dirigida a excluir que existan elementos, tomados de las actuaciones, que nieguen la responsabilidad o la punibilidad, integra una importante participación del Juez en la investigación sobre la responsabilidad.

No ha de olvidarse que, al solicitar la aplicación de una pena, el imputado no niega sustancialmente su responsabilidad, y es, más bien, sabedor de que renuncia también a la impugnación si la petición fuera aceptada (art. 448.2 CPP). Pues bien, cuando surja alguna incertidumbre en orden al verdadero sentido de su petición, el Juez tiene amplias posibilidades de convencerse ordenando la comparecencia del imputado para poder oírle personalmente: esto es, asimismo, un modo de comprobación.

Por otra parte, ha de traerse de nuevo a colación el modelo general de sentencia previsto por el artículo 546 del Código Procesal Penal, y las prescripciones de la letra e) del párrafo primero, donde se exige que el Juez indique las pruebas que pretenda poner como base de su decisión y exprese las razones por las que no considera atendibles las pruebas contrarias. De ello se evidencia que también la decisión del artículo 444 del Código Procesal Penal, cuando no sea una decisión absolutoria, no puede prescindir de las pruebas sobre la responsabilidad.

Pero, además, el Tribunal niega, como ya se dijo, que por parte del imputado haya disposición alguna en torno a su libertad personal. El imputado no se «autoimpone» pena alguna; su intención es, precisamente, evitar los riesgos de una mayor condena tras el juicio oral, reduciendo al mínimo los efectos sobre su eventual privación de libertad. Tal elección del imputado no es considerada, por lo demás, como renuncia al derecho de defensa (89), sino una eficaz forma de utilizar el mentado derecho a través de un instrumento procesal como es este *patteggiamento* de los artículos 444 y ss. del Código Procesal Penal.

En línea con las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional se expresa del siguiente tenor:

No es exacto, por consiguiente, que sea el imputado quien se atribuya una pena y no el Juez quien proceda a imponerla. A parte de la obvia consideración de que no se trata

(89) Aunque sí supone la renuncia a ciertos derechos instrumentales de la defensa. En esta línea parece expresarse LOZZI, Gilberto: «La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pág. 1602, cuando escribe: «La petición de *patteggiamento* del imputado (o el consenso prestado a la petición efectuada por el Ministerio Fiscal) comportan una renuncia al ejercicio del derecho de defensa entendido como contradictorio en materia de formación de la prueba: renuncia que, como se desprende de la letra de la Ley, atribuye valor probatorio a las *indagini preliminari*».

de una atribución que el imputado se haga a sí mismo, sino solamente de una petición que, con el consenso del Ministerio Fiscal, presenta al Juez, es indudable que, sobre el plano formal, la petición no tendría ningún efecto sobre la libertad personal del postulante si el Juez no interviniese, mediante los poderes a que se ha hecho mención, dictando la sentencia que impone en concreto la pena. [...]

Mas lo que no puede ser en absoluto compartido es la idea de que el imputado «disponga» de su «indisponible» libertad personal para autolimitarla.

En realidad, cuando el imputado solicita la aplicación de una pena lo hace solamente para reducir al mínimo el mayor sacrificio de su libertad que prevé como resultado del juicio ordinario. Y, en cuanto a la defensa, es un eficaz instrumento de la misma la posibilidad que la Ley ofrece al imputado de adquirir con seguridad una pena mínima sustrayéndose al riesgo de una más grave imposición, incluso —si sus antecedentes lo permiten y el Juez lo estima— beneficiándose de la suspensión condicional.

Por lo demás, es asimismo necesario cuidarse del peligro de confundir el derecho a la libertad y el de defensa con la absoluta obligación de ejercitarlos. La Ley fundamental garantiza las condiciones para que el derecho a la libertad personal y el de defensa puedan ser ejercitados en toda su legítima extensión, pero no autoriza a configurar aquel ejercicio como obligatorio.

5.º Con referencia a la presunción de inocencia contenida en el artículo 27.2 de la Constitución (90). Según la cuestión de constitucionalidad planteada, el hecho de que la comprobación judicial se limite a la mera existencia de causas de inimpugnabilidad del artículo 129 del Código Procesal Penal produce una especie de quiebra del principio de presunción de inocencia, pues parece que el artículo 444 del Código Procesal Penal pretenda exigir así la prueba de la inocencia antes que la de la responsabilidad penal.

El Tribunal Constitucional responde que quien pide la aplicación de una pena renuncia a valerse de la facultad de contestar la acusación, sin que ello signifique quiebra de la presunción de inocencia:

En el nuevo ordenamiento jurídico-procesal es preponderante la iniciativa de las partes en el ámbito probatorio: mas ello no modifica por completo los principios, ni siquiera en el procedimiento especial a examen, donde, antes bien, el Juez viene obligado en primer lugar a examinar *ex officio* si de los autos se desprende la prueba de que el hecho no existe o que el imputado no lo ha cometido. Tras ello, resultando negativa esta primera verificación, si el imputado piensa que tiene elementos para afirmar su inocencia, nadie le obliga a pedir la aplicación de una pena, y tiene a su disposición las garantías del procedimiento ordinario. En otros términos, quien solicita la aplicación de una pena quiere decir que renuncia a valerse de la facultad de contestar la acusación, sin que ello signifique vio-

(90) «El imputado no será considerado culpable sino en la condena definitiva.»

lación del principio de presunción de inocencia, que continúa desenvolviendo su papel hasta que la sentencia sea irrevocable.

Apunta Lozzi (91) al respecto que una normativa que permita la condena sin comprobación de la responsabilidad vulnera la regla del artículo 27.2 de la CI sobre la presunción de inocencia. Su enervamiento exige «un *minimum* de prueba sobre la responsabilidad, idónea para efectuar una comprobación suficiente que justifique la condena», sin que, según el mentado autor, puedan valorarse a tales efectos la petición o el consenso del imputado sobre la aplicación de la pena (92).

7. EFECTOS

Los efectos más significativos que produce la aplicación de la pena a instancia de las partes son una proyección de su dimensión «premial», esto es, de su concepción como gratificación o recompensa al imputado. Pueden clasificarse en dos grandes grupos (93): «efectos preclusivos», es decir, impositivos de determinadas consecuencias negativas, normalmente unidas a la sentencia de condena, y «efectos extintivos», o sea, aquellos que comportan la extinción del delito por el cual ha sido aplicada la pena.

Los primeros se dan siempre por el solo hecho de que se dicte la sentencia; los segundos no son indefectibles, pues se producen únicamente tras constatar la existencia de ciertos requisitos temporales y personales.

Con todo, no puede perderse de vista que la sentencia dictada en este procedimiento es sustancialmente un pronunciamiento de condena (art. 445.1, *in fine*) (94). Como tal, aparte de las especialidades propias de esta resolución, sobrevendrán los efectos «connaturales» a cualquier otra sentencia, como son los previstos en los artículos 686 y concordantes, referidos a la anotación de antecedentes penales y expedición de certificaciones. Precisamente la naturaleza jurídica de la sentencia

(91) LOZZI, Gilberto: «La legittimità...», cit., pág. 1601.

(92) En contra de esta última idea se muestra una gran parte de la doctrina, como, por ejemplo, Boschi, Cristiani, Giambruno, Sturiale, Taormina, etc., cuyas opiniones expondremos más adelante al tratar el tema de la sentencia «equiparada» a un pronunciamiento de condena.

(93) Cfr. la obra colectiva de CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO: *Manuale Pratico...*, cit., págs. 230 y ss.

(94) El texto legal habla de «sentencia equiparada a pronunciamiento de condena». Lo cierto es que el delito o falta sobre el que ha recaído el acuerdo entre las partes no se extingue con el pronunciamiento de la sentencia, sino por el transcurso de unos plazos. Por tanto, dice Biffa, «se trata de una sentencia de condena *tout court* y no de una decisión “equiparada” a un pronunciamiento de condena». BIFFA, Massimo: «Il patteggiamento nei procedimenti differenziati», en *Acussa e difesa...*, op. cit., pág. 104.

viene íntimamente ligada a los efectos y su análisis resulta muy útil para comprenderlos.

7.1 SENTENCIA «EQUIPARADA» A UN PRONUNCIAMIENTO DE CONDENA

Los términos de la norma (art. 445.1, *in fine*) «equiparando» la sentencia pronunciada tras el *patteggiamento sul la pena* a un pronunciamiento de condena han provocado un importante debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de tal sentencia; fundamentalmente en cuanto a si comporta o no el reconocimiento de la culpabilidad del imputado.

1) *Sentencia en hipótesis de responsabilidad*. Según algunos, la sentencia que aplica la pena consensuada entre el Fiscal y el imputado no es una sentencia de condena al no venir fundada sobre la inescindible combinación entre reconocimiento de la responsabilidad y aplicación de la pena.

El Tribunal de Casación (Sección I), en su Sentencia de 19 de febrero de 1990 (95), mantiene esta tesis. En opinión de la Corte,

Se trata de un instituto nuevo en nuestro ordenamiento, introducido para evitar los debates del juicio oral mediante el pronunciamiento de una sentencia con la que, llegando a escindir la fórmula «reconocimiento de la responsabilidad-aplicación de la pena», no se comprueba por el Juez la efectiva ofensa por parte del imputado a los intereses protegidos por la norma que se asume como violada, ni la culpabilidad del inculcado, exonerando a la acusación de la carga de la prueba sobre la responsabilidad y aceptando el imputado, por sus personales valoraciones de conveniencia, la definición anticipada del procedimiento para disfrutar de sus efectos «premiales».

Si quisiera encuadrarse el instituto en alguna categoría, podríamos, en definitiva, colocarlo entre las denominadas «sentencia en hipótesis» y, en este caso específico, «en hipótesis de responsabilidad».

En la misma línea considera Melillo (96) que «la calificación jurídica del hecho, la reconstrucción y valoración del cuadro de elementos circunstanciales y, en fin, la determinación del tratamiento sancionador respecto del cual se pide la aplicación judicial constituyen, agotándolo, el objeto del acuerdo entre las partes». Expresamente excluye del ámbito objetivo del acuerdo «cualquier elemento de reconoci-

(95) Puede verse esta sentencia, con comentarios de Taormina, en *La Giustizia Penale*, 1990, parte 3.^a, columnas 271 y ss. En el mismo sentido se expresa la sentencia de la Corte de Casación (Sección V), de 26 de junio de 1991, que puede encontrarse en *Cassazione Penale*, 1992, tomo I, págs. 111-113.

(96) MELILLO, Giovanni: *Osservazioni...*, cit., pág. 531.

miento de la responsabilidad penal del imputado» y, consecuentemente, «destierra del contenido del pronunciamiento judicial, efectuado sobre la base de aquél, todo juicio histórico afirmativo de la existencia del hecho relatado en la acusación».

Para Sturiale (97) tal interpretación «pugna con el sentido común» pues resulta difícil comprender cómo puede aplicarse una pena a una persona, en relación con un delito, prescindiendo de su responsabilidad: la pena se aplica sólo a quien la merezca. Separando la pena de la responsabilidad —continúa diciendo— «se acabaría por caer en la barbarie o... en el absurdo, envileciendo el proceso y la jurisdicción».

Con todo, entre quienes mantienen que el procedimiento de aplicación de pena a petición de las partes no exige declaración de responsabilidad, Vittorini-Giuliano (98) defiende que la petición del imputado o su consenso respecto de la petición fiscal presenta inconfundibles afinidades con la declaración de *nolo contendere* del proceso penal federal norteamericano. Merced a este instituto, el acusado puede manifestar su voluntad de renunciar a los debates del juicio oral sin contestar la acusación y sin afrontar el tema de su culpabilidad o inocencia. Simplemente se declara dispuesto a sufrir la pena. El pronunciamiento judicial asume el significado de una condena e impide un *bis in idem*, pero no reviste —a diferencia del *guilty plea*— eficacia probatoria alguna en un juicio por reclamación civil.

Y esto es precisamente lo que —en opinión del autor antes citado— parece suceder también en el procedimiento estudiado: el imputado se limita a «no contestar» los cargos. Se pasa así directamente a un pronunciamiento de condena en virtud de un comportamiento dispositivo que, sin integrar una declaración de ciencia, exonera a la acusación de la carga de la prueba y carece de eficacia probatoria en juicios civiles y administrativos (cfr. art. 445.1 CPP).

2) *Sentencia atípica de condena*. Otros estiman que la sentencia que aquí se trata es ciertamente una sentencia de condena (aunque con una disciplina particular) que afirma la culpabilidad del reo con respecto al hecho imputado.

En este orden de ideas, Marzaduri (99) reclama la necesidad de un juicio histórico por parte del Juez «que deberá suministrar la premisa para efectuar el posterior juicio jurídico». La precisión de que el Juez debe emitir la decisión «sobre la

(97) STURIALE, Pietro: «L'applicazione della pena su richiesta delle parti e la responsabilità dell'imputato», *Cassazione Penale*, 1990, tomo II, parte 2.^a, págs. 334 y 335.

(98) VITTORINI-GIULIANO, Stefano: «La richiesta di patteggiamento come espressione di un "nolo contendere"», *Cassazione Penale*, 1992, tomo I, págs. 108 y 109.

(99) MARZADURI, Enrico: «Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti», *Cassazione Penale*, 1990, tomo I, pág. 731.

base de las actuaciones», constituye un dato literal más que suficiente para concluir que, en el caso de la aplicación de la pena, el examen de los autos debe permitir la formulación de un juicio sobre la culpabilidad del imputado.

Entre los defensores de esta tesis se manifiesta la tendencia a definir la petición (o el consenso) del imputado como una confesión presunta o como una forma de admisión de responsabilidad. Resueltamente en contra se muestra Lozzi, quien considera que no son valorables como pruebas de responsabilidad ni la petición de aplicación de la pena efectuada por el imputado ni su consenso respecto de la petición por el Fiscal; de otro modo sería tanto como decir que la petición o el consenso del imputado suponen una confesión (100).

Sin embargo, otros autores como Taormina observan a este propósito que la interpretación del acuerdo de las partes (ya sea a iniciativa del Fiscal o del imputado) sobre la aplicación de una determinada pena implica una afirmación de responsabilidad como efecto de una confesión del imputado sobrevenida por hechos concluyentes (101). Del mismo modo, Cristiani (102) ve en la *richiesta* un «implícito reconocimiento del hecho —cuando menos a nivel histórico— por parte del imputado».

En opinión de Boschi (103) nos encontramos ante una «sentencia de condena atípica, en cuanto la aplicación de la pena es consecuencia no de la confirmación de la culpabilidad por parte del Juez, sino de la petición del imputado considerada como confesión de responsabilidad por hechos concluyentes».

(100) LOZZI, *ibídem*, págs. 1601 y 1602, continúa diciendo: «Ahora bien, al prescindir del decisivo valor probatorio que una tesis semejante atribuiría a la confesión transformándola casi en prueba legal y de los problemas que ello comportaría, se denota que no tienen y no podían tener significado de confesión ni la petición del imputado *ex* artículo 444 del Código Procesal Penal ni el consenso del imputado respecto de la petición del Fiscal (petición o consenso que, desde luego, podrían venir acompañados de una declaración de inocencia creíble por cuanto parece verosímil que el imputado prefiera pagar el precio de una condena leve injusta a fin de evitar los daños derivados de la publicidad de los debates)».

(101) TAORMINA, Carlo: «Qualche riflessione in tema di natura giuridica della sentenza di applicazione della pena richiesta dalle parti», en *La Giustizia Penale*, 1990, parte III, columnas 271 y ss.; particularmente en la columna 276, donde dice: «la iniciativa comúnmente ejercitada por el imputado, teniendo por destinatario a su acusador, y el sucesivo acuerdo sobre la aplicación de una determinada pena, son datos más que suficientes para afirmar la existencia de una confesión por hechos concluyentes, a menos de querer esconderse detrás de un insignificante formalismo. La situación no cambia cuando la iniciativa, raramente actuada en la práctica, sea asumida por el Ministerio Fiscal, ya que tal toma de postura, seguida de una adhesión del imputado, viene naturalmente inducida por la seguridad de la acusación sobre la cual no quiere darse ninguna explicación». Véase también, del mismo autor, «Qualche altra riflessione sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento», en *La Giustizia Penale*, 1990, parte III, columnas 649-653.

(102) CRISTIANI, Antonio: *Manuale...*, cit., pág. 331.

(103) BOSCHI, Marco: «Sentenza di condanna atípica per l'applicazione di pena patteggiata», en *La Giustizia Penale*, 1990, parte III, columna 647.

Asimismo, Sturiale (104), al referirse a la motivación de la sentencia sobre la responsabilidad del imputado, que puede ser muy concisa pero no debe faltar, afirma que vendrá fundada «sobre la admisión de responsabilidad, implícita en la petición de aplicación de la pena». En consecuencia, explica dicho autor, «el control del Juez no se restringe al marco jurídico (calificación del hecho y circunstancias) sino que se extiende (siquiera sea sumariamente, sobre la base de las actuaciones), a la existencia de la responsabilidad del imputado, así como a la congruencia de la pena *patteggiata* (pudiendo rechazar la aplicación de la pena pedida si la considera excesiva, insuficiente o impropia)».

Finalmente, para Giambruno (105) —sin que ello signifique agotar el elenco de opiniones doctrinales al respecto—, el comportamiento «procesalmente meritatorio» que del imputado se pretende en este procedimiento a cambio del premio-incentivo de la reducción de pena se identifica precisamente con su confesión.

Hay quienes han querido ver un cierto apoyo a esta tesis en algunos pasajes de la Sentencia 313/1990 del Tribunal Constitucional, en cuanto afirma, por ejemplo, que «la decisión del artículo 444 del Código Procesal Penal, cuando no sea una decisión absolutoria, no puede prescindir de las pruebas sobre la responsabilidad», o que «al solicitar la aplicación de la pena, el imputado no niega sustancialmente su responsabilidad». Con todo, la sentencia de la Corte de Casación (Sección V), de 26 de junio de 1991, interpretando la jurisprudencia constitucional al respecto, mantiene, como ya hiciera la Sentencia del mismo Tribunal, de 19 de febrero de 1990, que no puede considerarse sentencia de condena la surgida del procedimiento de aplicación de la pena a petición de las partes. Sus argumentos son como sigue:

Ciertamente no puede considerarse sentencia de condena aquella decisión en la que no se reconoce la inescindible combinación «reconocimiento de la responsabilidad-aplicación de la pena».

En el pronunciamiento a examen, mientras está previsto el segundo de los términos de esta combinación (aplicación de la pena), está ausente el primero, esto es, el reconocimiento de la responsabilidad, que no puede alcanzarse con la plenitud de una comprobación por parte del Juez, a quien le es negada la misma posibilidad de una comprobación incluso inicial, debiendo el Juez limitarse a examinar si «según el estado de las actuaciones» puede excluirse la existencia de pruebas sobre la inocencia. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional ha declarado reciente e incidentalmente (S. núm. 66/1990) que la aplicación de la pena a petición de las partes viene a mostrar un acuerdo entre el Ministerio Fiscal y el imputado sobre el fondo de la imputación (responsabilidad del imputado y pena consiguiente); mas tal acuerdo no puede ser sustitutivo de la comproba-

(104) STURIALE, Pietro: *L'applicazione della pena...*, cit., págs. 335 y 336.

(105) GIAMBRUNO, Silvana: *Prime considerazioni...*, cit., pág. 717.

ción de la verdad, que es tarea propia y exclusiva del Juez, no delegable en nadie, pues ni siquiera una plena admisión del imputado podría ciertamente vincular al Juez en cuanto a la afirmación de culpabilidad del procesado. Por lo demás, el mismo Tribunal, en la posterior Sentencia número 251/1991, ha aclarado que no había pretendido en absoluto con su precedente pronunciamiento (núm. 66/1990) atribuir a la sentencia adoptada tras el *patteggiamento* la naturaleza propia de la sentencia de condena dispuesta sobre la base de una plena comprobación del fundamento de la acusación y de la responsabilidad del imputado. Al contrario, repetidamente se ha subrayado por la Corte cómo el instituto de la aplicación de la pena a petición, antes que comportar una plena comprobación de la responsabilidad basada en el contradictorio entre las partes, encuentra su fundamento primario en el acuerdo entre el Ministerio Fiscal y el imputado sobre el fondo de la imputación (responsabilidad del imputado y pena consiguiente) (S. núm. 66/1990) desde el momento en que quien solicita la pena negociada renuncia a valerse de la facultad de contestar la acusación (S. núm. 313/1990). El Tribunal Constitucional, por consiguiente, ha excluido que la sentencia adoptada en el sentido del artículo 444 del Código Procesal Penal pueda asumir las características propias de una sentencia de condena basada sobre la plena comprobación del «fundamento de la acusación penal».

7.2 EFECTOS PRECLUSIVOS

A) Límites al contenido del pronunciamiento

La sentencia de condena que se imponga como resultado de esta modalidad procedimental viene limitada en su contenido por una reducción de la pena, por la exclusión de pronunciamiento sobre costas y por la inaplicación de penas accesorias y medidas de aseguramiento.

La reducción de la pena hasta un máximo de un tercio prevista por el artículo 444.1 del Código Procesal Penal (reducción que determinan las partes, aunque sometida al ulterior control judicial de proporcionalidad) (106) representa quizás el principal incentivo del acusado para valerse de este procedimiento (107). Tal amonización, al prescindir de consideración alguna sobre el delito cometido o la personalidad del imputado y centrarse exclusivamente sobre la «meritoriedad procesal» del mismo, constituye propiamente lo que Giustozzi (108) denomina «una rebaja procesal o premial».

La cuantía de la reducción planteó problemas hermenéuticos al hilo de cómo había de entenderse la ambigua y equívoca expresión *diminuita fino a un terzo*

(106) Un trabajo sobre si la pena negociada es o no justa puede verse en FAZIO, Giuseppe: «L'equità della pena nel patteggiamento», en *Cassazione Penale*, 1992, tomo II, págs. 1948-1951.

(107) PISAPIA, Gian Domenico: *Lineamenti...*, op. cit., pág. 62.

(108) GIUSTOZZI, Raimondo, en *Manuale Pratico...*, cit., págs. 599 y 600.

(«disminuida hasta un tercio»). Se trataba de determinar si el tercio era la medida de la reducción, o bien la pena residual tras la reducción (109). La solución mayoritariamente aceptada optó por la interpretación restrictiva: la reducción no puede exceder de un tercio, o, dicho de otro modo, los términos *fino a un terzo* deben interpretarse con referencia al *quantum* de la sanción eliminable y no a la entidad de la pena que resta al terminar la operación (110).

Por otra parte, el imputado no será condenado al pago de las costas procesales. En armonía con ello, el Juez, al pronunciar la sentencia en cuestión, se limita a aplicar la pena sin declarar al imputado culpable del delito o de los delitos que el Fiscal le atribuye. De este modo no se vulnera el principio de necesaria consecuencia (*conseguenzialità*) entre la sentencia declarativa de la responsabilidad penal y la condena a las costas del juicio.

Tampoco se le aplicarán penas accesorias ni medidas de aseguramiento, salvo el embargo en los casos previstos por el artículo 240.2 del Código Penal (art. 445.1). Es competencia del Ministerio Fiscal valorar la necesidad de dar curso al proceso cautelar o de aplicar pena accesoria, negándose, en su caso, a prestar el consenso a la petición de la parte contraria y absteniéndose él mismo de formular la petición.

B) *La prohibición de resolver sobre la acción civil*

Otro aspecto no secundario es el referido a la posición del perjudicado por el delito: sus expectativas indemnizatorias son ignoradas hasta después de la conclusión del juicio en primera instancia. Desde esta óptica, el artículo 444.2, *in fine*, impide al Juez que examina la *richiesta* pronunciarse sobre la acción civil. El perju-

(109) Con un ejemplo se verá más claro el dilema: si partimos de una pena de 3 años de prisión, la primera opción supondría poder disminuir la pena como máximo en un tercio, esto es, en un año, resultando una pena aplicable de 2 años; de acoger la segunda hipótesis, la pena podría reducirse hasta un tercio de su entidad originaria, o sea, hasta un año, siendo ésta en definitiva la pena aplicable.

(110) Cfr. las argumentaciones que para mantener este criterio exponen LATTANZI, Giorgio: *L'applicazione della pena...*, cit., págs. 114 y ss., o RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice...*, cit., pág. 306. Una más amplia exposición sobre las razones que justifican una u otra postura puede verse en la obra colectiva de CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO: *Manuale Pratico...*, cit., págs. 218 a 221. *Vid.* también la Sentencia número 284/1990, de 14 de junio, de la Corte Constitucional, y la Sentencia del Tribunal de Casación (Pleno), de 24 de marzo de 1990, número 5.

En contra, SOTTANI, Sergio: *Osservazioni critiche...*, en *op. cit.*, págs. 128 y 129, quien, tras presentar las dos posibles lecturas de la expresión *diminuita fino a un terzo*, concluye que «del cotejo entre las diferentes redacciones legislativas de los artículos 444 y 442 del Código Procesal Penal de 1988 (en este último precepto se dice que la pena è *diminuita di un terzo*) pueden entresacarse elementos para considerar legítima la reducción de la pena, *ex* artículo 444, no sólo en un tercio, sino hasta el tercio de aquella concretamente aplicable».

dicado deberá, por tanto, una vez dictada la sentencia, hacer valer su pretensión en sede del oportuno juicio civil.

La imposibilidad de que la parte civil, formalmente constituida en el proceso penal, pueda hacer valer sus razones ante el Juez a fin de sostener la inadmisibilidad de una sentencia que aplique la pena convenida supone —en el sentir de Lozzi (111)— una quiebra del derecho de defensa de la víctima. Es evidente el interés de la parte civil en ejercitar el contradictorio en cuanto de su resultado podría rechazarse el *patteggiamento*, pudiendo entonces decidirse sobre la acción civil. El derecho de defensa, expresamente garantizado «en todo estado y grado del procedimiento» (artículo 24.2 de la Constitución italiana), no puede eludirse considerando que la imposibilidad de su ejercicio en un procedimiento en curso va a ser compensada con la posibilidad de su ejercicio en otra sede procesal. En otras palabras, la posibilidad de ejercitar en el proceso civil el derecho a la restitución y al resarcimiento no compensa a la parte civil de la falta de una resolución sobre el fondo de la acción civil planteada en el proceso penal.

La única excepción a la norma que veda el pronunciamiento sobre la acción civil en esta sede viene representada por la hipótesis del artículo 448.3, que obliga al Juez a decidir también acerca de la acción accesoria si la sentencia de *applicazione della pena su richiesta* se pronuncia en el juicio de impugnación, lo cual es posible si considera injustificado el disenso expresado por el Fiscal frente a la petición del imputado; lo mismo deberá hacerse cuando el Juez *a quo* no accedió a la petición conforme de ambas partes y su sentencia, que resolvió la acción civil, haya sido impugnada.

Ha de precisarse, en cualquier caso, que el Juez siempre deberá pronunciarse sobre las costas procesales causadas a la parte civil personada, aunque no resuelva sobre el fondo de la pretensión indemnizatoria. Así ha de entenderse a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 443/1990, de 26 de septiembre, que declaró ilegítima constitucionalmente la omisión del artículo 444.2.º, en cuanto no prevé que el Juez condene al imputado al pago de las costas procesales ocasionadas a la parte civil, salvo que, por justa causa, decida su compensación total o parcial (112).

C) *Ineficacia de la sentencia en los juicios civiles y administrativos*

El artículo 445.1 dispone, como efecto de la aplicación de este instituto, precisamente la carencia de efectos en los juicios civiles y administrativos de la sentencia que se dicte, incluso después de la terminación del juicio oral.

(111) Así, LOZZI, Gilberto: *La legittimità...*, cit., págs. 1609 y 1610.

(112) Cfr. GIUSTOZZI, Raimondo: *Manuale Pratico...*, cit., pág. 603.

Tal ineficacia es absoluta, porque se refiere tanto a la ulterior acción de la víctima para la restitución y el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por el delito, cuanto a los otros juicios civiles o administrativos en los que se litigue en torno a un derecho o a un interés legítimo cuyo reconocimiento dependa de la afirmación de los hechos materiales objeto del proceso penal. Por ello, escribe Pisapia (113), no son de temer efectos extraprocesales consecuentes a dicha sentencia.

D) *Límites a la impugnación*

Finalmente, la petición de pena consensuada implica la renuncia a la segunda instancia. Así, si el Juez confirma la petición concorde de las partes, la sentencia dictada no es susceptible de apelación (art. 448.2, *in fine*). La estructura típica de este instituto —afirma Cristiani (114)— es incompatible con la previsión de una legitimación para impugnar la resolución que acoja la petición de aplicación de la pena. El doble grado sobre el fondo determinaría la mutación de la conflictividad, evitada en la primera instancia, a la instancia ulterior (115).

Pero, cabe también que no se haya conseguido el consenso de las partes. Es posible que el imputado que pidió la *applicazione della pena* no haya obtenido la conformidad del Fiscal. Ante esta eventualidad, y de haberse pronunciado la sentencia de conformidad sólo con la petición del imputado, pese a la opinión contraria del Ministerio Fiscal (art. 448.1, *in fine*), éste sí podría excepcionalmente formular recurso de apelación (cfr. art. 448.2, en su primera parte).

Como es natural, en la hipótesis planteada el legislador ha entendido que el Fiscal tiene derecho a manifestar su queja frente a la valoración negativa que, en orden a la justificación de su disconformidad con la oferta de *patteggiamento*, se ha operado a través de la sentencia; resolución que, al acoger la petición del imputado, ha cerrado el juicio ordinario sobre el fondo.

Por otra parte, es pacífica la doctrina que estima admisible el recurso de casación aun en los casos de *patteggiamento* (116). En efecto, la casación constituye un remedio de carácter general y está expresamente previsto para las sentencias inapelables (art. 606.2), como es precisamente la dictada a partir de la petición concorde

(113) PISAPIA, Gian Domenico: *Lineamenti...*, *op. cit.*, pág. 63.

(114) CRISTIANI, Antonio: *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 335.

(115) Así CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, en *Manuale Pratico...*, *op. cit.*, pág. 235.

(116) Vide, *ad exemplum*, LATTANZI, Giorgio: *L'applicazione della pena...*, en *op. cit.*, págs. 124-125; LUPPO, Ernesto, en *Questioni Nuove...*, *cit.*, pág. 77, y RICCIO, Giuseppe: *Profili del Nuovo Codice...*, *op. cit.*, pág. 311, quien considera siempre admisible el recurso por «violación de Ley».

de las partes. Argumenta Lattanzi (117) a este propósito que «la posibilidad de recurrir en casación incluso la sentencia dictada seguidamente de una petición acerca de la cual todas las partes están de acuerdo, constituye una garantía frente a la improbable, pero no imposible, violación de Ley y, sea como fuere, viene impuesta por el artículo 111.2 de la Constitución: se trata de un remedio para una patología judicial que debiera ser verdaderamente infrecuente».

7.3 EFECTOS EXTINTIVOS

De conformidad con el artículo 77 de la derogada Ley 689/1981, la sentencia que aplicaba la pena a petición del imputado con el consentimiento del Fiscal determinaba automática e inmediatamente la extinción del delito. Y ello en línea con la dicción del artículo 80, en virtud del cual podía disfrutarse de este instrumento procesal una sola vez.

No sucede lo mismo con la sentencia pronunciada a instancia de las partes en el sentido de los artículos 444 y siguientes del nuevo Código. Ahora, en coherencia con el hecho de que la Ley no fija un límite cuantitativo para la utilización del *patteggiamento nel merito*, la operatividad del mecanismo extintivo queda condicionada al comportamiento posterior del condenado. La extinción del delito viene unida a la verificación de condiciones sustancialmente análogas a las previstas por los artículos 167 y 168 del *Codice Penale* en el tema de la suspensión condicional de la pena (118).

Así, todos los efectos penales se extinguirán siempre que el condenado, durante el plazo de cinco o de dos años según se trate respectivamente de condena por delito o falta, no cometa otro delito u otra falta de la misma índole (119). En cualquier caso, la aplicación de una pena pecuniaria o de una sanción sustitutiva durante estos plazos no sería obstáculo para la posterior suspensión condicional de la pena (art. 445.2) (120).

(117) LATTANZI, Giorgio, *ibidem*, pág. 125.

(118) Cfr. CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, en *Manuale Pratico...*, cit., pág. 237.

(119) Tanto si el *patteggiamento* se ha producido por delito como por falta, para que el imputado consiga el efecto extintivo deberá abstenerse de cometer durante el tiempo requerido cualquier delito o falta de la misma índole de la infracción criminal por la cual se obtuvo el *patteggiamento*. Nada autoriza a entender que en caso de *patteggiamento* por delito sea obstativa la comisión de otro delito, y en caso de *patteggiamento* por falta sea obstativa la comisión de otra falta de la misma índole, distinguiendo la Ley entre las dos hipótesis sólo en orden al elemento temporal. Bajo el aspecto lógico se piensa, pues, en la incongruencia de que no sea obstativa a la extinción de la falta *patteggiata*, admitiendo tal tesis, La comisión de un delito. Cfr. CHILIBERTI/ROBERTI/TUCCILLO, *ibidem*, pág. 238, nota 40.

(120) «La norma es importante; la doctrina que se ha ocupado de estos procedimientos alternativos ha subrayado un hecho relevante: si no están acompañados de una neutralización de los efectos de la medida decisoria que forma la conclusión, difícilmente podrán fructificar.» GIARDA, Angelo, *Lineamenti...*, op. cit., pág. 128.

EL MODELO DE INVESTIGACIÓN PENAL DE LA CE DE 1978: LOS PAPELES ASIGNADOS AL JUEZ, AL FISCAL Y A LA POLICÍA JUDICIAL

EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA

Fiscal de la Audiencia de Sevilla

Profesor asociado de Derecho Procesal

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA.—II. LOS POSTULADOS DE LA LECRIM.: LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA LA INVESTIGACIÓN: 1. *El Juez de Instrucción*. 2. *La Policía Judicial*. 3. *El Ministerio Fiscal*.—III. LAS PREVISIONES LEGALES Y LA REALIDAD PRÁCTICA: 1. *La demostrada incapacidad de los Juzgados de Instrucción para cumplir cabalmente las disposiciones de la LECrim sobre la instrucción*. 2. *La inidoneidad del Juez instructor para garantizar los derechos individuales afectados por la instrucción o investigación*. 3. *La desconexión entre Administración de Justicia y Policía y la preterición de las misiones de policía judicial*. 4. *La tardía e inoperante intervención del Ministerio Fiscal en la investigación*. 5. *La incapacidad de la LECrim, pese a sus reformas sucesivas, para cubrir las garantías procesales garantizadas por la CE de 1978*.—IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE 1978: 1. *La misión constitucional de los Jueces y Tribunales: La configuración de la potestad jurisdiccional en la CE y en el CEDH*. 2. *Las misiones constitucionales del Ministerio Fiscal*. 3. *Las misiones de la Policía Judicial ex art. 126 CE*: A) Los fines constitucionales de la función de policía. B) Modalidades de la actividad de policía: Policía preventiva y reactiva. C) Las potestades de policía: Los poderes policiales de control y coerción. D) La función de policía judicial.—V. CONCLUSIÓN.

I. PUNTO DE PARTIDA

En la presente exposición pretendo fijar la atención sobre un problema de creciente interés para todos los juristas que estudian o intervienen en el proceso penal: el del tipo o modelo de investigación penal (y, en parte, de proceso penal) vigente en la actualidad, el cual —en mi opinión, conviene que lo diga desde ya— trata en vano de sobrevivir a diario al reto de alcanzar mínimamente sus fines, lo que apenas consigue en los supuestos menos complejos y, por decirlo así, más nimios.

La cuestión está en la mente de todos, hoy se habla de la crisis del proceso y, en especial, del proceso penal. Y no falta razón a quienes hablan de este modo, pues lo cierto es que, como consecuencia del dislocado y estridente desacomodo de las piezas que componen nuestro sistema procesal penal, asistimos al espectáculo de una práctica procesal, en lo que a la investigación se refiere, que no se sostiene a sí misma. De un lado, la instrucción judicial se revela absolutamente ineficaz para lograr sus fines: la pronta y segura averiguación de los delitos, permitiendo seguidamente su enjuiciamiento, y, de otro, nada garantiza, al contrario, podría decirse que la instrucción judicial, tal como se desarrolla en la realidad, supone un grave perjuicio para la seguridad jurídica.

El imposible maridaje del sistema diseñado por la LECrim. de 1882, pese a sus reformas y actualizaciones, con el modelo de proceso penal que late en las garantías procesales consagradas por la CE de 1978 demuestra diariamente la imposibilidad de su convivencia.

Conviene, pues, reflexionar sobre la diferencia entre los roles asignados por la LECrim. al Juez de Instrucción, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial en la investigación y compararlos con los que la CE les atribuye. La diferencia parece ser tanta entre unos y otros papeles que resulta imposible asumirlos conjuntamente, y de

aquí precisamente que las sucesivas actualizaciones de la vieja LECrim. se revelen como meros retoques de maquillaje y, a la postre, hayan producido un resultado perverso que acarrea las perniciosas consecuencias que ahora vivimos: la ambigüedad en las actuaciones del Juez, de la defensa, del Fiscal y de la Policía; la falta de seguridad jurídica para el ciudadano víctima e imputado, y, en suma, la imposibilidad de dar satisfacción a ninguno de los interesados en la instrucción y en el proceso.

No se trata pues de tomar postura frente a la alternativa ya clásica de perpetuar la atribución de la investigación penal al Juez de Instrucción o entregársela al Fiscal, sino de profundizar en lo que son y deben ser las funciones del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción y la Policía Judicial en el curso de la investigación criminal y las relaciones entre los mismos (1).

En definitiva, la cuestión se cifra, pues, en identificar cuáles son los papeles del Juez, del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial, desde una triple perspectiva, o, si se prefiere, en tres niveles distintos:

1.º Tal como resultan previstos por una determinada regulación legal de los mismos como es la LECrim. (2).

2.º Tal y como se producen en la realidad práctica, es decir, cuáles son los comportamientos reales derivados de esa concreta regulación legal: la LECrim. en su redacción actual.

3.º Tal como se conciben por la CE, que es tanto como decir cuáles deberían ser los roles asumidos por el legislador ordinario, en cuanto obligado a desarrollar la Constitución.

II. LOS POSTULADOS DE LA LECRIM.: LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA LA INVESTIGACIÓN

Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableció un sistema de proceso penal en el que se insertaba una forma de investigación criminal muy rudi-

(1) Desde luego, las relaciones entre Ministerio Fiscal, Juez de Instrucción y Policía Judicial derivan de la coincidencia de campos de actuación de dichas instituciones o de la cercanía de los mismos en el desempeño de sus respectivas funciones. Pero, sentado esto, a continuación las relaciones de la Policía Judicial con el Ministerio Fiscal y de estas instituciones con el Juez de Instrucción serán y deben ser distintas según el papel que cada una de ellas desempeñe en el proceso penal, lo que igualmente incidirá en el rol y la actuación de la defensa.

(2) A los efectos de nuestro propósito, conviene dejar de lado, por innecesario, un estudio histórico detallado que alcance más allá de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, para luego compararla con el diseño de la CE de 1978. Un extraordinario estudio histórico puede hallarse en la conocida obra de Francisco TOMÁS Y VALIENTE: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, recientemente reeditada.

mentaria (el sumario), cuyas garantías descansaban casi exclusivamente en las condiciones institucionales —y también personales— del Juez de Instrucción responsable de la misma (art. 303 LECrim.) y que, en consecuencia, dejaba muy estrechos márgenes de desarrollo a actividad investigadora del Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, y a las relaciones entre éstos.

Con todo, aun cuando para la LECrim. el Juez de Instrucción era y aun hoy es el órgano competente para la más amplia investigación de los delitos, éste no ha sido nunca el único, pues, aun con facultades notoriamente más limitadas, la LECrim. también ha atribuido desde siempre funciones investigadoras al Ministerio Fiscal (art. 287) y a la Policía Judicial (arts. 282 y 284).

1. EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

El Juez de Instrucción es el órgano oficial que tiene atribuida la investigación oficial de más amplio ámbito y contenido (con los máximos poderes).

El ámbito de la investigación oficial del Juez de Instrucción se extiende a toda clase de delitos (públicos, semipúblicos y privados, y cualquiera que sea su gravedad).

Además, es el único órgano oficial habilitado por la Ley para llevar a cabo la totalidad de los actos que constituyen el contenido posible de la investigación oficial (actos de investigación y de preconstitución y anticipación de pruebas, medidas instrumentales y cautelares).

En conclusión, todos los posibles contenidos de la investigación criminal eran de la incumbencia exclusiva del Juez de Instrucción y a solo a él correspondía desarrollarlos: la averiguación y comprobación del delito, el descubrimiento del delincuente, la inculpación formal del mismo, su indagación para perfilar las circunstancias del hecho, la elaboración de la historia personal del reo, la búsqueda y acopio de pruebas para el juicio, la adopción de las medidas cautelares necesarias y la de cualquier medida limitativa de derechos del reo e incluso de otras personas en cuanto reputadas necesarias para el éxito de la investigación.

2. LA POLICÍA JUDICIAL

La LECrim. definió de forma descriptiva la función de Policía Judicial en el artículo 282:

«La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para com-

probarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrá la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto.»

Luego el artículo 283 LECrim. atribuyó esta función y, en consecuencia, la condición de Policía Judicial, no sólo a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino además a cuantas autoridades y funcionarios tenían competencias relacionadas con la seguridad pública e incluso a ciertos particulares que tenían, en ocasiones, la consideración de agentes de la autoridad.

Concretamente atribuía la función de Policía Judicial a los siguientes sujetos:

«1.º Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.

2.º Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.

3.º Los Alcaldes, Tenientes Alcaldes y Alcaldes de Barrio.

4.º Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquiera otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.

5.º Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros Agentes municipales de la policía urbana o rural.

6.º Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.

7.º Los funcionarios del Cuerpo Especial de Prisiones.

8.º Los Agentes judiciales y los Subalternos de los Tribunales y Juzgados.

9.º El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes.»

Esta regulación, aparte de adecuarse con grandes dificultades a las exigencias de la realidad, casaba mal con los nuevos esquemas que tanto en materia de seguridad ciudadana como de seguridad privada configuraba la Constitución. En consonancia con esta idea, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece una nueva composición de la Policía Judicial en sustitución de la del artículo 283 LECrim.

La Policía Judicial, así concebida, se hallaba habilitada para llevar a cabo una muy exigua y breve investigación oficial, reducida a la adopción de las primeras medidas más urgentes, y que enseguida debía trasladar al Ministerio Fiscal para

que éste formulara querrela ante el Juez de Instrucción o a éste mismo directamente mediante la entrega del atestado (3) (arts. 284 y 295 LECrim.).

Además, el ámbito de la investigación oficial de la Policía Judicial se extiende a los delitos públicos y semipúblicos, así como adoptar las medidas más urgentes en la persecución de los delitos privados cuando son requeridos al efecto por el ofendido (4).

Así disponía el artículo 284 LECrim.:

«Inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público, o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención.

En otro caso lo harán así que las hubieren terminado.»

Y el artículo 295:

«En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado.

Los que infrinjan esta disposición serán corregidos disciplinariamente con multa de 250 a 1.000 pesetas, si la omisión no mereciere la calificación de delito, y al propio tiempo será considerada dicha infracción como falta grave la primera vez y como falta muy grave las siguientes.

Los que, sin exceder el tiempo de las veinticuatro horas, demorasen más de lo necesario el dar conocimiento, serán corregidos disciplinariamente con una multa

(3) Así encuentra perfecta explicación la disposición contenida en el artículo 297.1 LECrim. cuando atribuye al atestado el valor de mera denuncia, equiparándolo así a cualquier otra transmisión de la *notitia criminis* que pudiera hacer cualquier particular al Juez de Instrucción, único órgano habilitado para la verdadera investigación.

(4) Respecto de los delitos privados, los miembros de la Policía Judicial deben abrir una «brevísimas investigación oficial», para practicar sólo los actos más urgentes, cuando la persona ofendida los requiera al efecto. Así, dispone el artículo 273 LECrim. que «... el particular que intente querellarse del delito podrá acudir desde luego al Juez de Instrucción que estuviere más próximo o “a cualquier funcionario de Policía, a fin de que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente”». Esto resulta corroborado por lo dispuesto en el artículo 282.2, «Si el delito fuere de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto». Y en el mismo sentido dispone el artículo 284, que «Inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público, o fueren “requeridos” para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún “delito privado”, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso lo harán así que las hubieren terminado».

de 100 a 350 pesetas, y, además, esta infracción constituirá, a efectos del expediente personal del interesado, falta leve la primera vez, grave las dos siguientes y muy grave las restantes.»

Obsérvese que el plazo de veinticuatro horas era plenamente coincidente con el establecido para poner al detenido, si lo hubiere, a disposición del Juez de Instrucción (art. 296 LECrim.), copiado del Código Napoleónico, en consideración a que era el tiempo estimado para trasladar al detenido a pie y por camino real a la sede del Juzgado desde el punto más lejano del partido, es decir, las veinticuatro horas no eran para investigar sino para trasladar o conducir.

En cualquier caso el Juez de Instrucción podía hacerse cargo aun antes de la investigación:

«Cuando el Juez de Instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquiera autoridad o Agente de la Policía; debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese.»

Nótese que la expresión «diligencias de prevención» alude a que lo son (previenen) de la verdadera investigación que es la instrucción judicial (5).

3. EL MINISTERIO FISCAL.

El papel asignado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al «Ministerio Fiscal» era el de un obligado querellante cuando se trata de perseguir delitos públicos o semipúblicos (art. 105), por lo que le otorgó atribuciones para llevar a cabo una investigación reducida a la mera comprobación de tales delitos (públicos y semipúblicos), y, a lo sumo, la posible identificación de su autor, a fin de permitirle pedir al Juez que abriese la verdadera investigación oficial de los mismos, es decir, de que pudiera entablar la querella. Sin embargo, carecía de competencia para asumir una más extensa investigación oficial de los delitos.

A la vista de lo dicho, la vinculación de la Policía Judicial con el Ministerio Fiscal se reducía a la posibilidad de que aquélla le comunicara la *notitia criminis* para que entablara querella y, además, como una mera posibilidad alternativa frente a la denuncia al Juez, que tenía su única oportunidad sólo cuando el hecho no era claramente delictivo y, desde luego, no había ninguna persona detenida.

(5) Sobre las raquíticas atribuciones de la Policía Judicial para llevar a cabo una investigación de forma autónoma me ocupé en «La Policía Judicial y la Seguridad Ciudadana», en *Revista Poder Judicial*, 2.^a época, núm. 31, septiembre 1993, págs. 107 y ss.

Así la LECrim. se limita a disponer en el artículo 287 que «Los funcionarios que constituyen la Policía Judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio Fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes, y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de Instrucción y municipales».

III. LAS PREVISIONES LEGALES Y LA REALIDAD PRÁCTICA

A nadie se oculta cual es en la actualidad el resultado práctico de las previsiones de la LECrim. sobre la investigación criminal. De un lado, los Juzgados de Instrucción no cumplen ni han cumplido nunca cabalmente con las previsiones de la LECrim., pues de hecho los Jueces de Instrucción ni investigan ni controlan la investigación llevada a cabo por otros órganos como la Policía. Otro tanto puede decirse de la actuación prevista para la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal. El peso de la investigación criminal recae sobre actuaciones autónomas de la Policía, y, por último, el Ministerio Fiscal poco o más bien nada interviene en la investigación hasta que el Juez instructor la da por terminada. Por otro lado, la aplicación recta y literal de muchos de los preceptos de la LECrim., pese a los esfuerzos del legislador por «actualizarlos», se revela actualmente incompatible con las garantías procesales consagradas constitucionalmente.

Nos ocuparemos con algún detalle sobre dichas cuestiones.

1. LA DEMOSTRADA INCAPACIDAD DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN PARA CUMPLIR CABALMENTE LAS DISPOSICIONES DE LA LECRIM. SOBRE LA INSTRUCCIÓN

La LECrim. parece difícil de cumplir pues, en lo que a la instrucción se refiere, la realidad es que la práctica judicial se encuentra bastante lejos de asemejarse a lo que la Ley pretendió hacer de la misma, y, lo que es más grave, los comportamientos judiciales que precisamente la LECrim. pretendió erradicar de la instrucción siguen enquistados en ella. Así, es del todo cierto, como pone de manifiesto Moreno Catena, que «la LECrim. parece no haber entrado totalmente en vigor, pues los hábitos judiciales de hoy son muchos de los vicios que aquella quiso desterrar» (6).

(6) «Se ha dicho, y entiendo que no sin razón, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal será derogada y sustituida sin haber entrado totalmente en vigor. En efecto, la práctica de los Tribunales parece no haber profundizado suficientemente en el espíritu de esta Ley, que no ha permeabilizado como debiera el diario quehacer de la Administración de Justicia en lo penal. Gran número de los vicios, defectos y desviaciones del proceso penal anterior a 1882, que se denuncian en la exposición de motivos

La experiencia práctica pone de manifiesto la incapacidad de los Jueces de Instrucción tanto para asumir la investigación penal como para controlar la investigación de la Policía Judicial.

a) La delegación para la práctica de diligencias que hacen cotidianamente los Jueces de Instrucción en otros funcionarios del Juzgado determina que las declaraciones judiciales se presten y las diligencias en general se practiquen sólo formalmente por el Juez instructor; un vicio que pretendió eliminar la LECrim., como expresaba su famosa exposición de motivos: «... los Jueces... delegan frecuentemente la práctica de muchas diligencias en el Escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta el pensamiento ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno por grande que sea su celo y recta su voluntad...».

Así la mayoría de las declaraciones judiciales, sobre todo de testigos, únicamente «en el papel» se llevan a cabo por el Juez instructor, ya que la práctica revela que diariamente tienen lugar ante otros funcionarios judiciales, quienes alzan un acta que luego pasan a la firma del Juez y el Secretario.

Otro tanto puede decirse de los informes periciales que, por supuesto, el Juez instructor se limita a reclamar y luego se ratifican a presencia formal del Juez mediante el mismo procedimiento que las declaraciones judiciales. Esta práctica ha motivado que se dicten disposiciones tan extravagantes como el Decreto 1789/1967, de 13 de julio, actualizado por el Real Decreto 833/1983, de 25 de marzo, que establece que los informes periciales del Instituto de Toxicología, dependiente del propio Ministerio de Justicia, no necesitan ratificación, a fin de impedir el constante traslado de los especialistas del Instituto a los Juzgados con la absurda finalidad de firmar un acta de ratificación de sus informes periciales.

b) Pero, además, la instrucción no es en la realidad cotidiana sino una pretenciosa «santificación» judicial de la investigación policial, pues las diligencias judiciales de investigación suelen reducirse a meras ratificaciones de las diligencias policiales realizadas con anterioridad, como si llevarlas a cabo ante el Juzgado les otorgase otra naturaleza distinta a la de meros actos de investigación.

Esta duplicación de las diligencias, tan absurda como inocua, si no es para el ciudadano que ha de acudir a la sede del Juzgado a practicarlas y quizá «hacer una cola», produce en la práctica una serie de dilaciones y retrasos carente de todo sen-

y se pretendía haberles puestos remedio con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguen aflorando en el enjuiciamiento penal de hoy; multitud de párrafos de esa modélica exposición de motivos son perfectamente suscribibles en el momento presente.» (MORENO CATENA, Víctor: *Prólogo a la primera edición de la LECrim. de la editorial Tecnos*, 1984.)

tido y utilidad, propiciando citaciones muchas veces inefectivas, exhortos, y búsquedas de personas por parte de la Policía que precisamente ya les recibió declaración. Aunque estos inconvenientes han sido parcialmente paliados por las reformas de la LECrim. de 1988 y de 1992, lo cierto es que aún se hallan generalizados en muchas ocasiones.

Y no otra cosa pueden hacer los Jueces de Instrucción, cuya formación presenta naturalmente muy serias carencias en materias de criminalística y otras ciencias criminales propias de la actividad investigadora que sólo los Médicos Forenses en alguna medida, y los miembros de la Policía Judicial poseen en la proporción indispensable para asumir la responsabilidad de la investigación.

La experiencia cotidiana revela, pues, igualmente la incapacidad de los Jueces de Instrucción para controlar la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial tan estrechamente como se ha pretendido, desde una óptica de injustificada desconfianza hacia la actuación de la Policía. A la postre, los Jueces de Instrucción han de confiar necesariamente en las informaciones de la Policía Judicial, al menos ante la imposibilidad de contrastarlas, y sobre todo cuando se trata de noticias relativas a hechos delictivos cuyo descubrimiento se produce de forma espontánea en el curso del normal desarrollo de las funciones propias de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, por su naturaleza irrepetible.

Un claro ejemplo de la incapacidad de los Jueces de Instrucción para controlar la actividad investigadora de la Policía Judicial se pone de manifiesto en materia de registros. En efecto, ante los nuevos fenómenos de delincuencia violenta resulta ridícula, si no inimaginable, la diligencia de entrada y registro tan pomposamente descrita en la LECrim.. Desde luego la incapacidad de los funcionarios judiciales para garantizar su seguridad personal convierte en una pantomima la pregonada «presencia judicial en los registros» (7); de otro lado, la presencia de los dos testigos previstos en la LECrim. se hace imposible de cumplir cabalmente ante las prevenciones de los ciudadanos a participar con tal condición en la diligencia, lo que provoca las más de las veces que los funcionarios policiales que han de llevar a cabo el registro tengan que acudir a miembros de otros cuerpos policiales para que, de paisano, comparezcan a cumplir la mencionada formalidad podría decirse que «disfrazados» de ciudadanos colaboradores con la Justicia.

La instrucción judicial de la mayoría de los delitos determina pues en la práctica únicamente una reiteración de diligencias ya llevadas a cabo por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal que en poco o nada benefician a las garantías

(7) Así se expresa el preámbulo de la Ley 22/1995, de 17 de julio, que dio por el momento la última redacción recibida por el artículo 569.4.º LECrim., de entre las sucesivas reformas del mismo.

procesales y, sin embargo, suponen, además de un retraso, una seria contribución a la fatiga de los sujetos afectados por el proceso, que llegan muchas veces ya «cansados» al juicio oral.

También en este punto la exposición de motivos de la LECrim. se quejaba de que con anterioridad a ella no era «raro que un sumario dure ocho o más años, y frecuente que no dure menos de dos...» y añadía «... es preciso sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio». Y aquí también la realidad demuestra que la situación no ha cambiado en mucho, por más que la instrucción judicial reciba otro nombre (D. previas) o que se pretenda acelerarla a golpes de telégrafo o telefax en los actos de comunicación, simplificando la tramitación de las cuestiones de competencia territorial, que rara vez se plantean, o prescindiendo de la autopsia.

2. LA INIDONEIDAD DEL JUEZ INSTRUCTOR PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS INDIVIDUALES AFECTADOS POR LA INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN

La raíz de todos estos problemas radica —a mi juicio— en la atribución conjunta al Juez de Instrucción de dos misiones incompatibles: la misión de lograr el éxito de la investigación y, al propio tiempo, la de garantizar imparcialmente los derechos individuales de los implicados en la misma.

El legislador de 1882 ya era consciente de que aquel al que se le atribuyera la responsabilidad de la investigación actuaría con seria parcialidad, así decía la exposición de motivos de la LECrim. que «... los funcionarios que intervienen en la formación del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle», sobre todo «... en ausencia del inculpado y su defensor».

No obstante la LECrim. cifró las garantías de la instrucción fundamentalmente en la sola imparcialidad del Instructor, por cuanto se trata de un Juez, independiente e inamovible, esperando del mismo una intervención neutral y omnipresente en todas las diligencias sumariales. Sin embargo, la independencia e inamovilidad del Juez instructor no implican por sí solas su neutralidad, pues la imparcialidad del Juez instructor corre el peligro de quedar en entredicho en cuanto se implica personal e institucionalmente en la investigación (averiguar... hacer constar los delitos... en términos del art. 299 LECrim.) al responder también del éxito de la misma.

Pues bien, las consecuencias de la opción de la LECrim. se manifiestan en la incapacidad del Juez de Instrucción para preservar los derechos que pueden resultar afectados por las diligencias sumariales: el derecho a la libertad personal, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones personales, en cuanto de motu proprio y sin que nadie se lo pida deberá decidir sobre su limitación (8), cuando estime la necesidad o conveniencia de las mismas para el éxito de la instrucción de la que él mismo es también responsable, propiciando posibles abusos y exageraciones; y todo ello, como también late en la repetida exposición de motivos de la LECrim., «... por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema...».

En suma, hallándose al Juez de Instrucción interesado —insisto que, al menos, institucionalmente— en la investigación será propicio a sacrificar los derechos de los afectados para el esclarecimiento de los hechos investigados. Insistiré luego sobre esta cuestión, al tratar la configuración constitucional de la potestad jurisdiccional y el papel que la CE asigna al Juez (epígrafe III, 1).

3. LA DESCONEXIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y POLICÍA Y LA PRETERICIÓN DE LAS MISIONES DE POLICÍA JUDICIAL

En este contexto la verdadera investigación pesa sobre la Policía Judicial, por más que las ulteriores ratificaciones judiciales pretendan «sacralizar» las diligencias de la Policía (9).

El resultado práctico que inmediatamente se sigue es una desconexión entre Policía y Justicia, que en no pocas ocasiones funcionan de espaldas una de la otra. La Policía Judicial trabaja ignorando a los órganos de Justicia lo que produce en definitiva una minusvaloración de las misiones de Policía Judicial, si no su preterición. Por su parte, los Jueces de Instrucción, imbuidos de la sensación, no absolutamente irreal, de que los fines e intereses que guían la actuación policial no son nece-

(8) De nada sirve que en el caso de la limitación del derecho a la libertad personal cuando acuerda la prisión provisional haya de esperar a que los acusadores le pidan la adopción de la medida y a oír al inculcado, conforme a la redacción del nuevo artículo 504 bis LECrim., pues, en definitiva, el Juez de Instrucción es quien, convocando a las partes a la comparecencia prevista en el indicado precepto, da ocasión a que los acusadores le pidan la prisión, con lo que la iniciativa para adoptar la medida también le corresponde; pues es evidente que, si no estima pertinente la adopción de la medida, le basta con no convocar la mencionada comparecencia y acordar sin más la libertad.

(9) Es curioso observar como en la inmensa mayoría de los casos la lectura de las diligencias policiales permite, a falta de tasaciones u otros informes periciales y datos relativos a la historia del reo, decidir sobre la formulación de pretensiones o resolver sobre el fondo del asunto.

Esta idea ha trascendido también a la Recomendación número R(87) 18 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa.

sariamente coincidentes con los propios de la Administración de Justicia, actúan frente a la Policía Judicial mirándola con desconfianza.

En efecto, la Policía Judicial suele vivir en la idea de que todo el problema derivado de la comisión del delito culmina con la entrega del atestado al Juez y la puesta a disposición judicial del detenido, con lo que el proceso penal —que sólo se acaba de iniciar— ya carece de importancia alguna para la Policía Judicial; a lo más, mostrará cierto interés por el encarcelamiento provisional del imputado en cuanto signo que de algún modo corrobora el acierto de las pesquisas policiales.

Esto es tan así que la eficacia del trabajo policial suele baremarse a través del número de detenciones practicadas (10): un asunto estará policialmente resuelto cuando la Policía Judicial detiene a una persona imputada por el mismo, con independencia de que luego sea o no condenada por tal hecho e incluso de que siquiera sea o no acusada por el Ministerio Fiscal. La cuantificación ha llegado a convertirse en el medio de valoración emblemático de los resultados de la acción de policía, no sólo en lo que se refiere al número de detenciones practicadas sino también cuando se trata —así lo difunden los Gabinetes de Prensa de la Policía a los medios de comunicación— de cantidades aprehendidas de droga o, en general, de efectos prohibidos o ilícitos.

Por otro lado, la Policía Judicial se enfrenta a la investigación huérfana de toda dirección del Juez de Instrucción y del Ministerio Fiscal. De hecho sólo acudirán a ellos si es que necesita de su intervención para llevar a cabo una concreta actuación para la que la Policía Judicial no esté legalmente habilitada. Por eso normalmente acudirá al Juez de Instrucción a fin de obtener «autorizaciones» para el registro de lugares cerrados o la intervención de comunicaciones telefónicas. Es significativo observar que, aunque la LECrim. se refiere en estos casos a «mandamientos» del Juez instructor (de entrada y registro, por ejemplo), en la inteligencia de que es el Juez quien, como responsable de la investigación, ordena o resuelve sobre todo lo concerniente a la misma, en la práctica el Juez lo único que hace es «autorizar» simplemente a la Policía Judicial para que lleve a cabo lo que ella sola decide (11).

(10) Sobre el tema puede consultarse el trabajo de Alán GRANT: *Obstacles in Maximizing Productivity: some Philosophical, Policy and Operational Concerns in the Delivery of Policy Services, Report of the Proceeding, Workshop on Police Productivity and Performans*, Ottawa, 1980.

(11) Basta observar como en la práctica los informes policiales que ponen en conocimiento de los Jueces de Instrucción un hecho cuya investigación exija la entrada en un domicilio o la intervención de un teléfono se autodenominan «oficios de solicitud de mandamientos» —es decir, la Policía Judicial le pide al Juez que éste le mande hacer justo lo que quiere—, sin comunicarle íntegramente el estado de la investigación.

4. LA TARDÍA E INOPERANTE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN

La intervención del Ministerio Fiscal en la investigación es ciertamente exigua y extemporánea.

En general, el Ministerio Fiscal no interviene durante la investigación de la Policía Judicial ni tampoco en el curso de la instrucción judicial, y esto es así aun en aquellos actos de la instrucción consistentes en la adopción de medidas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales (como las antes mencionadas de entrada en domicilio o de intervención de las telecomunicaciones personales), las cuales se adoptan sin su intervención y, lo que es más grave, sin su conocimiento, pues la LECrim. no exige siquiera que se le notifiquen; esto constituye un verdadero contrasentido si se tiene en cuenta que precisamente el Ministerio Fiscal tiene encomendada legalmente la defensa de los derechos fundamentales en la instrucción y fuera de ella.

La intervención del Ministerio Fiscal en la investigación criminal se reduce pues a valorar su suficiencia y su legalidad, sobre todo en lo que hace a la validez de los medios de prueba obtenidos por la misma, cuando ésta ha terminado, a fin de instar la apertura de la siguiente fase del proceso o la complementación de la instrucción mediante diligencias que estime necesarias, con lo que la petición de tales diligencias en ese momento supone en cualquier caso una vuelta atrás o un retraso. Esto es así porque evidentemente la plantilla de los miembros del Ministerio Fiscal y su distribución territorial le han impedido cumplir cabalmente con la función de inspección de la instrucción judicial prevenida en el artículo 306 LECrim. y aun con las más ambiciosas que inútilmente le encomienda el nuevo artículo 781 LECrim. o la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (12).

En cuanto a las relaciones del Ministerio Fiscal con la Policía Judicial, éstas se presentan siempre como unas relaciones lejanas y mediatizadas a través de los Jueces de Instrucción, a los que necesariamente habrá de acudir el Fiscal para pedir-

(12) En vano igualmente pretende la LOTJ potenciar —más en el terreno formal que otra cosa, desde luego— las atribuciones del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción que prevé para el proceso penal ante el Tribunal del Jurado, cuando establece su preámbulo que «Si bien debe corresponder al Juez la realización de los actos sumariales, las peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el Jurado y la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal. De esta forma, la incoacción y su adaptación al nuevo procedimiento, así como la constitución del Ministerio Fiscal junto al Juez instructor y la inmediata puesta en conocimiento de la imputación, en los términos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley, tienen también su marco procesal mediante la incorporación de sendas previsiones en el artículo 309, para el procedimiento ordinario, y en los artículos 780 y 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el abreviado».

les lo que necesite de la Policía, a salvo, claro, los exiguos y breves espacios que a la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal dan ocasión los artículos 286, 287 y 785 bis LECrim.

5. LA INCAPACIDAD DE LA LECRIM., PESE A SUS REFORMAS SUCESIVAS,
PARA CUBRIR LAS GARANTÍAS PROCESALES GARANTIZADAS
POR LA CE DE 1978

Además, la LECrim., aun superando los vicios denunciados, se ha ido mostrando incompatible con las garantías consagradas en la CE de 1978 y los convenios internacionales de derechos suscritos por España.

Ello ha motivado, en primer lugar, la sucesiva modificación del sistema mediante reformas legislativas de la propia LECrim. y, además, la promulgación de Leyes especiales, produciendo como resultado un «producto nuevo» (13) en el que se hallan desencajadas las piezas del sistema procesal y en el que, en consecuencia, muchos aspectos del proceso penal contemplados en la vieja LECrim. chirrían materialmente con los nuevos (14).

La insuficiencia de las mencionadas reformas determina, en segundo lugar, que la aplicación de la LECrim. exija constantemente una interpretación espiritualista y excesivamente escrupulosa desde la perspectiva constitucional por parte de los Tribunales, cuya jurisprudencia ha tenido necesariamente que optar por las garantías constitucionales frente a la verdad material muchas veces mostrada durante el juicio en perjuicio de la persecución de delitos muy graves (15).

(13) También es rigurosamente cierto que «las modificaciones legislativas operadas en el primitivo texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han generado un producto que poco tiene que ver con el que se publicó en 1882» (VÍCTOR MORENO CATENA: *Prólogo a la primera edición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de Tecnos*, Madrid 1984).

(14) Como he dicho en otro lugar, la LECrim., más «rancia» que vieja, ha sufrido un sucesivo y constante «parcheo» que la convierte hoy en un instrumento jurídico casi inmanejable, poniendo de manifiesto cada día más patentemente la necesidad de su total derogación y su sustitución por otra de nueva planta, que recoja la experiencia de más de un siglo de vigencia del sistema que instauró los principios procesales consagrados por la Constitución de 1978, las nuevas aportaciones de la doctrinas científicas y que, en definitiva, suponga en muchos extremos la segunda fase de evolución legal definitivamente superadora del sistema inquisitivo anunciada por la famosa exposición de motivos de la Ley de 1882, como ha sucedido en casi todos los países de nuestro entorno en los que se halla consolidado un modelo de proceso penal decididamente contradictorio o acusatorio también en la fase de investigación o instrucción.

(15) Resulta hoy —en mi opinión— excesivamente frecuente comprobar como en muchas ocasiones ha debido absolverse de la imputación de delitos graves por estimar ilícitamente obtenidas las pruebas que los acreditan (sobre la base, por ejemplo, de la falta de motivación de un auto de entrada y registro en lugar cerrado o como consecuencia de la delegación del Secretario en un funcionario de Policía, etc.), cuando precisamente la prueba se obtuvo con rigurosa observancia del tenor literal de la LECrim., o por los problemas derivados de la llamada «contaminación» judicial.

IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE 1978

Si la LECrim. se inspiraba en un modelo de investigación propio del sistema inquisitivo, la CE de 1978 opta por las garantías del «proceso debido» consagrado por los Convenios internacionales (como la Convención Europea de 1950) (16) que se compadecen mucho mejor con los esquemas del sistema acusatorio o contradictorio, por ello delimita las funciones de los órganos jurisdiccionales (art. 117), del Ministerio Fiscal (art. 124) y de la Policía Judicial (art. 126). En esencia puede afirmarse que en el esquema constitucional la investigación compete en exclusiva a la Policía Judicial, mientras que al Juez de Instrucción corresponde garantizar los derechos afectados por la investigación y juzgar o resolver las pretensiones que en el curso de la misma se deduzcan y al Ministerio Fiscal, por último, promover los actos de tutela jurídica procedentes en el curso de la investigación en defensa de los intereses y bienes cuya defensa se le encomiendan.

1. LA MISIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES Y TRIBUNALES: LA CONFIGURACIÓN DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN LA CE Y EN EL CEDH

A este respecto, conviene resaltar desde ahora que el concepto de Juez propio de la CE se compadece mal con la configuración del Juez instructor de la vieja LECrim.

En primer lugar la actividad en que la investigación consiste, es ajena al contenido de la potestad jurisdiccional e incluso resulta incompatible con su ejercicio. En segundo término la actividad investigadora se muestra incompatible con la imparcialidad, entendida ésta como característica esencial o estructural de los órganos jurisdiccionales, tal como los concibe la CE.

a) En efecto, la CE cifra el contenido de la potestad jurisdiccional únicamente en «juzgar y ejecutar lo juzgado» (art. 117.3). Pero, además, el mismo artículo 117 CE somete el ejercicio de la potestad jurisdiccional al principio de exclusividad. El principio de exclusividad jurisdiccional desde el punto de vista positivo supone que la potestad jurisdiccional «corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales» (art. 117.3 CE), y desde el punto de vista negativo que «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior (o sea, las de juzgar y ejecutar lo juzgado) y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (art. 117.4 CE).

(16) Conviene tener presente que la Jurisprudencia del TEDH merece, naturalmente, especial atención como elemento interpretativo a este respecto.

Pues bien, la función investigadora o instructora, tal como resulta definida por la LECrim., se cifra en «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos» (art. 299 LECrim.) y es obvio que nada tiene que ver con la función de juzgar ni de ejecutar lo juzgado, lo que implica que se trata de una función que excede de las atribuciones constitucionales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y, por tanto, les está vedada por el artículo 117.4 CE.

Tampoco cabe afirmar que la instrucción, en cuanto investigación judicial, supone una forma de intervención del Juez, de Instrucción en garantía de derechos. Para la CE la intervención del Juez en garantía de los derechos, se concibe con la finalidad de amparar al titular de un derecho amenazado o lesionado por otro sujeto distinto mediante un acto de tutela jurídica a cargo del Juez que le es pedida por algún interesado, lo que equivale a decir que la intervención del Juez, en garantía de un derecho, presupone las garantías propias del proceso. Por tanto la intervención del Juez tiene lugar ya cuando el titular de un derecho lo ve amenazado o lesionado y pide al Juez la cesación de la lesión o el restablecimiento del derecho (como sucede en el procedimiento de hábeas corpus, por ejemplo) o ya cuando un tercero —sea un particular, la Administración o la Policía— pretende afectar o limitar el derecho de otro y pide al Juez, invocando una causa legítima, que autorice tal limitación (como en los supuestos previstos por el art. 87.3 LOPJ) con lo que dicho Juez en uno y otro caso resolverá un conflicto entre partes a fin de «proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos», conforme a lo previsto en el artículo 7.3.º LOPJ, pero en ningún caso la iniciativa para la limitación del derecho de que se trate corresponderá al mismo.

En consonancia con la penetración de esta idea en el marco del proceso penal resultan suficientemente significativas las expresiones del art. 18.2.º y 3.º CE («resolución y autorización judicial») las cuales contrastan notablemente con los utilizados por la LECrim. «mandamiento judicial» (art. 188), «decretar la entrada y registro» (art. 546), «ordenar en los casos indicados...» (art. 550); para la CE el Juez ha de resolver en estos casos autorizando o no a otro para limitar los derechos, mientras que en la LECrim. el Juez de Instrucción, lejos de ampararlos, es precisamente quien los limita (17).

(17) Del mismo modo que resultaría ridículo que el Juez que ordenase la detención de un sujeto fuese a su vez competente para resolver sobre el procedimiento de «hábeas corpus» que el detenido pudiera entablar en defensa de su libertad personal, no deja de ser extravagante que sin embargo el Juez

Nótese, además, la indudable coincidencia de la función que la LECrim. encomienda al Juez de Instrucción en el artículo 299 con las que encarga a la Policía Judicial: «averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial» (art. 282) (18).

b) Pero, además, la LECrim. en cuanto responsabiliza al Juez de Instrucción del éxito de la investigación, esto es, lo constituye en garante de que aquella alcance sus fines, lo sitúa en una posición institucional y personal interesada en la misma que es a todas luces incompatible con la posición de imparcialidad que caracteriza de forma decisiva la intervención jurisdiccional (19).

El Juez que la CE concibe, a diferencia del Juez instructor que configura la LECrim., es siempre un órgano que juzga, resuelve imparcialmente un conflicto entre partes que le es ajeno. Incluso en los supuestos en que interviene, en garantía de los derechos individuales o colectivos, lo hace decidiendo sobre los mismos desde una posición institucional y personal en todo caso ajena al conflicto que sobre los mismos le es planteado. Esta nota de la imparcialidad es desde luego esencial a la noción constitucional de órgano jurisdiccional.

La imparcialidad se predica por la Doctrina del Juez en cuanto es el único sujeto del proceso que no es parte, esto es, imparcial. Los sujetos del proceso, de la relación juridicoprocesal, como relación triangular son, el Juez (que detenta la potestad jurisdiccional) y las partes activas (actor, demandante o acusador) y pasivas (demandado o acusado) (20). Los restantes intervinientes en el proceso (testi-

de Instrucción limite legalmente el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al propio tiempo juzgue sobre la legitimidad de la medida.

(18) Las diferencias existentes entre la investigación policial y la instrucción derivan únicamente de las más amplias potestades atribuidas al Juez de Instrucción frente a las que ostenta la Policía Judicial, pero, en esencia, no existen diferencias de contenido y sobre todo de finalidad. Sobre la cuestión puede verse mi *Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1994, Lección 11.

(19) Que el Juez de Instrucción, en cuanto asume la responsabilidad de la investigación, queda psicológicamente involucrado e institucionalmente implicado en la actividad que viene llamado a desempeñar, perdiendo de esta suerte su imparcialidad es una idea que desarrollé en mi trabajo «El Procedimiento para el Enjuiciamiento de Delitos Menos Graves en el Anteproyecto de Reforma de la LECr», en *Revista Justicia* 86, núm. I, págs. 65 y ss.

(20) Como dice Vicente GIMENO SENDRA: «El proceso se caracteriza por una relación triangular del que se destaca, de un lado, la supremacía del tercero-Juez, en tanto que titular de la potestad jurisdiccional y, de otro, la situación de enfrentamiento o contradicción en la que se encuentran las partes...»; *Introducción al Derecho Procesal* (con Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez), Valencia, 1993, pág. 226.

gos, peritos, etc) son, por definición, «terceros» que carecen de la condición de sujetos procesales.

Pues bien, lo que caracteriza la posición del Juez en la relación procesal es, desde el punto de vista positivo, «decir el Derecho» (*ius-dicere*) con relación a un asunto concreto que se presenta contradicho, controvertido o relativizado; y, desde el punto de vista negativo el ser «ajeno personal e institucionalmente» al asunto que resuelve (*nemo iudex in causa sua*). El Juez es imparcial porque no es parte, como da idea la etimología de la voz imparcial. Precisamente si se lo rodea de condiciones de independencia es a fin de facilitar que pueda ser imparcial, es decir, Juez y no parte. La imparcialidad se predica, pues, del Juez como manifestación de ese aspecto negativo, como equivalente a no ser parte, a no tomar partido.

Pero el concepto de Juez imparcial puede y debe buscarse en la CE y en el artículo 6 CEDH (art. 10 CE), así como en la Jurisprudencia del TEDH, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ello en diversas ocasiones.

Es curioso observar que la CE no se refiere de forma expresa a la imparcialidad del Juez a la hora de definirlo (art. 117), a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Fiscal (art. 124), quizá —como pone de manifiesto Vives Antón— porque la CE da por supuesta la nota de la imparcialidad en la estructura de la propia idea de Juez (21), en el sentido indicado de sujeto de la relación jurídicoprocesal distinto de las partes (22).

El TC por su parte ha declarado que la imparcialidad del Juez se halla implícita en el artículo 24.2 CE, concebida como una de las garantías constitucionales dimanantes del derecho al proceso debido o proceso con todas las garantías (23).

(21) *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, II, La Reforma del Proceso Penal, Valencia, 1992, pág. 68.

(22) A mi entender cuando el artículo 124 CE exige la imparcialidad del Ministerio Fiscal no se refiere a su actuación cuando ya es parte en un proceso, momento en el que desde luego la imparcialidad no cabe, sino en el juicio previo que ha de hacer el Fiscal sobre el asunto que reclama su intervención antes de tomar partido o resolver la adopción de una determinada posición de parte en el litigio futuro, por ejemplo, a la hora de optar ante una querrela entre acusar al querrellado o defenderlo si lo estima indebidamente acusado, o cuando recibe una denuncia decidir sobre su archivo o realizar otras actuaciones.

(23) Así la STC 138/1991, de 20 de junio: «El derecho a un Juez imparcial, como señala entre otras la STC 145/1988, constituye una garantía que, aunque no se cita de forma expresa en el artículo 24.2 de la Constitución, debe considerarse incluida entre ellas, ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho; en este marco, la prohibición de que un mismo Juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas, busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella que se deriva no de la relación del Juez con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso; y a asegurar esa imparcialidad tienden, en general, las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes y, en particular, la establecida en el artículo 54.12 de la LECrim., que establece como causa legítima de recusación haber sido instructor de la causa (*Ibid*, F.J. 5.º).»

El artículo 6 CEDH sin embargo se refiere expresamente a la imparcialidad para definir la figura de Juez como un órgano «independiente e imparcial, establecido por la Ley» que «decidirá los litigios» de toda índole.

Pues bien, la noción de imparcialidad empleada por el artículo 6 CEDH ha sido desarrollada por la Jurisprudencia del TEDH, el cual se ha ocupado de los conceptos de independencia y de imparcialidad en diversas ocasiones, e incluso, como ha puesto de relieve Vives Antón (24), la noción de imparcialidad del TEDH puede terminarse de perfilar a través de ciertos *obiter dicta* (25).

El Tribunal Europeo se ha referido a la imparcialidad propia del concepto de «Juez o autoridad facultada por la ley para ejercer funciones judiciales», en la Sentencia de 26 de mayo de 1988 (caso Pauwels), e igualmente en las Sentencias de los casos Piersack, de octubre de 1982, y De Cubber, de 26 de octubre de 1984, en las que define la imparcialidad del Juez refiriéndose a su «ausencia de intereses sobre el objeto del litigio», como elemento esencial de diferenciación con las partes. En el mismo sentido declaró con relación a la Comisión Regional del Derecho Belga que «es un Tribunal en el sentido del artículo 6.1.º pues es independiente, tanto del Gobierno como de las partes, sus miembros son temporalmente inamovibles, y el procedimiento se desarrolla con las garantías necesarias» (Sentencia de 16 de julio de 1971, caso Ringeisen).

Igualmente se ha ocupado de las garantías de imparcialidad propias del concepto de «Juez o autoridad facultada por la ley para ejercer funciones judiciales», resaltando «la naturaleza de las funciones» efectivamente asumidas o desempeñadas por un Magistrado, para determinar si se comporta o no como un órgano imparcial; así, por ejemplo, declaró que «el señor Van Even acumuló efectivamente en el caso (del señor Pauwels), en virtud del Código de Procedimiento Penal Militar, las funciones de instrucción y las de la acusación». (Sentencia de 26 de mayo de 1988, asunto Pauwels) (26).

La evolución de la Jurisprudencia del TEDH ha sido sintetizada en la reciente STC 60/1995, de 17 de marzo, en los siguientes términos:

«... una primera doctrina del Tribunal Europeo, según la cual había que estimar siempre contrario al artículo 6.1 del CEDH la previa asunción por el Juez decisor de cualquier tipo de actividad instructora (Sentencias del TEDH, casos Piersack y De Cubber).

(24) *Ob. cit.*, págs. 63 y ss.

(25) *Ob. cit.*, pág. 75.

(26) Doctrina reiterada en las Sentencias de 22 de mayo de 1984, 26 de octubre de 1984 y 1 de octubre de 1982.

Posteriormente, sin embargo, a partir de la Sentencia dictada en el asunto Hauschildt (Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1989), este alto Tribunal matizó su anterior doctrina en el sentido de declarar que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo u obstáculo a «la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables».

De este modo, y con arreglo a esta casuística la jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha podido declarar, por una parte, contrario al artículo 6.1 del Convenio la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento como consecuencia de la promoción de un miembro del Ministerio Público o de un Juez de Instrucción a Magistrado del Tribunal encargado de conocer de la fase de juicio oral (asuntos Piersack y De Cubber), la adopción de la prisión provisional en ausencia de Abogado por un Juez de Instrucción que posteriormente conoció de la audiencia principal (Sentencias del TEDH, Pfeifer y Plankl, de 25 de febrero de 1992); la asunción de indicios suficientes de culpabilidad para disponer el «reenvío» del imputado a juicio (Sentencia del TEDH, Ben Yaacoub, de 27 de noviembre de 1987), o la intervención de «Jueces políticos» en la fase de juicio oral (Sentencia del TEDH, Holm, de 25 de noviembre de 1993).

Pero, por otra y todo al contrario, este mismo Tribunal ha tenido también ocasión de afirmar que no se infringe el artículo 6.1 del Convenio en supuestos tales como la adopción de la prisión provisional y posterior enjuiciamiento por un mismo Juez en un sistema de corte anglosajón, como es el danés, en el que corresponde al Ministerio Público la dirección de la investigación (Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1989 —asunto Hauschildt—) o la confirmación de dicha medida cautelar en la fase intermedia por un Magistrado de la Chambre d'accusation francesa (Sentencia del TEDH, Sainte-Marie, de 16 de diciembre de 1992); la emisión por un mismo órgano judicial de un Auto de procesamiento (o antiguo despacho de *pronúncia* portugués), y posterior enjuiciamiento (Sentencia del TEDH, Saraiva de Carvalho, de 22 de abril de 1994); la asunción de determinadas funciones instructoras y de decisión por un Juez de Distrito austríaco en nuestro equivalente a un juicio de faltas (Sentencia del TEDH, Fey, de 24 de febrero de 1993), y la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento en determinados procesos penales simplificados de citación directa como es el caso del procedimiento *direttissimo* italiano (Sentencia del TEDH, Padovani y otros, de 26 de febrero de 1993)».

Pues bien, en todos los casos mencionados en que el TEDH no entendió comprometida la imparcialidad del Juez lo fue por razón de que el Magistrado concernido se comportó como un Juez, realizando funciones jurisdiccionales, resolviendo un conflicto entre partes al que era ajeno y, por tanto, dentro de un proceso.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 24 de mayo de 1989 (caso Hauschildt) declaró que «Las actividades judiciales sobre cuyo ejercicio se asientan las aprehensiones del recurrente, y que conciernen a la fase anterior al juicio, son las de “un Magis-

trado independiente no encargado de instruir el asunto, ni de ordenar su sometimiento al juicio”. Tal es el caso de las decisiones que determinaron la prolongación de la detención preventiva del recurrente o su reclusión celular»; pues «Que un Juez de Primera Instancia o de apelación, en un sistema como el danés, haya ya adoptado decisiones antes del juicio, especialmente respecto de la detención preventiva, no puede bastar para justificar por sí solo las aprensiones en cuanto a su imparcialidad», pues «todas ellas (las decisiones anteriores al juicio) se adoptaron “a solicitud de la policía, que el interesado, asistido jurídicamente, combatió o pudo haber combatido”».

E igualmente, en la Sentencia de 22 de abril de 1994 (asunto Saraiva de Carvalho) el TEDH declaró que «al elaborar el despacho de pronuncia, el señor Salva-do actuaba en el marco de sus funciones de Juez de la cuarta cámara, no desarrollaba ningún acto de instrucción o de acusación. Su conocimiento profundo del expediente no implicaba un prejuicio que impedía considerarle como imparcial en el momento del juicio sobre el fondo». Y como fundamento de tal afirmación argumenta que «según el derecho portugués aplicable en la época, al dictar el despacho (de pronuncia, equivalente a nuestro procesamiento) el Magistrado encargado del asunto determinaba en primer lugar si el expediente, al que se refería la requisitoria del ministerio público, contenía un principio de prueba suficiente para que se pudiera imponer a un individuo el gravamen de un proceso».

El Juez lo es, pues, para el TEDH, no tanto por la posición institucional que ocupa sino por lo que hace; lo que caracteriza o significa a un Juez es la función que desempeña de resolver sobre algo que le es ajeno, es decir, sobre aquello que otro le pide, en lo que no es parte y en consecuencia resulta imparcial, lo que no podría decirse cuando el mismo Juez es responsable del éxito de la investigación y al tiempo decide sobre su contenido procesal (27).

Desde otra perspectiva la Sentencia de 22 de junio de 1989 (caso Langborger) declaró que «en materia de imparcialidad, se debe distinguir entre un aspecto subjetivo, que intentaría determinar la convicción personal del Juez en la ocasión de que se trata, y otro objetivo dirigido a asegurar que ofrezca garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto» (28).

(27) Con ello, como pone de manifiesto VIVES, el Tribunal Europeo conecta con el concepto de Juez definido por la tradición constitucional (*La Reforma...*, cit., pág. 68).

(28) En realidad, la distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva tiene una honda tradición en la Doctrina elaborada con anterioridad a 1950; así Niceto Alcalá Zamora y Castillo había escrito que «...una cosa es la independencia (objetiva) de la función jurisdicente y otra distinta, aunque el ideal sea que ambas concurren, la independencia (subjetiva) del funcionario judicial, producto de un conjunto de factores y, como principal, de cualidades personales de moralidad y carácter, sin que las primeras basten por sí solas, ya que, por desgracia, son innumerables las personas buenísimas carentes por completo de energía» (*Derecho Procesal Penal*, en colaboración con Levene, volumen I, Buenos Aires, 1945).

Esta distinción del TEDH entre un aspecto subjetivo y otro objetivo —en mi opinión— no ha sido siempre correctamente interpretada, debido a que la Doctrina tradicionalmente se ha planteado la cuestión de la imparcialidad del Juez desde una perspectiva doblemente limitada.

En primer lugar la imparcialidad se ha enfocado tradicionalmente sólo en el aspecto que el TEDH llama subjetivo, concebida como ausencia de prejuicios o intereses personales y cifrada fundamentalmente en la ausencia de los supuestos determinantes de la recusación del Magistrado (29), olvidando el aspecto institucional —u objetivo en la terminología del TEDH— y, por tanto, mirando únicamente dentro de un ordenamiento jurídico dado que es reputado bastante para garantizar la imparcialidad del Juez, sin plantearse si dicho ordenamiento lo es en verdad o no. Es decir, la imparcialidad del Juez se ha predicado sin más de aquel Juez que para el Derecho positivo interno resulta imparcial lo que ocurrirá, como digo, fundamentalmente cuando no es recusable.

En segundo lugar, la imparcialidad se ha limitado al Juez que ha de resolver sobre el objeto principal del proceso penal, se identifique éste con los hechos delictivos (30) o con la pretensión punitiva de los acusadores (31), pero en cualquier caso sólo de cara al juicio oral, olvidando la fase de instrucción, pese a afirmarse la naturaleza procesal de la misma (32).

La indicada distinción entre un aspecto subjetivo y otro objetivo, supone, en definitiva, que la imparcialidad, además de una determinada actitud personal de objetividad, identificada con la ausencia de prejuicios, tiene otra vertiente institucional desde la perspectiva del TEDH. Este no sólo juzga sobre las condiciones o actitudes subjetivas del Juez sino que, además, debe contrastar, y de hecho en las sentencias citadas así lo hace, si el ordenamiento interno del país de que se trate establece o no garantías institucionales de imparcialidad para un determinado Juez, con referencia, como es obvio, al caso concreto que le es sometido.

(29) Puede constatarse lo dicho incluso en la actualidad; concretamente, en la valiosa monografía de José Antonio DÍAZ CABIALE: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Granada, Comares, 1996, págs. 401 y ss.

(30) La identificación del objeto principal del proceso penal con los hechos delictivos ha sido defendida tradicionalmente por GÓMEZ ORBANEJA (*Comentarios a la LECrim.*, II, págs. 172 y ss.) y recientemente por DE LA OLIVA SANTOS (*Derecho Procesal Penal*, con otros, Madrid, 1994, págs. 185 y ss.).

(31) Identifican el objeto del proceso penal con la pretensión punitiva FENECH (*El Proceso Penal*, Madrid, 1982, págs. 80 y ss.) y en la actualidad ASENCIO MELLADO (*Principio Acusatorio y Derecho de Defensa*, Madrid, 1991, págs. 31 y ss.).

(32) Sobre la naturaleza procesal de la instrucción: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho Procesal Penal*, 10.^a edición, Madrid, 1984, págs. 142 y 143.

El TEDH se plantea, pues, si el Derecho interno del Estado de que se trate configura al Magistrado como un órgano imparcial, juzgando no sólo sobre la imparcialidad personal o subjetiva del mismo, sino sobre su imparcialidad institucional; pues, un Magistrado puede ser parcial, tanto personalmente, mediante un comportamiento no querido por el ordenamiento interno del Estado al que pertenece, como por su comportamiento institucional y por tanto precisamente por el comportamiento previsto y deseado por dicho ordenamiento (33).

Con estos presupuestos es evidente que a la vista de la Jurisprudencia del TEDH es necesario plantearse si el comportamiento que la LECrim. espera del Juez de Instrucción es el de un Magistrado imparcial, es decir, el de un verdadero órgano jurisdiccional o si por el contrario realiza funciones que suponen un interés en el objeto de la instrucción o en definitiva toma partido por alguna de las partes en el proceso penal. La respuesta sólo puede ser una: si la LECrim. obliga al Juez de Instrucción a llevar a buen término los fines de la instrucción, si le atribuye una responsabilidad próxima a la del Ministerio Fiscal, esencialmente coincidente con la de la Policía Judicial, es evidente que el Juez de Instrucción habrá de tomar partido inexorablemente por la causa de la sociedad, en detrimento del imputado, y no sólo del imputado, sino de los titulares de cuantos derechos fundamentales pueden verse lesionados como consecuencia de la instrucción.

Pero el proceso instructorio tiene un objeto propio, si se quiere, accesorio del principal, pues los acusadores o los imputados pueden tener interés en que se practiquen por el Juez de Instrucción determinadas diligencias de las que constituyen el contenido propio de la instrucción sobre las que el Juez debe decidir, cuando le son pedidas, pero que al propio tiempo puede llevar a cabo o no, de oficio, con anterioridad a la solicitud de las partes.

Conviene tener presente que la investigación oficial del Juez de Instrucción tiene diversos contenidos, que, a mi entender, pueden concretarse del modo siguiente (34):

a) El primer contenido esencial de la investigación criminal lo constituyen los «actos de investigación en sentido estricto», encaminados a recabar información sobre el hecho delictivo presuntamente cometido, o como dice la LECrim., a «hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes» (art. 299) y a

(33) Obsérvese que en el primer caso el Juez será recusable, pero en el segundo, desde luego que no.

(34) Sobre el contenido de la investigación oficial: *mi Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)*, Valencia, 1994, Lección 11, págs 146 y ss.

«recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro» (art. 282 LEGim.).

b) En segundo lugar se encuentran las diligencias o «actos de preconstitución de prueba». Así contiene el Libro II LECrim. disposiciones relativas a verdaderas diligencias de preconstitución de prueba, como son las relativas al «cuerpo del delito» (arts. 334 a 336), «reconocimiento judicial» (arts. 326 y 333), «testifical» (arts. 448 y 449) y «pericial» (arts. 467,2.º y 476).

c) En tercer término se hallan las «medidas cautelares personales y reales».

d) Por último constituyen también contenido de la investigación las denominadas «medidas instrumentales». En efecto, la realización de ciertas diligencias de investigación exige, en ocasiones, invadir la esfera de los derechos fundamentales de algún sujeto los cuales se hallan protegidos legalmente contra toda vulneración, y, en consecuencia, para ser llevadas a cabo necesitan de un acto «instrumental previo» que legitime tal acceso en el contenido del derecho fundamental [por ejemplo, el conocimiento del contenido de las comunicaciones personales (postales, telegráficas, telefónicas o de otra índole)] requiere previamente acceder «lícitamente» al contenido de las mismas y por tanto afectar el derecho consagrado en el artículo 18, 3.º CE; y otro tanto sucede con las extracciones de sangre, pruebas radiológicas, tactos vaginales y rectales o con la entrada en un domicilio u otro lugar cerrado, cuya práctica lesiona, por lo general, los derechos fundamentales a la integridad física y moral, el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15), o el derecho a la intimidad personal o domiciliaria (art. 18, 1.º y 2.º). Tales diligencias no constituyen, pues, medios de investigación propiamente dichos, sino «medidas instrumentales de las verdaderas diligencias de comprobación, descubrimiento o indagación». Para que sean lícitas tales medidas han de estar previstas por una Ley con rango de Ley orgánica en cuanto suponen actos de limitación de un derecho fundamental (pues así lo exigen los arts. 53.1 y 81 CE). Además, la utilización de la mayoría, estas medidas instrumentales exige que las acuerde o las autorice el Juez de Instrucción.

Pues bien, todas estas posibles diligencias pueden llevarse a cabo por decisión autónoma del Juez de Instrucción o bien a petición de las partes acusadoras o acusadas, y cuando el Juez de Instrucción las acuerda de oficio es evidente que se está implicando en el contenido de la instrucción, por ejemplo, cuando acuerda una diligencia de investigación tendente a la búsqueda de pruebas de cargo, como la declaración de la víctima o la entrada y registro del domicilio del imputado, lo que supone, en definitiva, una toma de partido por la causa de la sociedad que representa. El Juez podrá ser objetivo pero no imparcial.

El problema se agudiza, además, cuando se trata de actos o medidas instrumentales y cautelares.

Respecto de las primeras la decisión judicial que, conforme al artículo 579.3 LECrim., acuerda la observación de las comunicaciones telefónicas por ejemplo, supone una perversión de la garantía establecida en el artículo 18.3 CE y en el artículo 8.2 CEDH. El art. 18.3 CE, concretando las posibilidades previstas en el artículo 8.2 CEDH, establece como garantía esencial, frente a las posibles limitaciones del derecho al secreto de las comunicaciones personales, el de la existencia de una «resolución judicial» que autorice las injerencias en el mismo. Ello no significa, sin embargo, que la CE no reconozca ni incorpore las garantías normativas del artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (interdicción de la arbitrariedad) ni las del artículo 8 CEDH y las demás Declaraciones Internacionales sobre protección del derecho, las cuales, desde luego, han de darse por supuestas (art. 10.2 CE), sino que entre las posibilidades ofrecidas por el artículo 8.2 CEDH (que, como es sabido, permite la injerencia por la autoridad pública, sin especificación), opta por habilitar exclusivamente a una de ellas: a la «autoridad judicial».

Pero al propio tiempo, la CE cifra en la intervención judicial, la garantía de la adecuación al ordenamiento de las injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones personales. Por tanto, la conformidad de las injerencias con la propia CE y con el CEDH se hacen depender de la intervención de un órgano jurisdiccional, precisamente en consideración de lo que tal intervención implica. Conforme al artículo 18.3 CE el derecho «se garantiza... salvo resolución judicial» (35).

Desde esta perspectiva, no cabe pensar que, para la CE (36), la garantía de la adecuación al ordenamiento de las posibles injerencias de la autoridad pública, en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones, quede reducida hipócritamente a la intervención meramente formal de un Juez, miembro del Poder Judicial; la vocación del artículo 18.3 CE a la intervención del Juez ha de entenderse necesariamente como equivalente a la opción constitucional por el cúmulo de garantías procesales que supone el ejercicio de la potestad jurisdiccional, de suerte que la referencia a la «resolución judicial» implica la de «las garantías propias del proceso» (arts. 24 y 117 CE), es decir, la intervención «imparcial» del Juez y en el curso del proceso que es su cauce natural.

(35) No cabe, desde luego, entender que precisamente la «resolución judicial» prive de garantías al derecho al secreto de las comunicaciones personales.

(36) La idea de Juez y de proceso, en cuanto incorporadas a la definición de un derecho fundamental, exigen también una interpretación en sede de derechos fundamentales y, por consiguiente, una interpretación conforme a la propia CE (arts. 117, 53.1 y 10.2), al CEDH y a la jurisprudencia interpretativa del mismo emanada del TEDH.

Otro tanto puede afirmarse respecto de las medidas cautelares, aun las personales, pues, pese al nuevo régimen legal de la prisión provisional operado por la LOTJ, lo cierto es que el nuevo artículo 504 bis y el 539 reformado LECrim. dejan a la iniciativa del Juez de Instrucción la iniciación del procedimiento para acordar la prisión provisional u otra medida cautelar personal distinta de la detención, con lo que el Juez, al convocar a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 504 bis, realmente lo que está decidiendo es propiciar que los acusadores le pidan la medida para así poder acordarla como alternativa a no adoptar ninguna medida cautelar o acordar, sin más, la libertad cuando el inculcado se halla detenido.

2. LAS MISIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO FISCAL

Respecto del comportamiento que la CE espera del Ministerio Fiscal y, especialmente, en relación con la investigación penal, resulta del artículo 124 CE. Dice el 124, en su párrafo primero, que «el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión 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, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

A fin de llegar a un recto entendimiento del precepto constitucional citado estimo conveniente analizar, aunque sea brevemente, el origen de la institución en nuestro país. El Ministerio Fiscal, no debe olvidarse, nace en la historia de España con ciertos matices diferenciales respecto del resto de sus homólogos europeos. Así, hace notar el profesor Sánchez Arcilla, que el Ministerio Fiscal español surge en respuesta a una doble necesidad sentida a partir del siglo XIII (37).

La primera de dichas necesidades, íntimamente ligada al momento histórico de la Reconquista, se concretaba en la exigencia de defender la legalidad del Rey, de manera que se asegurase que los Jueces de los territorios reconquistados a los musulmanes no aplicasen, o en definitiva, no siguiesen aplicando las leyes musulmanas o las costumbres locales, y aplicasen la nueva ley de los conquistadores, es decir, la legalidad de los Reyes castellanos.

(37) SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José: «Procurador Fiscal y Promotor de la Justicia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4 de 1982, págs. 682 y ss.

Otros encuentran el origen de la institución sólo a partir del siglo XIX por contemplarlo sólo desde la perspectiva del proceso penal. Así, por todos, IBÁÑEZ GARCÍA DE VELASCO, Miguel: «Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal», *Rev. Derecho Procesal*, 1967, II, pág. 103.

Otros, por último, niegan el valor de la historia como parámetro investigador, como SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «El Ministerio Fiscal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 3-4 de 1979, pág. 613.

En segundo término, se hacía necesario defender los intereses de la Corona, defender los intereses del Rey, y de las personas que estaban bajo su protección, fundamentalmente de las viudas y huérfanos de guerra, de los desaparecidos en combate durante la contienda contra los musulmanes y de los cautivos; en general, de personas desvalidas, cuya protección era inmediatamente asumida por el Rey.

Tales misiones serían asumidas por un agente del Rey que recibió el nombre de Personero Real o «Procurador Real», y que como tal tenía encomendada la defensa en juicio de los intereses del Rey, compareciendo en juicio en nombre del Rey y en lugar del mismo. La intervención de este Personero o Procurador Real tenía como finalidad mantener la igualdad de las partes en el proceso, en cuanto evitaba la efectiva presencia en juicio del mismo Monarca. Pues si la defensa en juicio de la ley y los intereses del Rey o de las personas que se encontraban bajo su amparo se llevase a cabo mediante la efectiva presencia del Rey en juicio, quedaría en entredicho la igualdad de las partes e incluso la independencia y la misma libertad del Juez. Por ello, la presencia de ese agente real venía a restablecer el principio de igualdad siguiera de una manera indirecta.

Desde entonces a nuestros días el Fiscal en esencia ha venido defendiendo en juicio tales valores: en primer lugar la legalidad (la legalidad del Rey en un primer momento) en segundo término, los intereses de las personas desvalidas (que por ser desvalidas en el Estado Patrimonial del Antiguo Régimen estaban amparadas por el Rey, por la Corona) y por último, incluso los propios intereses patrimoniales del Estado, los intereses del Fisco, de ahí arranca su nombre de Fiscal.

Pero esa actividad del Ministerio Fiscal y las funciones que originariamente se le encomendaban, así como su configuración misma, se han ido viendo modificadas por las distintas vicisitudes derivadas de la evolución política y jurídica que han ido sucediéndose a lo largo de la historia hasta la actualidad.

Así, la superación del Estado Absolutista y su sustitución, primero por el Estado Liberal y luego la instauración del Estado Democrático de Derecho, determinaron que el Ministerio Fiscal dejara definitivamente de defender la legalidad del Rey, para comenzar a defender la legalidad del pueblo, la legalidad democrática emanada de los órganos legislativos, como legítimos representantes de la voluntad popular, al tiempo que, también como consecuencia de los presupuestos jurídicos del Estado de Derecho, asumiese la defensa en juicio de los derechos individuales civiles y políticos de los ciudadanos, consagrados como mínimos en las cartas políticas de toda esta época.

Un paso más de dicha evolución política influyó en las tareas o misiones del Ministerio Fiscal, tal es la consolidación del Estado Social. A partir de ese momento el Fiscal debe también asumir, como una parte esencial más de su cometido, la

defensa del interés social, aun cuando quizá sea uno de los aspectos que haya pasado más desapercibido cuantos constituyen el núcleo de las funciones que pueden y deben esperarse del Ministerio Público.

El examen del texto que contiene el artículo 124 de la Constitución, revela que no son otras las funciones que hoy la Constitución encomienda en esencia al Ministerio Fiscal.

En definitiva, a la vista del artículo 124 —que desde luego debe interpretarse a la luz de esa primera previsión que la Constitución hace en su artículo uno al declarar que España se constituye como «un Estado Social, Democrático y de Derecho»—, tiene encomendada en esencia la protección de esos mismos valores clásicos, pero con matices diferenciales derivados de la proclamación hecha en el mencionado artículo primero de la Constitución.

En primer término, se encomienda al Fiscal la defensa de la legalidad, no ya de la legalidad del Rey, sino de la legalidad democrática, la defensa del ordenamiento jurídico emanado de la voluntad popular a través de sus legítimos representantes.

En segundo término, se le encomienda la defensa de los derechos propios de los ciudadanos, típicos de un Estado de Derecho, es decir, los consagrados en el capítulo segundo del título primero de la Constitución, bajo la rúbrica «De los derechos fundamentales y libertades públicas», así como la defensa del derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución.

Por último, se encomienda al Fiscal la defensa del interés público (38) y del interés social (39).

(38) El concepto de interés público tutelado por la ley supone, según Granados Calero, una concreción del deber de defensa de la legalidad, en cuanto obliga a éste a intervenir en todos los casos en que la Ley se lo demande en defensa de alguno de los intereses generales. Por ejemplo, lo obliga a intervenir para satisfacer la necesidad de castigar o de perseguir a los delincuentes por tratarse de un interés general, en la necesidad de proteger a los menores o en la necesidad de procurar la certeza del Estado Civil de las personas [GRANADOS CALERO, F.: *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Madrid, 1989, pág. 163]. En sentido parecido se manifiesta SERRANO ALBERCA, en Comentarios a la *Constitución Española de 1978* (3.^a edición), págs. 1.814 y ss.

(39) La función de defensa del interés social y, en fin, el «concepto de interés social» exige, sin embargo, de mayores concreciones. En primer término, la expresión interés social debe conectarse, como ya antes se indicó, con la proclamación que el artículo primero de la Constitución hace de que España se constituye como un Estado Social, en cuanto supone de superación del Estado liberal. En tal sentido dice Garrorena González (GARRORENA GONZÁLEZ, Ángel: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1984, pág. 101) que «la calificación “estado social” se configura como una cláusula de neto valor hermenéutico y, como tal, dirigida a vincular a autoridades y ciudadanos en la interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto a la hora de indagar el sentido del Derecho que ya existe cuanto en el momento de determinar el sentido que debe informar el Derecho que se produce». Se trata, en términos del profesor Garrido Falla, de la «asunción por parte del Estado del deber de intervenir en la sociedad, poniendo desde el principio o sobre la base de poner en tela de juicio, la misma justicia de la configuración natural de la sociedad, de manera que esa interven-

En cualquier caso lo esencial es que el Ministerio Fiscal tutela todos los mencionados valores mediante una concreta forma de actuación: «promoviendo la acción de la justicia», es decir, «procurando» un acto de tutela jurídica respecto de los bienes cuya defensa se le encomiendan. Ello supone que el Ministerio Fiscal tiene su campo de actuación «natural» dentro del proceso al que accederá adoptando la posición procesal de parte, aunque antes de ello haya decidido imparcialmente sobre la posición a adoptar en el conflicto que origina el proceso. Esto supone que la función investigadora es ajena a los cometidos constitucionales del Ministerio Fiscal y que su intervención en la investigación sólo le es propia si ésta se canaliza a través del proceso, es decir, si se configura legalmente como una actividad procesal, pues las actuaciones administrativas le son, en general, ajenas.

En efecto, la configuración constitucional de la Institución para nada se relaciona con el ejercicio de potestades administrativas, sino que la CE cifra, según se ha dicho, su campo de actuación en el ámbito del proceso y no fuera del mismo, como ponen sin lugar a dudas de manifiesto las referencias del artículo 124 a «promover la acción de la justicia» y a «procurar ante éstos (los Tribunales) la satisfacción del interés social». Esto es unánimemente aceptado por la mejor Doctrina (40).

Es, desde luego, cierto que en el artículo 124 CE no gravita sobre el Ministerio Fiscal una prohibición constitucional para ejercer potestades distintas de las que le están atribuidas expresamente por el texto constitucional, análoga a la existente respecto de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial en el artículo 117.3, inciso 2.º CE.

Es igualmente cierto que al Ministerio Fiscal se han atribuido, en distintas ocasiones, ciertas funciones semejantes a la aquí comentada que igualmente exceden del ámbito procesal en el que naturalmente se desarrolla su actuación y se acer-

ción de los poderes públicos tiende a cambiar ese estado natural de la sociedad para procurar acercarlo en la medida de lo posible a unos moldes preconcebidos que se estiman más justos» (GARRIDO FALLA: *...Comentarios...*), es decir, a una concepción ideológica del modelo de sociedad que cada Estado o cada Constitución diseña.

Constituye, en definitiva, una acción social del Estado para lograr la llamada Justicia Social. Pero esta formulación tendría un carácter de mera formulación retórica, carecería de sentido, si la Constitución no se hubiese ocupado de diseñar esos moldes preconcebidos, de establecer una ideología en la materia, a la que acercar el estado natural de la sociedad, y eso es precisamente lo que hace la Constitución en el capítulo tercero del título primero, cuando establece lo que llama «Principios Rectores de la Política Económica y Social», donde se configuran tales esquemas de política social, definiendo las pautas de comportamiento de los poderes públicos para lograr la Justicia Social o la realización del interés del Estado Social o, dicho de una forma más sincrética, «la definición constitucional del interés social».

(40) Por todos, F. GRANADOS CALERO: *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Madrid, 1989.

can a las propias de la Administración Pública, mas si bien se mira, tienen otra naturaleza o no suponen más que una mera formulación estética.

Así, el artículo 18 bis del Estatuto Orgánico (introducido por Ley 5/1988, de 4 de marzo), crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. Resulta evidente que la función de «prevención» es propia, más que del Ministerio Fiscal, de la Administración Pública y, especialmente, en esta materia, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 11 LOFCS). Sin embargo, el examen del citado artículo 18 bis EOMF, pone de manifiesto que la referencia a misiones de prevención es más aparente que real por cuanto su contenido se circunscribe a actuaciones procesales relacionadas con los delitos de tráfico de drogas.

Igualmente, el Real Decreto 769/1987, de 24 de junio, de la Policía Judicial, integra al Ministerio Fiscal en el seno de las Comisiones de Coordinación de la Policía Judicial (arts. 31 y ss); pero ello es lógica consecuencia de la relación de dependencia funcional establecida por el artículo 126 CE entre la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal, como corrobora la intervención también en dichas comisiones de representantes del Poder Judicial. Por otro lado las atribuciones de la misma no constituyen en ningún caso actuaciones administrativas.

La única excepción a lo dicho se halla, sin embargo, en las potestades que le atribuye la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. La exposición de motivos de la Ley 1/1996 declara expresamente que «la evaluación del cumplimiento de los requisitos para gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita “no es en sentido estricto una función jurisdiccional...”,», siendo, en consecuencia, propósito de la Ley configurar dicha función como «una actividad esencialmente administrativa».

Como consecuencia de tales postulados, la resolución sobre el reconocimiento del derecho se atribuye a las «Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita», que se configuran como un «órgano administrativo» según corrobora claramente de la sumisión de su actuación y funcionamiento a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prevista en el artículo 11 de la Ley 1/1996.

Ahora bien, en la composición de dichos órganos administrativos se integran sendos representantes de los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, otros dos representantes de la Administración Pública, de los que uno será un Abogado del Estado, y, como presidente, un miembro del Ministerio Fiscal (art. 10). Por tanto, la atribución al Ministerio Fiscal de las potestades administrativas concretadas en la Ley 1/1996, en cuanto se desenvuelven fuera de su campo natural de actuación, que no es otro que el procesal, puede entrañar, siquiera de forma encubierta, una concepción legal del Ministerio Fiscal, distinta de la diseñada por el ar-

título 124 CE, o, si se quiere, una ampliación de sus formas de comportamiento fuera del proceso, al menos, no previstas constitucionalmente.

En suma lo que la CE espera del Ministerio Fiscal en la investigación penal es que valore su resultado en cada momento a efectos de promover los actos de tutela judicial que estime procedentes en defensa de los valores que tiene encomendados y, en consecuencia, del interés público inherente al proceso penal.

3. LAS MISIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL EX ARTÍCULO 126 CE

A diferencia de lo que sucede con los Jueces y con el Ministerio Fiscal, la CE reconoce la función de investigar las infracciones criminales a la Policía Judicial (art. 126).

La idea de Policía Judicial supone, en principio, la existencia de un cuerpo o cuerpos de policía dedicados a auxiliar a los Juzgado y Tribunales y al Ministerio Fiscal, en sus funciones relacionadas con el ejercicio del *ius puniendi* (derecho a castigar) de que es titular el Estado.

Por tanto, la existencia de una Policía Judicial es, en primer lugar, consecuencia de la necesidad social de garantizar la eficaz persecución de los delitos, ya que el éxito de la justicia penal, como mecanismo para la defensa de la sociedad frente al delito, depende, en gran medida, de la actividad policial. En expresión de Helie «la policía es el ojo de la justicia» y es que, normalmente, es el primer elemento de control social que entra en contacto con el delito. Pero además la Policía Judicial es el «brazo armado de la Justicia Penal».

En segundo lugar el establecimiento de la Policía Judicial es una exigencia del Estado Democrático de Derecho consagrado por la Constitución, la cual pone a la Policía no sólo a disposición del Poder Ejecutivo (art. 104 CE) sino del poder Judicial (art. 126 CE), como consecuencia del sistema de separación de poderes (41).

Pero actualmente la Policía Judicial no se presenta en nuestro sistema como un «Cuerpo de Policía», diferenciado de los demás Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y llamado a desempeñar esa función con carácter exclusivo y, menos aún, excluyente; sino que constituye en esencia una «función policial» encomendada por el ordenamiento a la generalidad de los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad existentes, aun cuando se atribuya de modo preferente a ciertos organismos policiales por razones de especialización.

(41) En este sentido Víctor MORENO CATENA (con otros): *El nuevo proceso penal (Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988)*, Valencia, 1989.

En realidad, la función de Policía Judicial no es más que una de las posibles manifestaciones de la función general de Policía. La Constitución define una y otra funciones en los artículos 104 y 126 respectivamente (42).

El artículo 104,1 se refiere a la función general de Policía: «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.»

El artículo 126, por su parte, consagra constitucionalmente la función de Policía Judicial: «La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.»

El artículo 104,1 CE cifra, pues, la función general de Policía en la «misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

Lo primero que merece destacarse del artículo 104,1.º de la Constitución es la denominación de Fuerzas y Cuerpos «de Seguridad» empleada en el mismo para aludir a la Policía. Con ella se distinguen claramente de las Fuerzas «Armadas» (43) (denominación con la que la Constitución designa al Ejército: art. 8 CE), a fin de diferenciar definitivamente las funciones de policía y las de defensa nacional que tradicionalmente han aparecido confundidas y desempeñadas conjuntamente por instituciones militares (44).

Por otro lado, la referencia a la Seguridad, frente a la anterior denominación «Fuerzas de Orden Público», implica la acentuación de la configuración constitu-

(42) La exposición que sigue es la misma que mantengo en la lección correspondiente de mi *Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)*, Valencia, 1994, págs. 67 y ss.

(43) Sobre las misiones de las Fuerzas Armadas puede consultarse la obra de Manuel Díez-ALEGRÍA: *Ejército y sociedad*, Madrid, Alianza, 1973; igualmente la clásica obra de Hermann OEHLING: *La función política del Ejército*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.

(44) Desde la Edad Media las funciones policiales se han venido encomendando al Ejército. Incluso en 1812, la Constitución de Cádiz establecía que «Habrà una “fuerza militar” nacional permanente, de tierra y de mar, para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior» (art. 356). Así los cuerpos y fuerzas policiales han tenido históricamente estructura, organización y disciplina militares hasta que recientemente se han configurado como institutos armados de carácter civil, con la sola excepción de la Guardia Civil que conserva carácter militar y, aun así, con especialidades propias que la distinguen de las Fuerzas Armadas. Sobre la materia existe una, en la actualidad, bastante bibliografía, como más relevantes pueden consultarse las siguientes: Manuel BALLBÉ: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1983; Diego LÓPEZ GARRIDO: *El aparato policial en España*, Barcelona, Ariel, 1987, y Carlos SECO SERRANO: *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984.

cional de la Policía como una institución democrática encaminada al servicio de los ciudadanos más que al del propio Estado o del Gobierno.

A) *Los fines constitucionales de la función de policía*

La Constitución centra la función policial en la protección y garantía de los dos siguientes valores: a) el libre ejercicio de los derechos y libertades, y b) la seguridad ciudadana.

La actividad policial de «protección del libre ejercicio de los derechos y libertades» se centra en mantener las necesarias condiciones de paz ciudadana para que los derechos y libertades se puedan ejercitar por sus titulares en libertad, es decir, libres de todo ataque a los mismos que proceda de otros sujetos. Así compete a la Policía proteger a quienes ejercitan su derecho constitucional a manifestarse pacíficamente y sin armas (art. 21 CE) frente a quienes perturben el normal desarrollo de la manifestación; o proteger el derecho del dueño de un vehículo a disfrutar y disponer del mismo frente a quienes pretendan utilizarlo ilegítimamente y, por tanto, sin autorización de aquel.

En cuanto a la «seguridad ciudadana» se trata de un concepto distinto del de Orden Público tal y como se venía entendiendo antes de la Constitución de 1978. La Seguridad Ciudadana forma parte de otro más amplio: el de «seguridad pública» (45). Ésta comprende todos los mecanismos encaminados a la protección de personas y cosas frente a cualquier peligro que pueda amenazarlos, ya proceda de actos humanos o de hechos o sucesos naturales (como terremotos, inundaciones, incendios, epidemias, situaciones de desabastecimiento de artículos de primera necesidad, etc). Como se ve, aunque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tengan determinadas atribuciones en estas situaciones, desde luego éstas no son de su competencia exclusiva, sino que se atribuyen a otros servicios públicos como los de extinción de incendios, los de salud pública y, en general, a los de Protección Civil.

La Seguridad ciudadana constituye únicamente la «seguridad material de personas y bienes de los ciudadanos frente a los ataques (violentos o fraudulentos) procedentes de actos humanos, ya sean delitos o infracciones del ordenamiento jurídico público que lesionen o pongan en peligro tales bienes».

(45) La literatura sobre la noción de seguridad ciudadana es últimamente abundante, así puede consultarse José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Policía y Sociedad*, Ministerio del Interior, Madrid, 1990, págs. 41 y ss.

Igualmente Miguel José IZU BELLOSO: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *REDA*, núm. 58 (1988), págs. 240 y ss.

En realidad podría decirse que la garantía de la seguridad ciudadana y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades no son más que dos perspectivas o aspectos del mismo objeto.

B) *Modalidades de la actividad de policía: policía preventiva y reactiva*

En cualquier caso la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana exigen una doble tarea de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: evitar la realización de conductas que atenten contra los mencionados valores y reaccionar contra tales conductas cuando ya se han producido, aun de forma imperfecta.

Tradicionalmente las dos actividades enunciadas suelen recibir las denominaciones de prevención y represión.

Al campo de la «prevención» corresponde toda una gama de acciones de muy diversa índole (campañas de información, el solo alumbrado de las calles, patrullas, controles, labores de vigilancia especialmente a personas que se reputen en situación predelictual, e incluso la sola presencia policial en las vías públicas) concebidas como medios disuasorios para el contraventor potencial.

La «represión» supone una actividad encaminada a la sanción de las contravenciones ya cometidas, mediante el descubrimiento de sus responsables y el aseguramiento de sus personas y de las pruebas de la infracción, a fin de ponerlas a disposición de las autoridades competentes para reprimir tales conductas, según se trate de infracciones administrativas o criminales.

A su vez, las conductas atentatorias al libre ejercicio de los derechos y libertades y a la seguridad ciudadana pueden constituir bien, infracciones administrativas o bien, infracciones criminales (delitos y faltas), pero en todo caso conductas contrarias al Derecho público, ya al Derecho penal o ya al Derecho administrativo, con lo que la actividad policial preventiva o reactiva constituye, en esencia, una actividad tendente a lograr la eficacia de las leyes y disposiciones generales.

Lo expuesto permite distinguir una doble clasificación de la actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

A) Atendiendo al objetivo inmediato de la actividad policial, puede hablarse de una actividad de policía «preventiva» y de otra «reactiva o represiva».

B) Atendiendo a la clase de normas cuya eficacia se pretende garantizar, puede hablarse de una actividad de policía «administrativa» y de otra de policía «criminal».

Pero además a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad suelen encomendarse por la Ley otras actividades de asistencia a personas necesitadas de un inmediato auxilio por cualquier causa, siquiera sea con carácter provisional y urgente, hasta tanto los servicios públicos o privados de que se trate se hagan cargo de la situación de peligro que genera la necesidad de asistencia (por ejemplo, la producción de una lesión accidental de una persona en la vía pública o la producción de un incendio en un edificio puede requerir la intervención urgente de cualquier agente o funcionario que se encuentre en el lugar, aunque tal intervención sea mínima y consista en trasladar al lesionado a un centro sanitario o auxiliar a las víctimas del incendio y comunicar su producción a los servicios de bomberos). Esta actividad policial es más una actividad de cooperación con otros servicios e instituciones y suele denominarse «actividad asistencial».

Las funciones constitucionales de la Policía antes expuestas y las clases de actividad policial enunciadas encuentran su plasmación en la enumeración de las misiones o funciones policiales contenida en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo artículo 11,1.º sienta:

«Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:

a) Velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones generales ejecutando las órdenes que reciban de las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.

b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.

c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran.

d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.

e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana.

f) Prevenir la comisión de actos delictivos.

g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.

h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

i) Colaborar con los Servicios de Protección Civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil.»

C) *Las potestades de policía: los poderes policiales de control y coerción*

La actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad suele entrañar limitaciones o intervenciones en los derechos de los ciudadanos (por ejemplo la detención de un sujeto constituye una intervención sobre su derecho a la libertad personal —art. 17 CE—). Por esta razón, tal actividad en un Estado democrático de Derecho no puede quedar simplemente confiada a la discrecionalidad policial, sino que necesariamente ha de estar prevista y regulada por una norma de Derecho objetivo. Mientras el ciudadano puede, en principio, hacer todo aquello que la ley no le prohíba, la Policía, en cuanto parte de la Administración, sólo puede actuar en la medida en que la ley se lo autorice.

Para que un funcionario de policía pueda llevar a cabo una actuación ha de tener un poder legal o potestad para ello, o sea, ha de estar autorizado o habilitado por una concreta norma jurídica («norma habilitante»). Pero tal actuación puede afectar a derechos de distinta naturaleza (puede tratarse de un derecho fundamental o no) y, por consiguiente, la norma que autorice cada actuación policial ha de tener «rango bastante» para ello (Ley orgánica, Ley ordinaria, Real Decreto, Ordenanza Municipal, Bando, etc), dependiendo de la naturaleza del derecho afectado.

En materia de actividad de policía esta exigencia reviste especial importancia, pues con gran frecuencia incide en los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Ello supone que en tales casos la potestad policial debe proceder de una norma con rango de Ley orgánica por mandato del artículo 81,1.º CE.

En resumen, la actuación de la policía supone, en todo caso, el ejercicio de potestades atribuidas por las leyes y normalmente por Leyes Orgánicas.

Lo característico de la actividad policial es que ésta se concreta en actos de control y de coerción, lo que permite hablar de dos potestades típicas de policía: la «potestad de control» y la «potestad de coerción» (46).

La «potestad de control» habilita a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para adquirir información sobre el desarrollo de la vida ciudadana, sobre la población en

(46) Así RANELLETTI define la actividad de policía como «quella maniera di attività pubblica nel campo dell'amministrazione interna che si esplica limitando o regolando l'attività dei singoli (persone fisiche o giuridiche), eventualmente, se è necessario, per mezzo della coazione, allo scopo di garantire il tutto sociale o le sue parti contro danni che possono provenire dall'attività umana». («La polizia di sicurezza», en *Trattato dell'Orlando*, vol. IV, Milan, 1908, pág. 306).

En sentido parecido se produce la definición de André Bossard: «En resumen, puede decirse que la policía, de manera general, tiene por misión garantizar la paz y la seguridad en una colectividad, así como la seguridad de los ciudadanos, imponiéndoles por la fuerza, si fuere necesario, la observancia de las leyes» (*Las funciones policiales*, en volumen compilado por José María Rico, *Policía y Sociedad Democrática*, Madrid, 1983, pág. 106).

general y especialmente sobre las personas relacionadas con el mundo de la delincuencia (47).

La «potestad de coerción» supone la habilitación para hacer uso de la fuerza física y de la violencia cuando esta es necesaria para restablecer o incluso mantener la seguridad ciudadana; por ejemplo, para lograr la detención de una persona o disolver una manifestación ilegal. Esta potestad es la que a veces también se ha llamado de «coacción directa», por cuanto los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en ocasiones se hallan habilitados legalmente para hacer cumplir o ejecutar sus órdenes o decisiones.

El impedimento y eliminación de infracciones penales y administrativas contra la seguridad ciudadana (prevención y restablecimiento) puede reclamar el empleo de la coacción directa por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de hecho suele reclamarla, por lo que el ordenamiento prevé actos de policía en tal sentido. Así, por ejemplo, la LSC habilita a las autoridades gubernativas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para realizar una serie de intervenciones que tradicionalmente suelen identificarse con la coacción directa o uso de la fuerza (48).

D) La función de Policía Judicial

En una primera aproximación la función de Policía Judicial aparece definida por la idea de una Policía que desarrolla su actividad en aras de la Administración de Justicia, propiciando que ésta cumpla las misiones que el ordenamiento le encomienda y auxiliando a los órganos jurisdiccionales y del Ministerio fiscal en el desarrollo de sus distintos cometidos; dicho de otro modo, una Policía que actúe en función del llamado Poder Judicial, como la Policía Gubernativa actúa en función del Poder Ejecutivo. Pero, el análisis del artículo 126 CE pone enseguida de mani-

(47) Son actos típicos de «control general» de policía los de vehículos y sus conductores, reuniones o manifestaciones públicas, ceremonias y manifestaciones religiosas, tenencia y transporte de armas, actividades de juego y apuesta, establecimientos públicos de hospedaje, de espectáculos públicos, de bebidas alcohólicas (bares), balnearios, compraventa de joyas y metales preciosos, comercio o reparación de objetos usados, el alquiler o el desguace de vehículos de motor, industrias peligrosas, nocivas, insalubres y molestas, actividades tipográficas y, en general, todas las actividades relevantes para la seguridad ciudadana. A algunos de ellos se refiere el capítulo II de la LEC (arts. 6 a 13).

Los actos de «control especial» sobre personas concretas son de identidad de personas, la toma y registro de muestras dactiloscópicas, el seguimiento y observación de personas.

(48) Son actos de coerción, propiamente dichos, tanto los consistentes en el uso de la fuerza para garantizar una orden de detención cuando ésta no es pacífica, como el uso de armas de fuego por parte de la policía como reacción ante un ataque violento, o la disolución, por la fuerza, de una manifestación ilegal conforme a los artículos 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión y 16 LSC.

fiesto que la función de Policía Judicial se contrae al ámbito criminal, auxiliando a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal únicamente en sus funciones procesales de carácter penal.

En efecto, conforme al artículo 126 de la Constitución, la función de la Policía Judicial se contrae a «la averiguación del delito y al descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca».

La expresión constitucional «en los términos que la ley establezca» supone una remisión a las Leyes procesales (Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 y Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) y a la legislación policial (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial), normas que vienen a desarrollar tal precepto, detallando la función de Policía Judicial.

El artículo 282 LECrim. establece que «La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos (o privados cuando fueren requeridos para ello) que se cometan en su territorio o demarcación, practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial».

Y el artículo 443,1, inciso 1º LOPJ, casi reproduciendo el contenido del artículo 126 CE, sienta que «la función de Policía Judicial comprende el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes». Luego el artículo 445, por su parte, enumera detalladamente tales misiones:

a) La averiguación de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.

b) El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.

d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.

e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal.

El RDPJ, por último, reproduce prácticamente las fórmulas anteriores: «actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento y aseguramiento de delincuentes» (art. 1).

En conclusión podemos definir la función de Policía Judicial como aquella actividad policial dirigida a la averiguación de los delitos y el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, así como a garantizar el cumplimiento y, en su caso, la ejecución coactiva de las resoluciones de las autoridades judiciales y fiscales, auxiliándolas en sus funciones procesales de carácter criminal.

Es decir, sintéticamente, la función de Policía Judicial no es sino la «función de policía criminal» represiva o encaminada a la represión de las infracciones criminales. Y, en términos de la LOFCS, la función de «investigación de los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes» [Art. 11, 1, g) LOFCS citado].

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que la función policial de investigación criminal supone desde antiguo la aplicación de técnicas específicas o conocimientos científicos de diversa índole (documentoscopia, lofoscopia, balística, etcétera), lo que ha permitido a veces equiparar la Policía Judicial con la locución «Policía Científica». En este sentido se distingue, desde el punto de vista dogmático, entre el desempeño de la función de policía criminal represiva mediante el empleo de las técnicas comunes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el desempeño de esa misma función aplicando las modernas técnicas policiales y criminalísticas y, sobre la base de dicha distinción, se habla de la «función general de Policía Judicial» y en un sentido más estricto de la «función de Policía Judicial especializada».

Esta idea ha trascendido al terreno legislativo; así para la exposición de motivos de la LOFCS «Los avances de la criminalidad moderna exigen que deba lucharse contra la misma con grandes medios y efectivos, utilizando las técnicas de la policía científica... configurándose la Policía Judicial, en el terreno doctrinal y docente, como una especialidad policial, y, considerándose el diploma correspondiente como requisito necesario para desempeñar puestos en las unidades que se constituyan». Igualmente el artículo 32 de dicha Ley sienta el principio de que «la Policía Judicial constituye una función cuya especialización se cursará en los centros de formación y perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con participación de miembros de la Judicatura y del Ministerio Fiscal, o, complementariamente, en el Centro de Estudios Judiciales».

En suma, debe concluirse, que para la CE las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, es decir, las que integran el contenido esencial de la investigación corresponden «de forma natural» a la Poli-

cía Judicial. A *contrario sensu*, no corresponden constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales ni al Ministerio Fiscal.

V. CONCLUSIÓN

La consecuencia general que —a mi juicio— debe extraerse de las anteriores consideraciones es la imposible convivencia del sistema procesal basado en los principios que inspiraron la LECrim. con los que inspiran el proceso configurado por la CE y las Convenciones Internacionales de Derechos.

La CE prevé un modelo de proceso penal de corte decididamente acusatorio en todas sus fases o, como otros prefieren denominarlo, modelo «contradictorio» (49), en el que los principios acusatorio (50) y de contradicción constituyen los pilares o elementos estructurales inderogables de toda la actividad que integra el proceso, cualquiera que sea la fase o estadio en que se encuentre, y, por tanto, también durante la investigación (51). En consecuencia, durante la fase de investigación el Juez, lejos de intervenir directamente en ella, se limita a amparar los derechos de todos los intervinientes y afectados por la misma, autorizando o denegando la limitación de derechos y restableciendo los indebidamente limitados, al tiempo que resuelve cuantos conflictos surgen entre los interesados.

Este es además el modelo de proceso penal que se ha ido adoptando paulatinamente en casi todos los países europeos de nuestro entorno, aun con matices diferenciales entre ellos, derivados de distintas opciones de los legisladores nacionales pero que en definitiva vienen a fundarse en la misma idea: la Policía investiga, el Fiscal, cuando es procedente, acusa (aunque en algunos países tenga una mayor disposición sobre la Policía Judicial y en consecuencia una mayor intervención en la investigación) y el Juez resuelve y juzga.

Conforme a lo dicho, en general, la investigación de toda clase de delitos y faltas debe competir en exclusiva a la Policía Judicial. Únicamente los delitos pri-

(49) Así prefiere denominarlo, por ejemplo, Andrés DE LA OLIVA SANTOS: *Derecho Procesal Penal* (con otros), reimpresión de marzo de 1994, págs. 38 y ss.

(50) Entendiendo aquí por principio acusatorio la necesidad de que un acusador de una infracción penal pida al Juez que intervenga, más no necesariamente en un determinado sentido como sucede en el proceso civil, lo que viene a distinguirlo de los principios dispositivo y de aportación de parte.

(51) Precisamente el mantenimiento en la LECrim. vigente de una fase de investigación imbuida de unos principios distintos de los que animan las demás y, concretamente, la de juicio oral acarrea uno de los males más comunes del proceso penal en la actualidad, pues la actividad llevada a cabo durante la primera fase (inquisitiva) aflora luego en la de juicio (contradictoria) provocando en esta última fase la necesaria declaración de nulidad de gran parte de aquella; ¿cuántas veces las pruebas obtenidas en la investigación inquisitiva resultan luego nulas en la fase contradictoria de juicio?

vados podrían ser investigados por particulares e, incluso, por la propia Policía si la víctima acude a la misma requiriendo su intervención.

De todas las posibles actuaciones que constituyen el contenido de la investigación la Policía Judicial acordaría y practicaría todas las llamadas diligencias de investigación en sentido estricto que considere necesarias.

En cuanto a las medidas limitativas de derechos la Policía Judicial también practicaría aquellas para las que está habilitada legalmente, sean diligencias instrumentales (como la identificación de personas, el cacheo, etc.) o medidas cautelares (como la detención). Las restantes medidas limitativas deberá autorizarlas el Juez, que por eso suele llamarse Juez de la Instrucción, más que Juez de Instrucción.

La Policía Judicial podría dar cuenta al Ministerio Fiscal del curso de la investigación en cualquier momento, especialmente cuando limitare derechos fundamentales de alguna persona en el curso de la misma y, en todo caso, cuando pretenda que el Juez de Instrucción los limite por ser necesaria la resolución o autorización judicial. En tales casos el Fiscal decidirá sobre la necesidad y utilidad para la investigación de la limitación del derecho que se trate, valorando especialmente la legalidad y proporcionalidad de la medida interesada por la Policía Judicial, la cual pediría al Juez (o, en su caso, se opondría a ellas), y el Juez resolvería, siendo posible, previa audiencia del sujeto afectado.

Una vez concluida la investigación policial se comunicaría, si no se hizo antes, al Ministerio Fiscal, quien debería hacer una valoración de la misma, pidiendo al Juez que impute al policialmente inculcado, comunicándole, en su caso, el propósito de acusar, así como la adopción de las medidas cautelares personales y reales procedentes o, alternativamente, acordaría el archivo comunicándolo al perjudicado.

Para garantizar los derechos y el interés de los acusadores particulares o populares y del propio imputado, una vez que el Juez de la Instrucción tiene conocimiento de la imputación formulada por aquellos, o por el Fiscal, contra éste, ordenará practicar las diligencias que le pidan tanto los acusadores como los imputados, si no las practicó la Policía Judicial cuando hubiere intervenido con anterioridad y las estima pertinentes.

El Juez de Instrucción: *a)* Acordará cuantas diligencias de investigación le pida cualquier parte distinta del Fiscal, pues éste puede ordenarlas directamente a la Policía. *b)* Concederá cuantas autorizaciones para limitar derechos fundamentales estime procedentes y que en todo caso le sean pedidas, como antes se expuso o, en su caso, las denegará. *c)* Valorará la razonabilidad e intensidad de la imputación que verifique el Ministerio Fiscal u otro acusador a efectos de dar curso al procedimiento, así como cuando haya de adoptar medidas que igualmente se le pidan.

d) Resolverá sobre la preconstitución de pruebas que puedan llevarse a cabo durante la investigación.

En cualquier caso el Juez de Instrucción no llevará a cabo ninguna actividad que no le sea pedida, ya por los acusadores, ya por los imputados.

Por último desde que la Policía Judicial dirigiera la investigación contra un sujeto determinado o pretendiera afectar sus derechos debería comunicárselo, salvo que pretenda del Juez que declare secreta la investigación para el imputado, y desde ese instante debe consagrarse con carácter general la adquisición de la condición de inculpado policialmente (por la Policía) y lógica e ineludiblemente el nacimiento del derecho de defensa. De esta manera la defensa tendría lugar frente a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal cuando pidiera al Juez de la Instrucción medidas limitativas contra el mismo.

De esta manera:

a) La Policía Judicial cumpliría fielmente las misiones que le asigna el artículo 126 CE.

b) El Ministerio Fiscal se comportaría «promoviendo la acción de la Justicia...» (art 124 CE).

c) El Juez actuaría tutelando los derechos e intereses de las partes sin tomar partido por ninguna de ellas, comportándose como un verdadero Juez y garantizando imparcialmente los intereses de la sociedad y de los ciudadanos (art. 117.3 y 4 CE).

d) El derecho de defensa cobraría su verdadero sentido en la instrucción o investigación, pues desplegaría su eficacia frente a la actividad de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, mas no como en la actualidad que el imputado parece defenderse —y así creo que es hoy— del propio Juez en cuanto es un «Juez de Instrucción»; lo lógico es que la defensa deba desarrollar su actividad procesal de resistencia para defenderse de las pretensiones de los acusadores, no de las decisiones «propias» del Juez.

EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL. NUEVAS PERSPECTIVAS

CRISTINA ESCOBAR JIMÉNEZ
Abogado Fiscal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REGULACIÓN ACTUAL: LÍNEAS GENERALES: A) *Tipo básico*. B) *Tipo agravado*: B.1 Regulación legal; B.2 Conductas típicas: análisis general. C) *Agravaciones específicas*: C.1 Punto de partida; C.2 Sus presupuestos generales.—III. PERSPECTIVAS DE FUTURO: A) *El bien jurídico protegido*. B) *Ordenación sistemática*. C) *Tipo básico*. D) *Tipo agravado*. E) *Agravaciones específicas*.—IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introduce en este tipo delictivo cambios sustanciales, ya que la nueva regulación concentra en el capítulo I del título VIII los supuestos en que concurre un atentado a la libertad sexual con violencia o intimidación, reservando para ellos la denominación de agresiones sexuales.

Esta innovación, acertada según algunos autores (1), supone la desaparición de una expresión tan legendaria en nuestro Derecho Penal como es la de «violación», pero trasciende, como señala Carmona Salgado (2), del mero carácter nominal y aparente de la reforma, para afectar, de forma profunda, a la estructura y contenido del delito mismo. Así, el criterio utilizado por el legislador de 1995 para la división de las nuevas infracciones típicas que crea, atiende exclusivamente a la cualidad de los medios por los que se anula la voluntad del sujeto pasivo del delito (conurrencia o no de violencia o intimidación), frente al texto punitivo anterior que, desde su origen, se apoyaba en la entidad de los actos sexuales realizados para fundamentar la distinción (acceso carnal para la violación y abusos de naturaleza sexual, pero sin penetración, para los delitos de agresión sexual). En cambio, tras la reforma operada, el acceso carnal por medio de penetración, ya sea vaginal, anal, bucal o con la utilización de objetos, puede constituir tanto un delito de agresión sexual (arts. 178 y 179), como uno de abuso sexual (arts. 181 y 182).

(1) Así lo considera M. CANCIO MELIÁ: «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *La Ley*, núm. 4181 de 5 de diciembre de 1996, pág. 1.

(2) *Vid.* C. CARMONA SALGADO: *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial, Volumen I, Madrid 1996, pág. 302.

Se opta en el nuevo Código por utilizar un tipo básico (art. 178) y uno agravado por las especiales características del contacto sexual impuesto con la agresión (art. 179), a los que acompañan una serie de circunstancias agravantes específicas (art. 180) que producen diferentes efectos según se refieran al tipo básico o al cualificado, y según que su concurrencia sea aislada o múltiple.

II. REGULACIÓN ACTUAL: LÍNEAS GENERALES

A) TIPO BÁSICO

De conformidad con el criterio utilizado por el legislador de comenzar la regulación de cada grupo de delitos, ordenados en función de su gravedad, con la previsión de una figura básica a la que se añaden una serie de modalidades agravadas, también los delitos más graves contra la libertad sexual, denominados recientemente agresiones sexuales, se apoyan en un tipo básico, el artículo 178, el cual describe los elementos esenciales de esta clase de delitos, esto es, la realización de un atentado contra la libertad sexual de una persona utilizando violencia o intimidación.

La nueva figura de agresiones sexuales se corresponde así, en cuanto a los medios, con los supuestos de comisión del antiguo delito de violación, utilizando fuerza o intimidación (violación propia), así como con la figura correlativa y desparejada de agresiones sexuales, sin que se aporte con la nueva regulación ningún matiz diferenciador en cuanto al alcance y contenido de los mismos, por lo que resulta de aplicación al nuevo texto la interpretación doctrinal y jurisprudencial elaborada hasta ahora al respecto.

Lo que sí parece necesario, en aras del principio de taxatividad, es concretar la clase de agresiones al bien jurídico que resultan merecedoras de sanción penal, ya que el legislador se ha limitado a ofrecer un concepto genérico de agresión sexual con toda la amplitud que supone el incorporar en la descripción típica la referencia al bien jurídico tutelado de forma global (3).

(3) En este sentido destaca el análisis realizado sobre este extremo por la Fiscalía General del Estado con motivo de la aprobación del Anteproyecto de modificación del título VIII del Código Penal: «Dicha expresión –atentare contra la libertad sexual– no se detiene en las acciones que se proyectan sobre el cuerpo ajeno y que suelen traducirse en tocamientos o contactos corporales de variada índole; también debe abarcar aquellas conductas que implican ataque o agresión a la libertad sexual de una persona cuando, sin existir contacto físico alguno entre el sujeto activo y pasivo, imponen a este último determinados comportamientos de índole sexual (por ejemplo, obligar a la víctima a masturbarse; en este sentido, STS. 2-6-92). Las dudas que puedan suscitarse, tanto en el caso anterior, como respecto de

Con motivo de ello, la doctrina ha apuntado diversos criterios con la finalidad de suplir la sobriedad de la redacción legal, enfocados desde diferentes perspectivas; así, Muñoz Conde propone la ubicación de la conducta en un contexto determinado que cultural y socialmente pueda ser calificado de sexual, con la exigencia añadida de la trascendencia y gravedad del acto, así como su potencialidad para afectar de un modo relevante la sexualidad ajena (4).

Por su parte, Carmona Salgado sostiene que el contenido concreto del tipo básico hay que deducirlo por exclusión, partiendo para ello de la previa determinación de la conducta que integra el tipo cualificado del artículo 179, cuya redacción, en ese sentido, estima clara y contundente (acceso carnal, introducción de objetos, penetración bucal o anal) (5). Y González Rus exige, por un lado, que se trate de actos graves, desde un punto de vista objetivo, excluyendo actos de importancia menor, y trasladando los de escasa relevancia a la falta prevista en el artículo 620.2 del Código, en concurso, en su caso, con el delito o falta correspondiente para el caso de que la violencia o intimidación empleadas hayan supuesto algún menoscabo en la integridad del sujeto pasivo (6); y por otro, una cierta intensidad para la violencia y la intimidación empleadas, en el sentido de ser suficientes para constreñir la voluntad de la víctima, deduciendo este contenido del propio artículo 180 apartados 1.º y 5.º que agravan la pena, respectivamente, si la violencia o intimidación son «particularmente» degradantes o vejatorias, o el autor hace uso de medios «especialmente» peligrosos (7).

Por último, parece claro que el sustrato material de la conducta típica relevante exige un contacto físico entre los sujetos que, sin embargo, no tiene por qué

la consideración como agresión sexual de otras conductas (v. gr.: impedir a otro con violencia una determinada actividad sexual que se proponía) tal vez aconsejen la descripción típica de lo que se entiende por atentado contra la libertad sexual».

(4) Cita F. MUÑOZ CONDE, como ejemplos, el acto médico de exploración uretral o vaginal realizado conforme a las reglas y prescripciones médicas que queda fuera del concepto de agresión, frente al abrazo o beso acompañado de inequívocos movimientos de la región pelviana, que se incluiría: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Valencia 1996, pág. 183.

(5) Vid. C. CARMONA SALGADO: *Curso...*, cit., pág. 304.

(6) En este sentido, resulta significativa la STS de 5 de abril de 1994, cuya doctrina resulta plenamente aplicable a la legalidad vigente: «...Como ha declarado esta Sala, el delito de agresiones sexuales tiene una dinámica comisiva variadísima, constituyendo manifestaciones más frecuentes de este tipo penal los tocamientos en senos, nalgas, genitales y, en general, en las zonas erógenas del cuerpo humano. Justo es reconocer que los “besos” han dado lugar a una polémica doctrinal a la hora de su calificación jurídica, desde el punto de vista del delito de agresión sexual. Esta Sala calificó de delictivo el beso libidinoso e intenso (STS de 12 de abril de 1975), y, en general, la doctrina estima que habrá de estarse a las valoraciones sociales del lugar y momento, debiendo exigirse una cierta trascendencia y gravedad del acto, con potencialidad de afectar de un modo relevante la sexualidad ajena».

(7) Vid. J. J. GONZÁLEZ RUS: «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 59, 1996, pág. 331.

verificarse sobre el cuerpo del sujeto pasivo del delito, ni realizarlo propiamente el sujeto activo, siendo admisibles, por tanto, otras modalidades comisivas como obligar a la víctima a efectuar tocamientos sobre el cuerpo del autor del hecho, del de un tercero o sobre sí mismo. Esta postura, defendida en su día por algún sector de la doctrina (8) e insinuada jurisprudencialmente (9), aparece hoy avalada por la amplitud con la que el legislador describe la acción típica que incrementa el ámbito de protección jurídico penal al bien jurídico libertad sexual (10).

B) TIPO AGRAVADO

B.1 *Regulación legal*

El artículo 179 del Código Penal dispone que la pena será de prisión de seis a doce años, «cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal». De esta manera, el legislador considera que las conductas especificadas en este precepto, de forma precisa, merecen una respuesta penal mucho más severa, por su propia naturaleza y por su repercusión en el sujeto pasivo del delito, otorgándole, por ello, una pena de mayor gravedad, hasta el extremo de no partir del límite máximo fijado para el tipo base (prisión de uno a cuatro años) como punto de referencia para configurar el mínimo de la pena del delito cualificado.

B.2 *Conductas típicas: análisis general*

En una primera aproximación, podemos observar que este precepto contiene, en parte, la conducta recogida en el antiguo delito del artículo 429.1.º (fuerza o intimidación, con la extensión fijada en el año 1989, en cuanto a sus modalidades), y,

(8) Vid. C. CARMONA SALGADO: *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981, págs. 70 y ss.

(9) El Tribunal Supremo se había planteado el problema, bajo la regulación anterior, en casos en los que se obliga a la víctima a exhibir su cuerpo frente al autor de la conducta, sosteniendo que concurre, al menos, tentativa de agresión sexual «... al conminar (el autor a la víctima) para que se despojara de la ropa de cintura para abajo, deteniendo su acción al comprobar que tenía la menstruación; no se llegó, pues, a contactos personales, aunque podría cuestionarse si la simple contemplación lasciva que necesariamente produjo en la menor una situación vejatoria, no llevó los hechos más allá de la tentativa...» (STS de 15 de noviembre de 1993).

(10) Este planteamiento es rechazado por algunos autores, como MUÑOZ CONDE el cual defiende que el término «agresión» exige un contacto corporal entre los sujetos, activo y pasivo, que excluye del ámbito de los delitos tipificados en el capítulo I supuestos como el inducir a una persona a realizar contactos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, los cuales constituirían delitos contra la libertad constitutivos de amenazas o coacciones o formas de participación en las agresiones sexuales de un tercero y prostitución. Vid. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág. 182.

en parte, la tipificada en el derogado artículo 430, referida a la agresión sexual agravada por la introducción de objetos, subsanándose de esta forma el contraste introducido por la Reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, al equiparar, de un lado, el coito bucal a la violación, mientras que, de otro, las conductas de introducción de objetos por vía vaginal o anal recibían, comparativamente, un tratamiento penal más benévolo.

Partiendo de ello, parece claro que al distinguirse conceptualmente entre acceso carnal, por una parte, y penetración bucal o anal, por otra, el ámbito de aplicación del primero queda reducido, exclusivamente, a las relaciones heterosexuales que consistan en la introducción del pene en la vagina de la mujer, recuperándose así el sentido tradicional que se otorgaba al concepto de violación; ello es independiente de que el sujeto activo pueda serlo un hombre o una mujer, puesto que ambos pueden hacer uso de violencia o intimidación para la realización del coito, sin perjuicio de que, en la práctica, sea más habitual la autoría masculina de este tipo de hechos.

El mismo análisis, desde otra perspectiva, nos conduce a pensar que la doble modalidad «penetración anal o bucal» tan sólo puede ejecutarla el varón, quien, desde el punto de vista técnico, es el único sujeto activo capaz de realizarla, lo que no impide que la víctima sea un sujeto de uno u otro sexo ni que sus relaciones sean de naturaleza homosexual o heterosexual. De esta forma, las relaciones homosexuales entre hombres, impuestas, no integrarían la conducta de «acceso carnal», sino que deberían incluirse en la modalidad agravada de penetración por vía anal; frente a ello, las prácticas homosexuales entre mujeres, impuestas, al no poder ubicarse conceptualmente en ninguna de las modalidades descritas por no constituir ni acceso carnal, ni comportamiento de penetración, quedan relegadas a la figura básica de agresiones sexuales, lo que supone una importante desigualdad legal, pues no resulta aceptable la exclusión de una modalidad de conducta que pudiera resultar igualmente atentatoria y grave para la víctima del delito.

Igualmente los actos de penetración digital o lingual, ya fueren practicados por hombre o mujer, así como la realización de una “felatio”, en la que el sujeto pasivo ha de ser necesariamente el hombre, deben ser reconducidas al tipo básico del artículo 178, siempre que en ellas concurra violencia o intimidación, ante la imposibilidad de subsumir dichos comportamientos en las hipótesis descritas en el tipo agravado (11).

(11) Según señala M. CANCIO MELIÁ, elementales razones de legalidad impiden que estas modalidades invasivas puedan incluirse en dicho precepto, sin perjuicio de considerar que pueden ser de igual gravedad que ciertos supuestos de introducción de objetos. *Vid.* del mismo *Los delitos...*, *cit.*, pág. 3.

El mismo Tribunal Supremo, excluyó un caso de estas características del ámbito del segundo inciso del antiguo artículo 430, en la STS. de 14 de febrero de 1994.

Por lo que se refiere a la última modalidad delictiva, la introducción de objetos, plantea algunas cuestiones de tipo interpretativo que es conveniente aclarar. De un lado, debo referirme al concepto de «objeto», como sustrato básico que acompaña a la conducta típica; la Circular número 2/1990, de la Fiscalía General del Estado, realizó ya una primera aproximación al tema, con motivo de la inclusión de esta modalidad típica, como subtipo agravado, en el último inciso del derogado artículo 430, señalando que por «objetos» habría que entender cosas inanes, excluyendo penetraciones de órganos que forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (penetración digital o lingual), de forma que sólo cuando se dieran especiales condiciones vejatorias o degradantes para la víctima serían constitutivas de la agravación (12). Y doctrinalmente se define como aquel elemento de carácter material que es utilizado por el agente para dar satisfacción a sus propósitos lascivos, identificándolo con el órgano genital masculino (13).

No deja de cuestionarse, por su parte, el tema referido a la cavidad de introducción del objeto típico. Se trata de un problema provocado, una vez más, por la falta absoluta de precisión del legislador en su ardua tarea de describir los comportamientos típicos. Pues bien, esa falta de claridad provoca que algunos autores (14) aboguen por considerar como vías de introducción tanto la vaginal y la anal, como la bucal, teniendo en cuenta, además, que el acceso carnal se equipara punitivamente con las penetraciones anal y bucal; frente a ello, otro sector doctrinal (15) mantiene una interpretación restrictiva y entiende que sólo las cavidades vaginal y anal resultan idóneas para la perpetración de esta modalidad de conducta, pues únicamente a través de ellas puede considerarse lesionada la libertad sexual de una persona, excluyendo en consecuencia la cavidad bucal; finalmente, se puede destacar una postura intermedia (16) que, tomando como base los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, considera posibles las tres referidas vías con cualquier instrumento que cumpla una función equivalente al pene, si bien cuando se trate de introducción bucal entiende que deberá estarse especialmente atento al significado últi-

(12) Asimismo, la Fiscalía General del Estado, en el informe elaborado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del título VIII del libro II del Código Penal de 14 de mayo de 1997, considera que en el concepto de objeto se incluyen los animales o bienes semovientes, y propone que el precepto se extienda expresamente a la introducción de elementos de animales vivos o penetración de órganos sexuales de seres irracionales vivos.

(13) Por todos, Vid. C. CARMONA SALGADO: *Curso...*, cit., pág. 310.

(14) Por todos, E. ORTS BERENGUER: «Delitos contra la libertad sexual» en *Comentarios al Código Penal de 1995*, de T. VIVES ANTÓN, volumen I, Valencia 1996, pág. 915.

(15) Por todos, C. CARMONA SALGADO: *Curso...*, cit., pág. 310.

(16) Por todos, vid. J. J. GONZÁLEZ RUS: «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 59, 1996, pág. 336.

mo del hecho para evitar que se consideren agresiones sexuales lo que pueden ser vejaciones o maltratos puramente físicos, exigiendo, en todo caso, algún contacto corporal de naturaleza sexual, previo, simultáneo o posterior a la introducción.

Entiendo que en esta cuestión no debemos olvidar que el tipo agravado del artículo 179 se construye sobre las exigencias determinadas en el tipo básico del artículo 178, que requiere que la conducta sea constitutiva de un atentado contra la libertad sexual de la persona, lo cual impedirá, en muchos casos, que la introducción de objetos por vía bucal encaje en la hipótesis típica agravada. No obstante, si la introducción instrumental fuera acompañada de conductas que objetivamente incorporen una dimensión de atentado sexual al acto por el tipo de objeto que se utilice con ánimo exclusivamente lascivo (no intimidatorio) y por su inequívoca significación, no veo inconveniente en su aplicación de manera excepcional.

C) AGRAVACIONES ESPECÍFICAS

C.1 *Punto de partida*

El artículo 180 del Código Penal enumera distintas circunstancias, cuya concurrencia agrava la penalidad para las infracciones contra la libertad sexual en las que concurre la violencia o la intimidación.

Para empezar, es necesario destacar que el efecto agravatorio que producen es importante, puesto que el párrafo primero de dicho precepto eleva las penas de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, de forma que, en ocasiones, puede superar la pena dispuesta para el delito de homicidio (cuyo límite mínimo es inferior, ya que la pena oscila entre diez y quince años, según dispone el art. 138); pero, más aún, supera este listón si tenemos en cuenta que el artículo 180 *in fine* establece que la concurrencia de dos o más circunstancias determinará que las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior, es decir, que sería posible aplicar una pena de prisión de trece años y medio a quince años, en el supuesto del tipo del artículo 179, pudiendo producir un atentado al principio de proporcionalidad de las penas (17).

(17) En el Proyecto de 1994 se observan varias enmiendas (en el Congreso, la núm. 724 del Grupo Federal IU-IC; y, en el Senado, la núm. 247 del Grupo Mixto) de supresión del precepto en base a que estas circunstancias agravatorias están ya previstas como agravantes generales (o algunas no justifican suficientemente la agravación de la pena), permitiendo así que la pena llegue al máximo de los doce años en el caso de violación. Se señala que las penas «resultan desorbitadas, incluso mayores que las del homicidio», y que «debe rechazarse que la pena por violación resulte igual a la del homicidio»;

Además, no deja de preocupar el hecho de que algunas de las circunstancias han sido redactadas en términos excesivamente amplios, como se estudiará a continuación, infringiendo la determinación que el principio de legalidad exige al legislador, sobre todo en materia penal.

C.2 *Sus presupuestos generales*

La primera de las circunstancias hace referencia al carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercidas, recordando así el supuesto de hecho del tipo agravado de agresión sexual existente en la regulación anterior (art. 430, inciso segundo) consistente en el uso de «medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios». Con la nueva redacción, sin embargo, el legislador insiste en su idea de cualificar la conducta atentatoria en aquellos casos en los que se aprecien aquellos caracteres en el medio comisivo empleado; de esta forma, el carácter degradante o vejatorio ha de referirse al medio violento o intimidatorio configurador de la agresión sexual, y no a la clase o modalidad de conducta sexual desarrollada (18).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había puesto de manifiesto, interpretando la agravación específica que recogía el último párrafo del derogado artículo 430, una idea esencial que resulta perfectamente aplicable a la nueva circunstancia: toda agresión sexual que se realice por la fuerza o con intimidación necesariamente supone ya un grado de brutalidad, y determina una vejación, menosprecio y humillación para el sujeto pasivo del hecho (STS de 6 de febrero de 1995, ponente Martín Canivell). Por ello, concluía el Alto Tribunal, para enten-

cuando concurre especial violencia o medios peligrosos entran en aplicación los delitos de lesiones, asesinato...».

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia estima, sin embargo, que al depender la pena en el caso concreto de la culpabilidad del reo y de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, no hay ningún disparate en imaginar que en algún supuesto el homicidio culposo o con atenuantes pueda merecer menor pena que una violación dolosa con agravantes. Esta consecuencia también responde a la «naturaleza de las cosas». *Vid.* Notas sobre los informes del CGPJ y de la FGE al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, 24 de septiembre de 1997, pág. 6.

(18) En el Proyecto de 1994, la circunstancia primera aludía a la especial gravedad de la fuerza o intimidación, atendiendo a su carácter vejatorio o degradante. En el debate parlamentario se criticó la mezcla de conceptos tan heterogéneos como los utilizados que podrían motivar, en todo caso, dos circunstancias cualificadas distintas; asimismo, se discutió si la especial gravedad debía apreciarse en el acto sexual o en la violencia, siendo por vía de enmienda como se le dió la redacción actual, que pone el énfasis en la segunda. (Enmienda transaccional a la núm. 977 propuesta por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria. *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, págs. 123, 357 y 472).

der que nos encontramos ante una conducta merecedora de la agravación legalmente prevista, habrá de apreciarse la concurrencia en el hecho de un grado de brutalidad, degradación o vejación superior al ya ínsito en el hecho realizado por la fuerza o con intimidación, que ha sido ya contemplado por el legislador como anejo a hechos de esta índole (19).

Pues bien, este «plus de brutalidad, de degradación o de vejación» que demandaba la figura agravada, según la jurisprudencia (STS de 14 de febrero de 1994, ponente Puerta Luis), ha querido ser recalcado por el legislador al exigir en el nuevo artículo 180 que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter «particularmente» degradante o vejatorio, lo cual planteará numerosos problemas en la práctica de valoración e interpretación de la circunstancia por los Tribunales, salvo hipótesis extremas, si tenemos en cuenta, de un lado, el contexto al que debe ser aplicado, y de otro, la escasa nitidez de la redacción típica y la imposibilidad de sujeción a criterios preestablecidos.

La doctrina (20), en general, estima superflua la agravación a la vista de la previsión, como circunstancias 1.^a y 5.^a del artículo 22, de las agravantes genéricas de alevosía y ensañamiento.

La segunda circunstancia del precepto que analizamos requiere que los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo (21), expresión ésta que parece comportar la exigencia implícita de un concierto entre los mismos encaminado a la ejecución del acto sexual. Podemos decir, de este modo, que la actuación en cuadrilla da lugar a la coautoría de los intervinientes de tantas agresiones sexuales como en conjunto se hayan cometido en virtud del principio de imputación recíproca en que aquélla se fundamenta. Ello no supone, sin embargo, que la figura agravada exija que todos y cada uno de los integrantes del grupo lleven a cabo la agresión sexual, sino que bastará con que queden involucrados en la dinámica violenta o intimidatoria que exige el delito.

(19) Así, en la sentencia citada, el Tribunal Supremo considera que la realización de tocamientos corporales sobre la víctima con el arma que llevaba el acusado conlleva una mayor peligrosidad, si bien esta característica atañe al grado de intimidación utilizada, pero no le confiere caracteres de especial brutalidad, salvajismo o animalidad a la agresión sexual, ni determina una mayor vejación o degradación de la persona de la víctima.

(20) Por todos, *vid.* E. O. DE TOLEDO Y UBIETO: «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995», en *Actualidad penal*, núm. 32, septiembre 1996, pág. 610.

(21) En el Congreso fue rechazada la enmienda núm. 977 presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, que pretendía reducir a dos el número de sujetos necesario para aplicarla, y que introducía importantes modificaciones en su configuración («Cuando la agresión se cometa por dos o más personas actuando conjuntamente»). *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 357.

Es necesario partir del presupuesto de una actuación conjunta de todos los intervinientes que provoque efectivamente una mayor peligrosidad de la conducta en la que aumentan los componentes violentos o intimidatorios a la vez que se asegura su ejecución, así como una enorme dificultad para que el sujeto pasivo pueda defenderse. No obstante, queda la duda de determinar el tipo de colaboración que puede incluirse en esta agravación, y, en este sentido, existen autores (22) que entienden que la referencia a la comisión del hecho permite incluir tanto los casos en que los componentes del grupo sean todos coautores, como cuando también intervienen cómplices; mientras que otros (23) únicamente contemplan la posibilidad de que cada uno de los miembros del grupo respondan por su propia agresión sexual cualificada, en concurso real con las agresiones también cualificadas realizadas por los restantes, bien a título de coautor, o bien a título de cooperador necesario, al participar todos en el contexto violento o intimidatorio que vence la voluntad de la víctima.

El número tercero del artículo 180 determina, igualmente, una agravación de la pena cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. Como ha puesto de manifiesto la doctrina de forma unánime (24), se trata de una circunstancia en la que se utilizan conceptos muy imprecisos y, a la vez, muy difíciles de concretar en la práctica jurídica, lo que supone un importante quebranto del principio de legalidad y, sobre todo, del de taxatividad tan importante en el ámbito penal.

Su inclusión en el nuevo texto punitivo puede explicarse como una consecuencia inevitable de la exclusión de conductas anteriormente asimiladas a la violación —yacimiento de un menor de doce años, víctima privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación— en la confección del tipo, y que ahora se configuran, de no mediar violencia o intimidación, como un delito de abusos sexuales. Lo que parece obvio es su íntima relación con la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22.2.^a CP) y el anhelo del legislador de concretar facetas determinadas de aquella que pudieran tener relevancia en el ámbito de las infracciones penales en que nos desenvolvemos. Teniendo presente esta finalidad son admisibles los distintos pareceres doctrinales suscitados con ocasión de la interpretación de los tres pilares en los que el texto punitivo concentra la capacidad de vulnerabilidad como razón de su aplicación. Así, en relación a la edad podemos destacar que la imprecisión

(22) Por todos, *vid.* J. J. GONZÁLEZ RUS: *Los delitos...*, *cit.*, pág. 337.

(23) Por todos, *vid.* F. MORALES PRATS y R. GARCÍA ALBERO: «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al nuevo Código Penal*, de G. QUINTERO OLIVARES y J. M. VALLE MUÑOZ, Pamplona 1996, pág. 886.

(24) Por todos, *vid.* E. O. DE TOLEDO Y UBIETO: *Agresión...*, *cit.*, pág. 609.

sión del legislador permite no tomar en cuenta criterios cronológicos estrictos y tradicionales, y optar por una interpretación flexible y puramente subjetiva, con la inseguridad jurídica que ello provoca (25). En todo caso nos debe servir de pauta orientativa desde un punto de vista general la finalidad de la norma penal, a mi juicio, tratar de proteger a los seres que por razón de su edad poseen un menor desarrollo cognoscitivo y volitivo que los sitúa en una posición de indefensión mayor frente al agresor, que se aprovecha así de su falta de madurez, y, desde un punto de vista más concreto, el antecedente inmediato de esta circunstancia que antes comentaba (conductas asimiladas a la violación) y que debe suponer considerar incluida en este supuesto a toda víctima menor de doce años. A partir de este límite deben ser analizados caso por caso los supuestos concretos valorando conjuntamente todas las circunstancias, junto con la edad (grado de desarrollo físico y psíquico, nivel cultural, entorno familiar y social, etc.).

Por lo que se refiere al mayor grado de vulnerabilidad de la persona, atendiendo a su «enfermedad o situación», debe ser reconducido como denominador común al estado de indefensión que le origina al sujeto el padecimiento de una determinada afección de diversa índole o cualquier otra circunstancia a ella asimilada, dada la amplitud de los términos empleados por el legislador (aspecto objetivo), de la que se aprovecha el sujeto activo para la comisión del delito (aspecto subjetivo). Una vez más, debemos tener en cuenta el precedente que se sitúa en el apartado 2.º del antiguo artículo 429 para suplir la falta de concreción jurídica de la que el precepto adolece (26).

(25) Así, J. J. QUERALT JIMÉNEZ entiende que habrá que considerar incursas en este supuesto aquellas personas que por su juventud, no sólo no sean físicamente aptas para la relación sexual, sino también psicológicamente para prestar un consentimiento relevante, decidiendo caso por caso las hipótesis extremas (un menor de diez años sí podría quedar incluido, pero sería discutible un sujeto de catorce o quince años respecto del que habría que valorar su concreto desarrollo y su entorno). *Vid.* del mismo «Derecho Penal Español» Parte Especial, 3.ª edición, Barcelona 1996, págs. 133 y 134.

Por su parte, J. J. GONZÁLEZ RUS estima que el término puede comprender tanto las edades avanzadas como las cortas, siempre en relación con el autor, el estado físico recíproco, etc., si bien deberá apreciarse, en todo caso, cuando el sujeto sea menor de doce años. *Vid.* del mismo *Los delitos...*, *cit.*, pág. 338.

(26) Esta deficiencia ha sido resaltada doctrinalmente: así, C. CARMONA SALGADO pone de relieve determinadas hipótesis muy dudosas en cuanto a su encuadramiento (por ejemplo, el sujeto que sufre una parálisis física que le impide oponer resistencia al agresor, o que ha sido previamente maniataado y amordazado por éste para evitar esa resistencia, pese a no haber sufrido, en sentido estricto, violencia ni intimidación alguna). *Vid.* de la misma *Curso...*, *cit.*, pág. 317. Por el contrario, GONZÁLEZ RUS estima que no cabe incluir los supuestos de aprovechamiento por el autor de la indefensión de la víctima (persona parapléjica, atada por un tercero, etc.) en los que el atentado sexual se produzca sin violencia o intimidación, puesto que tales casos no integran el delito de agresiones sexuales. *Vid.* del mismo *Los delitos...*, *cit.*, pág. 338.

La cuarta circunstancia incluida en el precepto comentado se refiere a que el delito se cometa prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima. Lo primero que destaca en su configuración es la escasa compatibilidad que existe, en principio, entre la hipótesis que se plantea en la descripción típica de abuso de confianza o de superioridad entre los sujetos ligados por los vínculos familiares reseñados, y el ámbito violento o intimidatorio en que debe desenvolverse el delito, como exigencia principal del tipo básico. Esta falta de coordinación entre los medios comisivos apuntados puede explicarse si tenemos en cuenta que, en su origen, esta circunstancia poseía su fundamento agravatorio en el hecho objetivo de la mera existencia del vínculo familiar entre los sujetos activo y pasivo, sin ulteriores exigencias de aprovechamiento de esa relación para cometer el delito (27).

Por ello, y salvando este obstáculo, su aplicación se ceñirá en la práctica a supuestos encuadrados en un marco intimidatorio que se corresponden mejor con la naturaleza del supuesto.

En cuanto a su fundamento, no es tarea fácil su concreción si tenemos en cuenta, de un lado, la existencia en el nuevo texto punitivo de la agravante genérica de parentesco del artículo 23 y del tipo propio de prevalimiento, referente al delito de abusos sexuales, del artículo 181.3, que darían respuesta, por sí solos, a todos los supuestos que se plantearan en su ámbito respectivo y, de otro, la diferencia que se observa en el contenido de esta circunstancia, en la que se incluye el parentesco por afinidad, en relación a la agravación que de igual forma se establece en el delito de abuso sexual (art. 182.1.º) donde el mismo no se contempla.

No obstante, para que pueda ser aplicada será necesario no sólo que el vínculo parental exista, sino también que sea utilizado por el autor de forma consciente con la finalidad de ver facilitada la comisión del delito.

En la quinta y última de las circunstancias que enumera el artículo 180 se recoge la hipótesis del uso por parte del agente de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los

(27) En el Proyecto de 1994, esta circunstancia tenía la siguiente redacción: «Cuando el delito se cometiere por ascendiente, natural o por adopción, o hermano de la víctima». Posteriormente, en el Congreso, la enmienda núm. 604 del Grupo Socialista propuso la inclusión de los descendientes como sujetos activos del delito (en el mismo sentido, enmienda núm. 977 presentada por el G. P. de Coalición Canaria), así como que éste se cometiera prevaliéndose de su relación de parentesco, y se incorporó al texto (*Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 271). Ya en el Senado, y con motivo de la aprobación de la enmienda núm. 319 propuesta por el Grupo Socialista, se añadió el parentesco por afinidad. (*Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, núm. 87 (c), de 21 de septiembre de 1995, pág. 1770).

artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas (28).

Se plantea, pues, una hipótesis legal que parte de una agresión sexual, en la que se incorpora un plus de peligro posible para la vida o la integridad física o psíquica del sujeto pasivo, como consecuencia del empleo de medios susceptibles de producir alguno de los resultados contemplados (muerte, pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o no principal, o de un sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad o enfermedad somática o psíquica). No es necesario, sin embargo, que los medios empleados hayan puesto efectivamente en peligro tales bienes jurídicos, sino que los mismos tengan capacidad para producir los resultados descritos. Así, en cuanto a su contenido, cabe incluir en el concepto las armas, blancas o de fuego, o cualquier otro instrumento contundente que el sujeto utilice como medio violento o intimidatorio concreto, no siendo suficiente que los lleve consigo o se haga con ellos en el lugar del delito (29).

Mención especial merece la regla penológica recogida al final del párrafo en el que se recoge la agravación. A primera vista, parece evidente cuál ha sido el propósito del legislador al incluirla: esto es, si se produjera, en el caso concreto, alguno de los resultados contemplados como consecuencia del uso efectivo de tales medios, podría ser apreciado un concurso de delitos entre una agresión sexual cualificada del artículo 180.5.^a y un delito de homicidio o de lesiones. Sin embargo, no es ésta la única interpretación que se plantea al respecto, ya que la vigencia del principio *non bis in idem* impediría utilizar por partida doble un mismo elemento típico (el peligro que ha sido tenido en cuenta para agravar el delito de agresión sexual resulta inherente al desvalor de la acción, propio del delito consumado contra la vida o la integridad), por lo que se propone la aplicación de un concurso entre el tipo básico correspondiente del delito de agresión sexual (art. 178 ó 179) y el delito contra la vida o la integridad consumado (30).

(28) En el Proyecto de 1994 se propuso inicialmente su supresión por entender que la utilización de instrumentos peligrosos era razonable en el delito de lesiones, cuyo bien jurídico es la integridad personal, pero no en los delitos de agresión sexual, en los que se protege la libertad sexual. (Enmienda núm. 45 del Grupo Parlamentario Vasco, *vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994, pág. 123).

(29) La jurisprudencia del Tribunal Supremo había definido el concepto de medios peligrosos utilizado en el último párrafo del art. 501 de Código Penal derogado no en función de la finalidad o naturaleza propia del objeto empleado que puede ser de uso lícito y hasta doméstico, sino de su susceptibilidad de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor y crear un riesgo para la víctima, disminuyendo su capacidad de oposición o defensa (SSTS de 9 de septiembre de 1987, 8 de marzo de 1989, 22 de marzo de 1991, 29 de diciembre de 1992 y 21 de abril de 1993), pudiendo ser utilizada esta doctrina de forma orientativa en la práctica.

(30) Por todos, E. O. DE TOLEDO Y UBIETO: *Agresión...*, *cit.*, pág. 610.

Todo depende, en definitiva, de que consideremos la circunstancia analizada como expresiva de un tipo cualificado pluriofensivo (libertad sexual y peligro para la vida o la integridad), o de un tipo configurado exclusivamente en base a la especial intensidad del medio violento empleado para atentar contra la libertad sexual (31).

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Con motivo de la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, de una proposición no de ley en la que se insta al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales con la finalidad de garantizar, de manera eficaz, la protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, así como de otras iniciativas institucionales en el mismo sentido (32), surge el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del título VIII del libro II del Código Penal recientemente aprobado, de 17 de octubre de 1997, que tiene como antecedente inmediato el Anteproyecto de fecha 14 de mayo del mismo año.

Debemos comenzar adelantando que este texto contiene importantes novedades referidas por igual a la materia que tratamos y al resto de las figuras típicas de esta naturaleza, cuya nueva regulación, a pesar de las escasas oportunidades que ha tenido de ser aplicada, presenta destacadas deficiencias impropias de un texto punitivo con año y medio de vigencia, pero con la suficiente relevancia como para provocar necesariamente una profunda reforma. Esta reflexión puede deducirse de la Exposición de Motivos del Anteproyecto (33) y del informe realizado sobre el

(31) Esta es la propuesta interpretativa que plantean F. MORALES PRATS y R. GARCÍA ALBERO, intentando soslayar la objeción que pudiera representar desde el punto de vista del principio *non bis in idem* la plural toma en consideración del peligro para bienes jurídicos diversos, que respondería a fundamentos diversos: uno, desde el punto de vista de su aptitud especialmente cualificada para acceder al trato carnal no consentido y, el otro, desde el peligro que presenta para la vida o salud de la víctima. *Vid.* de los autores citados *Delitos...*, *cit.*, pág. 888.

(32) En concreto, recomendación del Defensor del Pueblo, de 28 de noviembre de 1996, dirigida al Ministerio de Justicia, Resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y Acción Común adoptada el día 29 de noviembre de 1996 por el Consejo de la Unión Europea (sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea) relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños.

(33) «A las expresadas orientaciones responde la presente Ley Orgánica, la cual, no obstante el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, considera “indispensable” la reforma del título VIII...».

mismo por la Fiscalía General del Estado (34), así como del Proyecto de Ley ya citado.

A continuación, analizaremos las innovaciones más significativas que representan el futuro inmediato del delito de agresión sexual, sin pasar por alto la reforma que se propone de la rúbrica legal en la que se encuadran todas las infracciones típicas de esta naturaleza.

A) EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley empieza ya por referirse a la propia rúbrica legal del título VIII que se estima insuficiente en relación a los intereses jurídicos en juego que reclaman una protección penal y que se concretan, además de en la libertad sexual, en los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces. Por ello, el artículo primero del Proyecto dispone la modificación del epígrafe del referido título, que tendrá la siguiente redacción: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Esta denominación que se propuso ya por el Anteproyecto del Código Penal de 1983 (35), venía siendo reclamada desde diferentes sectores doctrinales (36) ante la dificultad que planteaba la aplicación de la libertad sexual, como bien jurídico protegido, a determinados sujetos pasivos, como los menores o incapaces en los que está ausente su capacidad de autodeterminación. Ello no significa que existan dos bienes jurídicos diferentes, sino que se trata de adecuar los conceptos a la realidad a la que deben ser aplicados; de esta forma, si por libertad sexual entendemos la capacidad de un sujeto para comprender el alcance de sus propios actos, sus posibilidades de elección y su actuación en el ámbito de la sexualidad, conforme a una consecuente determina-

(34) «La experiencia habida desde la vigencia del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la persecución de los delitos contra la libertad sexual, ha mostrado la existencia de una serie de deficiencias o lagunas en la actual tipificación de estos delitos que sitúa la iniciativa para la modificación legislativa en el terreno de lo “necesario”. Tiene, por tanto, a juicio de la Fiscalía General, “plena justificación la reforma” de esta materia del Código Penal vigente que ahora se propone».

(35) El título elegido por la Propuesta de Anteproyecto, ya mencionado, en un intento de abarcar, en su totalidad, el bien jurídico tutelado en estos delitos, fue criticado por presentar importantes carencias referidas al ámbito de los sujetos pasivos de estos delitos, ya que la indemnidad o intangibilidad sexuales pueden predicarse respecto de sujetos pasivos menores o incapaces, pero no alcanzarían la esfera de los delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, y así fue finalmente rectificado en el Senado, a instancias del CGPJ en el preceptivo informe remitido al Gobierno. Sobre esta cuestión, *vid.* J. A. DE VEGA RUIZ: «Los delitos contra la libertad sexual en la LO 3/89, de 21 de junio, especial consideración de la violación», en *Poder Judicial*, núm. especial XII.

(36) Por todos, *vid.* C. CARMONA SALGADO: «Los delitos...», *cit.*, págs. 40 y ss.

ción, es obvio que el enajenado o el mentalmente incapaz carece de libertad en el sentido indicado, al hallarse privado de la necesaria actividad cognoscitiva y volitiva para aceptar o rechazar una opción concreta con conciencia de las consecuencias de su decisión. Igualmente ocurre en relación a los menores, a los que el propio legislador considera incapaces de comprender y conocer el alcance de sus actos y de determinarse conforme a ello.

B) ORDENACIÓN SISTEMÁTICA

El artículo segundo del Proyecto propone la modificación de los capítulos I a V del título VIII, los cuales conservan su denominación actual, a excepción del último, en el que se añade la referencia a la corrupción de menores.

Se trata de una cuestión que ha quedado específicamente subsanada con la publicación del Proyecto y en la que se acoge la sugerencia realizada por la Fiscalía General del Estado, ya que el artículo primero del Anteproyecto proponía la modificación de los preceptos contenidos en los artículos 178 a 190 del Código Penal, pero prescindía en su exposición de concretar los capítulos concretos en los que aquéllos se distribuían, habiéndose interpretado la omisión como una aceptación implícita de la ordenación sistemática actual, que no necesitaba ser reformada (37).

C) TIPO BÁSICO

El tipo básico del artículo 178 mantiene su redacción actual, sustituyéndose simplemente el término «culpable», por el de «responsable» del delito de agresión sexual que en él se tipifica. Se aborda así, de forma superficial, la reforma de un precepto que continúa presentando importantes dudas interpretativas sobre su verdadero alcance, pasando por alto las numerosas críticas recibidas durante su corta vigencia. Sin perjuicio de ello, en el informe del Anteproyecto elaborado por el Consejo General del Poder Judicial el día 17 de septiembre de 1997 se valoraba positivamente la modificación terminológica por esquivar de esta forma las posibles controversias que pudiera suscitar el contenido del término «culpabilidad», aunque también se ponía de manifiesto la falta de correlación que guardaba esta innovación con otros puntos del texto en los que se utilizaban expresiones alternativas (por ejemplo, el art. 179 se refiere al «reo de...»). Por su lado, la Fiscalía Gene-

(37) No obstante, según el informe de la Fiscalía General del Estado, elaborado con motivo de la publicación del Anteproyecto «... concurren razones de técnica legislativa que hacen aconsejable una explícita inclusión de las distintas rúbricas que van a ordenar el renovado régimen jurídico».

ral del Estado, en su informe, lo calificó simplemente como una mejora de estilo sin ninguna trascendencia.

Lo que sí resulta llamativo del Proyecto en relación al Anteproyecto, es la modificación que se produce en la penalidad que le es aplicable, ya que se eleva el límite mínimo de la misma de uno a dos años, y el máximo, de cuatro a seis.

Es obvio que el legislador pretende aumentar la carga punitiva que le corresponde a este tipo de ilícitos penales, ya que si bien era necesario corregir el límite máximo de la pena, que se separaba significativamente (dos años) del mínimo establecido para el tipo agravado tanto en el Anteproyecto como en el Código vigente, no era imprescindible variar el término inferior y menos para aumentarlo un año. Sobre todo, si tenemos en cuenta que su precedente inmediato, la desaparecida figura del artículo 430, tenía asignada la pena de prisión menor, es decir, que partía de la posibilidad de poder aplicar seis meses y un día por hechos de la misma naturaleza (38).

D) TIPO AGRAVADO

El tipo agravado del artículo 179 sufre una profunda modificación, proponiéndose la siguiente redacción: «Cuando la agresión sexual a la que se refiere el artículo anterior consista en acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal, o introducción de objetos por alguna de las mencionadas vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años». De esta forma se reintroduce el *nomen iuris* de violación, tal como se adelantaba en la memoria justificativa del Anteproyecto, con la finalidad de diferenciar la agresión sexual simple a la que alude el artículo 178 del Código, de la recogida en este precepto. Sin embargo, según el informe elaborado por la Fiscalía General del Estado, resulta excesivamente amplio el elenco de conductas que abarca dicho término; así, se considera acertado reputar violación el acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal, pero no la introducción de objetos por las vías vaginal o rectal que debe recibir igual tratamiento punitivo, pero con distinto nombre; igualmente, la introducción de objetos por vía bucal debe quedar excluida dada la amplia gama de objetos que pueden utilizarse (bolígrafos, objetos pequeños, etc.) y la menor intensidad de atentado a la libertad sexual que representa, sobre todo, si tenemos en cuenta que estos

(38) Esta modificación se justifica con la finalidad de «guardar la debida proporción, toda vez que en este delito existe violencia o intimidación y la pena debe de distanciarse de la prevista para los delitos de abusos sexuales, en los cuales no existen tales factores de agravación». *Vid.* Ministerio de Justicia, Nota sobre los informes del CGPJ y de la FGE al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, *cit.*, pág. 5.

casos encontrarían una respuesta penal más proporcionada, partiendo del tipo básico del artículo 178, con la aplicación de la agravación específica que contiene el número 1 del artículo 180 si se estimara que la introducción del objeto en la boca tuvo un carácter degradante o vejatorio.

E) AGRAVACIONES ESPECÍFICAS

Por último, el artículo 180 del Código presenta distintas modificaciones dirigidas todas ellas, si tenemos en cuenta las reflexiones realizadas anteriormente, a concretar, aun de forma sucinta, la desmesurada amplitud empleada por el legislador en la redacción típica:

a) Se reduce el límite de sujetos que determinan la aplicación de la agravación recogida en el apartado 2.º, bastando que los hechos se causen por la «actuación concertada de dos o más» personas, tal como ya se apuntó durante la elaboración parlamentaria del texto actual (39). En este punto, el Proyecto mejora la incongruencia que suponía la redacción propuesta por el Anteproyecto, y que fue puesta de manifiesto en el informe del Consejo General del Poder Judicial, en el que se mantenía la exigencia de la actuación en grupo a pesar de reducir el número de los sujetos participantes de tres a dos, los cuales difícilmente podían ser considerados «grupo».

En relación a ello, resulta apreciable la significativa disminución que ha experimentado el concepto tradicional de «cuadrilla», en cuanto al número de personas que la componen, desde el Código anterior, que precisaba cuatro (40), al vigente que exige tres y que puede quedar reducido a dos, según la modificación propuesta.

No obstante, con la nueva redacción puede entenderse que una condición implícita del tipo pasa a convertirse en un requisito subjetivo explícito de esta figura agravada, esto es, se requiere la existencia de mutuo acuerdo entre todos los sujetos concurrentes que se adopta con el fin de ejecutar el delito, lo cual supone una resolución común, acordada previamente, de realizar los actos necesarios para ello. En este punto debemos plantearnos si con arreglo a esta modificación puede seguirse la clásica teoría jurisprudencial del «acuerdo previo», lo que supondría que todos los que, mediando acuerdo, hayan intervenido en la ejecución conjunta del hecho,

(39) En concreto, fue el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria quien presentó en el Congreso la enmienda núm. 977 que proponía reducir a dos el número necesario de sujetos para ser aplicada. *Vid.* p.p. núm. 20.

(40) El núm. 13 del art. 10 del Código Penal derogado recogía como circunstancia agravante el hecho de ejecutar el delito, entre otras, en cuadrilla, estimando que ésta existía «cuando concurren a la comisión del delito más de tres malhechores armados».

con independencia del papel que, en concreto, les haya correspondido, responderán como autores del delito y les será aplicable la agravación, debiendo precisar, además, que cada sujeto respondería de la agresión sexual por él cometida y de la de los demás en que haya cooperado. Entiendo que tanto la sustitución del verbo rector del comportamiento («causar» por «cometer»), como la nueva redacción del artículo 28, podría avalar esta posición.

b) En el Anteproyecto se introducía una mejora en la redacción típica de la agravación recogida en el apartado tercero («Cuando la víctima sea “persona” especialmente...») que posteriormente desaparece en el texto del Proyecto, y una novedad que se mantiene relativa a considerar, en todo caso, al «menor de doce años» como especialmente vulnerable, lo cual encaja con la línea interpretativa sugerida anteriormente (41).

c) El número cuarto del artículo 180 amplía su ámbito de aplicación al supuesto de que el delito se cometa con «abuso de superioridad», lo cual refuerza, aún más, como punto de referencia, la hipótesis que planteaba el antiguo artículo 434 al regular el denominado estupro de prevalimiento («La persona que tuviere acceso carnal..., prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación...») y que, en definitiva, refleja la coacción moral que el agente utiliza sobre la víctima, en base a su condición, para materializar sus lúbricos deseos.

d) En la agravación recogida en el número 5, se introduce en la redacción el uso por parte del autor de armas u otros medios «igualmente peligrosos que llevar» con la finalidad de equiparar este concepto con el que igualmente se utiliza en la agravación prevista para el delito de robo con violencia o intimidación (art. 242.2), o para el delito de lesiones (art. 148.1), propiciando así una interpretación jurisprudencial uniforme en esta materia, sugerencia ésta efectuada por la Fiscalía General del Estado en su informe. Queda así clarificada la cuestión y despejada cualquier duda que pudiera suponer en el caso concreto si un determinado medio alcanza la categoría de «especialmente peligroso», como reza actualmente el precepto, suponiendo ello un beneficio nada deseable, teniendo en cuenta el panorama actual, para el principio penal de taxatividad, tan fundamental en la materia que tratamos.

Además, el Proyecto dispone la supresión del último inciso de la circunstancia 5.^a con la finalidad de no alterar las reglas generales aplicables en materia de

(41) Según el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial esta presunción *iuris et de iure* que se incorpora a la redacción típica permite objetivar la apreciación atribuida a la potestad jurisdiccional, sobre la situación de vulnerabilidad de la víctima, y parece estar determinada por la elevación del límite de edad que el Anteproyecto propone en la redacción del artículo 181.2.1.^º respecto al Código Penal de 1995.

concurso de normas penales, estimando acertada la propuesta con el fin de no generar confusión en este ámbito.

Por último, resta analizar el apartado referido a la nueva penalidad que se le asigna a esta figura delictiva cuando va acompañada de algún subtipo agravado. En este sentido parece que la atención del legislador no alcanzó a reformar este extremo, produciéndose nuevamente un desatino en este ámbito, ya que si a la agresión sexual del artículo 178 se le asigna una pena de prisión que oscila entre dos y seis años, si concurre alguna de las circunstancias del artículo 180, la pena no puede partir de cuatro años y, de la misma forma, si a la nueva figura de la violación le corresponde una pena de prisión de seis a doce años, tampoco puede corresponderle una pena de diez a quince años si se aplica una de aquéllas. Este intento de uniformar las penas en el artículo 180 («Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de diez a quince años para las del art. 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias...»), realizado al margen de los anteriores preceptos sobre los que se aplica, sólo puede obedecer a un descuido del legislador que esperamos sea corregido en la andadura parlamentaria del nuevo texto que se propone.

IV. REFLEXIONES FINALES

La importante modificación que supone para los delitos contra la libertad sexual, en general, y la figura de agresión sexual, en particular, la aprobación del nuevo Código Penal, unida a la rápida aparición de un Proyecto destinado a su reforma, nos debe llevar a meditar acerca de la finalidad que guió al legislador de 1995 en la restructuración del título VIII del libro II del nuevo Código Penal.

El objetivo que se pretendía, según reza la Exposición de Motivos del texto punitivo recién estrenado, era adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido «que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos», puesto que —continúa diciendo— «bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto».

La primera idea que sugieren estas líneas es determinar el motivo por el que el legislador de 1995 toma como punto de referencia para configurar nuevamente los delitos contra la libertad sexual, un concepto —el de honestidad— que ya había sido desterrado de nuestro sistema punitivo con motivo de la reforma propiciada

por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que además de variar la rúbrica general, supuso una profunda transformación de las principales figuras típicas que, conservando sustancialmente su estructura, fueron adaptadas a las pautas que se establecían desde la realidad social a la que debían de ser aplicadas, haciéndose eco de las propuestas mayoritariamente señaladas (42).

Pues bien, no obstante la transformación operada, resurge de nuevo una noción ya suprimida en el ámbito punitivo y se convierte, de forma paradójica, en la razón principal de la reforma legal.

La única explicación que puede hallarse a este sinsentido, se centra en la evidencia de que la reforma de 1989 no alteró la estructura tradicional de los tipos delictivos, en su aspecto formal, motivo por el cual el nuevo legislador se propone romper totalmente con este legado histórico sorprendiéndonos realmente con la novedad de las técnicas punitivas que utiliza.

Sin embargo, la reforma que se avecina está poniendo de manifiesto, por un lado, que la clásica regulación de estos delitos no era totalmente desechable, aun cuando pudiera quedar obsoleta en algunos aspectos, como cualquier otra. Y, por otro, que no resulta fácil innovar cuando se desprecia toda la experiencia acumulada en la aplicación de aquello que se intenta rehacer. Y por este motivo, como ejemplos significativos que se pueden citar, el Proyecto reintroduce el *nomen iuris* de violación, retoma la referencia expresa al menor de doce años como víctima especialmente vulnerable de este delito y recoge el abuso de superioridad como subtipo agravado del delito. No obstante, se mantiene la complicada sistemática introducida en este ámbito, la cual además de generar confusión en la práctica jurídica, ha propiciado la primera reforma relevante del Código Penal —que afecta por completo al título VIII— al plantearse, desde distintas perspectivas, numerosas deficiencias e imperfecciones formales y sustanciales que tratan de ser subsanadas con la finalidad de sacar adelante la nueva regulación implantada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

(42) Así dispone concretamente el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio: «La necesidad de una reforma de los llamados delitos “contra la honestidad” del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad.

Una primera modificación se impone: respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.»

LA FRONTERA LUSO-ESPAÑOLA: HISTORIA Y REALIDAD (1)

JESÚS MARÍA GARCÍA CALDERÓN

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Lugo

SUMARIO: 1. SÍNTESIS HISTÓRICA: FASES EN LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA. SUS CARACTERES ESENCIALES. 2. LA FIGURA DE LOS *COUTOS HOMICIADOS* Y OTRAS FIGURAS HISTÓRICAS.—3. EL TRATADO DE LISBOA DE 1864 Y SUS ANEXOS: LA OBSESIÓN *DELIMITADORA*.—4. EL ANTIGUO CONVENIO DE EXTRADICIÓN DE 1867.—5. LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA TRAS EL INGRESO EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ACUERDOS DE SCHENGEN. LA FRONTERA *INTERIOR*, SUS DÉFICIT DE SEGURIDAD Y SU PROBLEMÁTICA DELICTIVA.—6. LA FRONTERA *EXTERIOR* Y SUS POLÍTICAS COMUNES. LA POLÍTICA COMÚN DE VISADOS.

(1) Ponencia presentada en el Seminario Luso Español sobre Espacio Judicial Europeo celebrado en Cáceres en el mes de octubre de 1997.

La existencia en el presente Seminario de variadas e interesantes intervenciones acerca de los conceptos esenciales de la cooperación jurídica internacional en materia penal, así como el hecho de compartir esta mesa con quienes, de forma tan brillante, se han referido a esta problemática en términos generales, me han hecho considerar la posibilidad de abordar, de una forma necesariamente breve, algunos aspectos de la cooperación transfronteriza luso española, teniendo en cuenta las peculiares características históricas y sociológicas de nuestra frontera y considerando —sobre todo— que ambos países han resuelto un importante *déficit* histórico al asumir el *corpus* de aquello que hemos convenido en llamar desde 1976 *Espacio Judicial Europeo* y abierto, de esa forma, su protagonismo a la mayor colaboración política y judicial de la historia entre naciones desarrolladas y democráticas a través del Tratado de la Unión Europea y del Acuerdo de Schengen.

Antes de proseguir, es necesario indicar que el conocimiento, cuando menos aproximado, de las peculiares condiciones de la frontera luso española resulta de un gran interés para poder examinar y, en la medida de lo posible, resolver los problemas que deben afrontar ambos estados en su condición de socios comunitarios y de países ibéricos.

Puede decirse que la formación de la frontera luso española, históricamente, ha contado con tres fases o períodos claramente diferenciados. Una extensísima primera etapa, da comienzo a lo largo del siglo XII cuando se lleva a cabo una delimitación inicial de la misma, etapa que persiste hasta la segunda mitad del siglo XIX. Una segunda comenzaría con los trabajos preparatorios del Tratado de Lisboa de 1864 y sus documentos anexos, en particular el Acta de delimitación de 1906, fase que se desarrolla hasta fechas muy recientes. Y, por último, una tercera fase se abre con la

integración de ambas naciones en la Unión Europea y con la posterior adhesión con fecha de 25 de junio de 1991 de España y Portugal al Acuerdo de Schengen (2).

Si bien, como acaba de indicarse, la delimitación inicial de la frontera se produjo a lo largo del siglo XII, el primer instrumento jurídico formal, a salvo de algunos curiosos precedentes, hay que encontrarlo en la carta concedida el día 5 de junio de 1264 por el Rey de Castilla Alfonso X *el Sabio* a Juan y Alfonso García, para que ambos lo representaran en una *comisión real* encargada de llevar a cabo la demarcación y los límites existentes de los reinos de Castilla y Portugal. Alfonso III, por su parte, designó como representantes de la corona portuguesa en la citada *comisión* a Joao de Aboim y a Diego López de Baiam (3). A esta delimitación inicial sucedieron numerosas alteraciones que, sin embargo, no resultaron en ningún caso excesivamente importantes, manteniendo la frontera un perfil homogéneo hasta nuestros días.

La primera conclusión —por tanto— que puede obtenerse es que la frontera luso española es, sin lugar a dudas, una de las fronteras más antiguas de la historia que persiste en la actualidad. Pero, al propio tiempo, a pesar de esta innegable antigüedad y persistencia, se trata de una frontera que ha sido negada no pocas veces (4). En realidad, cabría decir que se trata de una frontera que ha seguido un desarrollo histórico político y otro desarrollo de carácter socioeconómico, desarrollos no necesariamente coincidentes. Si observamos la historia comprobaremos que las numerosas modificaciones operadas sobre la delimitación inicial de la frontera son ciertamente menores y no alcanzan un efecto definitivo o sustancial. Salvo el caso de Olivenza y alguna otra población o lugar aislado de escasa entidad, se trata de pueblos o pequeñas ciudades fronterizas que son temporalmente

(2) Acerca de la compleja evolución de la frontera hispano lusa, resulta excelente el libro del comisario orensano Luis Manuel GARCÍA MAÑÁ: *Miño: ¿Existiu unha fronteira?*, publicado por Editorial Galaxia, en Vigo y en 1993. Buena parte de las ideas en esta primera parte de la presente ponencia se inspiran y parten del libro citado.

(3) Sobre el particular, puede verse el trabajo del coronel José BAPTISTA BARREIROS: «Delimitação da fronteira luso espanhola», publicado como separata en la revista *O Distrito de Braga*, en 1961.

Existe otro importante intento unilateral de delimitación en épocas cronológicamente alejadas como es el caso de los famosos *Tombos da Raia* que fueron ordenados por el rey Joao III y que se confeccionaron entre los años 1530 y 1530, llevando a cabo una demarcación de la frontera que fue utilizada por los delimitadores decimonónicos. A ellos se refiere igualmente el autor citado en esta nota.

(4) En este sentido, Luis GARCÍA MAÑÁ, en la obra citada, ofrece unas palabras preliminares donde puede leerse lo siguiente: *No noso tempo temos a boa fada de ver esvaece-la raia como «instrumento de separación» para integrárense as dúas familias ibéricas na Europa Comunitaria, sen renunciar a identidade de cada unha, exercicio que de seguro agradecerán os veciños de ámbalas ribeiras do Miño, que a pesar de tódolos atrancos non crebaron endexamais os seus lazos, porque sempre souberon estar por enriba dos acontecementos impulsados polos oligarcas de turno, dende Guimaraes e Compostela, ou dende Liboa e Madrid.*

ocupadas y que se recuperan por sus originales soberanías con relativa facilidad tras la firma de algún tratado de paz con recíprocas concesiones. Puede considerarse que la frontera generó la existencia, a uno y otro lado, de comunidades que resaltaban el hecho de ser fronterizas como una de sus más importantes señas de identidad y que tal *hecho fronterizo* resultaba frecuentemente utilizado como argumento ante la propia autoridad nacional como motor del desarrollo comercial, militar y social.

Todo lo dicho y, en particular, esta incierta persistencia de los límites fronterizos a lo largo de tan extenso período de tiempo, permite considerar con cierta lógica que las fluidas relaciones de los habitantes de la *raya* nunca se vio sustancialmente mermada por las circunstancias políticas y que la permeabilidad reinante ha configurado una serie de espacios en los que podría decirse que la frontera existió no sólo como un elemento de separación sino, además, como un elemento de cohesión social y económica y este fenómeno, que es probable aparezca en otros espacios fronterizos del mundo, tuvo una singular firmeza en el caso luso español por circunstancias de un gran interés histórico que sería prolijo enumerar (5) y entre las que destaca el tratarse, en definitiva, de una frontera de marco convencional.

Con independencia de lo anterior, este singular carácter de cohesión social y económica de la frontera es evidente que se encuentra asociado la *utilidad* que afectaba a las comarcas por las que cruza y la perfila de un modo que resulta necesario comprender para poder resolver los habituales problemas de cooperación judicial y policial a los que tradicionalmente han venido enfrentándose las autoridades ibéricas.

Varias veces la historia se preocupó de acreditar la existencia de esta singular *cohesión fronteriza* luso española. Valga de ejemplo, en primer lugar la pacífica vida comercial desarrollada a lo largo del Miño a través de un comercio pujante ejecutado por los barcos que portaban sus mercancías por el río y que tuvo una particular intensidad en el siglo xv. Tales costumbres y acuerdos terminaron por recopilarse en el documento conocido con el nombre de *Stromento dos navíos* suscrito entre las ciudades de Tuy y Valençã en el año 1485 (6). El desarrollo comercial de la zona

(5) *La frontera portuguesa es básicamente de tipo histórico, de marco convencional, de traza-do predominantemente fluvial y relativamente intensa en la cooperación transfronteriza*, así definía la frontera el profesor J. R. Remacha en su ponencia «La frontera Hispano Lusa», ponencia presentada en las IX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional celebradas en San Sebastián en el mes de junio de 1985. No comparto la idea de su carácter predominantemente fluvial; muy al contrario el carácter *seco* de buena parte de ella es una de las condiciones que dificulta, actualmente, la cooperación transfronteriza.

(6) Sobre el particular puede verse el libro de Elíseo ALONSO: *Pescadores del río Miño. Tramo gallego y portugués*, publicado en Vigo en 1989.

con la regulación de la navegación por el Miño apenas se vió afectado por enfrentamientos puntuales a pesar de la enorme agitación política y militar de la época.

Con independencia de la cooperación comercial, la *cohesión fronteriza* tuvo un importante aspecto o *utilidad* política. El pasar la *raya*, a uno y otro lado, por las víctimas de diversas persecuciones políticas se convirtió en una *costumbre* que resultó decisiva para configurar, incluso, el carácter de las poblaciones fronterizas. Así, por ejemplo, tras la firma por los Reyes Católicos del Decreto de expulsión de los judíos, con fecha 31 de marzo de 1492, fueron muy numerosos los judíos conversos o no que se ubicaron en las zonas fronterizas más permeables, como ocurriera en Galicia o Extremadura (7), con la intención de obtener una fácil salida en tiempos tan difíciles y sirviendo como nuevo elemento de cohesión fronteriza. Sin embargo, la situación empeoró con la firma por el rey Manuel I de Portugal de otro Decreto de expulsión de judíos y musulmanes en el año 1496. Hemos de sospechar que la utilización de la frontera como elemento defensivo de estos colectivos judíos persistió algún tiempo y ello porque, con fecha 20 de mayo de 1499, los Reyes Católicos firman con el rey de Portugal un tratado que les permitirá evitar que el paso de la frontera impida el apresamiento de los judíos perseguidos. Diversos autores no han dudado en calificar a este tratado como *fuentes de extradición universal* (8).

Otro singular ejemplo histórico del uso político de la frontera viene determinado por la institución conocida como *coutos de homiciados*. Eran tales *coutos* un original instrumento en la política de repoblación de la corona portuguesa, en ellos determinados delincuentes disfrutaban de una situación de libertad ya que podían instalarse con sus familias, condicionándose su libertad al hecho de residir en el perímetro del couto donde debían trabajar para conseguir el perdón por sus delitos (9). El primero del que se tiene noticia es el de la villa de Melgaço y su fundación se remonta al año 1181. En ellos se condicionaba la acogida al hecho de que no se hubieran cometido diversos crímenes que quedaban excluidos del privilegio, como solía ocurrir con la traición, la falsificación de moneda o la sodomía, en incluso al hecho de que el crimen no hubiera tenido lugar en un lugar próximo al de la ubicación del *couto*. Esta figura es indudable existió en Galicia y que, incluso, pudo tener un desarrollo superior al del norte de Portugal, donde

(7) Así lo pone de manifiesto Emilio GONZÁLEZ LÓPEZ en su *Historia de Galicia*, en Colección Biblioteca Nueva, La Coruña, 1980.

(8) En este sentido Luis GARCÍA MAÑÁ en su libro citado, se refiere a Evelio Calatayud y a su *Enciclopedia Jurídico Administrativa del Agente de la Autoridad*, publicada en Madrid en 1950.

(9) Sobre la figura de los *coutos de homiciados* resalta el trabajo de Humberto BAQUERO MORENO, «O municipios portugueses nos Séculos XIII a XVI», en *Estudos de Historia*, Editorial Pre-sença. El autor da especial importancia al fundado en Caminha por Joao III en 1406.

resultaban frecuentes. Pero lo realmente curioso, en lo que a nosotros respecta, es su persistencia hasta el siglo XIX (10). Ciertamente así lo demuestra el llamado *Couto Mixto* existente en la provincia de Orense, territorio que se encontraba exclusivamente sometido a la autoridad de un Juez de Paz y que persistió hasta la firma del tratado de Lisboa en 1864 (11). Es lógico pensar que el *couto mixto* y la propia frontera fueron de gran utilidad durante el desarrollo de las dos primeras guerras carlistas, en la primera mitad del siglo XIX, por los partidarios del pretendiente para la obtención de víveres y armamento y para la huida de guerrilleros perseguidos por las fuerzas liberales.

De todo lo apuntado, se deduce la persistente utilidad no sólo comercial o económica sino la utilidad política de una frontera que parecía necesaria para los dos países según el diverso cariz de los acontecimientos históricos.

Hemos dicho que una segunda fase de la delimitación fronteriza luso-española tuvo lugar con la firma del Tratado de Lisboa el día 29 de septiembre de 1864. Basta examinar la exposición inicial del tratado para considerar que, hasta la fecha, los límites fronterizos, aunque persistentes y nítidos en lo esencial, resultaban «difusos» en lo particular para los habitantes de la «raya» (12).

La firma del Tratado de Lisboa pone de manifiesto la existencia de una «obsesión delimitadora», plasmada en la actitud, a veces de abierto enfrentamiento, entre los plenipotenciarios de ambos países (13). Esta «obsesión delimitadora», sin embargo, no produjo satisfacción entre los habitantes fronterizos, ya que solamente se refi-

(10) En este sentido, respecto a su existencia en Galicia, se pronuncia Luis GARCÍA MAÑA, obra citada, pág. 45. El mismo autor en su libro *La frontera hispano lusa en la frontera de Orense* recupera la figura del *Couto Mixto* que se mantuvo hasta el Tratado de Lisboa. Desgraciadamente el autor de esta ponencia no ha podido obtener el libro, del que se tiene alguna referencia puntual.

(11) El artículo 24 del Tratado de Lisboa fue el que resolvió el problema de la nacionalidad de los habitantes del Couto Mixto, en la frontera orensana.

(12) Comienza el Tratado con el siguiente párrafo, suficientemente expresivo del carácter difuso de la frontera: *S. M. la Reina de las Españas y S. M. el Rey de Portugal y de los Algarbes, habiendo tomado en consideración el estado de inquietud en que se encuentran muchos pueblos situados en los confines de ambos reinos por no existir una delimitación precisa del territorio ni tratado alguno internacional que la señale, y deseando poner término de una vez para siempre a los desagradables altercados que con aquel motivo se suscitan en varios puntos de la raya y establecer y consolidar la paz y armonía entre las poblaciones limítrofes, y, finalmente, reconociendo la necesidad de hacer desaparecer la anómala situación en que a la sombra de antiguas tradiciones feudales han permanecido hasta aquí algunos pueblos inmediatos a la línea divisoria en ambos Estados, con notable y común perjuicio de éstos, han convenido en celebrar un Tratado especial que determine, clara y precisamente, así los derechos respectivos de los pueblos confinantes, como los límites territoriales de ambas soberanías en el trayecto de frontera que se extiende desde la desembocadura del Miño hasta la unión del río Caya con el Guadiana.*

(13) Por parte española fueron tales plenipotenciarios el Marqués de la Ribera, Juan Jiménez de Sandoval y Facundo Goñi y por parte portuguesa el Duque y Marqués de Loulé, José Severo de Mendoça Rolin de Moura y Jacinto da Silva Mengo.

rió a islas fluviales y lugares que resultaban conflictivos y a los que debían acudir con frecuencia agentes de la autoridad para la represión de conductas penales, como el contrabando, conducta que casi llegó a convertirse en otra seña de identidad de las comarcas limítrofes. Hubo, sin embargo, islotes y lugares que eran conocidos por los habitantes de la frontera y que no fueron aludidos en el Tratado, dándose una vez más la existencia de una «realidad» política y otra socioeconómica en la «raya».

El Tratado contiene 31 artículos y fue consecuencia de diversos trabajos preparatorios que, en años anteriores, no habían fructificado (14). En él cobra una especial importancia la delimitación fluvial del río Miño y de algunas de sus islas e islotes que venían siendo ocupadas a uno y otro lado de la frontera, así como la regulación del uso de los pastos fronterizos a los que tradicionalmente tenía acceso el ganado y que resultaban esenciales en la economía de subsistencia de la zona (15). Su principal virtud radica en la recopilación de una normativa dispersa e insuficiente y en tratarse del primer «instrumento jurídico» de entidad que delimitaba claramente la frontera desde la antigua «comisión real» del siglo XIII.

El Tratado, y he aquí otra prueba más de la citada «obsesión delimitadora», precisó posteriormente diversos y minuciosos anexos entre los que cabría citar los «Reglamentos relativos a los ríos limítrofes entre ambas naciones y el Reglamento sobre prendamientos de Ganado del año 1866» (16) y, sobre todo, las «Actas de Demarcación» firmadas en Lisboa en los años 1897 y 1906, una vez concluidos los lentos trabajos técnicos a los que obligó el Tratado de Lisboa de 1864. La primera se refiere a la delimitación desde la desembocadura del Miño y hasta la confluencia con el río Barjas o Troncoso, y, la segunda, se extiende hasta la confluencia del río Caya con el Guadiana; ambas actas contienen prolijas y extensas explicaciones delimitadoras, que acusan la existencia de una flagrante «comunidad de intereses» a ambos lados de la frontera.

La firma del Tratado de Lisboa debió espolear a las autoridades ibéricas para que llevaran a cabo una cierta actualización jurídica en sus relaciones. Buena prue-

(14) Dichos trabajos comenzaron en 1806. Tuvo lugar un segundo intento hacia el año 1820. En 1855 y posteriormente, en 1858, fueron creadas sendas Comisiones Internacionales Mixtas Hispano-Portuguesas, que constituyen el verdadero precedente del Tratado de Lisboa y que resultaron, en diversas ocasiones, bastante agitadas.

(15) Resulta curioso, pero lo cierto es que en la frontera del Miño, como refleja Luis GARCÍA MAÑÁ en su libro, tantas veces citado, se dice que el ganado era trasladado en barcas o a nado para pasar en las islas e islotes del río.

(16) Como nota curiosa merece resaltarse la disposición que consideraba la embarcación amarrada a un margen o tan próxima que pudiera subirse a ella sin especial dificultad como parte integrante del territorio nacional de dicho margen para la persecución por las autoridades oportunas de contrabandistas y otros infractores. Serían muy numerosas las disposiciones que abonarían la tesis de la inexistencia de una frontera «real» sobre todo en las márgenes del Miño, disposiciones llenas de curiosidades pero que sería muy prolijo enumerar en una ponencia de estas características.

ba de ello es el Convenio de Extradición entre España y Portugal, suscrito en Lisboa el 25 de junio de 1867. Dicho Convenio excluía los crímenes y delitos políticos, se expresaba en términos de cierta amplitud y se extendía a las posesiones coloniales de ambas naciones.

El Convenio contenía las habituales disposiciones de la época y obedecía a la necesidad de que se hicieran más habituales las entregas de criminales que se amparaban en el cruce de la frontera, circunstancia lógica y tradicional en la «raya» teniendo en cuenta su extensión geográfica y la facilidad de acceso de uno a otro país, así como la problemática delictiva de la época, que se caracterizaba por la intensidad del contrabando —que podía servir como apoyo para los fugados— y por la frecuencia de las deserciones en ambos ejércitos. No en vano, esta entrega ya se instrumentaba jurídicamente con anterioridad, a través de otras figuras jurídicas, como ocurría con el antiguo «Convenio para la recíproca entrega de criminales y desertores» celebrado el 8 de marzo de 1823 y que resultó derogado por el comentado Convenio.

Llama igualmente la atención la extensa duración de este Convenio de Extradición, ya que sólo resultó abrogado por el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, que fue ratificado por Portugal el 23 de enero de 1990.

No parece necesario, teniendo en cuenta la extensión de este Seminario y la cortedad de esta ponencia, hacer un análisis siquiera somero de las profundas consecuencias del ingreso de España y Portugal primero en la Europa comunitaria, tras la firma de los respectivos Tratados de Adhesión de 1985 y, más tarde, como miembros integrantes de la Unión Europea. Es obvio que desde una perspectiva jurídica y policial de cooperación ha resultado igualmente capital, cuando menos de forma teórica, la firma por ambos países del Acuerdo de Schengen.

Sí resulta interesante comprobar si la frontera luso-española ha permanecido con aquellos caracteres esenciales que le son propios y que hemos analizado desde una perspectiva histórica y comprobar si, además, puede hablarse de una peculiaridad jurídica o policial «actual» de la frontera luso-española.

Es obvio que el libre tránsito de mercancías, capitales y personas la ha hecho, si cabe, más permeable y no lo es menos que la ausencia de puestos fronterizos y la escasa eficacia de los controles móviles (17) se convierte en un elemento a considerar para estimar un incremento delictivo en diversas materias.

La integración en el «Espacio Judicial Europeo» nos obliga a llevar a cabo una doble consideración. De un lado, la frontera «interior» mantiene sus peculiares características de permeabilidad y es utilizada habitualmente por la delincuencia

(17) Sobre el particular se puede examinar el «Acuerdo Hispano Portugués sobre coordinación de patrullas móviles» de 17 de enero de 1994.

urbana común (18). Al factor de permeabilidad cabría añadir la mejora notable en las comunicaciones terrestres, las dificultades de investigación policial y judicial transfronteriza, así como la lenta construcción de la Europol y la falta de una información fluida entre las policías portuguesas y españolas a nivel oficial y, por añadidura, entre los Jueces y Fiscales de cada país.

No puede hablarse de una realidad criminal específica, pero sí es evidente que la ausencia de controles fronterizos interiores y las causas anteriormente apuntadas han determinado un desarrollo creciente de formas comunes de delincuencia, principalmente formas violentas de delitos contra la propiedad y de tráfico ilegal de drogas. Además, si bien esta realidad delictiva es la más patente, es lógico suponer que, con fuertes dosis de impunidad, la descoordinación transfronteriza permite la comisión de otras figuras delictivas, como aquellas que generan la exportación ilegal de obras de arte o el tráfico ilegal de inmigrantes dedicadas a la prostitución.

A nivel teórico, sin embargo, el «marco normativo» de Schengen nos obliga a reconocer que existen mecanismos legales «suficientes» para combatir la situación descrita. A este respecto, conviene recordar los Tratados bilaterales suscritos entre España y Portugal, entre los que destacarían el «Convenio relativo a la readmisión de personas en situación irregular» de 15 de febrero de 1993; la «Circular» de 5 de abril de 1995, sobre la entrada en vigor del Convenio anterior; la «Circular» de 31 de julio del mismo año, sobre modelos de solicitud y denegación de readmisiones, y el «Acuerdo Hispano-Portugués sobre Coordinación de Patrullas Móviles» de 17 de enero de 1994 (19). Cabría añadir las escasamente operativas «Comisiones de Cooperación Transfronteriza» a las que suele imputarse un patente vacío de contenido por parte de las autoridades policiales.

Cabe citar en primer término, en lo que respecta al marco de Schengen, el artículo 39 del Convenio de Aplicación, que indica los requisitos de las «solicitudes de asistencia» para prevenir e investigar hechos delictivos. Dichas solicitudes requieren, además del respeto a las respectivas competencias judiciales, la no aplicación de medidas coactivas por el Estado requerido. Además, sólo en el caso de que las Autoridades judiciales competentes del Estado requerido lo consientan,

(18) Las autoridades policiales, cuando menos las españolas, suelen aludir con frecuencia a la existencia de numerosos atracadores que suelen cruzar la frontera para la comisión de hechos delictivos.

(19) A nivel transfronterizo, en España, existen acuerdos similares para el caso francés y marroquí; en particular, el Acuerdo de 8 de enero de 1989 entre España y Francia, relativo a la admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal, y el Acuerdo de 13 de febrero de 1992 entre España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas y el tránsito de readmisión de extranjeros entrados ilegalmente.

podrá aportarse al procedimiento la prueba del hecho delictivo que resulte de la asistencia solicitada (20).

En lo que respecta a la «vigilancia transfronteriza», cuando ésta se ha iniciado en el propio país, puede extenderse al territorio de otro «Estado Schengen» a través de un procedimiento ordinario o urgente. El «ordinario» requiere que, además de una investigación policial en marcha, el hecho presuntamente cometido pueda dar lugar a la extradición y que el Estado requerido haya autorizado la vigilancia conforme a diversas condiciones previamente establecidas. En los casos de «urgencia» podrá presentarse la solicitud inmediatamente después del cruce de la frontera. Esta solicitud simplificada viene condicionada por la presunta comisión de una serie tasada de delitos de una especial gravedad y por el hecho de que se aprecien las que denomina el Convenio «razones de urgencia» (21). El cese de la vigilancia tiene lugar a instancias del Estado requerido o cinco horas después de cruzar la frontera si no se hubiera obtenido la autorización.

La presente ponencia no puede extenderse sobre las diversas modalidades de ejecución de la persecución transfronteriza al ser objeto de debate en posteriores y más acertadas intervenciones. Tan sólo —por el aspecto concreto y referido a las modalidades luso-españolas— me parece oportuno indicar que España en la frontera común con la República portuguesa establece los siguientes «Límites espacio-temporales»:

- No se puede detener a la persona perseguida.
- Se puede continuar la persecución en un radio de 50 kilómetros en territorio español sin que pueda transcurrir más de dos horas desde el inicio de la operación.
- Existe una limitación a las personas, circunstancias y hechos contemplados en el apartado 4.2 del artículo 41.4 del Convenio de Schengen.

Por su parte, la República portuguesa, en la frontera común con España, establece las mismas limitaciones, con la salvedad de que la persona perseguida no puede ser interrogada (22).

(20) Sobre el particular, véase el *Vademécum de Cooperación Policial Transfronteriza* editado por la Subdirección General Operativa de la Dirección General de la Policía española en fecha reciente.

(21) Tales razones se configuran por el hecho de que el Estado requerido no haya podido ser advertido o por el hecho de que, advertido el Estado, las autoridades no hayan podido trasladarse a la frontera para proseguir la vigilancia.

(22) En lo que respecta a la frontera común francesa, la República francesa limita, como en el caso portugués, la detención de la persona perseguida y establece una limitación espacial en la persecución de 10 kilómetros. Pueden realizar estas persecuciones el Cuerpo Nacional de Policía, el Cuerpo de la Guardia Civil y el Servicio de Vigilancia Aduanera, por parte española; la Policía Nacional, la Gendarmería Nacional y la Dirección General de Aduanas e Impuestos Indirectos, por parte francesa; así como la Policía Judicial y los Agentes de Aduanas en el caso portugués.

Siguiendo en esta línea, cabría reseñar —por su importancia— que en materia de vigilancia y persecución España y Portugal, como el resto de países del marco Schengen, mantienen «conceptos comunes o afines» en lo que se refiere a las «armas de servicio, domicilio legal» y «circunstancias de legítima defensa». En este punto sí conviene considerar que, con respecto al uso de armas reglamentarias, su utilización está sujeta al principio de reciprocidad, manteniéndose en lo esencial una configuración común de su calibre y principales características (23). En lo que respecta al domicilio, el concepto portugués se encuentra ciertamente más limitado que el español. Si en España se configura el concepto normativo de domicilio como cualquier «espacio cerrado destinado a morada efectiva» en Portugal, si bien hay una coincidencia legal y jurisprudencial con este concepto, no se incluyen, a los efectos de estas modalidades de cooperación transfronteriza, los domicilios profesionales, las *roulottes*, las habitaciones de hotel y pensiones y las sedes de personas colectivas (24). Por último, la configuración de la legítima defensa como forma de atenuación o exención de la responsabilidad criminal, se mantiene en términos particularmente análogos en ambos países.

No pueden concluirse las alusiones a la cooperación transfronteriza sin realizar una breve consideración acerca del imprescindible «intercambio de información». El marco normativo resulta suficiente y es evidente que en esta materia cumplen una función esencial los denominados «agentes de enlace» (25), cuyas funciones habituales, con independencia de las disposiciones aludidas en estos párrafos, se encuentran determinadas por los acuerdos bilaterales suscritos con cada Estado. La importancia de estos agentes ha sufrido en los últimos años un importante incremento cualitativo, por cuanto suelen suplir las carencias aludidas en muchas ocasiones. Con respecto al marco Schengen, los artículos 92 y siguientes del Convenio de aplicación se refieren al Sistema informático de Información Común (C-SIS), con sede en Estrasburgo. Sobre el particular, baste decir que la consulta de información resulta esencial para superar los déficit de seguridad que plantea la ausencia de controles fronterizos interiores y que tal intercambio de información se gestiona a través de Sistemas de Información Nacionales y de unas

(23) Lo mismo cabría decir de Francia, que delimita este concepto común con una referencia a la dotación reglamentaria de sus funcionarios policiales: arma de puño, bomba lacrimógena, porra y esposas.

(24) En lo que respecta a Francia, la coincidencia con el concepto normativo español en esta materia es total.

(25) Acerca de los funcionarios de enlace, pueden verse los artículos 7, 47 y 125 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

oficinas intermediarias comúnmente conocidas como «Oficinas Sirene» (*Supplementary Information Request at the Nacional Entry*) (26).

Puede concluirse, no obstante lo dicho, que la existencia de un marco normativo adecuado no es suficiente para considerar que, actualmente y en la frontera luso-española, se dan niveles correctos de cooperación policial y judicial. Esta carencia viene determinada por la descoordinación existente; descoordinación que no se produce, sin embargo, a nivel personal, sino a nivel institucional. De hecho, como ha sido una constante histórica en el devenir de la frontera luso-española, con independencia de las voluntades políticas de cada Estado, han primado siempre las fluidas relaciones personales y las «investigaciones no oficiales» en materia policial y, en lo que respecta a la colaboración judicial, no se ha contado con una puesta en marcha real y efectiva de los nuevos instrumentos jurídicos de colaboración ni con una suficiente «toma de conciencia» de la nueva realidad jurídica de ambas naciones (27). Como consecuencia de todo ello, la situación fronteriza luso-española actual ha generado una realidad delictiva preocupante, sin que se hayan habilitado procedimientos de lucha real contra tales fenómenos. No ha existido, en definitiva, una adecuada planificación institucional que corrigiera la situación con antelación suficiente (28).

En relación con lo expresado en el párrafo anterior, a nivel interno, merece destacarse el reciente «Proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal» de 13 de mayo de 1997 que pretende, de algún modo, que el Estado pueda dar cumplimiento a sus «numerosos y complejos compromisos internacionales». El Proyecto, básicamente, se muestra partidario de la necesidad de coordinar la normativa internacional con los aspectos orgánicos y procesales de nuestra legislación interna, dando mayor virtualidad a los instrumentos jurídicos a los que anteriormente nos referimos (29) a través de la habilitación al Ministerio de Justicia de amplios aspectos de la política exterior del Estado.

(26) La finalidad del intercambio de información no se constriñe a la identificación de personas, cuenta asimismo como objetivos los vehículos, armas, billetes de banco y toda clase de documentos.

(27) A nivel formal, sin embargo, es preciso indicar que no se aprecia ningún problema de colaboración en la respuestas a las diversas «comisiones rogatorias» o a las solicitudes de extradición, salvo en algún supuesto puntual y aparte de la habitual lentitud.

(28) Cabe añadir a lo dicho que, en la *praxis* policial suele considerarse por los expertos que la «Policía Judicial» portuguesa atiende con más facilidad los requerimientos que la policía española, circunstancia que parece producirse por su condición de auténtica policía judicial dependiente de la Administración de Justicia.

(29) Expresamente citado en la exposición de motivos aparece como precedente el artículo 154 de la Ley 43/1991 de Portugal.

Es obvio que la Península Ibérica constituye un espacio geográfico común y que ese espacio cuenta con una posición privilegiada para los intereses de la delincuencia internacional. Además del fenómeno estrictamente delictivo, las peculiares condiciones históricas de ambos países, además de las particulares condiciones geográficas, hacen sus fronteras especialmente sensibles a fenómenos tan formidables y complejos como la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de diversas sustancias.

Todo ello determina el que pueda hablarse de una especial y compleja problemática de las fronteras ibéricas en su condición de fronteras «exteriores» de la Unión Europea (30). La extensión de esta ponencia impide un análisis pormenorizado de la cuestión, indicando tan sólo que cuanto se dijo acerca del intercambio de información a través de C-SIS y de las oficinas «Sirene» resulta capital para realizar un control mínimo ante la situación desencadenada por la desaparición de los puestos fronterizos interiores.

Sí merece una especial referencia la necesidad de llevar a cabo una «política común de visados» que se erige como la piedra de toque que permita calibrar el calado y la efectividad de la cooperación transfronteriza (31), principalmente a nivel policial. El objetivo de esta política común vendría determinado, en primer término, por la necesidad de alcanzar paulatinamente un régimen unificado entre los Estados integrados en el marco Schengen y, en segundo lugar, por la necesidad de afrontar con garantías la problemática que deriva de la inmigración ilegal, fenómeno que se erige como una de las causas más señaladas de importantes formas delictivas. En particular, se advierte la necesidad de coordinar listas comunes de países en los que se exijan los visados, la creación de un visado uniforme y la armonización de criterios a la hora de establecer los requisitos para su concesión.

De cualquier modo, la problemática «exterior» ibérica puede decirse que constituye, en la actualidad, un grave problema potencial a nivel jurídico y policial que requiere la adopción de medidas de coordinación. El presente Seminario, cuando menos, pone de manifiesto la existencia de una cierta «toma de conciencia» que nos permita afrontar esperanzadamente el futuro.

(30) La situación se agrava particularmente con los puestos fronterizos españoles del norte de África. En este sentido, no pocos estudiosos de la materia no han dudado en calificar al estrecho de Gibraltar como el «nuevo Río GRANTE» por el extendido fenómeno de la inmigración ilegal magrebí.

(31) Sobre la «política común de visados» puede examinarse el trabajo de José Joaquín GOMA TORRES publicado en el número 25 de la revista *Ciencia Policial*, publicada por el Instituto de Estudios de Policía en 1994.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. Notas y comentarios

SISTEMAS LEGALES Y ABUSOS INFANTILES (1)

OLAYO EDUARDO GONZÁLEZ SOLER

Fiscal

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL ANTE EL FENÓMENO DEL ABUSO INFANTIL. II. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL.—III. PROCEDIMIENTO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL. A) *Jurisdicción civil*: 1) la privación de la patria potestad, tutela o guarda: a) principio dispositivo; b) principio de contradicción o de igualdad de armas; c) principio de audiencia; d) principio de aportación de parte; e) principio de oralidad. 2) La tutela automática. 3) Las medidas cautelares. B) *Jurisdicción penal*: 1) Persecución de oficio o a instancia de parte. 2) Principio de aportación de oficio. 3) Organización de la fase de prueba. 4) Medidas cautelares.

(1) Con dicho título se desarrolló, durante el 20 *International Congress on Child Abuse and Neglect*, organizado por ISPCAN (*International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect*) en Dublín, entre el 18 y el 21 de agosto de 1996, una *masterclass* a cargo de A. Crivillé (Francia), de C. Chomienne (Francia) y del autor, que presentó este trabajo.

I. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL ANTE EL FENÓMENO DEL ABUSO INFANTIL

En los últimos quince años, la protección infantil (2) ha merecido la atención de los legisladores de muchos países europeos, como lo ponen de manifiesto las modificaciones introducidas en 1983 en Italia, en 1989 en Austria y Francia, en 1987 y 1996 en España y en 1991 en Portugal, Alemania y Bélgica, país este último en el que, como consecuencia de los cambios que se han producido en su organización territorial, es de observar un fenómeno semejante al que ocurre en España, esto es, el Estado central se reserva las competencias en materia de justicia, mientras que las de protección de la infancia, tanto de naturaleza social como judicial, son ejercidas por las Comunidades que, sobre las más distintas bases, han ido apareciendo.

Una primera característica de ese conjunto de disposiciones sobre protección infantil es la consolidación de la diferencia entre el ámbito de la protección y el ámbito de la delincuencia, tendencia que se refuerza, además de por las repercusiones de los fenómenos políticos ocurridos en España y en Bélgica (la delincuencia juvenil es materia propia de la Administración central mientras que la protección es materia propia de la Administración autonómica), por la intensificación del carácter represivo del derecho penal juvenil, de una parte, y, de otra, por el arraigo que va adquiriendo la idea de desjudicializar los primeros escalones de la protección infantil.

(2) Las referencias, tanto a la legislación como a su contenido, se han obtenido de *Jóvenes delincuentes y de riesgo en medio abierto. Marcos legales y nuevas prácticas. Aproximación comparativa*, obra colectiva de la que su principal ponente es Annina Lahalle, que ha sido editada por la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia y reproducida en España, con autorización y en traducción de Edgardo L. Oviedo Licardi, por la Dirección General del Menor y la Familia del Ministerio de Asuntos Sociales en 1995.

Por lo que respecta a la delimitación de los supuestos de actuación en el ámbito de la protección, es de observar la desaparición de las connotaciones moralizadoras y la matización de las situaciones de riesgo, bien estableciendo supuestos concretos de actuación (malos tratos y abusos sexuales en la legislación francesa, belga o portuguesa) o bien delimitando la situación de riesgo en sus consecuencias (compromiso grave de la integridad física o psíquica de la víctima exige la legislación de la comunidad francófona belga) o en sus causas (abuso en el ejercicio de la patria potestad o imposibilidad de los padres de cumplir con las obligaciones derivadas de la misma exige la legislación alemana).

Por lo que respecta a las medidas, en algunos casos se llega a establecer su duración, como ocurre en la legislación flamenca o en la francesa, en la que se limita a seis meses la duración de las medidas provisionales y a dos años la de las definitivas. En otros casos, la posibilidad de imposición de medidas se condiciona a la concurrencia de un supuesto de hecho y de un requisito cronológico, como ocurre con la legislación portuguesa, en la que los malos tratos o el abandono justifican la imposición de medidas cuando los mismos son sufridos por niños con edades comprendidas entre los cero y los dieciocho años; la desadaptación social, la mendicidad o el vagabundeo y el consumo de drogas o bebidas alcohólicas justifican la imposición de medidas entre los doce y los dieciséis años y entre los dieciséis y los dieciocho cuando tales actividades no constituyan infracción penal; el rechazo de la disciplina familiar o del centro de internamiento justifican la imposición de medidas entre los catorce y los dieciocho años.

En todos los casos, la finalidad de la intervención se orienta a poner fin a la situación de riesgo y a favorecer el desarrollo e inserción social de quienes se encuentren en la misma, siendo de destacar a este respecto la profunda evolución sufrida por la legislación alemana, que, de pretender el restablecimiento del orden y la prevención del daño, ha pasado a proclamar que la finalidad de las medidas es asegurar el bienestar del menor, para cuya consecución existe también coincidencia en considerar esencial el mantenimiento del niño en su propio medio y su integración social mediante actuaciones de naturaleza educativa, social y psicológica, tanto con él como con su familia.

Igualmente, existe coincidencia en atribuir a la intervención estatal naturaleza subsidiaria en un doble sentido. En primer lugar, la intervención estatal únicamente está legitimada en defecto de la intervención familiar. En segundo lugar, legitimada la intervención estatal, la misma debe de producirse de entrada desde los servicios sociales básicos, recurriendo a los especializados cuando la actuación de aquéllos sea insuficiente.

En este punto, y ante la progresiva consolidación de la idea de la desjudicialización en los sistemas de protección infantil, conviene hacer algunas reflexiones:

1.^a ¿Ha resultado efectiva la desjudicialización de la protección infantil en su primera instancia en aquellos lugares en donde la misma se ha instaurado? ¿Cuál era el problema de la situación anterior: la negligencia de la actuación judicial en su conjunto; el procedimiento que se seguía para la suspensión del ejercicio del derecho a la guarda y educación; o la carencia de personal suficiente y especializado para ejercer la protección?

2.^a ¿Se ha constatado si, como consecuencia de la desjudicialización, la efectividad de las Entidades competentes en materia de protección ha sido la misma cuando la situación de desamparo era consentida por la familia que cuando se formulaba oposición? ¿Se han dejado de declarar, o de ejecutar, situaciones de desamparo cuando los padres anunciaban su oposición, incluso recurriendo a la violencia?

3.^a ¿Es previsible que pueda producirse alguna actitud de inhibición si se generalizan las actitudes querulantes que se observan en otros sectores demandando la responsabilidad de los trabajadores sociales?

4.^a ¿Se vislumbra, aunque solamente sea de manera teórica, la existencia de criterios claros para resolver el conflicto entre trabajo social y control social?

5.^a ¿La naturaleza de algunos conflictos, como el maltrato físico grave o el abuso sexual, no requiere la intervención de una instancia de control que se perciba revestida de poder, como pueda ser la judicial?

La respuesta a esta última cuestión, desde la perspectiva de los principios generales, tiene que ser, en mi opinión, afirmativa, porque, además de las consecuencias que dicho fenómeno suele producir (3) (parece que puede establecerse una relación entre los abusos sexuales y la delincuencia, la drogadicción, la psicosis y la prostitución), la propia naturaleza de los derechos en conflicto (como el derecho del menor al armónico desarrollo de su personalidad o el derecho a su propia libertad o su integridad y dignidad personales) exige en un Estado de Derecho la intervención del sistema judicial.

(3) Una exposición de las mismas puede verse en las ponencias presentadas al II Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada, por Jorge Barudy, bajo el título «Dictaduras familiares, abusos sexuales, incesto, estrategias terapéuticas», y por Félix López Sánchez, bajo el título «Efectos de los abusos sexuales de menores», que fueron publicadas en noviembre de 1993, junto con toda la documentación del Congreso, por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco en su colección *Documentos de Bienestar Social*.

En efecto, la doctrina (4) coincide en señalar en el campo del abuso sexual que, con independencia de divergencias en la definición del fenómeno, las notas que lo caracterizan son las siguientes:

1.^a Presencia de una actividad que, implique o no contacto físico, tenga inequívoco significado sexual, condición que cumplen, por ejemplo, los actos de exhibicionismo o las propuestas verbales.

2.^a Existencia de una relación de superioridad entre el agresor y la víctima, que puede dimanar de la diferencia de edad o de cualquier otra situación: empleo de fuerza, amenazas o engaños.

La solución de tales conflictos exige un sistema cuya decisión pueda imponerse por la fuerza, característica ésta de la coercibilidad que es atributo exclusivo de la norma jurídica, y cuya actuación en el caso (coactividad) implica necesariamente la intervención del Estado en cuanto ostenta el monopolio del ejercicio de la violencia, si bien será inevitable la posibilidad de actuar del Poder Judicial, que es en los Estados de Derecho el encargado, de manera exclusiva y excluyente, de resolver las controversias que se susciten con ocasión de la aplicación de las normas.

A la exposición de un modelo de actuación judicial y bajo la inspiración directa de la legislación española se contraerá nuestra aportación, que se estructura atendiendo tanto a la naturaleza de la intervención como a su procedimiento de actuación.

II. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL

La respuesta judicial, ante el fenómeno del maltrato infantil, puede limitarse a la preservación y, en su caso, al restablecimiento de los derechos que resulten violados como consecuencia del abuso (que es el ámbito propio de la actuación jurisdiccional civil) o puede alcanzar a la imposición de sanciones que afecten a otros derechos, las cuales tienen por finalidad, además del restablecimiento del orden jurídico violado, prevenir su aparición por la gravedad de los castigos con los que se conmina su ejecución y, al mismo tiempo, conseguir la reinserción social del infractor mediante la interiorización de los valores que ha transgredido con su comportamiento (que es el ámbito propio de la actuación jurisdiccional penal).

Las sanciones que pueden imponerse en el ámbito de la actuación jurisdiccional civil son la privación de la patria potestad, de la tutela o de la custodia sobre

(4) Cfr. la ponencia citada de Félix López Sánchez, así como la presentada por David Finkelhor en el mismo Congreso, bajo el título «El abuso sexual» y publicada en la misma obra antes citada.

los hijos cuando el abusador sea titular de tales derechos, y, en todo caso, la constitución de alguna medida de protección de las víctimas, entre las que destaca en el sistema legal español, la que se denomina tutela automática, por la forma en que la misma se constituye.

La privación de la patria potestad o tutela o de los derechos de guarda o custodia es una medida permanente o, al menos, con vocación de permanecer de manera indefinida (aunque pueda ponerse fin a la misma cuando se constate la desaparición de las causas que justificaron su adopción), que entraña la prohibición de ejercer las facultades que integran el derecho, sin que ello suponga que, al mismo tiempo, el titular se vea dispensado del cumplimiento de los deberes que también componen su contenido, como el deber de alimentos, ya que la moderna concepción de la patria potestad, y de las instituciones asimilables a la misma, impiden que se las pueda considerar de otra manera que de la de estar al servicio de los hijos o tutelados, por lo que el defectuoso ejercicio de las facultades o el incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, de los deberes que la integran, únicamente debe de determinar la privación de ellos y no la de los demás, especialmente cuando su ejercicio resulte compatible con la suspensión de los que se incumplan.

Por ello, sería aconsejable que la regulación de tales instituciones contemplase, junto a la privación total, la privación parcial y/o la suspensión temporal.

La tutela automática es esencialmente una medida de protección que permite, por una parte, apartar al menor de la situación de riesgo en la que se encuentra y, por otra, estudiar su situación para tomar una decisión sobre su futuro, que no puede ser otra que la de restituirlo a su medio, con la adopción de las medidas que resulten necesarias para hacer desaparecer la situación de riesgo que motivó la separación, o la de colocarlo bajo la custodia de una familia sustituta.

En consecuencia, mediante la tutela automática se instrumenta el ingreso en un centro de acogida del niño que se encuentra en situación de desamparo, cuya permanencia en el mismo debe de estar legalmente limitada, única forma de que se proscriba de una vez la institucionalización, ya que condicionar la duración de la estancia en el centro de acogida a la del tiempo que se invierte en encontrar la familia acogedora es una forma de encubrir la institucionalización.

Si las circunstancias de la persona desamparada determinan la imposibilidad de encontrar familia sustituta, se deberá declarar así e instaurar la medida de protección que corresponda, pero tal pronunciamiento debe de ser susceptible de un control que permita confirmar o modificar el diagnóstico.

En el ámbito jurisdiccional penal, las sanciones que pueden imponerse son, además de la privación de la patria potestad, las penas señaladas a cada uno de los

delitos que pueden integrar los abusos que se cometan, que, usualmente, consistirán en la privación de libertad del abusador, aunque es de observar la aparición de nuevas sanciones penales distintas de la privación de libertad o, al menos, que impliquen privación de libertad en forma ininterrumpida, como pueden ser la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, la pena de arresto de fines de semana o la de multa mediante el establecimiento de la misma por cuotas temporales, que servirán para computar la duración de la privación de libertad que el reo deba de sufrir en el caso de que no abonare la cantidad a cuyo pago fue condenado.

Pero junto a tales penas, cabe la posibilidad de imponer al abusador el cumplimiento de medidas de seguridad cuando el abuso, siendo constitutivo de infracción penal, revele peligrosidad, debiendo, en todo caso, orientarse dichas medidas a la reeducación del sujeto a su cumplimiento.

III. PROCEDIMIENTO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

A) JURISDICCIÓN CIVIL

1) *La privación de la patria potestad, tutela o guarda*

Está sometida a los principios generales de la actuación jurisdiccional civil, cuyos principios generales son los siguientes:

a) Principio dispositivo

La actuación judicial no se puede producir de oficio, sino que es preciso que sea requerida por quienes tengan legitimación para hacerlo, condición que se atribuye a los que sean titulares de los derechos que se supongan violados o a sus representantes legales.

Como consecuencia de la vigencia de dicho principio hay que reconocer a la parte legitimada poder de disposición sobre la controversia sometida a decisión judicial, por lo que podrá desistir de la continuación del proceso determinando su finalización sin imposición de la sanción que se pidió.

La instrumentación de este principio requiere dar respuesta a las cuestiones que derivan del grado de desarrollo de los menores, tanto para iniciar el proceso como para instar su finalización anticipada y sin resolución sobre el fondo, que puede consistir en reconocer legitimación a sus representantes legales o a algún órgano del Estado, que debe velar tanto para instar el proceso cuando los representantes legales no existan o no lo insten siendo procedente hacerlo, como para evitar que su finalización se produzca de forma fraudulenta.

b) Principio de contradicción o de igualdad de armas

El proceso tiene que organizarse de manera que las partes que en el mismo intervengan se encuentren en igualdad de condiciones a la hora de hacer valer sus pretensiones, lo que, en mi opinión, requiere reconocer que una de las partes (el menor), si se le otorga la posibilidad de intervenir directamente, se puede encontrar en desventaja con relación al abusador, que será la otra parte en el proceso, por lo que, para evitar las consecuencias que dicha desigualdad real pueda producir y evitar ese desequilibrio, hay que configurar la intervención de un *amicus curiae* que asegure la contradicción sin merma alguna de la igualdad. Tal cometido es uno de los que en el sistema español se atribuye al Ministerio Fiscal.

c) Principio de audiencia

Nadie puede ser condenado sin que se le reconozca la posibilidad de alegar y de probar sus alegaciones, por lo que el proceso tiene que organizarse de manera que tenga una fase de alegaciones y otra de prueba para que ésta pueda articularse una vez que cada parte conozca las alegaciones de su contraria.

d) Principio de aportación de parte

Si en cualquier proceso de naturaleza civil, los hechos que constituyen su objeto tienen que ser aportados por las partes, sin que el Juez pueda introducirlos porque se convertiría entonces en Juez y parte al mismo tiempo, cuando de estos procesos se trata habrá que modular convenientemente dicho principio, especialmente cuando se reconozca al menor la posibilidad de intervención directa, por exigirle así la protección del interés de éste, que debe sobreponerse, con las convenientes limitaciones, al de la apariencia de la imparcialidad judicial.

e) Principio de oralidad

Con las consecuencias que del mismo se derivan, como son la celeridad, concentración e inmediación.

Si las actuaciones del proceso se desarrollan en forma oral, deben concentrarse, lo que permite, por una parte, que su desarrollo tenga lugar bajo el control inmediato del juez, y, por otra, que se reduzca su duración.

En cambio, a la hora de regular el proceso se deben adoptar las medidas necesarias para evitar que la publicidad, que es otra consecuencia inherente a la oralidad, despliegue sus efectos en estos procesos, ya que a ello se opondría la especial trascendencia que sobre la regulación del derecho a la intimidad debe reconocerse a la condición de su titular cuando se trata de personas que no han alcanzado la plenitud de su desarrollo.

2) *La tutela automática*

Constituyéndose la tutela automática, como su propio nombre indica, por ministerio de la ley, los aspectos procesales de la medida van referidos a la declaración de la situación que justifica la adopción de la medida que en el ordenamiento jurídico español recibe el nombre de situación de desamparo, y, más concretamente, a la competencia y al procedimiento para declararla, ya que, constatada dicha situación, la víctima es colocada por la ley bajo la tutela de la entidad estatal con competencia en materia de protección de menores.

Por lo que respecta a la competencia, no debe establecerse una regla única en favor de la jurisdicción o de la administración de la que dependan los servicios sociales, porque, si bien es cierto que la actuación administrativa inicial agilizará el proceso de intervención frente a las situaciones de riesgo, no hay que olvidar que en muchos casos la oposición de los padres o familiares de las víctimas o la propia naturaleza del conflicto determinarán la necesidad de una instancia que, como la judicial, es percibida con mayor poder de coerción. De ahí que sea partidario de establecer un catálogo de supuestos en los que la intervención inicial corresponda a una u otra instancia o, lo que tal vez resulte más operativo, establecer como regla que la actuación de la Administración se producirá siempre, salvo que medie oposición, en cuyo caso la competencia es judicial y, en todo caso, sin perjuicio de la competencia de la Administración para las actuaciones de urgencia.

En cuanto al procedimiento, debe distinguirse un procedimiento ordinario y otro de urgencia. El primero, que será el que deba seguirse cuando se llega a la situación de desamparo por el agravamiento de una situación de riesgo que era conocida de los servicios sociales y sobre la que ha resultado ineficaz la actuación de éstos, requerirá la intervención multidisciplinar, que habitualmente constituye el método de trabajo de los servicios sociales, con carácter previo a la adopción de la resolución declarando la situación de desamparo, mientras que el segundo, que es el que debe seguirse para dar respuestas a situaciones que no admiten demora sin que se produzca un grave peligro para la integridad del niño, tal investigación debe realizarse después de apartar al niño de tal situación y su finalidad será la de confirmar la necesidad de mantener o no tal situación de separación.

En uno y otro caso la medida, como ya se dijo, no es mas que el instrumento que permite, además de apartar al niño de la situación de peligro, organizar el sistema de protección adecuado del mismo, por cuyo motivo, y dado que éste puede consistir en el retorno a su medio o en colocarlo bajo la custodia de una familia sustituta y que dicha decisión se debe adoptar en un breve plazo de tiempo, parece que lo adecuado es que la habilitación del control judicial se produzca, no contra la declaración de la situación de desamparo, sino contra la decisión que, con base en

dicha declaración, organiza la protección del niño mediante la separación indefinida del mismo de su entorno familiar, aun cuando sea conveniente establecer la previsión de dicho control para los casos en que, cualquiera que sea la causa, la única medida de protección que se adopta es la tutela automática y ésta tiene carácter indefinido.

3) *Las medidas cautelares*

Las medidas cautelares, consideradas por la doctrina (5) como una limitación externa al ejercicio de la patria potestad, pueden ser utilizadas, por una parte, como instrumento que ponga remedio urgente a situaciones de maltrato infantil, y, por otra, como una medida de protección frente a tales situaciones maltratantes, ya que entre los supuestos que pueden dar lugar a su aplicación en la legislación española se contempla el «sufrimiento de peligros o perjuicios por parte del menor, cualquiera que sea su causa y quien los produzca».

La legitimación para solicitar su aplicación debe reconocerse a cualquiera: al propio menor, a cualquier pariente, a un tercero o a cualquier órgano del Estado que no sea el Juez encargado de imponerlas.

Por lo que respecta a la competencia, aunque están previstas en la legislación española como de exclusiva imposición judicial, nada obstaría a que se regulase que también puedan ser acordadas por la administración de los servicios sociales, siempre que se prevea algún tipo de control judicial de manera semejante al que se proponía al desarrollar el procedimiento de urgencia para la imposición de medidas de protección.

En cuanto al procedimiento, es obvio que, si se quiere que las medidas cumplan su finalidad, debe descargarse de cualquier formalismo y reducir su tramitación a una sumaria investigación que corrobore la existencia de los datos que se expresen en la solicitud.

B) JURISDICCIÓN PENAL

Las medidas que se pueden imponer en el orden jurisdiccional civil no son, sin embargo, suficientes para ofrecer una solución al fenómeno de los abusos sobre niños, porque las mismas solamente pueden imponerse cuando el abuso se produce entre personas que están ligadas por la relación de patria potestad o análoga; de esa manera, cuando el abuso fuese perpetrado por un extraño, quedaría sin sanción.

(5) Cfr. *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, de L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, pág. 368, Madrid, 1982.

Para evitar semejante situación de vacío en el sistema de protección es por lo que se hace necesario prever la imposición de sanciones penales. Pero por muy completo que sea el catálogo de infracciones penales y de penas para hacer frente a las situaciones de abuso sobre menores, su efectividad va a depender esencialmente del instrumento, o instrumentos, de que tales órganos dispongan para su aplicación (6), del que expondremos las líneas esenciales para su organización, si bien resulta necesario advertir que, para evitar repeticiones, se dan aquí por reproducidas las consideraciones hechas al hablar de los principios que deben regir la actuación jurisdiccional civil en lo que no se modifique y, especialmente, en lo que se refiere a los principios de contradicción, audiencia y oralidad.

1) *Persecución de oficio o a instancia de parte*

En primer lugar, y en cuanto al régimen de persecución de las infracciones penales que pueden integrar los abusos infantiles, se puede organizar de manera que sean perseguibles de oficio o a instancia de parte.

La diferencia existente entre una y otra forma de persecución radica, no en la forma de llegar la *notitia criminis* al Juez, sino en las posibilidades de actuación del mismo; cuando las infracciones son perseguibles de oficio, la Autoridad judicial puede actuar cualquiera que sea la forma en la que tenga conocimiento de la infracción, pero cuando son perseguibles a instancia de parte, el Juez no podrá iniciar el procedimiento, aunque tenga noticia del hecho delictivo, si no se ejercita la acción penal mediante la presentación de la correspondiente denuncia (7) por parte de las personas legitimadas para hacerlo, que deben ser los ofendidos por la infracción o sus ascendientes, representantes legales, debiendo hacerlo el Ministerio Fiscal si las víctimas son menores o incapaces (8).

(6) Sobre estos temas, y desde una perspectiva no estrictamente jurídica, pueden consultarse, los trabajos de J. L. PEDREIRA MASSA, titulados *Infancia, salud mental y ley. Encuentros y desencuentros*, presentado en las II Jornadas Asturianas sobre Salud Mental y Ley, que se celebraron en Oviedo en el mes de noviembre de 1992, y *Aportaciones actualizadas a la relación entre salud mental y ley. Confidencialidad y peritaje en la infancia*, que fue presentado en el Curso sobre Derecho de Familia organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid en abril de 1993.

(7) La otra forma de ejercitar en el sistema español la acción penal, en la iniciación o para la continuación del procedimiento, es mediante la presentación de querrela, que, a diferencia de la denuncia, exige la intervención de Abogado y de Procurador, así como la prestación de fianza, en el caso de que el querellante no sea el ofendido o perjudicado por el delito (o su heredero o representante legal), para evitar el ejercicio infundado de acciones penales.

(8) Pudiera también pensarse que en tales casos podía consagrarse el sistema de la *actio popularis*, en cuya virtud cualquier ciudadano, sea o no ofendido por la infracción, está legitimado para instar la persecución, si bien, para prevenir el ejercicio infundado de acciones se condiciona tal posibilidad a la prestación de una fianza que garantice el resarcimiento de los daños que se puedan derivar por acusaciones desprovistas de fundamento.

Tiene cierta tradición reservar la persecución a instancia de parte para los abusos que integran infracciones contra la libertad sexual, tal vez porque el legislador haya tenido en cuenta, de manera inconsciente, que, como pone de manifiesto Jorge Barudy (9), los abusos sexuales en el ámbito familiar están dominados en una primera fase por «la ley del silencio» (10), por lo que, pese a reservar su persecución a las víctimas, instauró un sistema de persecución de oficio, ya que, como la actuación del Ministerio Fiscal, como órgano del Estado que es, se debe regir por el principio de legalidad, tiene que formular denuncia en todos los casos.

Y, sin embargo, tal vez sea razonable configurar algunas excepciones a la vigencia del principio de legalidad en la actuación del Ministerio Fiscal para controlar el sistema de represión de los abusos sexuales infantiles, ya que, en los últimos tiempos, el mismo queda sustraído a la libre disposición del que la inició, sean los particulares o sea el Ministerio Fiscal.

En efecto, originariamente, el poder de disposición de los particulares legitimados para iniciar la persecución de esta clase de infracciones era pleno: desde su iniciación hasta su finalización, incluyendo la pena impuesta, el particular legitimado podía otorgar el perdón correspondiente, que producía los efectos propios de una causa de extinción de la responsabilidad criminal, salvo que fuesen cometidos contra menores o incapacitados, en cuyo caso la eficacia del perdón quedaba sometida a la aprobación del Tribunal, que tenía que oír sobre tal extremo al Ministerio Fiscal.

Posteriormente, se introdujo una importante modificación en el régimen del perdón, al que se privó de eficacia en el delito de violación respecto al ejercicio de la acción penal, pero no respecto de la responsabilidad penal ya impuesta, condicionándose su eficacia en los demás delitos en los que es operativo [que son los de agresión sexual (11), abusos sexuales (12) y acoso sexual (13)] a que se otorgase antes de la sentencia.

(9) Cfr. *op. cit.*, págs. 166 y ss.

(10) La praxis judicial enseña que la misma ley impone su vigor en los abusos sexuales de menores perpetrados por personas ajenas al círculo familiar.

(11) La agresión sexual es el ataque contra la libertad sexual con violencia o intimidación que no consista en acceso carnal o introducción de objetos o penetración por vía bucal o anal.

(12) Por abusos sexuales se entiende el ataque a la libertad sexual de otra persona sin violencia ni intimidación y sin su consentimiento, bien porque la persona carezca de capacidad para consentir, bien porque dicho consentimiento esté viciado por error o por otra causa semejante, como puede ser el prevalimiento de la situación de inferioridad en que se encuentre la víctima por razón de la dependencia laboral o del parentesco que tenga con el sujeto activo.

(13) El acoso sexual es la solicitud de favores de naturaleza sexual prevaleciendo de una situación de superioridad y con el anuncio a la víctima de males relacionados con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de la relación de la que surge la situación de superioridad.

Dicha modificación en el régimen del perdón se ha profundizado en los últimos tiempos, ya que, aun manteniendo la necesidad de la denuncia para iniciar la persecución, al perdón se le priva de toda eficacia en las infracciones contra la libertad sexual.

La justificación de tales reformas hay que buscarla en el deseo de evitar situaciones de chantaje sobre las víctimas, que impide muchas veces la persecución de estas infracciones.

No cabe duda que son suscribibles tales argumentaciones y que, por lo que se refiere a los abusos sexuales infantiles, garantizar su persecución en todos los casos parece que se acomoda al proceso de intervención que debe ponerse en marcha desde los servicios sociales (14). Sin embargo, a lo largo del proceso de intervención, tal vez resulte necesario, al menos en aquellos casos en los que, como dice el autor citado (15), se haya producido la reparación a la víctima y se comience la «renegociación de la relación conyugal y las interacciones parentales», poder exonerar de medidas punitivas al progenitor o progenitores abusadores.

En este sentido, la legislación más reciente en el ámbito del llamado Derecho Penal Juvenil permite la conclusión del procedimiento sin imposición de sanción en atención a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación o a que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima.

Tal posibilidad se contempla también en el ámbito de los procesos penales seguidos contra mayores de dieciséis años por agresiones o abusos sexuales, pero solamente respecto a la iniciación del procedimiento, ya que, mediante la consagración legal del principio de oportunidad reglada en la actuación de los órganos del Estado, permite que el Ministerio Fiscal pueda dejar de instar su persecución en atención a la protección de los intereses de la víctima.

De esta manera, si se generalizase la vigencia de este principio, se podría establecer un sistema de persecución «a la carta» de la víctima cuando ésta fuese menor, de manera que la judicialización del conflicto permaneciese mientras lo exigiera la protección de los intereses de aquella, bien porque el proceso no se iniciara o porque, una vez iniciado, se le pudiese poner fin al mismo. Pero, en todo caso, el ejercicio de dichas posibilidades debe rodearse de las garantías necesarias para impedir situaciones fraudulentas.

(14) Cfr. sobre este punto Jorge Barudy, *op. cit.*, págs. 183 y ss., quien sostiene que «las posibilidades terapéuticas de una familia abusiva comienzan y deben mantenerse a través del desarrollo de una situación de crisis que les impida reestructurarse alrededor de la descalificación de la víctima o la minimización o negación de los hechos abusivos».

(15) Cfr. *op. cit.*, pág. 185.

2) *Principio de aportación de oficio*

Iniciado el proceso, la aportación de los hechos que constituyen su objeto se rige por el principio de oficialidad, lo que no excluye que también las partes puedan introducirlos, proponiendo la práctica de las pruebas que sean pertinentes. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la actuación jurisdiccional civil, el Juez no adopta una postura pasiva, sino que puede intervenir activamente acordando la práctica de las diligencias de prueba, conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya que, tratándose de infracciones penales, el Estado debe tener interés (en principio, tanto o más que la víctima) en que no se quede ninguna infracción sin castigo, por lo que, bien los Jueces o bien los Fiscales, deberán velar para que se incorpore al proceso todo el material probatorio que pueda acreditar los hechos determinantes del abuso infantil en cada caso.

La violación que la vigencia de tal principio puede representar de aquel otro que obliga a que nadie en un proceso pueda ser al mismo tiempo juez y parte, se impide organizando el proceso de manera que el Juez que recoge las pruebas no es el que las ve y enjuicia, o bien atribuyendo dicha función al Ministerio Fiscal, encomendándole la dirección de la investigación, en cuyo caso la intervención judicial quedaría reducida a autorizar aquellas diligencias de investigación cuya práctica pueda vulnerar derechos fundamentales, tales como la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia o la intimidad y a controlar las privaciones de libertad ambulatoria que resulten necesarias.

3) *Organización de la fase de prueba*

En el proceso penal, con mayor intensidad si cabe que en cualquier otro tipo de procesos, resulta necesario referirse al tema de la prueba (16), ya que, por exigencias derivadas de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, únicamente se reconoce virtualidad suficiente para destruir la presunción de inocencia a aquellos medios de prueba que, habiendo sido legalmente obtenidos, se practiquen como regla general en presencia del Juez que tenga que resolver sobre el fondo del asunto y, en todo caso, con posibilidad de intervención de las partes en el proceso (contradicción).

(16) Sobre el tema de la prueba en el proceso penal, la bibliografía es tan abundante que la cita resultaría abrumadora, por lo que, por todas las obras, se pueden consultar las tituladas «La prueba en el proceso penal», editadas una por el Consejo General del Poder Judicial en el año 1992 en su colección *Cuadernos de Derecho Judicial*, en la que se recogen las ponencias y comunicaciones de un curso que, con el mismo título y dentro del Programa de Formación de Jueces, fue organizado por el Consejo General del Poder Judicial, y otra por el Centro de Estudios Judiciales, en la que se recogen las ponencias presentadas durante el «Curso sobre la prueba en el proceso penal», celebrado en dicho Centro en el mes de junio de 1992.

Si se prevé que la prueba no podrá practicarse en la fase del proceso que se celebre ante el Juez que tiene que fallar (como ocurre en los casos en los que los testigos, por su avanzada edad, o por la enfermedad que padezcan, o por estar domiciliados en el extranjero), tendrá que anticiparse a la fase del proceso en la que se tenga conocimiento de la circunstancia que, previsiblemente, va a impedir su práctica en el momento de la celebración del juicio y, aunque no se practique en presencia del Juez del fallo, goza de la virtualidad necesaria para destruir la presunción de inocencia, siempre que exista intervención judicial y posibilidad de contradicción.

A tales casos, en mi opinión, deben equipararse las declaraciones de las víctimas infantiles de infracciones penales, especialmente si se trata de abusos sexuales, tanto porque su protección exige evitar la reiteración de la vivencia de la situación maltratante, como porque es necesario preservar el contenido de la prueba, dado que la natural tendencia a olvidar tales situaciones puede determinar que la víctima no se acuerde de lo que ocurrió o que lo relate con tan poca precisión o coherencia que, razonablemente, se pueda dudar del contenido de sus manifestaciones (17), sin contar con los casos en los que tal situación aparezca provocada por las propias presiones del medio en que el menor vive.

En nuestro ordenamiento vigente, sin embargo, no se contiene previsión alguna al respecto. Si el menor tiene que declarar como testigo, la única prevención en la legislación que regula el proceso ordinario es que no se le puede recibir juramento o promesa de decir verdad, sino que basta con la instrucción que el Juez le haga de la obligación de ser veraz en sus manifestaciones. Por su parte, en el ámbito del Derecho penal Juvenil tampoco existe previsión alguna respecto a la forma en la que deben prestar declaración los menores a quienes se les impute haber participado en la ejecución de infracciones penales o los testigos de las mismas, pero la activa intervención de un Equipo Técnico multiprofesional durante la tramitación de los expedientes puede contribuir a resolver el problema que siempre plantea la actuación de menores en procedimientos judiciales.

Entiendo, sin embargo, que en el procedimiento que se sigue para depurar las responsabilidades penales de los mayores de dieciséis años también permite la ley la posibilidad de utilizar los servicios de profesionales especializados para oír en declaración a los testigos menores, ya que se puede considerar que tales personas necesitan de un intérprete para poder emitir correctamente su declaración y, en con-

(17) Sobre este tema, puede consultarse, además del trabajo ya citado «Aportaciones actualizadas a la relación entre salud mental y ley: confidencialidad y peritaje en la infancia», de J. L. PEDREIRA MASSA, el de Margarita DIGES JUNCO y María L. ALONSO-QUECUTY, titulado «El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores», que fue publicado en el núm. 35 de la revista *Poder Judicial*, págs. 43-66.

secuencia, aplicar analógicamente las reglas que regulan las declaraciones de quienes no entendieren o no hablaren el idioma español o de los sordomudos, procediendo al nombramiento del profesional correspondiente para establecer, a su través, el diálogo con el menor en condiciones que garanticen la aportación de los conocimientos que tenga del hecho.

4) *Medidas cautelares*

Para concluir, hay que referirse a una cuestión capital, que está relacionada con el tiempo que puede tardar en obtenerse una resolución judicial sobre el fondo en una situación de abuso sexual infantil. Cualquiera que sea el tiempo que se invierta en ello, la resolución judicial va a ser siempre tardía. Tal vez por ello se contempla en la regulación del proceso penal la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con el presunto delincuente y con las víctimas, que, en el caso de las infracciones que se integren por algún tipo de abuso infantil y por lo que se refiere a las víctimas, se traducirán en el apartamiento del menor de la situación maltratante.

Para conseguir dicha finalidad, y con relación al presunto agresor, se puede acordar su prisión preventiva, en los casos y con los requisitos establecidos con carácter general por las leyes reguladoras del proceso penal, sin que sea necesario prever especialidad alguna por razón del sujeto pasivo o de la naturaleza de estas infracciones; con relación a la víctima, se puede acordar como medida de protección su apartamiento de la situación maltratante, que se podrá llevar a cabo en cualquier forma y que se podrá alzar en cualquier momento, dada su naturaleza cautelar y su carácter temporal.

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS LABORALES

ÁNGEL M. NÚÑEZ SÁNCHEZ

Fiscal de la Audiencia Provincial de Cádiz

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1 *La anfibología del Ministerio Fiscal.* 1.2 *Planteamiento del problema.* 2. LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS.—3. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS.—4. PLASMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: 4.1 *La consideración del Fiscal como parte.* 4.2 *Régimen de la intervención del Ministerio Fiscal respecto de la Administración y el Abogado del Estado.* 4.3 *El contenido de la intervención del Ministerio Fiscal.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1 LA ANFIBOLOGÍA DEL MINISTERIO FISCAL

Suele ser lugar común en los estudios que tienen por objeto al Ministerio Fiscal poner de relieve el grado de inconcreción conceptual de que adolecería la institución (1). Tal circunstancia, históricamente muy acusada y de la que es buen ejemplo el interrogante de Carnelutti en cuanto a la similitud que con la cuadratura del círculo plantea el intento de construir una parte imparcial (2), no ha desaparecido con la delimitación que de la figura que nos ocupa se ha llevado a cabo en el sobradamente conocido artículo 124 de la Constitución española de 1978:

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

(1) Vide al respecto M. MARCHENA GÓMEZ: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, págs. 15 y ss.

(2) F. CARNELUTTI: «Poner en su puesto al Ministerio Público», Trad. Sentís Melendo, S., en *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*, AA. VV., Buenos Aires, 1961, pág. 211.

4. *El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial* (3).

No pretendemos, sin embargo, en el presente trabajo el estudio de la naturaleza institucional-constitucional del Ministerio Fiscal. Muchos han sido los estudios que han abordado esa empresa y no siempre, antes bien, infrecuentemente, con conclusiones coincidentes (4). A los efectos que nos interesan, bastará con poner de manifiesto tres extremos que habrán de servirnos de punto de partida para ulteriores disquisiciones.

En primer lugar, que la definición constitucional del Ministerio Público, por la amplitud de su sentido, ha abierto la puerta a una potenciación de la intervención de éste, al margen de la jurisdicción penal, en otros órdenes jurisdiccionales.

En segundo lugar, que esa expansión no se ha visto acompañada —salvo raras excepciones— por una oportuna producción doctrinal que analice adecuadamente el sentido, la naturaleza y los límites de la intervención del Fiscal en los más variados asuntos, esto es, que al calor de la discusión sobre la esencia dogmática de la figura, con demasiada frecuencia se ha olvidado descender al estudio de la legislación positiva (5).

En tercer lugar, que sea como consecuencia de todo lo anterior o por efecto de la a veces defectuosa técnica legislativa no suele perfilarse adecuadamente el fundamento que motiva la presencia del Ministerio Fiscal en una determinada actividad o, ya más concretamente, su encaje en los moldes procesales que van a acoger su actuación (6). Con demasiada frecuencia, el legislador —quién sabe si por hacerse eco de una cierta idea de «socialización del proceso civil» que vendría a dar

(3) Respecto de los avatares de las discusiones y enmiendas del constituyente que concluyeron con la definitiva redacción del actual artículo 124 de la Constitución y la dialéctica entre concepciones gubernamentalistas y judicialistas a la hora de delimitar la naturaleza del Ministerio Fiscal, ofrece un muy interesante estudio M. MARCHENA GÓMEZ: *op. cit.*, págs. 101 y ss.

(4) *Vide* a título meramente ejemplificativo y entre muchísimos otros C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO: «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, Madrid, 1981; A. VERCHER NOGUERA: «¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?», en *La Ley*, año VIII, núm. 1.684, Madrid, 1987; A. DE LA OLIVA SANTOS: *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*, Barcelona, 1988; A. JIMÉNEZ BLANCO: «Relevancia Constitucional del Ministerio Fiscal», en *El Poder Judicial*, vol. II, Madrid, etc.

(5) Tal vez una excepción a lo que venimos diciendo sean las interminables discusiones procesalistas respecto del carácter o no de parte del Ministerio Fiscal a las que más adelante aludiremos.

(6) *V gr.*, en relación con la jurisdicción civil: «Falta una normativa idónea que tenga presente la naturaleza de la institución para que su actuación ante la jurisdicción civil sea eficaz. Se olvida por el legislador lo evidente: que la intervención en el proceso civil de un órgano del Estado imparcial distinto del órgano jurisdiccional que dirime la contienda supone una disfunción en un proceso en el que se ventilan cuestiones entre particulares conocedores del asunto a debatir, por lo que serían exigibles peculiari-

cuenta de las exigencias del Estado «Social» y Democrático de Derecho (7)—«sitúa» al Ministerio Fiscal, sin la necesaria reflexión en algunos casos, en el marco de instituciones procesales que no siempre demandan su presencia con las lógicas disfunciones a que ello da lugar.

Algo de lo que venimos diciendo será posible detectarlo en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de impugnación de los Convenios Colectivos.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nos situamos, por tanto, en el ámbito de la jurisdicción social, orden en el que con frecuencia se ventilan cuestiones cuya trascendencia parece justificar la presencia del Ministerio Fiscal (8). Concretamente, a los efectos de lo que nos ocupa, los artículos 162.6 y 163.4 de la Ley de Procedimiento Laboral (9) le atribuyen, ahora expresamente, pues no siempre ha sido así, la condición de parte en los procesos de impugnación de Convenios Colectivos, tanto en los instados de oficio por la Autoridad laboral, como en los iniciados por demanda de partes legitimadas y que se sustancian por los trámites del proceso de conflictos colectivos.

Parece conveniente que delineemos brevemente la estructura procesal que para la impugnación se prevé en la Ley de Procedimiento Laboral para, a continua-

dades procedimentales para que la actuación en dichos procesos de un órgano público, utilizando los instrumentos de las partes, pero sin la información de éstas, cumpla realmente los fines perseguidos.

A este problema no puede darse una solución simplista, que el Ministerio Fiscal actúe como mero dictaminador. La defensa de la legalidad, el interés público y social, se satisfacen en muchos supuestos con el mero dictamen [...]. Pero, en otras ocasiones, el Ministerio Fiscal interviene en el proceso civil para paliar la inercia de las partes en aquellos asuntos en que por concurrir un interés público no se pueden dejar a la iniciativa de los particulares, ni ampliar las facultades del juzgador alterando los principios clásicos de nuestro sistema de enjuiciar», «Temas de Interés y Actualidad Tratados por los Fiscales, Estudios Doctrinales», en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1995, pág. 728.

(7) Vide al respecto V. GIMENO SENDRA *et alia*: *Derecho Procesal*, tomo I, vol. I, parte general, Proceso Civil (1), Valencia, 1987, pág. 350.

(8) «La intervención del Ministerio Fiscal en el orden laboral tiene una obligada referencia constitucional en su misión de promotor de la acción de la justicia, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley así como del interés social.

La Constitución española, en el título I, recoge un catálogo de derechos y deberes con proyección en el campo de las relaciones laborales cuya defensa debe inspirar la actuación del Ministerio Fiscal», «La Actividad del Ministerio Fiscal, algunas cuestiones con tratamiento específico, la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción laboral», en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1995, pág. 648.

(9) Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE de 11 de abril; corrección de errores en BOE de 26 de mayo).

ción, abordar la justificación, el sentido, la naturaleza y el contenido de la intervención del Ministerio Público en la misma.

2. LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

No podemos comenzar sin constatar que se trata de «una cuestión sumamente delicada de abordar desde el punto de vista del proceso» (10) y ello no sólo por la complejidad de la regulación que se establece en cuanto a las modalidades procesales y sujetos en cada caso legitimados, sino también por la propia existencia de dos clases de Convenios Colectivos: los negociados conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores, conocidos como «estatutarios» y los concluidos al margen de las exigencias de dicho cauce legal, previsto para negociar o «extraestatutarios» (11), «datos que no pueden o no deben ignorarse para el adecuado tratamiento procesal de la impugnación del acuerdo» (12).

Pues bien, sobre esta base habría que distinguir, en principio, dos clases de procesos de impugnación del Convenio Colectivo.:

En primer lugar, y sólo para los Convenios Colectivos «estatutarios», el llamado «procedimiento de oficio» —cuya regulación se recoge en los artículos 161 y 162 de la Ley de Procedimiento Laboral—, que se hace eco de la posibilidad contemplada en el artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuando dispone que «si la Autoridad Laboral estimase que algún Convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan, al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes».

Por tanto, en este caso, es la Administración la que, a instancia propia (art. 161.1) o previa solicitud de determinados interesados (13) (art. 161.3), inicia discrecionalmente el procedimiento (14). Como especialidad procesal, recoge la Ley de Procedimiento Laboral que en el caso de que la comunicación que da inicio

(10) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, 1991, pág. 244.

(11) Al respecto de esta distinción, *vide* A. MONTÓYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1986, pág. 173.

(12) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 255.

(13) Los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del mismo o los terceros lesionados que así lo invocaran.

(14) La STC 235/1988, de 5 de diciembre, señala que «ante una eventual negativa de la Administración, seguida de la inscripción definitiva y publicación del Convenio, el interesado habrá de intentar la defensa de sus derechos o intereses legítimos por otras vías, sin la mediación administrativa».

al proceso lo sea por decisión de la Autoridad laboral intervendrá en el mismo el Abogado del Estado (art. 162.5). Asimismo, en el caso de que la comunicación se remita a instancia de sujetos legitimados, serán éstos llamados al proceso como parte activa (art. 162.4).

Señalemos, en último lugar, que la Administración puede instar la iniciación del proceso incluso una vez publicado y entrado en vigor el Convenio (15) (STS de 2 de noviembre de 1993); por contra, la solicitud de los particulares a aquélla para que inicie el proceso encuentra como límite temporal el del registro del Convenio Colectivo (art. 161.2).

La segunda de las modalidades procesales —en este caso, tanto para Convenios «estatutarios» como «extraestatutarios» (16)— es la que se da en denominar «directa» en la que, si la causa de impugnación alegada fuese la ilegalidad del Convenio, estarán activamente legitimados «los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas» [art. 163.1.a)] y si fuera la lesividad del convenio «los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado» [art. 163.1.b)].

En este caso, el cauce procesal que preceptúa la Ley de Procedimiento Laboral es el del «proceso de conflicto colectivo» (17) aunque es lo cierto que, como señala Linares Lorente (18), no puede sostenerse con rotundidad la existencia de dos modalidades procesales netamente diferenciadas según sea la Autoridad laboral o los particulares directamente los que impugnen el Convenio (19).

(15) Cfr. con cita de la jurisprudencia constitucional que así lo reconocen J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, 1991, pág. 439.

(16) Así lo dispone el artículo 163.1 de la Ley de Procedimiento Laboral cuando dispone que a través de este procedimiento podrán ser impugnados los Convenios Colectivos «cualquiera que sea su eficacia». Al respecto, A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 259, señalan que de esta forma se «recoge el resultado a que llegó la jurisprudencia dominante bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, aunque para ello deba hacer difíciles equilibrios que tratan de procurar que la diversificación en la naturaleza del acto impugnado no imposibilite el desarrollo de esta vía procesal única».

(17) Vide al respecto J. A. SAGARDOY: «El proceso sobre conflictos colectivos e impugnación de Convenios», en *Puntos Críticos de la LPL*, AA. VV., Madrid, 1993, págs. 161 y ss.

(18) «... se puede mantener que consiste en un proceso único de impugnación de Convenios Colectivos, cuyo núcleo básico es el de conflictos colectivos, con algunas particularidades que constituyen cierta especificidad dentro de éste. Por otra parte, las dos submodalidades de impugnación, la de oficio y la directa, contienen algunos datos diferenciados entre sí»: J. A. LINARES LORENTE: «La impugnación de Convenios Colectivos a través del proceso de conflictos colectivos», en *Conflictos Colectivos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pág. 120.

(19) En puridad, puede afirmarse con M. ALONSO OLEA y C. MIÑAMBRES PUIG: *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 1995, pág. 279, que «ambos procesos se asemejan en su procedimiento y contenido de la sentencia que en los mismos se dicta: no así en lo que respecta a su inicio y legitimación activa y pasiva de las partes». En el mismo sentido, A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 262.

En este punto, es de destacar la naturaleza subsidiaria de este tipo de proceso, toda vez que, cuando el Convenio Colectivo que se pretende impugnar aún no hubiera sido registrado, los sujetos legitimados deberán obligatoriamente instar a la Administración para que inicie el «procedimiento de oficio» y sólo si ésta —que goza de un monopolio de la acción limitado temporalmente— no responde afirmativamente en un plazo de quince días o lo rechaza expresamente podrán aquéllos acudir directamente al Juez (20).

Añadamos a lo ya dicho que, tal como disponen los artículos 162.6 y 163.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, «el Ministerio Fiscal será parte siempre en estos procesos» y que la legitimación pasiva la ostentan todas las representaciones integrantes de la Comisión Negociadora, lo que debe entenderse no en el sentido de traer al proceso a la citada Comisión, que carece de personalidad jurídica, sino a los órganos presentes en la negociación (21). Téngase además en cuenta que los terceros reclamantes presuntamente lesionados y los denunciantes ante la Autoridad laboral, con quienes el artículo 162.4 manda que se siga el «proceso de oficio» podrán adoptar la posición de demandados (como dispone el art. 164.1, al señalar que «en su comparecencia a juicio, dichas partes —y el Ministerio Fiscal— «alegarán en primer término la postura procesal que adopten»).

Por último, no podemos dejar de mencionar que, junto a los antecitados conductos procesales, hay que tener en cuenta la posibilidad de impugnación indirecta del Convenio Colectivo —o «tercera vía»— a través del proceso laboral ordinario o especial que corresponda con arreglo a la naturaleza de la pretensión individual que se ejercite y contra los actos concretos de aplicación del Convenio de que se trate. En este caso, obvio es señalarlo, la sentencia decidirá sobre la aplicación o inaplicación del Convenio Colectivo en el caso determinado y con efectos únicamente para las partes del proceso (22).

Trazado, pues, este somero boceto de la construcción procesal que para la impugnación de los Convenios Colectivos erige nuestra Ley de Procedimiento Laboral parece ser momento para abordar la cuestión del fundamento o justificación del hecho de que se encuentre legalmente prevista la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos.

(20) Cuando el Convenio ya ha sido registrado la petición a la Autoridad laboral resulta potestativa.

(21) Comité de Empresa, Secciones Sindicales, el empresario, los Sindicatos y Asociaciones Empresariales que, a través de los individuos componentes de la Comisión, han intervenido en la negociación del Convenio, J. A. LINARES LORENTE: *op. cit.*, pág. 140.

(22) Cfr. sobre esta vía, con completas citas doctrinales y de jurisprudencia constitucional, vide M. ALONSO OLEA y C. MIÑAMBRES PUIG: *op. cit.*, págs. 287 y ss.

3. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Como primera providencia, se impone la constatación de que, con demasiada frecuencia, la doctrina pasa por alto no ya sólo la concreta plasmación de la intervención que venimos comentando (23) sino su justificación o la ausencia de ella. En otras ocasiones, sin embargo, se acude a genéricas formulaciones con las que lo mismo se podría avalar la presencia del Ministerio Público en cualquier otro procedimiento, pues, como escribe Morón, «un desenvolvimiento de la norma constitucional en el ámbito de la legalidad y de la praxis podría llevar a prescribir la presencia del Ministerio Fiscal siempre y en todo tipo de proceso, porque, en rigor, en cualquier ámbito procesal y jurisdiccional, sea cual fuere el objeto de que se trate (penal, civil, etc.) aparece una legalidad cuestionada en punto a su aplicación y aún la necesidad de una acción de la justicia [...] susceptible, lógica y jurídicamente, de ser instada o promovida» (24). Añádase a ello que la concepción del Ministerio Fiscal como defensor del interés social ha venido justificando históricamente, y a veces sin la necesaria explicitación de los porqués, la conveniencia de su presencia activa en el orden jurisdiccional social (25).

Por tanto, partiendo de lo aparentemente evidente, esto es, que la intervención del Ministerio Fiscal tendrá una justificación jurídica en el artículo 124 de la Constitución, habrá que analizar si esto es efectivamente así y si lo es en todos los casos previstos legalmente.

En tal sentido, Conde Martín de Hijas, tras referirse a que sorprende la falta de coherencia respecto de las previsiones de intervención del Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico y poner como ejemplo su no actuación en los casos de recursos contencioso-administrativos de impugnación de disposiciones generales, señala que en el caso que nos ocupa dicha intervención «parece responder a una especie de publicación o estatalización del Convenio Colectivo» (26).

Y es que no hay que olvidar que, precisamente tal vez por el peso de nuestra tradición histórica, los Convenios Colectivos gozan en nuestro ordenamiento jurídico de eficacia normativa y general [v. *gr.* arts 3.1.b) y 82 del Estatuto de los Tra-

(23) Que, en ocasiones —cuando no pura y simplemente se omite— se suele solventar con una cita *in extremis*, literal y sin comentarios, de los artículos 162.6 y 163.4 de la Ley de Procedimiento Laboral.

(24) M. MORÓN, en M. MARCHENA GÓMEZ: *op. cit.*, Prólogo, pág. 11.

(25) *Vide* M. MARCHENA GÓMEZ: *op. cit.*, págs. 155 y ss.

(26) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: «El Proceso de impugnación de Convenios Colectivos», en *Estudios Sobre la Nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, 1991, pág. 752.

bajadores], esto es, que pese a ser negociados por sujetos privados, desbordan la naturaleza que podría determinar ese origen y van a «ser recibidos en el cuadro de fuentes del ordenamiento laboral, para desplegar, respecto de las relaciones individuales de trabajo, una función idéntica a la que desarrollan las propias normas estatales, que, en contrapartida, abandonan a la negociación un campo sustancial de regulación» (27).

De ahí que se nos antoje perfectamente lógico que tratándose de controlar la legalidad de una norma, y el Convenio Colectivo lo es, se prescriba la intervención del órgano constitucionalmente encargado de la defensa de esa legalidad (28). Por contra, Conde Martín de Hijas entiende que lo esencial en este punto es el origen contractual y privado del Convenio Colectivo y que, en consecuencia, «el objeto de control no es la legalidad, sino el Convenio Colectivo en función de ella», añadiendo que «la defensa de la legalidad como misión constitucional del Ministerio Fiscal, no parece que justifique su intervención en todos los procesos en que se cuestiona la relación entre una legalidad cuestionada y un acto jurídico, presuntamente violador de la misma» (29).

Como se ve, ambas posiciones se diferencian en cuanto al punto de vista de la apreciación y, siendo ambas ciertas, no lo es menos que de lo que aquí se trata es de valorar la validez jurídica de un acuerdo con eficacia normativa y general, bien que por las especificidades del origen de su producción dicho control posea características especiales (30).

Parece pues que, siguiendo a Baylos Grau, Cruz Villalón y Fernanda Fernández (31), para resolver respecto de la conveniencia o inconveniencia de la intervención del Ministerio Fiscal, sea lo fundamental la consideración del tipo de pretensiones que se ejercitan en esta clase de procesos. Así las cosas, de lo que aquí se trata es de acciones de «impugnación» frente a acciones de mera «inaplicación». Ello supone, por tanto, que «se está haciendo referencia a una específica función jurisdiccional—en

(27) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 244. En la misma sede se refieren a lo inhabitual, por ser expresión de esta valoración semipública del Convenio Colectivo en el Derecho español, de un proceso de esta naturaleza en el Derecho comparado.

(28) «Sólo la defensa de la legalidad justifica el fin y proporciona el medio en cualquier actuación del Ministerio Fiscal para el desarrollo de sus cometidos», M. MARCHENA GÓMEZ: *op. cit.*, pág. 124.

(29) Cfr. V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: *op. cit.*, pág. 751.

(30) Nos referimos a la cuestión de las posibilidades de la sentencia de declarar la nulidad total o parcial del Convenio (art. 164.3 LPL) y los problemas que surgen por la imposibilidad de sanar la conculcación de la legalidad por parte del Juez, toda vez que ha de ser la autonomía colectiva la que entre de nuevo en juego: cfr. al respecto E. BORRAJO DACRUZ: «Impugnación de Convenios Colectivos», en *La Nueva Ley de Procedimiento Laboral*, AA. VV., Madrid, 1990, págs. 1.164 y ss.

(31) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, págs. 245 y ss.

sentido amplio—, a través de la cual se vela por la limpieza del ordenamiento jurídico y la vigencia del principio de jerarquía de las normas, de tal suerte que no sea posible el mantenimiento de la eficacia de una norma que lo desconozca; bien porque ha sido elaborada sin respetar los cauces que otra, jerárquicamente superior, le ha marcado (con lo cual su propia condición de norma queda en entredicho), bien porque, aun cuando haya sido correctamente elaborada, su contenido desconoce lo establecido en otras normas de superior rango, vulnerándolo» (32). Por tanto, resulta lógico que la resolución que concluya el proceso —de estimar la pretensión ejercitada— elimine la norma impugnada del cuadro de fuentes del ordenamiento, al que originariamente pertenecía, con la consiguiente eficacia general frente a todos los sujetos susceptibles de ser afectados por la norma y no sólo para las partes que han intervenido en el proceso. Del mismo modo, la presencia en estos casos del Ministerio Fiscal resultará, por su propia esencia constitucional, poco menos que obligada.

Sin embargo, esto, que puede parecer claro en los casos de impugnación de Convenios Colectivos por «ilegalidad», plantea mayores problemas en los casos de «lesividad» para terceros. Conde Martín de Hijas así lo entiende cuando señala que «si cuestionable es la intervención del Ministerio Fiscal en procesos de impugnación de Convenios Colectivos por ilegalidad, más claramente debe serlo en el caso de impugnaciones por lesividad» y añade que «el interés de terceros (que no el derecho, lo que supondría una cuestión de legalidad, reconducible a la otra causa de impugnación del Convenio) y su defensa es cuestión que nada tiene que ver con la misión constitucional del Ministerio Fiscal. Es al tercero al que únicamente debiera incumbir la defensa de su interés» (33).

Con ser ello cierto, una vez más hay que acudir al criterio que anteriormente hemos sostenido. Conforme al mismo, habrá que conceder que los intereses en juego en estos procesos no son de naturaleza privada sino ligados a principios públicos consagrados en el plano constitucional (v. *gr.* art. 9.3 CE) (34) y así, en los casos de presunta «lesividad», hay que recordar que «la lesión para que sea causa eficaz de nulidad no basta con que produzca daño, sino que además tiene que infringir la legalidad, pues la cláusula eventualmente perjudicial no podría ser anulada si está ajustada a la ley» (35). Así pues, debe retenerse que también en estos casos,

(32) *Op. cit.*, pág. 246.

(33) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: *op. cit.*, pág. 752.

(34) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 246.

(35) J. A. LINARES LORENTE: *op. cit.*, pág. 126, quien añade que «se podría decir que si la cláusula conculca la ley es causa suficiente de nulidad por ilegalidad, sin necesidad de considerar la lesión a tercero, pero no es válida esta afirmación, pues, en tal caso, éste no estaría legitimado para ser parte si no ostenta la condición de sujeto colectivo».

aun cuando inicialmente los terceros persigan la satisfacción de su interés particular, se va a obtener, de ser estimada la pretensión, la eliminación de la norma —el Convenio, en todo o en parte— del ordenamiento jurídico y no la mera inaplicación de la misma en el caso concreto (36).

Siendo ello así, llegando a tener eficacia general la resolución que ponga término al proceso y tratándose —como ya dejamos sentado— de verdaderas normas jurídicas cuyo control de legalidad se lleva a cabo, bien que bajo el «pretexto» de una presunta lesividad, entendemos que se puede sostener con fundamento la conveniencia de la intervención del Ministerio Fiscal también en estos casos.

Sentado lo que antecede, a título polémico, hay que tener en cuenta que el control de legalidad que a través de los procesos de impugnación de los Convenios Colectivos se lleva a cabo lo puede ser en el doble plano de, por una parte, verificar la regularidad del procedimiento de elaboración del Convenio y, de otra, examinar la legalidad de su contenido: con terminología clásica, controles de naturaleza «procedimental y material».

Pues bien, podría plantearse que en los casos en que la causa de la impugnación del Convenio se encuentra en una presunta irregularidad procedimental en cuanto a la negociación y elaboración del mismo (piénsese, por ejemplo, en la reclamación por un sindicato del derecho a participar en la Comisión Negociadora o de una mayor participación en ésta) no son intereses públicos, sino de esa concreta parte, los que están en juego y, en consecuencia, al no cuestionarse materialmente el Convenio, tal vez la intervención del Ministerio Fiscal en estas ocasiones no estaría justificada.

Sin embargo, creemos que no es así, por cuanto que tales pretensiones indirectamente podrían venir a cuestionar, si no la legalidad material del Convenio, sí su eficacia normativa y general, ligada al hecho de su tramitación conforme al título III del Estatuto de los Trabajadores, y, por tanto, una vez más, la figura del Fiscal encontraría sentido en el proceso.

(36) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, págs. 246 y ss., señalan como, frente a los supuestos de «impugnación», en los casos en que lo que se persigue es la mera «inaplicación» de la norma la confrontación que el Juez realiza entre aquella y el resto del ordenamiento, lo es en un sentido instrumental, sin ser el núcleo del proceso, circunstancia que, por contra, caracteriza a los casos en que se pretende la nulidad de la propia norma.

4. PLASMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

4.1 LA CONSIDERACIÓN DEL FISCAL COMO PARTE

A diferencia de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, que se limitaba a hablar de la necesidad de citación del Ministerio Fiscal sin concretar explícitamente la naturaleza de su intervención procesal, ya hemos visto que la actual norma rituaría atribuye expresamente, en sus artículos 162.6 y 163.4, la cualidad de parte al Ministerio Fiscal.

Precisamente esa falta de precisión de que adolecía el régimen precedente (37) daba lugar a divergencias doctrinales en orden a considerar al Fiscal ora un mero asesor cualificado del Tribunal, ora una verdadera parte con todas las consecuencias que de ello se derivan (posición ésta la de la mayor parte de la doctrina). Estos planteamientos mayoritarios y Sentencias como las del Tribunal Central de Trabajo de 19 de abril y 20 de mayo de 1983 (38) contribuyeron a aclarar la situación y fueron acogidos por la Ley de 1990 y el actual texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

Con todo, subsiste en éste como en otros ámbitos en que de la naturaleza de la intervención del Fiscal se trata la vieja polémica respecto de si debe ser entendido como parte en sentido material o tan sólo en sentido procesal (39). No entraremos en tal cuestión (40). Baste señalar que se trata de una parte en sentido propio y dotada de todos los poderes que asisten a la parte en el proceso (41).

(37) Cfr. J. MONTERO AROCA, M. IGLESIAS CABERO, J. M. MARÍN CORREA y M. SANPEDRO CORRAL: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo I, Madrid, 1993, pág. 932.

(38) Se trata de resoluciones que abrieron cauce para que sujetos colectivos o terceros lesionados, al margen de la autoridad laboral, pudieran impugnar Convenios Colectivos. La primera de las citadas, aplicando analógicamente lo que disponía el entonces artículo 136 de la Ley de Procedimiento Laboral para el proceso de oficio, anuló la sentencia de instancia por no haber citado al Ministerio Fiscal, cuya intervención era preceptiva en aquél y la segunda consagró la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de pretensiones aunque se tramitaran por el proceso de conflicto colectivo, que no preveía su participación.

(39) Polémica calificada de tópica por M. MARCHENA GÓMEZ: *op. cit.*, pág. 19, o de «más tendente a crear confusión que a clarificar los mecanismos procesales» por V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *op. cit.*, pág. 750.

(40) Por lo demás, más que tratada en la doctrina, v. gr. E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCÉ QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1975, pág. 54.

(41) Cfr. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 255, en general, sobre las partes procesales, la posición de parte, capacidad, legitimación, postulación, etc., *vid. op. cit.*, págs. 41 y ss.

Sin embargo, admitida sin lugar a dudas la condición de parte del Ministerio Fiscal, no es conteste la doctrina a la hora de precisar la posición que en concepto de tal habrá de asumir. Así, mientras algunos se inclinan por considerar que será la de demandante (42), otros optan por considerar que —como consecuencia de su única vinculación con la defensa de la legalidad— podrá adoptar cualquier postura procesal respecto de la pretensión ejercitada (43). Ésta nos parece la postura más correcta de acuerdo con el citado imperativo constitucional de defensa de la legalidad en condiciones de imparcialidad que preside toda actuación del Ministerio Fiscal (quien, recuérdese, aunque aludiremos a ello más adelante, no inicia estos procedimientos y por tanto no tiene porqué compartir necesariamente la presunta ilegalidad o lesividad). Además, la propia Ley de Procedimiento Laboral mantiene este criterio cuando en el artículo 164.1 dispone que en la comparecencia a juicio, junto a las partes a que se refiere el apartado 4 del artículo 162, habrá de alegar la postura procesal que adopte, de conformidad u oposición, respecto de la pretensión interpuesta.

Es de destacar, de cualquier modo, que buena parte de los problemas que acabamos de apuntar son consecuencia de la concreta regulación legal de la intervención del Ministerio Fiscal que realiza la Ley de Procedimiento Laboral y que lo configura como «invitado» a un proceso que nunca inicia. Nos referiremos a ello.

(42) V. gr., «De la demanda se da traslado al Ministerio Fiscal que con claridad asume entonces la calidad de parte como demandante», M. ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *op. cit.*, pág. 281, «El Ministerio Fiscal tendrá siempre la condición de parte y, en concreto, la de demandante»; J. GONZÁLEZ VELASCO: «El Control de Legalidad de los Convenios Colectivos», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980*, Ponencias de Magistrados de Trabajo y Profesores de la Universidad, Madrid, 1981, pág. 160.

(43) V. gr., «El Ministerio Fiscal será parte siempre en estos procesos [...] ejerciendo su correspondiente función de defensa de la legalidad, motivo por el cual podrá adoptar cualquier postura procesal, de conformidad u oposición respecto de la pretensión interpuesta, incluidas posiciones intermedias», J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE: *op. cit.*, pág. 435; «el Ministerio Fiscal será parte en el proceso en calidad de actor o demandado, según proceda en cada supuesto», J. MONTERO AROCA, M. IGLESIAS CABERO, J. M. MARÍN CORREA y M. SANPEDRO CORRAL: *op. cit.*, pág. 930; «la actitud procesal del Ministerio Fiscal puede ser tanto la de unirse a la demandante Administración, como oponerse a la demanda ejercitada por ella», V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: *op. cit.*, pág. 750; «es plenamente una parte, con todo lo que ello implica, incluso con la posibilidad de recurrir las sentencias, al margen que sobre ellas exista una aquiescencia de las partes interesadas, y no sólo en los procesos de impugnación por infracción de la legalidad, sino incluso, en los de impugnación por lesividad», *Temas de Interés y Actualidad Tratados por los Fiscales*, *op. cit.*, pág. 657.

4.2 RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL ABOGADO DEL ESTADO

Aludimos bajo esta rúbrica a la circunstancia —cuyo breve análisis puede resultar esclarecedor a los propositos de este trabajo— de que en estos casos la intervención del Ministerio Fiscal no se produce sino una vez iniciado el proceso, sea «de oficio» por la autoridad laboral o por «impugnación directa» de los sujetos legitimados para ello, sin que le sea dado iniciar *per se* el mismo.

Respecto a esto, la doctrina se ha mostrado en general crítica por cuanto, si bien es posible justificar su papel en la misión de la Administración de servir con objetividad los intereses generales, consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución (44), es cierto que cuadra mejor la función constitucional del Ministerio Fiscal con la facultad que se deriva del artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores (45) y por tanto se ha podido decir que «en puridad le debería corresponder también la facultad asignada a la autoridad laboral de efectuar la iniciación de oficio, por cuanto que la función ejercida en tal supuesto por la Administración es la correspondiente típicamente al Ministerio Fiscal» (46).

Sin embargo, no ha sido esa la opción por la que se ha inclinado la Ley de Procedimiento Laboral (47) que incluso —por las disfunciones que su elección ocasiona— ha tenido que arbitrar una solución para el caso de que, no habiendo denunciante de ilegalidad o lesividad ante la Administración laboral y no haciendo suya el Ministerio Fiscal esa pretensión, no existiese ninguna instancia que asumiera la posición actora en el proceso.

La intervención del Abogado del Estado (art. 162.5 LPL) en estos casos obedece a dicha finalidad pero aun a costa de ocasionar otros graves problemas, tales como que, al agotar la Administración su función con la puesta en conocimiento del Juez de la presunta ilegalidad del Convenio, el Abogado del Estado va a comparecer, sin asumir la representación y defensa del Estado, simplemente a mantener, sin ser parte, una posición activa en el proceso (48). También, el que a veces no se

(44) A. MONTOYA MELGAR: *op. cit.*, pág. 184.

(45) Cfr. en tal sentido V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: *op. cit.*, pág. 746.

(46) J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE: *op. cit.*, pág. 435; también y con idéntico argumento, V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: *op. cit.*, pág. 746.

(47) Justificada por razones históricas radicadas en que en el sistema anterior al Estatuto de los Trabajadores el control de la legalidad de los Convenios se atribuía a la Administración laboral mediante la homologación de los pactos.

(48) No cabe hablar de «parte» en sentido propio ni respecto de la Administración, de la que únicamente puede predicarse una cierta legitimación por sustitución pero sólo para iniciar el proceso, ni respecto del Abogado del Estado del que la Ley de Procedimiento Laboral únicamente señala que se le

comprenda adecuadamente el sentido de la intervención de una y otra institución (49).

Con todo, es cierto que la intervención del Abogado del Estado, en esta peculiar «sustitución» de la Administración (50), contribuye, siquiera en negativo, a una cierta clarificación del sentido procesal de la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos.

Nos restaría, para tratar de cumplir el limitado propósito de estas páginas, abordar el propio sentido material de la intervención del Ministerio Público en relación con el objeto procesal que se ventila en estos casos.

4.3 EL CONTENIDO DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

El hecho de que no sea el Ministerio Fiscal en ningún caso quien dé inicio a la impugnación de los Convenios Colectivos no empuja en modo alguno la comprensión de la naturaleza material de su intervención, que no responde a otro *telos* que cumplir el trámite del control de la legalidad del Convenio Colectivo, sea propiamente, en abstracto o por medio de la constatación de una posible grave lesión de los intereses de terceros, con la consiguiente expulsión del ordenamiento de aquellas cláusulas de su texto —o del propio texto en su integridad, en su caso— que incu-

deberá citar a juicio, sin concederle expresamente la cualidad de parte, y no mencionándolo entre las que habrán de aclarar su postura procesal en el artículo 164.1. Por contra, consideran auténticamente «parte procesal» a la Administración V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: *op. cit.*, pág. 747, y C. ALFONSO MELLADO, C. BLASCO PELLICER, J. L. CARRATARÁ TERUEL y P. FERNÁNDEZ ARTIACH: *op. cit.*, pág. 163; A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 256, por su parte, señalan que el Abogado del Estado «asume la posición de parte activa en el proceso porque la que debiera asumirla no está previsto que lo haga».

(49) En tal error parecen incurrir M. ALONSO OLEA y C. MIÑAMBRES PUIG: *op. cit.*, pág. 281, cuando señalan que «si la impugnación por ilegalidad procede directamente de la autoridad laboral sin existencia de denunciantes, el Abogado del Estado será citado también a juicio, no parece sino que como parte, desdibujando la posición procesal del Fiscal», lo que no parece sino más bien una manifestación más de olvido de que, conforme a las funciones constitucionales que le vienen encomendadas, no va a ser posible imponer al Ministerio Fiscal un determinado sentido obligatorio (*v. gr.*, como demandante) para su intervención sino que ésta vendrá determinada en cada caso por las exigencias que la defensa de la legalidad imponga. Por tanto, podrá darse el caso de que Abogado del Estado y Fiscal coincidan en una pretensión de ilegalidad, pero igualmente podrá suceder, porque este último actúa con imparcialidad en la defensa de la legalidad que discrepen, habida cuenta de que el Abogado del Estado en todos los casos tendrá que apoyar la pretensión a que la autoridad laboral dio curso con la comunicación de oficio. Cfr. para una opinión igualmente errónea, en este caso respecto de la concurrencia del Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en el marco de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, *vide* G. CANO MATA: *Comentarios a la Ley 62/1978*, Madrid, 1985, pág. 1985.

(50) Que a su vez plantea problemas en relación con la naturaleza institucional del Abogado del Estado, cfr. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 256.

rran en ilegalidad o lesividad. Por tanto, la intervención del Fiscal en esta clase de procesos (51), desde el punto de vista de su contenido, habrá de consistir en el análisis hermenéutico de la legalidad de la norma sin que sean dadas pretensiones de inaplicación o interpretativas, más propias de otro tipo de cauces procesales.

A tal fin, el contenido de la demanda o de la comunicación de oficio, según se trate de impugnación por ilegalidad o lesividad a terceros (art.162,1 y 2, LPL), será, lógicamente, el primer indicio para concretar el contenido material de la actuación procesal del Ministerio Público en estos casos.

Así las cosas, el punto de partida de ese análisis ha de situarse en la constatación de la legalidad del propio proceso de negociación, esto es, la conformidad del mismo con las reglas imperativas que se establecen en el título III del Estatuto de los Trabajadores, «sin cuya observancia, en el mejor de los casos, el Convenio no tendrá naturaleza de “convenio colectivo estatutario”» (52), control de legalidad que podemos denominar «formal» o «procedimental».

En segundo lugar, habrá que esclarecer si el contenido del Convenio vulnera normas imperativas de superior rango o control de la legalidad desde el punto de vista de la «jerarquía de las normas» (53).

En tercer lugar, lo que la doctrina denomina «el control del abuso de derecho en la negociación» (54) y que viene referido a aquellos supuestos en que por extralimitación de las facultades de los negociadores se vulnera la legalidad.

En los casos de impugnaciones por motivos de «lesividad» —que apenas han tenido juego práctico (55)— habrá que estar, como señalaba la STS de 15 de marzo de 1993, a la posible existencia de un daño con origen en una cláusula del Convenio «no potencial o hipotético, sino verdadero y real, de entidad grave, no necesariamente causado con *animus nocendi*, que afecte a un interés de aquél —el tercero— jurídicamente protegido, o que se le hubiera protegido por quienes negociaron el convenio, usando abusivamente de sus derechos o contraviniendo de otro modo el ordenamiento jurídico». Conviene insistir, desde el punto de vista del Ministerio Fiscal, en que lo decisivo en este punto es que la disposición que causa el daño al

(51) Cuya ausencia por falta de citación provocará la nulidad de actuaciones, así, v. gr. STSJ Cataluña 22 de octubre de 1992, y STSJ Navarra, 21 de enero de 1992.

(52) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 247.

(53) Pero recuérdese que, en caso de que tal colisión se produzca, no está entre las atribuciones del Tribunal y, por tanto, no deberán existir pretensiones del Ministerio Fiscal en tal sentido —pues ello supondría invadir el ámbito de la autonomía colectiva—, «la recomposición del pacto mediante la sustitución de la cláusula nula con los preceptos legales contradictorios», cfr. E. BORRAJO DACRUZ: *op. cit.*, pág. 1.165.

(54) A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNANDA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 248.

(55) *Op. cit.*, pág. 248.

tercero, al incidir sobre un interés jurídicamente protegido, infrinja la legalidad (56), ya fuere por abuso de derecho o fraude de ley.

Para terminar, a los efectos de lo que venimos señalando, es de especial interés evitar que la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de impugnación de los Convenios Colectivos —por la naturaleza de las relaciones de que éstos traen causa—, sin abdicar en modo alguno de la defensa de la legalidad que el texto constitucional le encomienda, pueda suponer una «interferencia en el juego de las voluntades privadas a las que se puede conducir a soluciones indeseadas» (57). Tal criterio orientador, de máximo respeto a la autonomía colectiva, entendemos que habrá de presidir igualmente su actuación.

(56) Vide al respecto nota 35.

(57) «La Intervención del Ministerio Fiscal...», *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, op. cit., pág. 658.

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS ENSAYOS CLÍNICOS CON MEDICAMENTOS EN SERES HUMANOS

GEMMA BLANCO SANTOS

Abogada Fiscal

JOSÉ ZARZUELO DESCALZO

Magistrado suplente de la AP Valladolid

Se define el ensayo clínico con medicamentos como toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento a través de su aplicación en seres humanos orientada a poner de manifiesto sus efectos o recoger datos de referencia, establecer su eficacia para una indicación terapéutica, profiláctica o diagnóstica determinada, o conocer el perfil de sus reacciones adversas y establecer su seguridad (art. 1 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos).

Los ensayos clínicos con medicamentos en seres humanos suponen la investigación por persona científicamente preparada, y bajo la dirección de un médico, de un producto farmacológico que necesita de una experimentación preclínica con animales y, a continuación, con seres humanos necesariamente, basándose en sus resultados el avance de los conocimientos científicos.

La necesaria experimentación sobre seres humanos llevo a la Asociación Médica Mundial a la elaboración de un conjunto de recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica, que constituyen la Declaración de Helsinki, adoptada por la 18.^a Asamblea Médica Mundial en 1964, revisada en 1975 y enmendada en 1983, inspirándose en sus recomendaciones la normativa de cada país reguladora de la materia.

En nuestro ordenamiento la normativa que regula los ensayos clínicos con medicamentos en seres humanos está constituida en la actualidad por la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y el Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos.

Se persigue con esta normativa velar por la seguridad e integridad física y proteger los derechos de los individuos que participen en el programa de investigación, y que ésta se realice de acuerdo con la metodología adecuada para garantizar

la validez interna y externa de los ensayos clínicos. De este modo, se dice en el Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, los resultados obtenidos podrán ser utilizados para avalar la solicitud de autorización para la comercialización de dichos productos.

Asimismo, se adecua la reglamentación a la Directiva 91/507/CEE, de 19 de julio, que exige que los ensayos clínicos en todas las fases se realicen según las normas de buena práctica clínica, para, de este modo, asegurar que los datos obtenidos sean fiables y se protejan los derechos de los sujetos, recogiendo el Real Decreto mencionado los aspectos mínimos que serán de obligado cumplimiento para los ensayos clínicos con medicamentos.

El marco mínimo legal impone que los ensayos clínicos se realicen en condiciones de respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica con seres humanos (art. 10, 2.º), y que los riesgos para el sujeto en quien se realiza el ensayo sean admisibles, de tal forma que la importancia de la información buscada justifique el riesgo al que se exponen los sujetos participantes en el ensayo clínico (art. 10, 3.º).

Asimismo, el Real Decreto 561/1993 delimita los posibles sujetos de ensayo en el artículo 11, pudiendo ser persona sana o enferma, también mujeres embarazadas o en período de lactancia, pero sólo si el ensayo tiene fin terapéutico, o sin finalidad terapéutica cuando el Comité Ético de Investigación Clínica concluya que no suponen ningún riesgo previsible para su salud ni para la del feto o niño y que se obtendrán conocimientos útiles y relevantes sobre el embarazo o la lactancia.

Cuando los sujetos de ensayos sean menores o incapaces sólo podrán realizarse ensayos de interés para su salud particular cuando no puedan ser efectuados en sujetos no afectados por estas condiciones especiales, debido a que la patología en estudio sea la propia de aquéllos, delimitando la obtención del consentimiento antes de poder ser implicados en un ensayo clínico, en un doble aspecto, al exigir el artículo 12. 5.º que otorgue el consentimiento siempre por escrito su representante legal, y, cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá además prestar su consentimiento para participar en el ensayo, después de haberle dado toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento; exigiéndose que el consentimiento del representante legal y del menor, en su caso, «sea puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, previamente a la realización del ensayo».

Del citado precepto deriva que cuando el menor tenga doce años o más será necesario que otorgue su consentimiento al ensayo; se establece pues un límite objetivo que es la edad del sujeto, además se impone la necesidad de que el ensayo tenga un interés particular para su salud y no pueda efectuarse en otros sujetos. Excepcio-

nalmente, pueden realizarse ensayos en menores e incapaces sin fines terapéuticos, previa autorización del Comité Ético de Investigación Clínica, que exigirá la adopción de las medidas necesarias que garanticen que el riesgo sea mínimo.

Se establece como última garantía que se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento a la práctica del ensayo. El documento de notificación al Ministerio Fiscal será firmado por el investigador principal que dirija la realización práctica del ensayo, debiendo el promotor del mismo trasladar al Fiscal el consentimiento, asegurando la confidencialidad de la identidad del sujeto.

La normativa recogida anteriormente, reguladora de la realización de ensayos clínicos con medicamentos en seres humanos, queda completada en nuestro ordenamiento con la Circular 12/1993 del Ministerio de Sanidad, limitada a recoger un modelo dirigido al Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial donde tenga su domicilio el menor o incapaz, al que debe unirse copia del consentimiento otorgado por el representante legal y, en su caso, del consentimiento del menor o incapaz.

La intervención del Ministerio Fiscal en los ensayos clínicos con menores o incapaces está regulada en nuestro ordenamiento de manera insuficiente, así, el Real Decreto 561/1993 establece únicamente que los consentimientos necesarios para su práctica sean puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal, previamente a la realización del ensayo, sin desarrollar posteriormente los términos exactos en que debe consistir su actuación, lo que plantea algunos problemas, y, en especial, se cuestiona si la intervención del Ministerio Fiscal se concreta a tener conocimiento de que un menor o un incapaz participará en un ensayo clínico por serle notificada su realización, limitándose su actuación a dar el visto bueno, o si es el Ministerio Fiscal quien debe autorizar finalmente la realización sobre el menor o el incapaz del ensayo clínico en su calidad de protector de los derechos fundamentales e intereses de menores e incapaces, velando que el consentimiento sea prestado libremente y acompañado de la información necesaria, y evitando que el menor o incapaz sea sujeto de múltiples ensayos, y, por último, si el Ministerio Fiscal puede oponerse a la inclusión del menor o del incapaz en el ensayo en el supuesto que entienda que el ensayo clínico no se realizará en condiciones de respeto a los derechos fundamentales y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica con seres humanos.

La posibilidad de oposición del Ministerio Fiscal a la realización de un ensayo médico en persona menor o incapaz encuentra su base legal en el artículo 12. 5.º del Real Decreto, que, al establecer que el consentimiento informado del representante legal del menor o incapaz, antes de poder ser incluido en un ensayo clínico, y el consentimiento del sujeto mismo que va a ser sometido a ensayo cuando las condiciones del sujeto lo permitan, y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más

años, sean puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal, previamente a la realización del ensayo, permite que el Ministerio Público a la vista de la información obrante pueda oponerse al mismo.

Ahora bien la parca regulación sobre el tema plantea el problema de encauzar cuáles puedan ser los medios y los procedimientos con los que cuente el Ministerio Fiscal para oponerse a la práctica del ensayo sobre el menor o incapaz.

Una solución posible puede venir por la vía de la comunicación y puesta en conocimiento de la oposición a la autoridad judicial, para que la misma, y a la vista de la información remitida por el Ministerio Fiscal, conceda o deniegue la autorización a que el menor o incapaz sea sujeto de ensayo médico.

Dicha solución encuentra su marco legal en el artículo 158. 3.º del Código Civil, artículo redactado conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición final cuarta), que establece que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará, en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El problema surge porque la realidad demuestra que en la mayoría de los supuestos el Ministerio Fiscal tiene conocimiento de los consentimientos necesarios para la práctica de ensayos clínicos con medicamentos en sujetos menores de edad e incapaces cuando ha comenzado la realización del ensayo, y en ocasiones incluso cuando el mismo ha finalizado, convirtiendo su actuación en un mero trámite, que hace imposible una tutela efectiva de los derechos de menores e incapaces sometidos a ensayo clínico.

Será necesario pues que se establezcan los medios procedimentales adecuados para que la previsión del Real Decreto 561/1993, que obliga que los consentimientos informados del representante legal del menor o incapaz, y en ocasiones del sujeto que va a ser sometido a ensayo, sean puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal previamente a la realización del ensayo, no se vacíe de contenido, porque únicamente el Ministerio Fiscal puede tener intervención directa si posee «previamente al inicio de la práctica del ensayo» toda la información complementaria necesaria, al conocer la finalidad del mismo, cuáles son los riesgos, y que el consentimiento se ha formado de manera libre por haber obtenido la información pertinente, elementos de conocimiento imprescindibles para emitir informe acerca de la participación o no del menor o incapaz en el ensayo; sin estos requisitos la actua-

ción del Ministerio Fiscal deviene en un mero formalismo, que impide salvaguardar los derechos de menores e incapaces.

La práctica demuestra, ante la insuficiente regulación de la materia, que las distintas Fiscalías actúan sin unidad de criterio, por lo que resultaría recomendable que a través de la Fiscalía General de Estado se analizase y orientase la actuación del Ministerio Fiscal cuando el sometido a ensayo médico sea un menor o incapaz, superando de esta manera en lo posible la dificultad de su actuación ante la insuficiencia de la normativa dictada; necesidad que parecen también demandar los promotores de ensayos clínicos que tienen interés en su realización, responsabilizándose de la organización, comienzo y financiación del ensayo, que han dejado constancia que son distintos los requisitos de información y documentación que cada una de las distintas Fiscalías con las que han contactado solicitan.

Pero, es más, las lagunas existentes en este tema no se limitan al cauce de actuación del Ministerio Fiscal cuando se prevé su intervención, un examen detenido de nuestro ordenamiento permite deducir que no se ha previsto la tutela de menores e incapaces en otros supuestos en que pueden verse afectados sus derechos, y así el Real Decreto 561/1993, al regular el uso compasivo, artículo 23, entendiendo por tal la utilización en pacientes aislados y al margen de un ensayo clínico de productos en fase de investigación clínica, o la utilización de especialidades farmacéuticas para indicaciones o condiciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico, bajo su exclusiva responsabilidad, considera indispensable su utilización, exige únicamente el consentimiento informado por escrito del paciente o de su representante legal, permitiendo el uso compasivo de medicamentos con menores o incapaces sin solicitar la intervención del ministerio Fiscal, defecto éste que debería ser igualmente subsanado.

Tampoco se prevé que el Ministerio Fiscal tenga conocimiento en los supuestos en que el menor o incapaz sufre un acontecimiento adverso, definido por el propio Real Decreto como cualquier experiencia no deseable que ocurra a un sujeto durante un ensayo clínico, considerando como acontecimiento adverso grave aquel que produce la muerte, amenaza la vida, produce incapacidad permanente, o da lugar a hospitalización o prolongación de la misma, anomalías congénitas o procesos malignos; y así resulta cuando menos sorprendente que, cuando el sujeto que sufre un acontecimiento adverso durante un ensayo clínico, sea un menor o un incapaz, si bien ha precedido al mismo la intervención del Ministerio Fiscal para emitir la autorización del ensayo, no se establezca la necesidad de que conozca su dinámica y resultados, información que sería imprescindible para garantizar la total transparencia en la realización de los ensayos.

Igualmente permite el Real Decreto 561/1993, en el artículo 12. 6.º, que, en el caso excepcional que por la urgencia de aplicación del tratamiento no fuera posible disponer del consentimiento del sujeto o de su representante legal en el momento de su inclusión en el ensayo clínico, se procederá a aplicarlo cuando tenga un específico interés terapéutico particular para el paciente, siendo informado el sujeto o su representante legal en cuanto sea posible y se solicitará su consentimiento para continuar con el ensayo si procediera; surge entonces la cuestión de si procede o no la intervención del Ministerio Fiscal que no se ha previsto, y, en todo caso, que eficacia puede tener el conocimiento a posteriori para salvaguardar los derechos de los menores e incapaces que han sido sometidos a tratamiento.

Finalmente decir que el citado Real Decreto establece la posibilidad de que el sujeto participante en un ensayo clínico o su representante puedan revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para él responsabilidad ni perjuicio alguno (art. 12. 7.º), sin embargo no regula la necesidad de que el Ministerio Fiscal sea informado en este sentido, lo que supone nuevamente una dificultad añadida para que el Fiscal pueda velar suficientemente por los derechos de menores e incapaces, situándole en una posición que hace imposible desarrollar su papel de garante.

A modo de conclusión sólo resta añadir que la reflexión acerca de la insuficiencia de la normativa dictada sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de ensayos clínicos con medicamentos realizados sobre menores e incapaces debe llevar a una modificación o reintegración de la misma, que en tanto no se adecue a las necesidades expuestas deberá ser subsanada por la exigencia ineludible de que el Ministerio Fiscal intervenga como parte plena y ejerciendo funciones de representación oficial por actuar en nombre de quienes por carecer de capacidad de obrar no pueden actuar por sí mismos, velando de este modo por el interés público —salud— subyacente.

DE LA SENTENCIA «MANGA DEL MAR MENOR» A LA «OJOS DEL GUADIANA»

EMILIO VALERIO MARTÍNEZ DE MURIAÍN
Fiscal del TSJ de Madrid

SUMARIO: LA CE Y EL DOMINIO PÚBLICO. EL FIN DEL PROCESO DESAMORTIZADOR.—DE LA SENTENCIA «MANGA DEL MAR MENOR».—LA COORDINACIÓN JURISDICCIÓN CIVIL CONTENCIOSA. EL ACTO DE DESLINDE Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.—LA SENTENCIA «OJOS DEL GUADIANA».

LA CE Y EL DOMINIO PÚBLICO. EL FIN DEL PROCESO DESAMORTIZADOR

Como es sabido, una de las cuestiones puntuales más notables de nuestra Constitución de 1978 es su artículo 132, donde aquélla se refiere al dominio público natural:

«1. La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafeción.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por Ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.»

Este reforzamiento constitucional del concepto de demanio natural, singulariza expresamente nuestro texto entre el conjunto europeo occidental. La coordinación de este principio con los de seguridad jurídica, respeto a los derechos adquiridos, derecho de propiedad y su acceso por prescripción posesiva, fundamentos del Derecho Hipotecario y con las teorías administrativistas del servicio público se adivinaba difícil o por hacer. Confluye todo ello en concluir que, en todo caso, el impulso constitucional reclamaba de los juristas una teoría «fuerte» del demanio del Estado.

En el presente artículo se mencionan los principales hitos de una línea jurisprudencial que, al albur del espíritu constitucional, llega a planteamientos jurídicos novedosos y radicalmente divergentes con la solución tradicional civilista y registral.

La categoría del dominio público natural figura —conforme a los más puros principios del Derecho Romano— en nuestras Leyes de Partidas: la Ley 3.^a, título XXVIII, partida 3.^a, del Rey Sabio menciona el mar y su ribera como bienes que «comunalmente, pertenecen a todas las criaturas...».

La necesidad de preservar estos tipos de bienes de un proceso de desamortización irregular ocasionado por una no satisfactoria actuación de protección de la Administración Pública, situación de la que constituían un ejemplo paradigmático el caso de las costas españolas, explica aquel artículo 132 de la Constitución Española que recogimos, su rotundidad y el que hubiera autores que lo definieran como revolucionario en el sentido de alterar radicalmente la situación anterior (1).

La regulación constitucional se limita a establecer los principios normativos de ordenación del dominio público:

1. Establecimiento de una reserva de Ley para la regulación del régimen del dominio público.
2. Imposición de que dicha ordenación debería seguir los principios —y no normas— de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.
3. La definición o mandato al legislador de que en todo caso fueran demanio natural la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.
4. La regulación mediante Ley de su desafección.

Quedaban así esbozadas un conjunto importante de cuestiones:

¿Qué alcance tenía el texto constitucional?

¿Cuál era su encaje con los principios de seguridad jurídica y, entre los mismos, los derivados de la verdad registral del Derecho Hipotecario, con el derecho de propiedad y su garantía expropiatoria?

Finalmente, aquella definición constitucional del demanio natural, ¿cómo vinculaba al poder legislativo?

LA SENTENCIA «MANGA DEL ‡MAR MENOR»

Es en este contexto donde se sitúa la sentencia «Manga del Mar Menor», la primera de nuestro estudio, antepuesta por los caprichos de los señalamientos a

(1) Ley de Costas *versus* Ley Hipotecaria («Los conflictos de su colisión», A. GIL CORTIELLA, *La Ley*, 1991, pág. 1185).

cualquier pronunciamiento constitucional sobre el dominio público del Estado; anterior también a la Ley de Costas, da un abierto apoyo a la «línea fuerte» del texto constitucional.

De reseñar es, tanto su argumentación jurídica, basada en las Leyes de Partidas y desamortizadoras, como el esfuerzo de justicia y de claridad histórica que realiza en su investigación sobre la naturaleza de los derechos en litigio.

LA COORDINACIÓN JURISDICCIÓN CIVIL-CONTENCIOSA. EL ACTO DE DESLINDE Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La promulgación de las Leyes de Aguas y de Costas, el respaldo constitucional de su articulado específico en cuanto al demanio, por fuerza debía de imponer líneas jurisprudenciales totalmente nuevas. No se trataba ya —como en el supuesto de la sentencia «Manga del Mar Menor»— del recurso a las Partidas, Leyes desamortizadoras y al espíritu constitucional. El nuevo marco legal imponía a los Tribunales exigencias precisas:

Parece no es posible en ningún supuesto admitir, tras la Constitución, enclaves de propiedad particular sobre el dominio.

La actividad de deslinde produce per se el efecto de determinar qué es dominio público, independientemente de los títulos que contra el mismo se opongan.

Se produce, en consecuencia, una inversión, no sólo de la carga de la prueba, sino de la situación procesal: corresponde al particular acudir a la jurisdicción reclamando sus derechos en el supuesto de que, como consecuencia del deslinde, se incorporen al dominio público.

Se produce también una cierta relativización de la jurisdicción civil: parece que nunca se pudiera declarar, como ya se ha dicho, con plenos efectos propiedades privadas sobre el dominio público y, en el supuesto de que así se hiciera, quedarían estos títulos en la situación de propiedad degradada que refiere el apartado 1 de la disposición transitoria primera.

Esta línea jurisprudencial, que anticipó la sentencia civil descrita y expresan las dos sentencias constitucionales, dista mucho de ser plenamente operativa. En su mayoría no son ya cuestiones sustantivas, sino procesales, señalándose tres muy destacadas: los efectos civiles de la actuación de deslinde; las exigencias de acción civil por el Estado para recuperar el dominio público, y el conflicto jurisdicción civil-contenciosa en esta cuestión.

Tradicionalmente se ha tendido a residenciar el demanio en la jurisdicción civil con exclusión de la contenciosa:

«... La actividad del deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad ni aun de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna ...» (SS de 14 de octubre de 1986 y 25 de junio de 1987.)

«... Si bien es cierto que el deslinde de la zona marítimo-terrestre es función administrativa y, como tal, revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la calificación de dominio público o propiedad privada, así como la ubicación del terreno dentro de tal zona, es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la que, sin interferir aquella jurisdicción, puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela...» (S de 15 de septiembre de 1984.)

La eficacia civil del deslinde no acompañado de acción reivindicatoria ha suscitado un conjunto de decisiones: la Sentencia de 10 de octubre de 1990 de la Sala de lo Contencioso, en la impugnación por el cauce de la Ley 62/1978, para la protección de los derechos fundamentales, de la resolución de deslinde (parece coinciden recurrente y espacio físico con el supuesto «Manga del Mar Menor»), denegará la petición de suspensión preventiva:

«... La suspensión de las operaciones de deslinde... había de suponer el que se dejara sin efecto un deslinde ya efectuado, podría ocasionarse un grave perjuicio al interés general implícito en la naturaleza de dominio público que, por definición constitucional y legal, se atribuye a las playas (art. 132.2 de la CE y art. 7 de la Ley de Costas), y en la finalidad de utilización común, libre y gratuita que a la afectación de las mismas se atribuye en la Ley (art. 31 de la Ley de Costas). Aparte de la desprotección y abandono que tal medida suspensiva produciría respecto de la función de policía del dominio público...»

La sentencia de 12 de noviembre de 1988, de la Sala de lo Civil, atribuye al deslinde el efecto de invertir la carga de la prueba:

«... Los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión reivindicatoria del Estado probar los hechos obstativos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre ellos aduzcan; oposición obstativa del particular que sólo puede prosperar si acredita la desafección de los bienes por acto de soberanía, su cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880; para lo cual no puede bastar la simple inscripción registral...»

«... Y si bien es cierto que el deslinde administrativo tiene la única finalidad de constatar la realidad física del terreno a deslindar por aplicación de las definiciones legales y que, por tratarse de un acto administrativo, no puede ser determinante de declaraciones de propiedad, sin embargo, como ya se ha dicho, tiene la virtualidad de desplazar la carga de la prueba sobre quien pretende el dominio de enclaves situados dentro de la zona deslindada, con la particularidad de que la fuerte presunción en favor del dominio nacional requiere, para ser destruida, una rigurosa demostración en contrario basada exclusivamente en los medios ya indicados, rigor que, a partir de la vigencia de la Constitución Española habrá de extremarse...» (S de 12 de noviembre de 1988, R 84.40.)

Sin embargo, otra sentencia posterior impone condiciones más duras para la afirmación —vía deslinde— del dominio público.

«... La evidente eficacia inmediata, esto es, sin necesidad de Ley intermedia, del mandato del artículo 132.2 de la Constitución Española con arreglo a su propio texto y al del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con alcance que, sin duda, abarca cualquier disposición legal de sentido contrario, no puede significar, por de pronto, que esa declaración de dominio público que la norma constitucional contiene permita, sin más que llevar a cabo la oportuna operación y correspondiente aprobación administrativa de deslinde y señalamiento de la zona marítimo-terrestre, desconocer y considerar ya sin necesidad, como se ha dicho, de promover acción reivindicatoria ni declarativa alguna ni, por supuesto, de nulidad de títulos de ageneidad, desconocer y considerar inexistente cualquier propiedad particular que se compruebe situada dentro de la zona deslindada, tesis ésta que a parte atribuye al deslinde un cometido y contenido que desborda al que le es propio, que no es sino el de ser una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, sin cometido declarativo de propiedad, ni tan siquiera de posesión...

Volver la espalda al mandato de la artículo 33 de la Constitución Española... cuya observancia no permite que, mediante una simple actuación administrativa de deslinde no seguida de acción declarativa ni reivindicatoria... se llegue a una solución de carácter confiscatorio...» (S de 20 de enero de 1993.)

LA SENTENCIA «OJOS DEL GUADIANA»

En este panorama conflictivo jurisdicción civil-contenciosa es donde incide la Sentencia «Ojos del Guadiana», de 3 de marzo de 1994. El recurso cuestionaba la propiedad de aquel espacio, que conforma físicamente la parte más singular de

las denominadas zonas encharcadas del Guadiana en Daimiel (Ciudad Real). La sentencia de instancia había anulado el deslinde, confirmando la propiedad de los Ojos a los dueños de los predios colindantes: «... porque en el lugar de autos “no existe cauce por no haber río” de suerte que no concurre una situación de hecho que demande deslindar. Y ello es así porque la propia Sala comprobó el día en que practicó el reconocimiento judicial que los Ojos del Guadiana estaban secos y que ardía el subsuelo de su entorno, lo cual, en un invierno muy lluvioso como el del año 1989, demostraba que esa zona no era cauce del río Guadiana...».

Recurría, en consecuencia, el Estado alegando la corrección del deslinde. Los particulares reiteraban sus defectos de forma; la realidad de que por los Ojos no bajaba agua en los últimos años, confirmada además por la inspección judicial de instancia y la aplicación del artículo 370 del Código Civil (cauces abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas).

Los defectos de forma en la tramitación y en las resoluciones aprobatorias del deslinde (a los que se refiere el fundamento jurídico sexto) entran de lleno en la jurisdicción, pero la alegación de fondo es de otra naturaleza: se han incluido en el dominio terrenos de propiedad particular, bien porque físicamente no debieran formar parte de aquél y porque —si alguna vez lo fueron— por aplicación, se entiende que directa del artículo 370 del Código Civil —el ordenamiento jurídico es un todo coherente—, pasaron a propiedad particular, y así se alegaba posesión y título registral.

La sentencia hubiera podido detenerse en un mero examen formal del procedimiento de deslinde, conforme al artículo 14 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964 (precepto aplicable también al dominio público, según su artículo 17), que afirma «... la aprobación del deslinde... será ejecutiva y sólo podrá ser impugnada en vía contencioso-administrativa por infracción de procedimiento, sin perjuicio de que cuantos se estimen lesionados en sus derechos puedan hacerlos valer ante la jurisdicción ordinaria...». La realidad de que la Sala de instancia hubiera entrado a indagar la situación de hecho, impulsa al Tribunal Supremo a aceptar decididamente su jurisdicción:

1. Los criterios objetivo-científicos en el deslinde:

«... La cuestión de que se trata es de una evidente naturaleza científica, respecto de la cual la prueba de reconocimiento judicial es muy poco eficaz, pues, en efecto, la conclusión a la que la Sala con base en dicha prueba y en aplicación de las puras normas de sentido común, está contradicha en el expediente administrativo por los informes emitidos por los dos señores Ingenieros de Caminos que inter-

vinieron sucesivamente en el deslinde, afirmaron que “existen propiedades en la margen izquierda del río” y que “la zona a deslindar forma parte, la más singular quizá, de las denominadas zonas encharcadas del río Guadiana”, lo cual supone admitir sin duda la existencia en el terreno examinado del río y de su cauce...»

«... La circunstancia de que desde hace tiempo no exista agua en la zona de autos, no cambia la conclusión anterior: A) En efecto, según el Ayuntamiento de Daimiel (informe del señor Aparejador municipal), todavía en el año 1984 (es decir, un año antes del inicio del deslinde) “corría agua, aunque poca, bajo el puente del Camino de Griñón”, lo que indica que a la sazón la desaparición de las aguas era un fenómeno reciente. B) Por otra parte, existen medidas adoptadas por los poderes públicos (v. g. trasvase de aguas desde el río Tajo para las Tablas de Daimiel, previsto en la Ley 13/1987), como cumplimiento de las provisiones del Convenio sobre Humedales de importancia internacional de 2 de febrero de 1971, ratificado por España el 18 de marzo de 1982, tendentes a restablecer la situación hidrológica tradicional de la zona, de suerte que no puede afirmarse que la actual ausencia de agua constituya una catástrofe históricamente irreversible...»

«En cuanto al fondo del asunto, a saber, si la zona de dominio público ha estado o no bien deslindada, como cuestión técnica que es, sólo puede ser decidida con datos técnicos, datos que se aplican suficientemente en la memoria que redactó el Ingeniero Jefe de la División de Aprovechamientos Hidráulicos, donde claramente se afirma que “hemos definido la zona que, con los datos que obran en nuestro poder, podemos asegurar que ha estado encharcada durante centenares de años” así como que “la zona que hemos estaquillado y señalizado con hitos de hormigón es la zona que secularmente se ha encontrado bajo las aguas”. Frente a esas afirmaciones tajantes y concretas no pueden prevalecer las meras opiniones contrarias de los interesados, ni el informe privado del Ingeniero...»

2. Es notable también la resolución de los puntos de encuentro con la jurisdicción civil:

Los criterios objetivo-científicos aquí afirmados superan e interpretan el artículo 370 del Código Civil: «... por lo demás, el artículo 370 del Código Civil tan citado en el expediente administrativo y en esta vía contencioso-administrativa, es rigurosamente inaplicable en este caso. El precepto se refiere a un supuesto que nada tiene que ver con lo que examinamos. Dicho artículo es complementario del 372 y ambos aluden a casos en que la corriente de un río, sin desaparecer, varía de cauce, previéndose entonces la conversión del antiguo cauce en terrenos de propiedad privada y la correlativa transformación del nuevo en dominio público. Pero no nos encontramos en ese caso, porque no es que el curso de las aguas haya varia-

do, sino que desde época reciente (los fenómenos hidrológicos son de ciclos amplios), y de forma que quizá no es irreversible, no existe agua...».

La aplicación de aquel artículo exigiría una declaración previa civil: «... una declaración judicial de la jurisdicción civil que decidiera si se han dado o no los supuestos de hecho necesarios para su aplicación...».

El carácter «a reserva» de estos pronunciamientos: «... de lo que llevamos dicho se deduce que, mientras la jurisdicción civil no diga lo contrario, en el lugar de que hablamos existe un cauce que es de dominio público y sobre el cual la Administración puede ejecutar su facultad de deslinde...».

La importancia de aquella delimitación objetiva y científica del dominio público es notable: no es ya sólo —como se indicaba en la Sentencia «Manga del Mar Menor»— que aquellos bienes no pertenecen más que a la nación imponiéndose al Estado la prohibición de su desafectación; se sustituye además la discrecionalidad o el poder del dominio de la Administración por criterios científicos en su delimitación. El Tribunal Constitucional admitió, en el recurso contra la Ley de Costas, una cierta facultad de arbitrio en la fijación de criterios definitorios de playas y zona marítimo-terrestre «... el legislador... no puede ignorar este valor léxico, pero, ateniéndose a él, es libre para escoger los criterios definitorios...»; la sentencia «Ojos del Guadiana» inicia el cerco de aquel *ius imperiun* administrativo. Paso obligado en cuanto que, en el demanio costero y en el de las aguas continentales inciden frecuentísimamente convenios internacionales que demandan medidas protectoras (el Tribunal Constitucional mencionaba la Carta Europea del Litoral; esta última sentencia el Convenio de Ramsar); la protección de aquellos espacios a la que se compromete el Estado suele fundar su delimitación física en criterios científico-ecológicos. Lo mismo ocurre en la legislación comunitaria: las Directivas 79/409, para la protección de las aves, y 92/6, de hábitats, establecen similares condiciones objetivas. La sentencia «Marismas de Santoña», de 3 de agosto de 1993, condenatoria del Estado español por incumplimiento en ese enclave de aquellas Directivas, impone también el respeto a los criterios científicos (2).

A modo de conclusión, no cabe discutir la importancia de estas sentencias, unidas a las dos constitucionales, Sentencia 227/1988, de Aguas, y Sentencia 149/1991, de Costas, son expresión de un derecho creador en sus métodos —interpretación sistemática, histórica, el derivar del texto constitucional o del conjunto del ordenamiento jurídico, cualidades semejantes al efecto útil y al necesario des-

(2) Vid. mismo autor: «La sentencia “Marismas de Santoña”. Cuestiones prácticas sobre la implementación del Derecho Comunitario y su coordinación con el español». *Poder Judicial*, 33, 1994.

critos por Pescatore para el TJCEE (garantizar la plena efectividad del texto supremo)—, original en su base legal —las Leyes de Partidas, la legislación desamortizadora, la tradición histórica-civilística— y brillante en su resultado conjunto —una construcción ambiciosa e irreprochable, sin puntos débiles, de la teoría del demanio natural—, configurando un ejemplo muy señalado de jurisprudencia creadora del Derecho.

El mandato constitucional sobre el dominio no se agota en aguas y costas; categorías cercanas de bienes son los corredores naturales que conforman las cañadas y los montes públicos. El proyecto de la nueva Ley de Vías Pecuarias deberá de incidir en las cuestiones demaniales. La aspiración última de toda teoría es su generalidad: falta por desarrollar lo previsto en el artículo 132.1 de la Constitución Española. Una nueva Ley de Patrimonio, de Comunales, de Dominio Natural, que sustituya a las regulaciones preconstitucionales, aparece como una fuerte necesidad histórica.

LA REVISIÓN DE LA DECISIÓN DEL FISCAL DE NO EJERCITAR ACCIONES

ÁLVARO REDONDO HERMIDA
Fiscal. Magistrado excedente

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL FISCAL.—III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. V. DOCTRINA DOMINANTE.—VI. LA RESPONSABILIDAD DEL FISCAL.—VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de determinar si existe posibilidad de revisar la decisión del Fiscal de no ejercitar acciones viene dada por la progresiva asunción por parte de aquél de la iniciativa e investigación penales.

Se trata de dilucidar si las decisiones del Ministerio Fiscal son irrecurribles, en cuanto superiores decisiones de un órgano constitucional, o bien son controlables, sea por el poder judicial, sea por la jurisdicción constitucional.

II. CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL FISCAL

En una primera aproximación, debe resaltarse que el Fiscal actúa en todo caso con sujeción al principio de legalidad, pero el problema es saber si, en la interpretación de las circunstancias que le facultan u obligan a actuar, ha de moverse el Fiscal con toda libertad o condicionado por la actuación de otra autoridad que pueda controlar sus decisiones.

No obstante que la dirección de la investigación penal está aún en manos de los Jueces, no cabe duda de que, en un futuro, la misma pasará al Fiscal, para dar cumplimiento al mandato constitucional que reserva al poder judicial la jurisdicción y ejecución de lo juzgado, entregando al Ministerio Público la iniciativa. Ello pone de relieve la importancia del modo en que el Fiscal realiza su misión constitucional. Incluso en estos momentos ya puede afirmarse que, desde la instauración del llamado «procedimiento abreviado», en palabras del Tribunal Constitucional, «... la competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez, en nuestro actual ordenamiento, con... el mismo Ministerio Público...»

(Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1994, de 31 de enero, fundamento jurídico tercero).

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tanto la doctrina como la jurisprudencia proclaman la imposibilidad en absoluto de revisar las decisiones del Fiscal en esta materia.

El Tribunal Constitucional, en su Auto 219/1984, de 4 de abril, resolvió sobre su competencia para revisar la decisión del Ministerio Fiscal de no actuar en una causa penal sobreseída provisionalmente, cuya reapertura se interesaba por el recurrente.

Dice el Tribunal: «... la decisión adoptada por el Ministerio Fiscal respecto a la causa penal no es de los actos que como susceptibles de amparo contempla el artículo 44 de la Ley Orgánica de este Tribunal, pues no es un acto u omisión de un órgano judicial, ... el criterio que en orden al ejercicio de la acción y al modo de llevar la investigación o instar la instrucción sumarial haya adoptado el Ministerio Fiscal no es algo que pueda condicionarse a instancia de parte, ni, manifiestamente, ser susceptible de consideración para imponer unas u otras actuaciones al Fiscal a través del recurso de amparo...».

Esta tajante conclusión se fundamenta por el Alto Tribunal en una doble consideración: se afirma que «... es al Ministerio Fiscal, institución cuyo cometido se proclama en el artículo 124 de la Constitución Española, al que corresponde el modo como ejercer sus funciones».

Más adelante se afirma que «... la pretensión de que ordenemos al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, o el modo como debe actuar respecto a un sumario y del que desde su posición conoce, es, obviamente, algo ajeno al ámbito del proceso de amparo...».

En otro orden de cosas, el Tribunal también fundamenta su decisión en el hecho de que «... el Fiscal no monopoliza... el ejercicio de la acción penal, ... se reconoce al perjudicado el *ius at procedatur*...».

Dicha circunstancia, para el Tribunal, «... satisface el derecho que proclama el artículo 24 de la Constitución Española...».

Para el más Alto Tribunal en el orden constitucional, por tanto, la determinación del modo de ejercicio de sus funciones es algo que corresponde exclusivamente al propio Ministerio Fiscal, y mientras un perjudicado pueda ejercer acciones, la actitud del Fiscal contraria a su ejercicio no viola el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Cabe pensar en la revisabilidad de la resolución del Fiscal por el poder judicial, ya que el Tribunal Constitucional no puede hacerlo.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo cierra el paso de modo absoluto a tal posibilidad.

En efecto, en su Auto de 20 diciembre de 1990, ponencia de Trillo Torres (RJ 10229/1990), fundamento jurídico primero, se rechaza la posibilidad de revisar judicialmente la resolución del Fiscal de no ejercer acciones penales en estos términos: «... al Ministerio Fiscal corresponde ponderar las circunstancias que le puedan llevar a tomar la decisión de ejercitar las pertinentes acciones penales, o bien a considerar que esto no es procedente, sin que en esta función pueda ser sustituida por el criterio que sobre el particular tenga el agraviado...».

Más adelante, la Sala agrega que «... los problemas que pudieran derivarse para el interesado de la mencionada facultad del Fiscal quedan perfectamente obviados en nuestro sistema procesal, en el que el Ministerio Público no monopoliza el ejercicio de la acusación penal...»

V. LA DOCTRINA DOMINANTE

De modo que puede afirmarse la irrecurribilidad de la decisión del Ministerio Fiscal, y ello por dos motivos: la condición de institución constitucional, a la que corresponde determinar el modo de ejercer sus funciones, expresadas en el artículo 124 de la Constitución Española, y el hecho de que el perjudicado o agraviado tiene legitimación procesal para actuar penalmente.

Esta postura es la doctrinalmente admitida, al parecer, pacíficamente.

El Fiscal General del Estado, en su Consulta 2/1995, de 19 de abril, afirma que «... 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... el Fiscal puede optar por abrir esas diligencias... o instar inmediatamente el inicio del procedimiento judicial, y esa decisión del Fiscal no es en modo alguno revisable por los Jueces y Tribunales...».

Aunque la Consulta se refiere a la hipotética revisión del modo de realizar la investigación penal por parte del Fiscal, para declararla improcedente, el argumento se extiende fácilmente a la negación de la posibilidad de revisión de la negativa del Fiscal a ejercitar acciones.

En tal sentido, la Consulta recoge la tesis expuesta por el Fiscal Jefe de Zamora en la Memoria de la Fiscalía General de 1993, página 835, que sostiene que

se da una «ausencia de recursos contra las resoluciones dictadas por el Fiscal», de la que deduce, entre otros motivos, «... la absoluta separación entre las diligencias informativas (del Fiscal) y los procedimientos judiciales...»

En mi opinión, de las doctrinas expuestas cabe inferir que las decisiones del Fiscal relativas al modo de «promover la acción de la justicia... velar por la independencia de los Tribunales... procurar la satisfacción del interés social...», son actos superiores de un órgano constitucional, como la decisión del Defensor del Pueblo de solicitar amparo para un ciudadano, o la del Consejo de Estado de dictaminar en un sentido u otro. Por ello, no cabe la revisión de tales actos, como no cabe la de los otros órganos establecidos por la norma fundamental, salvo los actos regulados por Derecho Administrativo o las actuaciones judiciales susceptibles de amparo, revisables por el Tribunal Constitucional.

De todos modos, esta doctrina no tiene en cuenta los muchos supuestos en que no existe un perjudicado o agraviado, en los cuales el Fiscal actúa por mandato constitucional en defensa de toda la sociedad, o los casos en que existe agraviado, pero éste, carente de representación legal, no puede valerse por sí mismo, sin que la Ley autorice a nadie más que al Fiscal para actuar en su defensa. Ejemplos de ello los encontramos en los artículos 191, 201, 267 y 287 del Código Penal. Para estos supuestos la doctrina expuesta sólo puede fundarse en la condición de órgano constitucional de actuación no revisable, pero no en la posibilidad alternativa de actuación del perjudicado.

VI. RESPONSABILIDAD DEL FISCAL

Esto no significa que el Fiscal General del Estado, o Fiscales que bajo su dependencia actúen, pueda hacerlo en la más absoluta impunidad, como de un primer análisis pudiera deducirse.

El propio Tribunal Supremo, en la misma resolución antes comentada, se apresura a salir al paso a tal hipótesis.

Dice, en efecto, el alto Tribunal:

«... en el caso de que un Fiscal se negara a acusar por razones anticonstitucionales demostradas, no sería inmune, puesto que quedaría abierta la posibilidad de exigirle la correspondiente responsabilidad disciplinaria o, incluso, penal...».

El Tribunal no menciona la responsabilidad civil, la cual creo que podría también serle exigida, en los términos que así establece el Estatuto del Ministerio Fiscal en su artículo 60.

Comparto plenamente la afirmación del Supremo de que el Fiscal puede incurrir en responsabilidad disciplinaria por tal inconducta, desde el momento que el Estatuto considera falta grave el hecho de «infringir los deberes inherentes a la condición de Fiscal, ... cuando mereciere (tal hecho) la calificación de grave, atendidas la intencionalidad del hecho, su trascendencia para la administración de justicia y el quebranto sufrido por la dignidad de la función Fiscal» (art. 63.9.º).

Por otra parte, es claro que si se dan los demás elementos del tipo, es delictiva la conducta consistente en dejar intencionadamente de ejercer acciones penales por delito cuando ello es procedente, en los términos en que la Ley penal sanciona la prevaricación del funcionario.

Por el contrario, será atípica la inacción en caso de proceder el ejercicio de acciones por falta, o en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, casos en que sólo caben las responsabilidades civil y disciplinaria.

VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Es probable que en el supuesto de que en un futuro no muy lejano, tal como es previsible, la instrucción penal corresponda al Fiscal, la doctrina mencionada sufra algún tipo de matización, sobre todo ante la posibilidad de que tenga que admitirse la acción en solicitud de amparo ante el Tribunal Constitucional, acción que tendría la virtud de no quebrar la independencia del poder judicial, ni afectar a su imparcialidad, y, por otra parte, no situaría a dicho Tribunal en el trance de sustituir al Fiscal o de condicionar su actuación, sino sólo ante la posibilidad de declarar inconstitucional alguna actuación del Ministerio Público que resulte contradictoria con el contenido y finalidad de los derechos fundamentales.

