

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 7



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2000

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Director

JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

Vocales

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN

RAFAEL VALERO OLTRA

JOAQUÍN ANTONIO SÁNCHEZ-COVISA VILLA

JAIME MORENO VERDEJO

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Secretario

JESÚS JOSÉ TIRADO ESTRADA

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

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 7



MINISTERIO
DE JUSTICIA
SECRETARÍA
GENERAL TÉCNICA

2000

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral.

Precios del número:

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.

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

NIPO: 051-00-003-2

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

VICENTE GIMENO SENDRA: <i>La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo</i>	9
JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ: <i>El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares</i>	31
ELEUTERIO GONZÁLEZ CAMPO: <i>La incidencia en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición</i>	59
LUIS RODRÍGUEZ SOL: <i>La imparcialidad objetiva de los Tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs. España)</i>	95

II. NOTAS Y COMENTARIOS

JORGE SENA ARGÜELLES: <i>La tutela penal de la indemnidad sexual del menor</i>	127
LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ y SOLEDAD MARTÍN NÁJERA: <i>La recogida y conservación de contenidos en la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas</i>	141

	<i>Págs.</i>
JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS: <i>Los permisos ordinarios de salida ...</i>	159
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: <i>Algunas notas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo</i>	181
GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES: <i>Notas sobre algunos delitos contra los derechos de los trabajadores</i>	191

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

I. ESTUDIOS

LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE AMPARO*

VICENTE GIMENO SENDRA
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: 1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL: A) *Encuadre del Ministerio Fiscal dentro de los Poderes del Estado.* B) *La función del Ministerio Fiscal.*—2. LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE AMPARO: A) *En los procesos ordinarios de amparo.* B) *Naturaleza de la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición de la pretensión de amparo.*—3. LA LEGITIMACIÓN OBJETIVA DEL MINISTERIO FISCAL EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: A) *La legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición de una demanda de amparo en contra de la voluntad del interesado:* a) Los derechos fundamentales «inviolables e inherentes» a la persona: el derecho a la vida; b) La dignidad humana; c) El libre desarrollo de la personalidad; d) El derecho a la libertad y el «habeas corpus». B) *La capacidad de postulación del Ministerio Fiscal en la legitimación originaria.*—4. LA LEGITIMACIÓN SUBJETIVA DEL MINISTERIO FISCAL EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A) *La función genérica de defensa de los derechos fundamentales en el proceso penal:* a) La tutela genérica de la víctima; b) El Ministerio Fiscal y la tutela procesal penal del perjudicado: a') Natura-

* Conferencia de clausura de las Jornadas sobre «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil», organizadas por don Ladislao Roig, durante los días 20-22 de abril de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid.

El presente artículo fue publicado en la revista jurídica *La Ley*, núm. 4793, de 11 de mayo de 1999. Pese a ello, el interés de su contenido, directamente relacionado con la actividad del Ministerio Fiscal, ha motivado la decisión de su publicación por el Consejo de Redacción, con la debida autorización de su autor.

leza; *b'*) Capacidad de postulación. *c)* El Ministerio Fiscal y la tutela procesal penal del ofendido. B) *El Ministerio Fiscal y la tutela de los derechos fundamentales en el proceso civil:* *a)* La defensa genérica de los derechos fundamentales: *a'*) El papel preponderante de la libertad de prensa; *b'*) Los ataques de la prensa a intereses constitucionales. *b)* La tutela de los derechos fundamentales de los menores e incapaces.—5. CONCLUSIÓN.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL

A la hora de abordar el tema de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre derechos fundamentales conviene dilucidar, como cuestión previa, su naturaleza jurídica, ya que de su delimitación institucional podrá determinarse su capacidad de postulación en el proceso.

En este sentido, conviene recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 CE, tan sólo los órganos jurisdiccionales ostentan la «última y la primera palabra» a la hora de restringir los derechos fundamentales, por lo que hemos de preguntarnos en qué medida el Ministerio Fiscal puede ser incardinado en la Jurisdicción.

Para ello, se hace conveniente, aunque sea de una manera somera, examinar la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, tanto desde un punto de vista orgánico, como funcional.

A) ENCUADRE DEL MINISTERIO FISCAL DENTRO DE LOS PODERES DEL ESTADO:

Del Ministerio Fiscal se ha dicho que es muy fácil delimitar lo que no es y difícil lo que es. Personalmente, creo que dicha afirmación es absolutamente cierta, porque parece claro que el Ministerio Fiscal no es Poder Ejecutivo (sea suficiente constatar, en la CE que aparece regulado en el título VII —«Del Poder Judicial»— y no en el título IV —del Gobierno y de la Administración— y que, en ningún caso, dicta actos administrativos), pero tampoco puede decirse que forme parte plenamente de la Jurisdicción, aunque esté a ella muy aproximado.

Pero, el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional por dos razones fundamentales: porque, ni ejerce la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni goza, con plenitud, de la independencia judicial.

Ahora bien, aunque el Ministerio Fiscal, no se encuentre regido por el sistema de «autogobierno», aunque el Poder Ejecutivo intervenga en el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado y aunque el Ministerio Fiscal no posea una independencia difusa o individual, sino, antes al contrario se rija por los principios de unidad y de dependencia jerárquica, el Ministerio Fiscal, en su actuación procesal es tan *imparcial*, como los propios jueces y magistrados. Es más, me permitiría afirmar que su imparcialidad, desde el punto de vista funcional, es superior a la de los jueces, y ello, si se repara en que, en tanto que la imparcialidad del juez es exclusivamente individual (lo que posibilita el surgimiento de los «jueces estrella», con sus polémicas decisiones), la del Ministerio Fiscal es una *imparcialidad colectivamente reflexionada*, existiendo en su Estatuto Orgánico mecanismos para conciliar la libertad de conciencia de cada Ministerio Fiscal con la de la personalidad jurídica única que caracteriza a la Fiscalía General del Estado.

Teniendo en cuenta, pues, todas estas características puede llegarse a la conclusión de que, si bien el Ministerio Fiscal, al no ser órgano jurisdiccional, no puede adoptar resoluciones limitativas de los derechos fundamentales, en tanto que, *órgano*, en abstracto, *colaborador de la Jurisdicción y parte imparcial*, en concreto, *ha de estar especialmente legitimado para la defensa de los derechos fundamentales en la esfera del proceso*.

B) LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Esta función de defensa de los derechos fundamentales que ejercita este «Magistrado de pié» (o «Magistrat debout», como así tradicionalmente lo califican los franceses, para distinguirlo del «Magistrat du siège») se corrobora de la mera lectura del artículo 124.1 CE, en cuya virtud corresponde al Ministerio Fiscal la «defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos», la cual naturalmente comprende también la *defensa de la Constitución* (que es la primera Ley que han de cumplir todos los poderes públicos) y, en especial, la de los *derechos fundamentales*, que, en tanto que derechos subjetivos inherentes a toda persona humana, son los más importantes en un Estado de Derecho.

2. LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE AMPARO

A) EN LOS PROCESOS ORDINARIOS DE AMPARO

La Constitución, consecuente con esta naturaleza, otorga expresamente, como es sabido, legitimación activa al Ministerio Fiscal para la «interposi-

ción del recurso de amparo» [art. 162.1.b)]. Nótese que la norma fundamental no distingue entre recurso de amparo ante el TC y recurso de amparo ante los Tribunales Ordinarios y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 CE, el amparo puede ser constitucional y ordinario (es más, debido al principio de subsidiariedad el amparo siempre será ordinario y eventualmente constitucional), por lo que debiera concluirse en que, como regla general, el Ministerio Fiscal está legitimado para interponer la totalidad de las pretensiones de amparo, bien se tramiten ante los Tribunales Ordinarios, bien ante el Tribunal Constitucional.

Pero la Memoria de la Fiscalía del TS del año 1978, prohibió al Ministerio Fiscal interponer recursos o demandas de amparo ante los juzgados y Tribunales ordinarios. Esta doctrina, sin duda, influyó en la redacción de los números 10 y 12 del artículo 3 del EOMinisterio Fiscal que autorizan respectivamente al Ministerio Fiscal a «*interponer* el recurso de amparo constitucional» y a «*intervenir* en los procesos judiciales de amparo». De secundar, pues, una interpretación gramatical de tales disposiciones orgánicas habría que llegar a la conclusión de que, en tanto que el Ministerio Fiscal puede interponer un recurso de amparo ante el TC, no estaría, sin embargo, legitimado para deducir una demanda de amparo ordinario, limitándose su actuación, en los procesos de amparo ante juzgados y tribunales ordinarios, a intervenir adhesivamente, como mero coadyuvante.

En mi opinión, esta interpretación no puede sostenerse, ni, como se ha dicho, desde el artículo 162.1.b) CE, ni desde el artículo 12.1 de la Ley 62/1978 (LPJDF) que expresamente confiere legitimación al Ministerio Fiscal para ser demandante en los procesos ordinarios de amparo, sin perjuicio de su intervención adhesiva (art. 12.3).

Así, pues, forzoso se hace concluir en que, como regla general, el Ministerio Fiscal está «*ex Constitutione*» *expresamente facultado para promover e intervenir en cualesquiera procesos de amparo* y, no sólo en el constitucional, sino también en los civiles, administrativos, penales o laborales que previamente han de suscitarse.

El fundamento de dicha legitimación hay que residenciarlo en su función *de defensa de la Constitución*, en tanto que Ley suprema (cfr. art. 3.11 EOMinisterio Fiscal), lo que convierte a este órgano colaborador de la Jurisdicción en una posición procesal imparcial de «*amicus Curiae*», conforme a la cual (y, a diferencia del Abogado del Estado que defenderá siempre la constitucionalidad del acto) habrá de sostener la pretensión de amparo cuando estime que algún acto, disposición o vía de hecho de un poder público ha vulnerado un derecho fundamental o, por el contrario y en cualquier otro caso, habrá de oponerse a ella y defender la legalidad del acto (Instrucción FGE de 28 de octubre de 1987).

B) NATURALEZA DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA PRETENSIÓN DE AMPARO

Ahora bien, junto al Ministerio Fiscal, y dejando aparte la legitimación del Defensor del Pueblo (de escaso éxito, por cierto, al menos ante el TC), también nuestra Ley Fundamental autoriza expresamente, como no podía ser de otra manera, a «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo» [art. 162.1.b)], dentro de las cuales hay que entender incluidas a los *titulares de los derechos fundamentales vulnerados*, con lo que inmediatamente ha de surgir la pregunta, consistente en determinar si la naturaleza de la legitimación activa del Ministerio Fiscal es idéntica a la de las víctimas de las violaciones de los derechos fundamentales. Cuestión, por lo demás, nada baladí, pues, de sustentar la tesis de que ambas legitimaciones activas lo son originarias, la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de amparo no estaría subordinada a la del recurrente particular (y, así, podrá oponerse, por ejemplo, a un acto de disposición de la pretensión o recurrir con independencia de la parte principal), en tanto que si fuera una legitimación de derivada o de segundo grado, su capacidad de postulación habrá de ser mucho más limitada.

La contestación a la enunciada pregunta exige examinar la relación jurídica, trazada por la Constitución, que liga al Ministerio Fiscal con el objeto procesal o pretensión de amparo.

Y, en este sentido, se advierte que la legitimación activa del Ministerio Fiscal, tal y como se ha adelantado, es doble, y ello como consecuencia de la asimismo doble naturaleza de los procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

3. LA LEGITIMACIÓN OBJETIVA DEL MINISTERIO FISCAL EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En efecto, tal y como la jurisprudencia del TC tempranamente tuvo ocasión de afirmar (STC 1/1981), a través del recurso de amparo, no sólo el TC asume una función subjetiva de protección de los derechos fundamentales, sino también otra objetiva de defensa de la legalidad constitucional tuteladora de tales derechos fundamentales, lo que autoriza a este intérprete supremo de la Constitución a emitir su doctrina legal constitucional, vinculante con respecto a todos los poderes públicos (art. 5.1 LOPJ).

La última «ratio» de esta función jurisdiccional objetiva hay que encontrarla en la declaración contenida en el artículo 10 CE, según la cual «la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social».

Si, en un sistema democrático, no sólo a la víctima, sino también a la sociedad interesa que se respete la legalidad constitucional tuteladora de los derechos fundamentales, es claro que el Ministerio Fiscal ha de estar, en principio, legitimado para promover la actividad jurisdiccional en defensa de los bienes e intereses constitucionales contenidos en tales normas consagradoras de los derechos fundamentales.

A) LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL PARA LA INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA DE AMPARO EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL INTERESADO

El problema, sin embargo, ha de surgir cuando el interesado, no sólo decide no impetrar la actividad jurisdiccional en defensa de su derecho fundamental vulnerado, sino que expresamente se opone a que alguien interponga una demanda de amparo en defensa de su derecho. En tal supuesto, ¿puede el Ministerio Fiscal *ex* artículo 124.1 CE ejercitar la acción de amparo ordinario?...

Si nos atenemos a la función histórica del recurso de amparo y a la declaración contenida en el artículo 41.2 LOTC («El recurso de amparo constitucional *protege a todos los ciudadanos..., frente a las violaciones de los derechos y libertades..., originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado...*») y, teniendo en cuenta que también el Ministerio Fiscal es un «poder público», habría que concluir en que el Ministerio Fiscal carece de legitimación activa, incluso aun invocando la defensa de la Constitución, para la interposición de un amparo en contra de la voluntad del titular del derecho fundamental vulnerado.

Y ésta debe ser la regla general, si se tiene en cuenta que, desde un punto de vista material, de un lado, la mayoría de los derechos fundamentales posee una naturaleza eminentemente *personal* y, de otro, que la lesión de los derechos fundamentales no suele mostrarse en un «estado químicamente puro», sino que lo usual es que la infracción de un derecho fundamental se efectúe mediante la invocación de otro derecho o interés constitucional en conflicto, con lo que esta teoría abstracta de defensa de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución, en la medida en que legitimaría la intervención principal del Ministerio Fiscal en defensa de tales derechos e intereses constitucionales-límite, podría revelarse, en la práctica, un tanto peligrosa. Por otra parte, y desde una dimensión estrictamente procesal, cabe señalar que también el proceso de amparo está informado por el principio dispositivo (SSTC de 10 de abril de 1985; de 28 de octubre de 1987), cuya principal exigencia es la de que «ne procedat iudex ex officio» o, como señala la doctrina alemana, «wo kein Klager, da keine Richter» («allí donde no haya demandante, que no exista ningún juez»).

Sucede, sin embargo, que la declaración contenida en el artículo 10 CE, permite afirmar la existencia de algo más que un conflicto intersubjetivo en la violación de los derechos fundamentales. Cuando se infringe un derecho fundamental surge también un interés público de la sociedad en que se produzca su inmediato restablecimiento jurisdiccional (1).

De aquí que el artículo 162.1.b) CE, habilite al Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo, legitimación que ha de ser entendida como *originaria y propia* para asumir la defensa, en calidad de *parte principal*, más que de los derechos subjetivos, de los bienes o intereses protegidos por las normas constitucionales declarativas de los derechos fundamentales.

Pero esta legitimación abstracta y originaria del Ministerio Fiscal no cabe entenderla extensiva a cualquier bien o interés constitucional. Si no se quiere incurrir en un Derecho Procesal Constitucional de sino autoritario (piénsese, al respecto, que también el «ius puniendi» es un interés constitucionalmente protegido), preciso se hace convenir en que no todo bien constitucionalmente vulnerado legitima al Ministerio Fiscal para la interposición autónoma y principal de una demanda de amparo, sino tan sólo los bienes o intereses contenidos en el primer apartado del propio artículo 10 CE, (el segundo, esto es, «el respeto a la ley y a los derechos de los demás», no puede entrar aquí en juego, ya que los intereses contenidos en la legalidad ordinaria no pueden nunca sustentar la restricción de un derecho fundamental), es decir, *tan sólo la «dignidad, los derechos inviolables e inherentes a la persona humana y determinados derechos relativos al libre desarrollo de la personalidad»*, a los que cabe incorporar la *libertad personal* del artículo 19 CE, como consecuencia de la proclamación que el artículo 1.1 efectúa de la «libertad» como valor superior del ordenamiento jurídico, son los que pueden legitimar una demanda autónoma de amparo por parte del Ministerio Fiscal.

El problema, pues, de la legitimación activa originaria del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad constitucional, pasa por determinar cuando se encuentra infringida la «dignidad humana», cuáles sean esos derechos fundamentales «inviolables e inherentes a la persona» y en qué supuestos la tutela de la «libertad» justifica la interposición de una demanda de amparo por el Ministerio Fiscal.

(1) Por esta razón, y, a diferencia del amparo alemán o del recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestra Constitución legitima, no sólo a la víctima del derecho fundamental infringido, sino también a quien invoque un «interés legítimo».

a) *Los derechos fundamentales «inviolables e inherentes» a la persona: el derecho a la vida.*

A mi parecer, tales derechos son reconducibles a uno, *el derecho a la vida humana*, que es el único que puede presentar un carácter absoluto (pues, todos los derechos fundamentales encuentran como límite el libre ejercicio de los demás) y sin cuyo respeto no puede predicarse la existencia de derecho fundamental alguno.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión, en este sentido, de reconocer implícitamente legitimación activa al Ministerio Fiscal en el conflicto derivado de las *huelgas de hambre* de los presos de la organización terrorista GRAPO (SSTC 120, 137 y 190/1990, 11 y 67/1991).

Pues, bien, de todos estos recursos de amparo, los dos últimos, concretamente los que dieron lugar a las SSTC 11 y 67/1991, fueron interpuestos por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el artículo 46.1.b) LOTC. Es cierto que el TC deliberadamente omitió cualquier declaración sobre la legitimación activa del Ministerio Fiscal en unos recursos de amparo por él interpuestos con la expresa oposición de los titulares del derecho fundamental que, como consecuencia de la política de dispersión carcelaria, habían decidido poner fin a sus vidas, oponiéndose a una alimentación coactiva asistida vía parenteral. Pero tampoco lo es menos que, aun cuando el TC nada dijera sobre el tema que nos ocupa, lo cierto es que admitió los amparos presentados por el Ministerio Fiscal y estimó el que originó la STC 67/1991, anulando la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que había accedido a las pretensiones de los recurrentes de poner fin a sus vidas.

Así, pues, con fundamento en la STC 67/1991, cabe inferir que el Ministerio Fiscal ostenta legitimación originaria y principal para la defensa del bien *constitucional «vida» en los establecimientos penitenciarios*. Conviene, sin embargo, advertir inmediatamente que no la tiene para la defensa genérica del derecho a la vida.

La legitimación activa, originaria y principal, del Ministerio Fiscal en defensa de la vida, en tanto que bien constitucional, protegido por el artículo 15 CE, tan sólo puede reconocerse cuando la decisión de su titular de renunciar a la misma suceda *en centros públicos del Estado*, razón por la cual no debe ser extendida a otros supuestos análogos, como el de la «eutanasia» en el domicilio particular del enfermo o el del aborto en los supuestos contemplados en la disposición derogatoria única [1, letra a)] de la Ley Orgánica 10/1995 en relación con el artículo 417 bis del anterior CP.

Por el contrario, esta doctrina puede resultar de aplicación cuando se trate de la protección del derecho a la vida y la de su corolario, el derecho a

la integridad física del artículo 15 CE *en centros sanitarios del Estado*, sobre todo, cuando su titular sea una «persona desvalida», en cuyo caso se superpondrá también la legitimación por sustitución del Ministerio Fiscal, a la que después nos referiremos.

En esta materia de intervención principal del Ministerio Fiscal la casuística material es muy amplia y variable, abarcando toda una legislación penal y administrativa, de entre la que cabría señalar la siguiente: *transfusiones sanguíneas coactivas* con el objeto de salvar la vida de un paciente que, en un centro hospitalario del Estado, se opone por la razón que fuere (de entre las que cabría destacar el ejercicio de la libertad religiosa del artículo 16.1 en el caso de «los testigos de Jehová») a dicha intervención; la *esterilización de incapaces* por motivos espurios (art. 156 CP y Consulta 1/1991 F.G.E.), los «ensayos clínicos» (Ley 25/1990, del Medicamento, y Real Decreto 561/1993); los *trasplantes de órganos e implantación de tejidos de personas vivas* (Ley 30/1979) o la *donación de embriones y fetos viables* (Ley 42/1988 y STC 212/1996) (2).

En todos estos supuestos, en los que la legislación suele exigir el consentimiento previo del titular del derecho fundamental para la procedencia de la medida, pensamos que, no obstante su expresa autorización, *si la intervención pone en peligro su vida, le puede ocasionar lesiones o minusvalías irreversibles o sufrimientos o tratos inhumanos o degradantes (expresamente prosritos por el artículo 15.1 CE), el Ministerio Fiscal ha de estar legitimado para formular su oposición a esta restricción del derecho fundamental* en el correspondiente procedimiento o expediente de jurisdicción voluntaria o, en su caso, mediante la interposición autónoma de la pretensión de amparo.

Por el contrario, dada la inexistencia de tales circunstancias en la *reproducción asistida* (Ley 35/1998 y 162 CP), debe convenirse en que el Ministerio Fiscal carece aquí de legitimación alguna sobre esta materia [excepción hecha del hipotético supuesto de que, mediante dicha reproducción, se intentara manipular el «genoma humano», posibilidad expresamente prohibida por los arts. 13.3.d) y 20.2.k), l), n), x) de la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida].

b) *La dignidad humana*

Asimismo, estimamos, en segundo lugar, que la legitimación originaria del Ministerio Fiscal en defensa de la Constitución debiera reconocerse ante

(2) El autor quiere agradecer expresamente la información de la referida legislación facilitada por el Fiscal, don Carlos Ferreiros, que se encuentra elaborando una excelente monografía sobre este tema.

cualquier hipotética violación de un derecho fundamental que pudiera, al propio tiempo, significar un grave atentado a la dignidad humana (art. 10 CE) de una persona, colectivo, etnia o pueblo determinado, lo cual suele acontecer cuando la vulneración del derecho fundamental va acompañada de una infracción del principio de igualdad del artículo 14 CE en su manifestación de prohibición de discriminación.

El TC tan sólo se ha ocupado de esta doctrina en el caso Violeta Friedmann «versus» León Degrelle (STC 214/1991) en el que pudo declarar la legitimación activa de cualquier miembro de un grupo, etnia o pueblo para reaccionar, contra campañas xenófobas o racistas, mediante el amparo en tutela del derecho al honor, a la dignidad e igualdad de todo el colectivo. Pues, bien, si en la referida sentencia el TC pudo conceder legitimación originaria a los titulares de tales «intereses difusos», con mayor razón hay que otorgar legitimación originaria al Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad e igualdad, en tanto que bienes constitucionales singularmente protegidos, pues, como afirma el TC:

«... de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.»

Por consiguiente, y aun cuando la Ley Orgánica 1/1982, de protección al honor, consecuente con la naturaleza personal o individual de este derecho fundamental, no reconozca legitimación activa al Ministerio Fiscal para la defensa de estos derechos de la personalidad (fuera del de las personas fallecidas del art. 4.3), lo que resulta ser, como veremos, constitucionalmente correcto en la inmensa generalidad de los casos, tratándose de las referidas manifestaciones racistas o xenófobas, ha de estar también legitimado «ex Constitutione» para interponer una demanda civil de tutela del honor, la dignidad e igualdad de la colectividad afectada, todo ello sin perjuicio del ejercicio de la acción penal por el delito de «apología del racismo y de la xenofobia» que, en cumplimiento de la doctrina de la STS 214/1991, introdujo la reforma de 1993 al CP (arts. 197.5 y 607.2 CP vigente).

c) *El libre desarrollo de la personalidad*

En tercer lugar, partiendo de la exigencia contenida en el artículo 10, según la cual «el libre desarrollo de la personalidad» constituye el «fundamento del orden político y de la paz social», el Ministerio Fiscal podría adquirir, en mi opinión, legitimación originaria en defensa de un derecho fundamental vulnerado cuando la violación del derecho atente simultáneamente a dicho libre desarrollo de la personalidad, lo cual acontece con el *derecho fundamental a la educación* que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.2 CE ha de tener «por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana».

Pues, bien, cuando la educación no tenga por objeto esta finalidad, sino otras de carácter espurio o, cuando, dificultándose el cumplimiento de este derecho-deber que obliga al Estado a la escolarización de todos los niños, se impida su ejercicio, lo que suele ocurrir cuando los menores son internados en «sectas» con prohibición de asistencia a centros docentes, debiera el Ministerio Fiscal ostentar legitimación activa para hacer cumplir la obligación del Estado social de escolarización en centros del Estado u otros homologados.

He de advertir, sin embargo, que ésta es una opinión muy personal que plasmé en un voto particular a la STC 260/1994, la cual desestimó, sin entrar en el fondo, un amparo de la Generalidad de Cataluña que pretendía la escolarización obligatoria de los menores internos en la secta denominada «Niños de Dios».

d) *El derecho a la libertad y el «habeas corpus»*

Señalemos finalmente que, como consecuencia de la declaración contenida en el artículo 1.1 CE y de que el derecho a la libertad de movimientos se erige, después del derecho a la vida, en el más importante, el artículo 3.b) de la Ley Orgánica 6/1984 de «habeas corpus», consecuente con la clásica función del Ministerio Fiscal de prevención de las detenciones ilegales (art. 4.2 EOMF), expresamente legitima al Ministerio Fiscal a incoar este proceso a fin de obtener el restablecimiento del derecho a la libertad conculcado por una detención ilegal, y ello con independencia de que el detenido haga o no uso de este amparo ordinario.

B) LA CAPACIDAD DE POSTULACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA LEGITIMACIÓN ORIGINARIA

En todos estos supuestos excepcionales de legitimación originaria, la actuación procesal del Ministerio Fiscal ha de ser la propia de una auténtica parte principal. Aun cuando el titular del derecho fundamental vulnerado

decida abandonar el ejercicio de su derecho de acción, el Ministerio Fiscal ha de estar autorizado, con absoluta independencia, a interponer la demanda de amparo ante los juzgados y tribunales ordinarios. Una vez dentro del proceso, su posición no puede ser la del coadyuvante; antes al contrario, ha de estar expresamente facultado, no sólo para efectuar cualesquiera actos de postulación, alegación y de prueba, sino también para realizar los que entrañen un poder de disposición sobre la pretensión, generando en el órgano jurisdiccional con respecto a la misma una obligación de resolver con congruencia. Asimismo, ha de estar facultado para poderse oponer a los actos de finalización del procedimiento, que insten las demás partes procesales, y a interponer los medios de impugnación que estime oportunos contra la sentencia, incluido, en su caso, el recurso constitucional de amparo.

4. LA LEGITIMACIÓN SUBJETIVA DEL MINISTERIO FISCAL EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con independencia de la anterior legitimación objetiva, también el artículo 124 CE faculta al Fiscal a defender los «derechos de los ciudadanos». A esta función *subjetiva* se refieren los números 7, 10 y 12 del artículo 3 del EOMF, conforme a los cuales el Ministerio Fiscal está obligado a interponer e intervenir en todos los procesos de amparo y a defender a los incapaces, menores y, en general, a todas las personas desvalidas.

De conformidad con tales prescripciones cabe destacar, pues, que al Ministerio Fiscal, en general, le corresponde promover la actividad jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales de toda persona y, de modo especial, la de las personas desvalidas.

A) LA FUNCIÓN GENÉRICA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

Esta función genérica, consistente en impetrar la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales vulnerados de cualquier ciudadano, la ejerce el Ministerio Fiscal principalmente en el ámbito del *proceso penal*. A esta afirmación cabe llegar, si se repara en que las violaciones más graves de la práctica totalidad de los derechos fundamentales (del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, etc.) y una buena parte de los constitucionales (el derecho a la propiedad, la libertad de empresa, el regular funcionamiento de la economía, de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, etc.) se encuentran tipificadas como delitos en el Código Penal.

a) *La tutela genérica de la víctima*

Partiendo de esta realidad, se infiere con claridad que, cuando el Ministerio Fiscal, mediante la interposición de la pretensión penal, insta la aplicación del «ius puniendi» del Estado, no sólo está impetrando la tutela jurisdiccional de los bienes o intereses constitucionales protegidos por las normas penales que han sido infringidos, sino también la de los derechos fundamentales de las víctimas vulnerados por la acción delictuosa.

El problema, sin embargo, de nuestro proceso penal es que, a diferencia de los existentes en el derecho comparado, ha cuidado el primer aspecto objetivo y descuidado el segundo, de carácter subjetivo. Pero, en una sociedad democrática, el proceso penal no puede seguir siendo concebido como un instrumento de la Jurisdicción, dirigido exclusivamente a la actuación del «ius puniendi», sino también como un medio válido para la solución de los dos conflictos que subyacen en el proceso penal: el conflicto social entre el delincuente y el Estado y el conflicto intersubjetivo entre el agresor del derecho fundamental y la víctima.

Pues bien, en la solución de ambos conflictos el Ministerio Fiscal está llamado a cumplir un papel de primer orden. Tras la reforma del CP de 1995 que ha desplazado a la pena privativa de libertad como eje del sistema penal, situando en su lugar a las privativas de derechos (y, de entre ellas, a la de multa) y que permite, en los delitos leves, la suspensión y sustitución de la pena privativa por otras menos criminógenas, se ha despejado el presupuesto que permitirá, en una futura y necesaria reforma de la LECrim, importar los sistemas de «transacción procesal» y de «sobreseimiento bajo condición por razones de oportunidad», en los que habrá de transformarse radicalmente nuestra institución de la conformidad y en los que el Ministerio Fiscal está llamado a intervenir decisivamente en la solución de aquél conflicto intersubjetivo, proponiendo al Juez de Instrucción todo un conjunto de medidas y sanciones a cumplir por el imputado que, cumpliendo con los fines de prevención de la pena, estimulen al propio tiempo la inmediata reparación de la víctima o, lo que es lo mismo, el pronto restablecimiento de su derecho fundamental vulnerado.

b) *El Ministerio Fiscal y la tutela procesal penal del perjudicado*

Con independencia de las anteriores sugerencias de reforma, «de lege data», cabe señalar que, dentro de esta línea de política legislativa de asistencia y protección del Ministerio Fiscal de la víctima, se encuadra el artículo 108 LECrim, que obliga al Ministerio Fiscal a interponer la acción civil juntamente con la penal, se haya o no personado el perjudicado en el procedimiento penal.

En términos constitucionales, lo que el artículo 108 LECrim autoriza al Ministerio Fiscal es a ejercitar, en el proceso penal, el derecho fundamental a la *tutela civil efectiva* de la víctima del delito.

a') *Naturaleza*

Tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 12 de mayo de 1990), el ejercicio de la pretensión civil por el Ministerio Fiscal en el proceso penal constituye un claro supuesto de *legitimación derivada o por sustitución procesal*, en el que el Ministerio Fiscal actúa en nombre propio pero en interés del perjudicado, como consecuencia de esa misión del Ministerio Público de velar por los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE).

En nuestro ordenamiento no hace falta, pues, que la «víctima» comparezca en un procedimiento penal en curso para ejercitar su acción resarcitoria. Desde luego, puede hacerlo a través del trámite del ofrecimiento de acciones (art. 109) o simplemente adhiriéndose a la acción penal ya ejercitada (art. 110), instando incluso el beneficio de pobreza, si a él tuviere derecho. Pero, si prefiere no sufrir las molestias y gastos de un proceso penal, no por su incomparecencia, dejará de plantearse la pretensión civil resarcitoria. La deducirá el Ministerio Fiscal *ex* artículos 108 y 781.

Aun cuando la acción popular responda históricamente a unos orígenes similares a los del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, el legislador no ha querido convertir al acusador popular en sustituto procesal del perjudicado y de aquí que la jurisprudencia le niegue legitimación activa para el ejercicio de la pretensión civil de resarcimiento (STS 12 de marzo de 1992).

La posibilidad de que el Ministerio Fiscal ejercite la acción civil en interés del perjudicado no exonera, sin embargo, al juez de instrucción a invitar al perjudicado a entrar en el procedimiento mediante el referido ofrecimiento de acciones. Si incumpliera dicha obligación, vulneraría su derecho a la tutela, tal y como ha recordado el TC (STC 278/1994).

En el supuesto de que el perjudicado ejercitara su derecho de querrela o compareciera como parte acusadora surge un fenómeno de *pluralidad de partes*, con respecto al cual se hace necesario determinar la capacidad de postulación entre el Ministerio Fiscal y el perjudicado en todo lo referente al ejercicio de la pretensión civil.

Esta sustitución procesal en el ejercicio de la acción civil del perjudicado por el Ministerio Fiscal se encuentra claramente justificada en los supuestos de ausencia o incomparecencia del actor civil, por lo que su constitución en parte actora civil debiera exonerar al Ministerio Fiscal de la obligación de interposición de la pretensión civil. Pero, el artículo 108 no lo ha querido así

e impone la necesidad de que, «haya o no acusador particular», ejercite la acción civil, con lo cual se plantea el problema de cómo se deba articular la intervención de ambas partes, sin mengua alguna del principio dispositivo.

b') *Capacidad de postulación*

La solución a la referida cuestión pasa por determinar la naturaleza de ambos tipos de legitimación. Y aquí hay que reiterar que, en tanto que la del perjudicado es originaria, la del Ministerio Fiscal, a diferencia de la legitimación objetiva, lo es *derivada* o por sustitución.

Así, pues, *la única parte originariamente legitimada para la interposición de la pretensión civil es el perjudicado*, quien, siendo titular de un derecho subjetivo de carácter disponible, goza de todo el poder de disposición sobre la pretensión civil (STS 14 de julio de 1982): puede renunciarla, en cuyo caso el Ministerio Fiscal no puede ejercitar la acción civil en contra de la voluntad del perjudicado (art. 106.2), puede reservarla para el declarativo correspondiente (art. 112) o acumularla en el procedimiento penal en curso (art. 110). Si así lo hace, el principio de congruencia sólo puede transcurrir entre lo solicitado por el actor civil (y no por el Ministerio Fiscal), lo resistido por el responsable civil y lo concedido por el órgano jurisdiccional; y así, en el improbable supuesto de que el Ministerio Fiscal instara un «quantum» indemnizatorio superior al del perjudicado, se produciría una incongruencia «extra petita», si el órgano judicial accediera totalmente a la pretensión civil del Ministerio Fiscal. Lo mismo ha de suceder en el caso de interposición de los recursos: la única parte gravada y legitimada para impugnar un fallo civil ha de ser el perjudicado y no el Ministerio Fiscal con independencia de aquél y ello, sin perjuicio de que pueda adherirse a un recurso interpuesto por el perjudicado

Así, pues, la única *parte principal* en esta materia es el actor civil, siendo la actuación del Ministerio Fiscal subordinada a la del perjudicado, quien goza de todo el poder de disposición sobre la pretensión civil. La deducción de la pretensión civil por el Ministerio Fiscal, cuando exista pluralidad de partes, tiene, pues, un mero valor de ilustración al órgano jurisdiccional acerca de la fundamentación de la pretensión resarcitoria, con respecto a la cual podría, incluso, oponerse a su concesión (art. 3.4 EOMF), si la estimara del todo infundada.

c) *El Ministerio Fiscal y la tutela procesal penal del ofendido*

Junto a esta actividad de protección del perjudicado, el antiguo artículo 443 del anterior CP facultaba al Ministerio Fiscal a asumir, en los delitos

contra la libertad sexual, la defensa de la persona ofendida cuando ésta fuera desvalida. Como es sabido, en tal supuesto, no era necesaria la denuncia de la persona agraviada, pudiendo el Ministerio Fiscal ejercitar la acción penal en sustitución de tales personas desvalidas.

Pero el artículo 191 del CP vigente autoriza, en los supuestos de agresiones, acoso o abusos sexuales, al Ministerio Fiscal a ejercitar la acción penal en todo caso (si bien «ponderando los legítimos intereses en presencia») en forma de querrela, exigiendo la denuncia cuando la víctima «sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida». Por lo demás, el perdón del ofendido permanece sin erigirse en causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 192.2).

La conversión que el nuevo artículo 191, frente al antiguo artículo 444, ha efectuado de unos delitos semipúblicos a otros de carácter publico, obliga a preguntarnos cuál deba ser la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar una acción penal en contra de la voluntad de la persona ofendida mayor de edad y no desvalida.

En nuestra opinión, ha de ser *ninguna*. Aquí el Ministerio Fiscal ni siquiera puede ostentar una legitimación por sustitución del sujeto pasivo del delito y ello, por la sencilla razón de que la integración de estos tipos penales exige la negación del libre albedrío (en la violación del art. 178 y en el abuso sexual del art. 181) o, al menos, la coacción (en el «acoso sexual» del art. 184). Si la víctima manifiesta su decidida voluntad de no perseguir un hecho que no estima atentatorio a su libertad sexual, no hay delito (no en vano el rótulo del Título VIII reza «delitos contra la libertad sexual») y, por tanto, ni puede nacer acción penal alguna (art. 100 LECrim) (3), ni el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para su ejercicio (art. 105).

B) EL MINISTERIO FISCAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO CIVIL

En el ámbito del proceso civil, se hace obligado distinguir la tutela genérica por el Ministerio Fiscal de los derechos fundamentales, de la de los menores e incapaces.

(3) Como decía Von Listz, una caricia a una persona puede despertar en ella un sentimiento de afecto o de agresión y, de aquí, que la valoración de la ofendida opere como una condición objetiva de la punibilidad (de exclusión de la antijuricidad, diríamos nosotros) necesaria para la plena integración de la acción delictuosa.

a) *La defensa genérica de los derechos fundamentales*

Con respecto a la actividad del Ministerio Fiscal consistente en promover la actividad jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales vulnerados entre los particulares, se observa una evolución legislativa tendente a restringir la legitimación activa del Ministerio Fiscal

De este modo, la generosidad con la que el artículo 12 de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, otorgó al tratamiento de la legitimación del Ministerio Fiscal, tanto como parte principal o demandante (art. 12.1), como en la de interviniente necesario (art. 12.2), sufrió su primer embate tras la promulgación del EOMF (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), en la que, como se ha dicho, dicha función se limitó a «intervenir en los procesos judiciales de amparo» (art. 3.12). Esta política legislativa se cierra con la promulgación de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, en la que, como hemos tenido ocasión de avanzar, la única legitimación que se le confiere al Ministerio Fiscal es la derivada de las injurias a personas fallecidas que carezcan de sucesores procesales (art. 4.3).

Ciertamente esta evolución restrictiva de la legitimación activa del Ministerio Fiscal encuentra su fundamento en la naturaleza disponible de tales derechos de la personalidad. Debido al carácter personalísimo de los mismos (art. 1.3 LOPH), se hace obligado concluir en que la única persona con interés legítimo, para instar el restablecimiento jurisdiccional del derecho, ha de ser el titular de alguno de los derechos contemplados en el artículo 18 CE y la única legitimada pasivamente para oponerse a la pretensión de amparo ha de ser la titular del derecho o libertad de manifestación del pensamiento del artículo 20 CE

En este conflicto constitucional «inter privados», *la regla general ha de ser, pues, la de que el Ministerio Fiscal carece de legitimación alguna para intervenir en la denominada «garantía jurisdiccional civil» para la protección de los derechos fundamentales.*

Con todo, a esta regla general, cabe oponer determinadas *excepciones* derivadas de la posición institucional de los derechos en conflicto, tanto de los activos, como de los pasivos:

a') *El papel preponderante de la libertad de prensa*

En efecto, desde el primero de ellos, el TEDH, desde el caso *Lingens* (STEDH de 8 de junio de 1986) hasta esta fecha ha tenido ocasión de reiterar el carácter de supremacía que, en una sociedad democrática, ostenta la libertad de expresión, en tanto contribuye a la formación de una opinión pública

libre y plural. Este papel de la prensa como «chien de garde du public» (SSTEDH Kosiek, de 28 de agosto de 1986; Jersild, de 23 de septiembre de 1994) ha de ocasionar la intervención necesaria del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de amparo, al menos, cuando se trate de imponer una *censura previa (expresamente proscrita por el art. 20.2 CE), el secuestro de alguna publicación (art. 20.5) o el cierre de cualquier medio de comunicación social.*

b') *Los ataques de la prensa a intereses constitucionales*

Pero, también la prensa puede inconstitucionalmente extralimitarse y, no sólo vulnerar el derecho personal al honor, sino también lesionar gravemente otros intereses constitucionales, los cuales han de legitimar la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso.

Ello es lo que sucede cuando se ataque *el honor o la dignidad de los menores* (así, por. ej., con la pornografía infantil, expresamente proscrita por el art. 20.4), cuando se efectúen *campañas atentatorias a la dignidad* de colectivos determinados (cfr.: STC 214/1991, caso Friedmann; SSTEH Kosiek y Jersild, ya citados) o cuando, *mediante los «juicios paralelos» se lesione gravemente la presunción de inocencia* (STEDH Worm, de 29 de agosto de 1997) o, lo que es, todavía peor, *se atente a la autoridad del Poder Judicial*, contribuyendo los «media» a minar la confianza que la sociedad tiene depositada en la imparcialidad de sus Tribunales (STEDH, Barford, de 22 de febrero de 1989; Obershlick, de 26 de abril de 1995).

En nuestro país, como consecuencia de la derogación del polémico delito de «desacato» (art. 240 CP de 1972), de la judicialización de la vida política y de los pingües beneficios que obtiene la prensa «amarilla», la situación es muy preocupante ante la situación de indefensión en que la permanecen los jueces, quienes, si optan por denunciar una injuria proferida por una parte material (art. 215.1 CP), han de apartarse, mediante la abstención, del procedimiento incoado (art. 219.6 LOPJ).

Por esta razón, parece conveniente, de un lado, reflexionar sobre la instauración de un nuevo tipo penal «público» que contemple las injurias al Poder Judicial y a la presunción de inocencia del imputado y, de otro, estimular el celo del Ministerio Fiscal para que, una vez deducido testimonio, inste la apertura del procedimiento «abreviadísimo» del artículo 790 LECrim, en el que el Juez de instrucción debiera estar facultado para adoptar medidas de «comptent of court» (secuestro de la publicación injuriosa, incluida) contra el medio de comunicación social.

b) *La tutela de los derechos fundamentales de los menores e incapaces*

Con independencia de la anterior legitimación genérica, al Ministerio Fiscal incumbe la específica de tutela de todos los derechos y, de modo especial, del *derecho a la tutela judicial efectiva de las personas desvalidas en el proceso civil*.

De este modo, el artículo 3.6 y 7 EOMF faculta al Ministerio Fiscal a intervenir en los procesos de estado civil y a asumir la defensa de los incapaces, menores y desvalidos.

Consecuente con esta función, el CC confiere legitimación originaria al Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación (arts. 203 y 206), de declaración de prodigalidad (art. 294), interviene en los expedientes de tutela (art. 174) y de adopción (art. 179), en los procesos de alimentos (art. 148.3 y 158) y dispone su intervención, en defensa de los menores, en los procesos de separación y divorcio (disposición adicional 8.^a de la Ley 30/1981), incluido el de mutuo acuerdo (disposición adicional 6.^a 6 de la Ley 30/1981).

Ahora bien, la naturaleza de la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación y matrimoniales no es la misma. En tanto que, en el primer grupo de procesos cabe reclamar la existencia de una doble legitimación del Ministerio Fiscal, *originaria* en la medida en que la sociedad está interesada en la incapacitación de los «furiosos» y *derivada* en defensa de los intereses de los propios incapaces, en el supuesto de los procesos de familia cabe afirmar que la legitimación del Ministerio Fiscal lo es meramente de *segundo grado*.

En efecto, si es cierto que los únicos titulares de los derechos de la patria potestad son los padres (arts. 154 y ss CC), los únicos legitimados *originariamente* para intervenir, como partes principales, en los procesos de separación y divorcio han de ser los cónyuges. La intervención del Ministerio Fiscal tan sólo se legitima *cuando puedan existir conflictos de intereses* entre los padres y sus hijos (arts. 162.2, 163, 167...) y nunca cuando aquellos cumplan regularmente con los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.

Por esta razón, ha de causar una cierta extrañeza, no tanto que el Ministerio Fiscal intervenga, si existieran hijos en el matrimonio, incluso en los expedientes de separación y divorcio por mutuo acuerdo, (disposición adicional sexta.6 de la Ley 30/1981), sino la interpretación que, de dicha disposición, ha efectuado la Fiscalía General del Estado en sus Circulares 3/1986 y en la Consulta de 31 de enero de 1991, conforme a las cuales la intervención del Ministerio Fiscal ha de ser activa en tales procedimientos, formulando su oposición a la propuesta de convenio cuando estime que contiene

acuerdos dañosos para los hijos y proponiendo al Juez, a tal efecto, restricciones en el derecho de visitas.

En mi opinión, el Ministerio Fiscal *no debiera asumir aquí un papel de contradictor*, consistente en proponer medidas sancionadoras, que pueden agravar todavía más el conflicto o redundar en una pérdida de los lazos de afecto entre alguno de los cónyuges y su hijo, *sino la de erigirse en un mediador* que proponga soluciones consensuadas a los cónyuges en beneficio de sus hijos. Lo mismo debiera suceder en los procesos matrimoniales contenciosos, en donde la actividad del Juez y del Ministerio Fiscal debiera orientarse a obtener la conciliación intraprocesal o, lo que es lo mismo, a intentar reconducir el proceso de separación o divorcio contencioso en otro de mutuo acuerdo en donde siempre permanecerán más protegidos los intereses de los hijos.

5. CONCLUSIÓN

De todo lo anteriormente expuesto se puede inferir la conclusión de que la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales ha de ser, en primer lugar y a fin de evitar incurrir en un Derecho Procesal Constitucional autoritario, lo suficientemente equilibrada para respetar la autonomía de la voluntad de sus titulares y proteger simultáneamente los demás bienes constitucionales y derechos fundamentales en conflicto y, en segundo, exige hoy más que nunca un nuevo modelo de Ministerio Público menos burocratizado o, si se prefiere, tan comprometido en la aplicación de la Constitución y la Ley a los casos concretos, como en la efectiva protección de los derechos fundamentales y en su pronto restablecimiento fundamentalmente por la vía de obtener la composición consensuada de los conflictos intersubjetivos y sociales que comprometan los derechos fundamentales.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y GRADUACIÓN DOSIMÉTRICA EN LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS MILITARES

JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ

Doctor en Derecho

General Auditor

Fiscal de la Sala Quinta del Tribunal Supremo

Las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con los hechos que las motiven y se individualizarán atendiendo a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de militar de reemplazo para graduar las sanciones con menor rigor.

La condición de alumno y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras unidades, centros u organismos donde se encuentren completando la misma, serán tenidos especialmente en consideración en la aplicación a los mismos de los preceptos de esta Ley.

(Art. 6 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.)

SUMARIO: I. ORIGEN, ACEPCIONES Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO.—IV. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.—V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR.—VI. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN: DOSIMETRÍA SANCIONADORA.

I. ORIGEN, ACEPCIONES Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El principio de proporcionalidad, incluido en el más general de «prohibición de exceso», nace en el campo del Derecho penal (1) y pasa al poder de policía, extendiéndose hasta convertirse en un principio general del derecho, cuya función principal es la de limitar la discrecionalidad en el ejercicio de la actividad represiva del Estado.

2. Según Fernández Montalvo (2), en una *acepción amplia*, el *principio de proporcionalidad* constituye un principio general del Derecho público que comporta la exigencia de que cualquier actuación de los poderes públicos limitadora o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido.

En su *acepción más estricta* el principio de proporcionalidad representa la exigencia de una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. La exigencia de proporción se determina mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la sanción y el fin perseguido por la conminación legal.

(1) La exigencia de proporcionalidad entre delito y pena se proclamó formalmente en el artículo 12 de la *Declaración de derechos y deberes del hombre y el ciudadano*, de 22 de agosto de 1789: «La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito», y suele plasmarse en la mayoría de las Constituciones de nuestro entorno.

(2) FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la Administración», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 51.

La natural *imprecisión del principio* no ha escapado ciertamente a la Jurisprudencia (3) y, así, la Sentencia de la Sala 3.^a, de 22 de septiembre de 1982 (Ar. 5480: Díaz Eimil) se ha encargado de recordar que «*el concepto de proporcionalidad* de la sanción, por su propia naturaleza, *es difícilmente concretable* en términos de gran especificación y singularidad hasta el punto que su aplicación, en último término, tiene que venir fundamentada en una apreciación conjunta de las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable».

La mayor dificultad conceptual que suscita el principio de proporcionalidad reside en la delimitación del criterio que se ha de utilizar como medida de la proporcionalidad. En ese sentido un Estado democrático no puede llevar a cabo tal evaluación de espaldas a la realidad social: la gravedad de las sanciones, en consecuencia, como la de las penas, han de ajustarse a la nocividad social de las conductas imputadas (4).

3. La aplicación del principio de proporcionalidad va a ejercer su influencia —como pone de relieve Trayter (5)— en dos vertientes distintas:

a) En su *vertiente normativa*, exigiendo que las normas disciplinarias (leyes o reglamentos) observen una congruencia entre la acción u omisión considerada ilícita y las sanciones o castigos por ellas previstos. Sería la llamada «*proporcionalidad en la ley*» cuyo respeto incumbe al legislador (Parlamento o Administración Pública en el ejercicio de la potestad reglamentaria), que ha de establecer sanciones proporcionadas, en abstracto, a la gravedad de la infracción.

b) En su *vertiente aplicativa*, imponiendo al órgano sancionador encargado de aplicar la ley —la Administración o los Tribunales— la observancia de una relación causa-efecto, de forma que la sanción elegida sea la más adecuada al fin que se persigue y a la concreta gravedad de la infracción.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Antes de examinar la proyección del principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador, es necesario detenernos en la problemática de su naturaleza jurídica y su acomodo constitucional pues el que

(3) NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 1993, pág. 213.

(4) GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 1995, pág. 291.

(5) TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, 1992, pág. 260.

se encuentre contenido en uno u otro precepto de la Constitución conlleva importantes consecuencias en orden a los mecanismos procesales para reclamar contra su vulneración.

Al de proporcionalidad se le ha considerado en la Jurisprudencia como un *principio general del Derecho*, informador de la globalidad del Ordenamiento jurídico (6), como una *consecuencia* derivada del «valor justicia» del artículo 1 de la CE (7), como un *principio de creación jurisprudencial*, sin reflejo en texto positivo alguno, ni siquiera constitucional, como un *principio que emana del propio Estado de derecho*, implícito en los cimientos teóricos del mismo y cuya aplicación se circunscribe principalmente a la materia represiva por constituir uno de los *principios constitucionales de garantía penal*, comunes a todo ordenamiento sancionador (8), o como una derivación del *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (9) o incluso *de la dignidad de la persona* (10). Un resumen de estas tendencias se encuentra en la STC 55/1996, de 28 de marzo. En la doctrina jurisprudencial emanada de los recursos de amparo se puede apreciar que el TC, en algunos ámbitos, ha hecho uso del mismo con *valor de principio constitucional* (11).

2. La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de encontrar el *enunciado general del principio de proporcionalidad en la Constitución*. El TC, en Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, señaló que, en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador y que no cabe deducir del artículo 25.1 de la CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta susceptible de amparo constitucional; sin embargo, le atribuyó carácter y rango de principio constitucional, residenciándolo en el artículo 10.2 de la CE: «*interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con los tratados internacionales en la materia*», otorgando inusitada importancia a los preceptos de la Convención Europea de Derechos del Hombre que protegen de forma explícita la violación de ese principio. En concreto destaca el artículo 18 de la Convención: Las restricciones que... se impongan a los... derechos

(6) STC 62/1982, de 15 de octubre; SSTs, Sala 4.^a, de 15 de junio de 1981 y 26 de diciembre de 1984.

(7) SSTC 160/1987, 50/1995, 173/1995.

(8) SSTs, Sala 3.^a, de 10 de junio de 1981; Sala 4.^a, de 7 de abril de 1982; STC 160/1987.

(9) SSTC 6/1988, 50/1995.

(10) STC 160/1987.

(11) GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 145.

y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

En Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, el TC vuelve a negar la existencia de un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción y, al negar tal cosa, se inclina también por la imposibilidad de recurrir ante el mismo, a través del recurso de amparo, la vulneración por parte de la autoridad pública del principio de proporcionalidad; el criterio de oportunidad que preside la actividad legislativa hace difícilmente controlable en sede constitucional la regulación que la ley incorpore para determinar la relación infracción-sanción, salvo que comportase márgenes de discrecionalidad tan amplios que dieran lugar a la aplicación de sanciones muy diversas, incompatibles con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica. Se produce así un contrasentido: las vulneraciones antedichas, por estar amparadas por el Convenio de Roma, pueden evidenciarse a través del recurso individual ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 19 y ss. CEDH), y no ante el TC español, con lo que el agraviado por un acto de un poder público habrá de recabar la tutela de su derecho allende de nuestras fronteras (12).

En definitiva, que el principio de proporcionalidad no está explícitamente enunciado en la CE (STC 6/1988, de 21 de enero). El principio no se encuentra alojado en ningún precepto constitucional en concreto, sino que se halla en todos aquellos preceptos que consagran los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya restricción debe siempre quedar supeditada a las exigencias de la proporcionalidad. El TC, en su Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, se inclina por esta posición:

«... el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva de control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en

(12) GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Trivium, 1989, pág. 95.

qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados; sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad».

En este mismo sentido STC 161/1997, de 2 de octubre. El TC incide así en el problema de la inclusión en el recurso de amparo de fundamentaciones ajenas a la vulneración de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 CE. Cuando tal cosa se produce —cuando tiene lugar la transgresión de un derecho no consagrado en la sección 1.^a del capítulo II del título I de la CE, como ocurre con el pretendido derecho a la proporcionalidad abstracta—, esté o no reconocido en un Tratado Internacional suscrito por España, al agraviado únicamente le queda la operación intelectual de incardinar su derecho vulnerado en alguno de los que sí tienen establecido su acceso al recurso de amparo. Así pues, no cabe, en principio, la tutela constitucional del principio de proporcionalidad, a no ser que la concreta violación se conecte con algún derecho de los mencionados en el precepto antes citado de la Constitución (13).

III. SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

1. Toda la doctrina (14) ha puesto de manifiesto el fenómeno de que la progresiva jurisdiccionalización del Derecho disciplinario ha producido la aplicación cada vez mayor del principio de proporcionalidad, que, como principio general del Derecho, cuando traslada sus efectos al campo sancionador, penal o disciplinario, lo que pretende es lograr la armonía o adecuación entre infracción y sanción, y presupone que una y otra están predeterminadas legalmente, tipificadas y atribuido su conocimiento y sanción a una determinada potestad.

(13) En cambio, de la STC de 16 de febrero de 1988 parece deducirse que cabe el recurso de amparo denunciando la infracción del principio de proporcionalidad, bien en los casos concretos en que la pena resulte desorbitada, bien cuando no resista un juicio de adecuada comparación (así, ZUGALDIA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal*, pág. 266). Y en la misma línea parece seguir la STC 150/1991, de 4 de julio (ponente López Guerra), cuando dice que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella.

(14) SUAY RINCÓN, *Potestad disciplinaria. Libro homenaje a Villar Palasí*, Ed. Cívitas, Madrid, 1989, pág 1329 y ss.

En un primer momento se consideraba que la Administración poseía una potestad discrecional para optar por una u otra sanción o determinar la extensión de la sanción más adecuada frente a la que nada era dable hacer a la jurisdicción contencioso-administrativa en su función revisora. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo aceptaba la existencia de esa potestad disciplinaria absolutamente discrecional [por ejemplo, en Sentencia de 9 de diciembre de 1964 (Ar. 5.524)].

Esa interpretación, que sin duda pugnaba con la idea de justicia, fue paulatinamente superada al entenderse que los principios del ordenamiento punitivo del Estado debían ser similares ya que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador participaban de una misma naturaleza.

Se admitió así la consideración de que la actividad sancionadora de la Administración no es una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, lo cual permite un control total del supuesto de hecho que en cada caso particular es objeto de enjuiciamiento, control que se efectúa en muy buena medida a través del principio de proporcionalidad.

El TS llegó a declarar en Sentencia de 3 de abril de 1990 (Ar. 3.578) que el Derecho administrativo sancionador se caracteriza por la flexibilidad con que se lleva a cabo la tipificación de las infracciones y el señalamiento de las sanciones correspondientes, flexibilidad que no implica en modo alguno discrecionalidad. El principio de proporcionalidad o, dicho de otra manera, el principio general de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada.

En algunos casos aislados se ha mantenido por la jurisprudencia que el principio de proporcionalidad se aplica con criterios diferentes cuando nos encontramos ante una relación de sujeción especial (funcionarios, contratistas y concesionarios). En esta línea la Sentencia de 20 de febrero de 1981 (Ar. 680). No obstante esta línea es minoritaria. En la mayor parte de las sentencias se afirma contundentemente la aplicación del principio a la esfera del Derecho disciplinario. Orientativas de esta línea jurisprudencial más acertada son las Sentencias de 13 de mayo de 1986 (Ar. 4.582) y 28 de septiembre de 1984.

2. Por otro lado, la observancia del principio de proporcionalidad en la estricta esfera del Derecho administrativo sancionador exige los requisitos de motivación del acto administrativo sancionador y de competencia de la autoridad administrativa sancionadora. En cuanto a la *motivación*, forzoso resulta advertir que el principio de proporcionalidad impone un específico deber de motivación de los actos sancionadores que no se limita a la sola justificación

de la sanción en base a la acreditación de los hechos constitutivos del ilícito y a la culpabilidad del sujeto pasivo de la imputación administrativa; la exigencia de que la sanción resulte proporcionada requiere de un adicional esfuerzo motivador que se extienda a la justificación de los motivos en base a los cuales se impone una concreta sanción y no otra distinta igualmente permitida y menos gravosa, o la misma sanción pero con cuantía o duración inferior (15).

IV. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

La traslación del principio de proporcionalidad al Derecho disciplinario conlleva distintas consecuencias:

1.^a En primer lugar, en el *plano normativo* (determinación normativa del régimen sancionador) el principio de proporcionalidad impone al legislador la necesidad que las normas disciplinarias concreten los criterios que han de servir para la graduación de la sanción, de forma que el órgano competente para castigar adopte, en cada caso, la consecuencia represiva que estime proporcionada. Asimismo y dentro del margen de libertad que posee el legislador para establecer los castigos, el principio de proporcionalidad le obliga a elegir la carga coactiva más adecuada al fin que se persigue, justificada en la necesidad de tutela jurídica y por tanto enfocada únicamente a proteger los bienes, derechos e intereses cuyo disfrute ha de garantizar el Derecho, impidiendo, además, que la sanción disciplinaria descansa en fundamentaciones exclusivamente retribucionistas. Sería el efecto que produce la aplicación del *principio de proporcionalidad «en la ley»*. El TC ha declarado que el legislador es libre de establecer la política jurídica que crea más oportuna y, por tanto, puede determinar los castigos que juzgue más apropiados en relación a los hechos considerados ilícitos. En este plano normativo el TC no puede intervenir, pues —como antes se dijo— no existe un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción.

2.^a En segundo lugar, en el *plano aplicativo* (imposición de sanciones), el *principio de proporcionalidad «en aplicación de la ley»*, además de imponer la elección del castigo menos restrictivo, supone, por encima de cualquier otra consideración, un *límite a la actividad discrecional* de la Administración (16) pues, al igual que el juez penal, ésta debe buscar de entre las sanciones posibles

(15) GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, opus cit., pág. 147.

(16) Sobre el tema, vide GARCÍA ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho administrativo*, Madrid, 1979, y MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, 1985.

la más proporcionada al desvalor antijurídico, siendo su función convertir la pluralidad de soluciones en una única posibilidad justa.

De esta forma, el principio de proporcionalidad puede coadyuvar de manera decisiva a la eliminación de los ámbitos administrativos exentos de fiscalización ya que, en la materia que tratamos, no puede interpretarse la discrecionalidad como libre arbitrio, sino como ejercicio de una actividad represora de conductas típicamente antijurídicas, en la que el principio de proporcionalidad juega un papel elemental (SSTS Sala 3.^a, de 10 y 26 de junio, y 12 de noviembre de 1980, y de 19 de mayo de 1981). La discrecionalidad administrativa está sujeta al correspondiente control jurisdiccional (ATC 28/1984, de 18 de enero). De este modo, y como manifestación práctica, aunque el órgano administrativo tenga facultad discrecional para, sin rebasar el límite máximo que el órgano jurídico le señala, imponer la sanción que estime adecuada (STS, Sala 4.^a, de 14 de junio de 1983), el juego de la proporcionalidad le obliga a tomar en cuenta las *circunstancias objetivas y subjetivas* que a la contravención rodean, evitando así ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consientan los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito de las facultades de graduación de la sanción, y señalan la diferencia entre su correcto ejercicio y la arbitrariedad (STS, Sala 4.^a, de 10 de julio de 1985).

3.^a La tercera consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho disciplinario es que el principio posibilita al juez de lo contencioso que la sanción disciplinaria pueda ser revisada en vía jurisdiccional, ya que igualmente está vinculado por el principio. Los Tribunales utilizan el principio de proporcionalidad como instrumento que les permite controlar el ejercicio discrecional de la potestad sancionadora de la Administración, obligando a ésta a ajustar la entidad de la sanción a la trascendencia del hecho.

La Sentencia de la Sala 3.^a, de 2 de noviembre de 1981 (Ar. 4.720; Botella) va más allá del control de la discrecionalidad de los actos administrativos sancionatorios individuales y utiliza la proporcionalidad para justificar, a lo largo de unas minuciosas consideraciones, *el control de los Reglamentos*, dado que «la potestad reglamentaria de la Administración no implica potestad originaria de castigar [...] y está sujeta a los principios comunes a todo ordenamiento sancionador, como, por ejemplo, la gradación proporcional de las penas».

El gran *riesgo* que se corre con el principio de la proporcionalidad —como advierte Nieto (17)— es el *de que el Tribunal, al aplicarlo, sustituya con su criterio propio las reglas de adecuación establecidas por el Legislador*. De este peligro advierte la STC de 25 de mayo de 1986: «En principio, *el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, es de competencia del Legislador*. A los Tribunales de Justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no propiciados en abstracto». La realidad

(17) NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 1993, pág. 213.

de este riesgo se comprueba en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como en la de 5 de junio de 1992 (Ar. 4.624: Sanz Bayón), en la que el voto particular de García Manzano denuncia cabalmente que la sentencia ha olvidado que «debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y de la *lex certa* que requiere la potestad sancionadora sobre resultados de equidad» y que sólo puede aplicarse el principio de proporcionalidad en los casos de silencio de la norma. Porque, en definitiva, *«la Jurisdicción no cumple funciones sustitutivas del legislador y ha de realizar, sí, interpretaciones integradoras, pero no suplir lo que entienda omisiones legislativas»*.

4.^a La Sentencia de la Sala 3.^a de 7 de abril de 1982 (Ar. 2.392: Botella) examina, en términos muy curiosos, *el principio de la proporcionalidad desde una perspectiva procesal, comparando el nivel de exigencia de la prueba en los Derechos penal y administrativo sancionador*. En este último ámbito los hechos «sólo en cuanto concretos y probados son susceptibles de ser ponderados a efectos de servir de base a la correspondencia proporcional [de las sanciones]; pero así como *en lo penal* la prueba de aquellos hechos se produce mediante apreciación en conciencia por el Juzgador, y así también como *la aplicación del principio de proporcionalidad dentro de márgenes atípicos es inasequible a la casación penal*, resulta, por el contrario, que tales hechos o circunstancias —*básicos o relevantes para graduar proporcionalmente a ellos la sanción*— son asequibles al distinto instituto procesal de la revisión contencioso-administrativo a través de la prueba de aquellos hechos o circunstancias, que no es asimilable a la apreciada en conciencia privativa del juicio penal sino a la prueba tasada, que para el caso se trata de las presunciones de hecho».

Vistas así las cosas nos encontramos, entonces, con una consecuencia inesperada: *el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho penal desde el momento en que no puede haber sanción sin una prueba de los hechos mucho más rigurosa en el primero que en el segundo*, habida cuenta de la inadmisibilidad de la apreciación de los hechos «en conciencia». A lo que hay que añadir, además, lo que significa la posibilidad de una sencilla revisión de tales hechos, que puede realizar sin dificultad alguna el Tribunal Superior.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

1. Como manifestación diáfana en el Derecho positivo español de la aplicación abstracta del principio de proporcionalidad debe citarse el artículo 6 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas («BOE» núm. 286, de 29 de noviembre de 1985) según el cual *«las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con las conductas*

que las motiven», enunciado que se completa con las normas de individualización disciplinaria.

Las *Instrucciones* para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, *aprobadas por la Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo*, establecen en su apartado XIV, núm. 4, que «*la sanción ha de guardar proporción con la conducta del autor de la infracción*» y que «*la proporcionalidad exige que la sanción se gradúe en su extensión con arreglo a la mayor o menor culpabilidad del infractor*».

La *Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, recoge el principio de proporcionalidad en su artículo 5.º en idénticos términos en que lo concebía el artículo 6 de la LD, salvo la referencia que ésta hacía al militar no profesional como circunstancia determinante de un menor rigor en la graduación de las sanciones.

Y la *nueva Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre* («BOE» núm. 289), de *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*, mantiene en su artículo 6 una configuración del principio de proporcionalidad casi idéntica a la de igual artículo de la *Ley Orgánica 12/1985*. Sólo se cambia la expresión «*conductas*» que motiven las sanciones por «*hechos que las motiven*».

2. El *Código de Justicia Militar de 1945* concedió un amplio arbitrio para la imposición de los correctivos por *faltas graves*, que incluían el arresto de dos meses y un día a seis meses. Para su castigo, el artículo 415 disponía que se observarían por analogía las prescripciones establecidas en el artículo 192 para los delitos, teniéndose además en cuenta el estado de ejecución de las faltas y la participación que en éstas hayan tenido los infractores. La norma a la que se remitía reconocía un amplio arbitrio judicial pues permitía a los Tribunales Militares imponer la pena señalada en la extensión que considerasen justa, teniendo en cuenta, en todo caso, como criterios orientadores, unos de índole subjetiva, como el grado de perversidad del delincuente y sus antecedentes personales, y otros de carácter objetivo, como la trascendencia del hecho y el daño producido o podido producir con relación al servicio, además de un factor ocasional como es la referencia a si la infracción fue cometida en acto de servicio o fuera de él o con ocasión del mismo.

El *castigo de las faltas leves*, que incluía arresto hasta dos meses, alcanzaba la mayor discrecionalidad. El artículo 447 permitía que las faltas que no estuviesen castigadas expresamente serían corregidas según el prudente arbitrio de los Jefes respectivos, dentro, claro es, del límite de atribuciones fijadas en cada caso.

La doctrina militar española censuró el sistema de corrección de las faltas en el *Código de 1945* por la extensión de las sanciones, la amplia libertad para

el señalamiento, el excesivo arbitrio del mando y el criterio de dejar bien puesta la disciplina y la subordinación, que en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/1980 fue sustituido por el de la más estricta justicia (18).

3. La reforma de la justicia militar que emprendieron la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar, se ocuparon muy especialmente de los problemas de la individualización de la pena y de las sanciones disciplinarias militares. La Sentencia de la Sala de lo Militar, de 21 de enero de 1991 (Ponente Jiménez Villarejo) destacaba que el cambio legislativo operado era notorio y respondía a la necesidad de dar acogida al principio de proporcionalidad, exigencia a su vez del valor supremo de la justicia. A propósito de un militar sometido a expediente gubernativo por haber sido condenado por un delito de honestidad a pena que no excedía de seis años, la sentencia ponía de relieve el contraste entre la regulación del expediente gubernativo en el Código de Justicia Militar y en la Ley Disciplinaria, que permitía una cierta adecuación de la sanción disciplinaria extraordinaria a la índole y gravedad del hecho por el que recayó la Sentencia condenatoria y demás circunstancias concurrentes en el expedientado para optar por la sanción más grave o más leve.

4. Conforme al artículo 6 de la Ley Disciplinaria (en adelante LD), dos son los *módulos o criterios* —dice la Sentencia de 5 de junio de 1990 de la Sala 5.^a (Ponente Bermúdez de la Fuente)— *a que debe sujetarse el ejercicio de la potestad disciplinaria militar* que corresponde a las autoridades y mandos con competencia sancionadora para la imposición de las sanciones que correspondan a las infracciones disciplinarias:

- 1) El de *proporcionalidad* entre sanción y conducta infractora, y
- 2) El de *individualización* de dicha sanción, según las circunstancias concurrentes en el autor de la infracción y las trascendentes al interés del servicio.

Por *proporcionalidad de la sanción* se entiende la adecuada correspondencia entre los hechos que definen la conducta del presunto autor que pueden ser tipificados como infracción disciplinaria y las correcciones disciplinarias o sanciones establecidas para las faltas graves o leves (19).

Como las sanciones que pueden imponerse por las faltas leves y graves

(18) VALENCIANO ALMOYNA J., *Introducción al estudio de las faltas en el Derecho militar español*, Madrid, 1980, pág. 20.

(19) En análogos términos las Sentencias de 18 de septiembre de 1996 y 10 de enero de 1997 (Mayor Bordes).

son varias para cada categoría de faltas, la proporcionalidad juega, por lo tanto, como regla de elección de la más adecuada, entre las posibles sanciones a imponer, a la conducta contemplada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será precisamente la entidad y circunstancias de la infracción, genéricamente contemplada. Dicha elección no cabe calificarla como facultad meramente discrecional, sino antes bien acomodada o ajustada a la naturaleza y circunstancias de la infracción, y ello hay que argumentarlo, si se ha de respetar el criterio normativo de proporcionalidad, módulo de aplicación impuesto a la Administración, *revisable no solamente en vía contencioso-administrativa por la Jurisdicción Militar*, conforme al artículo 465 de la Ley Procesal Militar *sino también por la vía casacional de dicho orden jurisdiccional cuando es motivo de recurso la correcta aplicación del criterio normado*.

El criterio de *individualización de la sanción* no es más que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurren, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado.

Frente al carácter objetivo que ha de revestir el criterio de proporcionalidad, el de individualización es, por un lado, subjetivo y, por otro, trascendente o de valoración del interés militar afectado. La conjugación de ambos criterios habrá de producir la imposición de la sanción justa.

Las Sentencias de 26 de septiembre de 1996, 23 de octubre de 1997 y 29 de junio de 1998 (Ponente en todas ellas, Péro Esteban), ponen de relieve que aunque los conceptos de proporcionalidad e individualización se están refiriendo ambos al concreto ejercicio de la potestad sancionadora, el primero, esto es, la proporcionalidad, está más relacionado con la tarea legislativa en cuanto impone que las penas o sanciones que se conminen contra los delitos o ilícitos disciplinarios estén proporcionadas a la gravedad y naturaleza de los tipos descritos (20); lo mismo que el de individualización se refiere directamente al ejercicio sancionador, sea judicial o administrativo. No obstante, aquel principio de proporcionalidad, tomado en el sentido genérico en que se contempla en el precepto que comentamos, ha de imperar no sólo en el aludido momento creativo del Derecho que corresponde a los legisladores, sino también en el de su aplicación por los Jueces o autoridades con potestad sancionadora y en este aspecto es particularmente aplicable cuando en la ley se contemplan para un hecho sanciones diversas, porque la elección que entre

(20) El juicio de proporcionalidad de una sanción en relación con la gravedad de una infracción compete al legislador (Sentencia de 11 de abril de 1997; Jiménez Villarejo).

ellas haga la autoridad con potestad disciplinaria para sancionar la falta apreciada no puede ser arbitraria —lo que contrariaría las más elementales exigencias de un Estado de Derecho en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración— sino proporcionada a la naturaleza y gravedad de los hechos constitutivos de la falta apreciada.

5. La Sala 5.^a se ha preocupado también del *problema de si existe o no un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción*. Dice la Sentencia de 8 de febrero de 1993 (Sánchez del Río y Sierra) que el artículo 25.1 de la CE consagra el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad al disponer que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. Pero de tal disposición no cabe deducir, como ha expresado el TC (S 65/1986, de 22 de mayo), la existencia de un derecho fundamental a la proporcionalidad, aunque no pueda ignorarse —decía la Sala 5.^a— que el principio de proporcionalidad puede constitucionalmente considerarse inherente a la justicia, como valor superior del Ordenamiento Jurídico (art. 1 CE) y a la obligación de respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE). Tal base constitucional no es suficiente, sin embargo, para que su protección pueda ser sometida, al menos en principio, al plus que supone el recurso preferente y sumario que está limitado al estricto control de aquellos actos capaces de vulnerar los derechos comprendidos en los artículos 14 al 30 de la CE y no más. La Sentencia recuerda que la Sala 5.^a tiene declarado, en ese sentido, en Sentencia de 11 de octubre de 1990, que el problema dosimétrico de la pena pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y de ahí la imposibilidad de plantear en un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario el principio de proporcionalidad (21). Es cierto que el problema que se planteaba en la Sentencia que se reseña no era tanto el de mera medida de la pena en aplicación de una escala legalmente establecida como el de la facultad que se atribuye al Ministro de Defensa para optar entre tres diversas clases de sanción, dos de las cuales, a su vez, pueden ser sometidas a graduación dosimétrica sin que la Ley Disciplinaria establezca más reglas para ello que la simple referencia a unos límites. De ahí que el control jurisdiccional haya de ser más riguroso en relación con el principio de proporcionalidad. Pero tales consideraciones no son suficientes para entrar en el examen del problema planteado por los recurrentes de si la resolución por la que fueron separados del servicio es contraria al principio de proporcionali-

(21) En el mismo sentido la Sentencia de 19 de mayo de 1998 (Bermúdez de la Fuente): la infracción del principio de proporcionalidad afecta únicamente a la legalidad ordinaria.

dad, pues sólo sería posible su contemplación en este género de proceso preferente y sumario si, como consecuencia de una defectuosa utilización del principio de proporcionalidad, resultase directamente vulnerado alguno de los derechos fundamentales cuya protección puede llevarse a cabo por el camino procesal del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Sólo en tal supuesto cabría examinar la supuesta infracción de la proporcionalidad.

En esta misma línea, la Sentencia de la Sala 5.^a de 25 de octubre de 1993 (Bermúdez de la Fuente) decía que la infracción del principio de proporcionalidad (consagrado en el artículo 6.º de la LO 12/1985 y su equivalente artículo 5.º de la LO 11/1991) no puede ser alegada en el procedimiento preferente y sumario, pues se trataría de una infracción de legalidad ordinaria vedada al examen de aquél. Pero la Sala 5.^a quiso, inspirándose en la doctrina del TC, orientadora de la más reciente doctrina jurisprudencial de las Salas 2.^a y 3.^a del TS sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador, bien sea con base en el artículo 10.2 de la CE (S 62/1982, de 15 de octubre, del TC, y STS, Sala 2.^a, de 19 de noviembre de 1992), bien en el artículo 106.1 de igual norma superior (STS, Sala 3.^a, de 18 de abril de 1990, y otras posteriores en el mismo sentido), «reconocer igualmente el *valor constitucional de dicho principio* que nos permite *conjuguar la legalidad de una norma con los postulados de justicia material* que el caso pueda demandar, o lo que es igual, que *afirmar que una sanción es proporcionada es tanto como decir que es justa*, con lo cual estamos defendiendo el *valor superior de la Justicia*, y ello nos ha de permitir el examen del tema en casación, al amparo del artículo 5.º, 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y partiendo de esta posibilidad de estudio y valoración casacional de la alegación de falta de proporcionalidad, hemos de contrastar, necesariamente, la conducta observada por el recurrente que determinó su condena en procedimiento penal, con los fines perseguidos por la sanción impuesta, para valorar su proporcionalidad e ir a continuación al examen de la *individualización de dicha sanción, en atención a las circunstancias personales del sancionado y a la repercusión que los hechos tengan para el interés del servicio*, pues así lo exige el artículo 5.º de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, Disciplinaria de la Guardia Civil».

A la vista de los términos de la Sentencia, con razón decía Rojas Caro (22), mucho antes de que lo dijera la supracitada de 25 de octubre de 1993, que los principios de la justicia y de la disciplina han de inspirar el Derecho sancionador, sea penal o disciplinario; cuando en el orden jurídico

(22) ROJAS CARO, I., *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 75 a 78.

sancionador se habla de justicia, se está haciendo referencia a que la sanción que se imponga sea proporcionada, por un lado, a la entidad de la infracción cometida y, por otro, a la culpabilidad de su autor. Por eso —añade—, cuando la sanción no es proporcionada se dice que la sanción es injusta, de modo que en Derecho sancionador decir justicia es decir culpa y *proporcionalidad* (23). Y es que *el principio de proporcionalidad complementa las exigencias del principio de culpabilidad* que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena (24) o, lo que es lo mismo, entre la infracción disciplinaria y la sanción (25).

Conceptualmente, el principio de proporcionalidad difiere del principio de culpabilidad porque éste afecta al injusto del hecho. El principio de culpabilidad alude a la atribuibilidad del injusto al autor, mientras que el de proporcionalidad hace referencia a la relación entre la gravedad del injusto y de la pena, de la infracción y de la sanción disciplinaria.

VI. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN: DOSIMETRÍA SANCIONADORA

1. Ya se ha dicho que el *juicio sobre proporcionalidad* de la sanción prevista por la ley con carácter general, con relación a un ilícito cuya comisión se constituye en presupuesto de la misma, es de competencia del legislador [STC 65/1986, de 22 de mayo (RA 858/1983)], pero como todo juicio no reglado matemáticamente es un *juicio de razonabilidad* [STC 108/1984, de 26 de noviembre (RA 459/1983)], ello exige que en las leyes se contengan unos *criterios de dosimetría punitiva* «que respondan perfectamente a las exigencias de justicia» referenciando, no sólo los límites mínimo y máximo de la sanción correspondiente, sino también, definiendo los *factores cualitativos sobre los que fundar su graduación* (cfr. STS Sala 4.^a, de 2 de noviembre de 1981).

(23) En la misma línea, decía Millán Garrido, que el principio de proporcionalidad es exigencia del valor supremo de la justicia. (MILLÁN GARRIDO, A., *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Madrid, 1992. Ed. Trotta, pág. 53).

(24) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, pág. 111.

(25) No se desconoce que en ciertos casos —como el de falta grave disciplinaria de haber sido condenado por falta penal, que contempló la Sentencia de la Sala 5.^a de 25 de octubre de 1993— la sanción impuesta en el ámbito disciplinario puede ser más grave que la pena impuesta en un proceso penal cuando el orden jurídico dañado por la infracción disciplinaria exige una mayor severidad de la sanción para restablecerlo que el estimado por la jurisdicción penal para restaurar el orden público lesionado.

A la hora de plasmar normativamente esos criterios de ponderación, el legislador puede seguir dos vías, no necesariamente alternativas: la una consistiría en conectar, al hilo de cada disposición administrativa especial que se dicta sobre una determinada materia, los *criterios privativos* que para la misma se estimen adecuados; la otra supondría elaborar una ley general sobre contravenciones y sanciones administrativas en cuyo texto se reflejaran *criterios generales* aplicables a todo tipo de infracciones. Este segundo camino conlleva la importante ventaja de que, ante la ausencia, defectuosidad o inadecuación de parámetros de graduación en una cualquiera disposición especial, serían subsidiariamente aplicables los contenidos en la ley general (26).

En el Derecho disciplinario militar español se ha seguido la primera de las dos opciones enumeradas. En el artículo 6 de la Ley Disciplinaria, después de recoger el principio de proporcionalidad, establece los criterios a tener en cuenta para determinar la extensión de la sanción disciplinaria: se atenderá «a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio». Quiere la ley también en el penúltimo inciso del precepto analizado que se tenga en cuenta especialmente la condición de militar de reemplazo para graduar las sanciones con menor rigor. Finalmente, se dedica un párrafo a reclamar una consideración especial para los alumnos de los centros docentes militares de formación cuando se le aplique los preceptos de la Ley Disciplinaria.

Las *Instrucciones* para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, al referirse a la individualización de la sanción, dicen que «la sanción habrá de individualizarse teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el autor y las que afecten o puedan afectar al servicio».

2. Para la Sala 5.^a la individualización de la sanción no es, como ya vimos, más que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado (S de 5 de junio de 1990) (27). Y la Sentencia de 21 de enero de 1991 (Jiménez Villarejo) considera como factor de individualización la conducta habitual del infractor si se quiere medir razonablemente su responsabilidad disciplinaria y no esterilizar, mediante la elección automática de la sanción más

(26) GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos...*, opus cit., pág. 97

(27) Decía la Sentencia de 15 de octubre de 1996 (Mayor Bordes) que la proporcionalidad debe ser basada y establecida, ante todo, entre la clase y naturaleza de la sanción y la gravedad de la conducta, realizándose a continuación la *operación individualizadora* orientada por las circunstancias que singularizan el caso —afirmación, esta última, que tiene su propio y casi exclusivo campo de desarrollo en las sanciones susceptibles de ser aplicadas con extensión variable.

severa, la posibilidad abierta por la ley de reaccionar de modo diverso ante situaciones, asimismo, diversas.

Es en el momento de la individualización cuando corresponde la determinación de la extensión de la sanción, determinación que normalmente, como se decía en la Sentencia de la Sala 5.^a de 16 de septiembre de 1991, tiene su campo de desarrollo en las sanciones susceptibles de ser aplicadas en extensión variable, como son los arrestos en las faltas leves y graves o la suspensión de empleo y la pérdida de puestos en el escalafón en las sanciones disciplinarias extraordinarias pues la suspensión de empleo se puede extender de un mes a un año y la pérdida de puestos en el escalafón se determinará en la resolución con arreglo a los límites que se señalan en la ley (SS de 26 de septiembre de 1996 y 23 de octubre de 1997, Pérez Esteban).

3. Es clásica en la doctrina penal la relación entre el tema de la individualización y los fines de la pena, problema que no es ajeno al Derecho militar en sus vertientes penal y disciplinaria.

De la afirmación de Rodríguez Devesa de que las penas militares privativas de libertad tienen los mismos fines de prevención general y especial que las penas comunes, deduce Rodríguez-Villasante (28) que es posible afirmar la identidad de fines entre las penas y las sanciones disciplinarias militares (29).

La *prevención general o ejemplaridad como fin de la sanción disciplinaria* se reconoce en la Sentencia de la Sala 5.^a de 18 de mayo de 1992 (Mayor Bordes). La Sala considera proporcionada la sanción de separación del servicio impuesta al expedientado en el caso de autos «en atención a los actos desmerecedores cometidos..., a su transcendencia social, con la secuela de desprestigio personal e institucional y deterioro de la imagen irreprochable que han de proyectar *ad extra* quienes tienen el monopolio de la fuerza al servicio de los altos fines que se expresan en los artículos 8.1 y 104.1 de la CE, ítem más la *función de ejemplaridad* que debe buscarse con la imposición de la sanción». Las Sentencias de 30 de abril de 1990 (Bermúdez de la

(28) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. C., «Proporcionalidad e individualización de las sanciones disciplinarias», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, tomo I, Ministerio del Interior, 2.^a ed., 1996, pág. 82.

(29) Con todo, tiene declarado la Sala 5.^a (S de 22 de noviembre de 1993; Gimeno Amiguet) que la pena y sanción disciplinaria no se encuentran en una relación jerárquica de mayor a menor gravedad, sino que tutelan y persiguen objetivos diversos, por lo que es perfectamente posible que la represión encauzada por la vía administrativa suponga un mayor contenido aflictivo que la impuesta en la vía penal. Ya la Sentencia de 25 de octubre de 1993 (Bermúdez de la Fuente) había dicho que la finalidad perseguida con la imposición de penas y sanciones disciplinarias era dispar y que el bien jurídico protegido era diferente.

Fuente) y 1 de octubre de 1996 (Aparicio Gallego) han insistido en la función de *ejemplaridad* que debe buscarse con la imposición de la sanción.

Esta preocupación del ordenamiento disciplinario por la ejemplaridad y el mantenimiento de la disciplina como fin de prevención general de la sanción es compatible con el fin de *prevención especial*, que se trata de lograr en el artículo que comentamos mediante la individualización de la sanción atendiendo a las circunstancias que concurran en los autores. Mientras la valoración del interés militar afectado supone una evidente concesión al principio de la disciplina, la individualización de la sanción atendiendo a la conducta del autor y a las circunstancias que en ellos concurran supone una evidente concesión al principio de justicia (30).

No hay antinomia entre los criterios de prevención general y prevención especial como criterios de individualización de la sanción. La sinergia de uno y otro principio ha de servir para evitar la excesiva discrecionalidad de los juzgadores. Como dice Rodríguez-Villasante (31) la ejemplaridad, intimidación y prevención general aparecen con mayor fuerza en las medidas cautelares (arresto preventivo para mantener la disciplina, ejecutividad de las sanciones disciplinarias) que a la hora de individualizar la sanción, donde predominan razones de justicia y de examen de las circunstancias personales del culpable.

4. Las Instrucciones para la aplicación del Régimen Disciplinario enumeran, como *criterios subjetivos de individualización* que sirven para prefigurar las circunstancias personales que concurran en los autores, «la personalidad del culpable, su graduación, función militar y naturaleza de los móviles que le impulsaron» (32)

(30) ROJAS CARO, *opus cit.*, pág. 79

(31) RODRÍGUEZ-VILLASANTE, *opus cit.*, pág. 84

(32) En *Francia*, el Reglamento de Disciplina de los Ejércitos, aprobado por Decreto de 28 de julio de 1975, dispone que los castigos disciplinarios militares no deben tomar en consideración únicamente los hechos realizados, hay que tener en cuenta también las circunstancias y personalidad del implicado en la infracción disciplinaria (art. 34).

En *Italia*, el Reglamento de Disciplina, aprobado por Decreto del Presidente de la República de 18 de julio de 1986, determina como criterios fundamentales en los que deberá fundamentarse la decisión discrecional de la autoridad sancionadora el tipo o naturaleza de la falta cometida (faltas, omisiones, transgresiones o inobservancia de órdenes) y la gravedad de la misma (art. 60). Pero, además, deben ser considerados los antecedentes disciplinarios del culpable, la graduación y la antigüedad en el servicio del militar que ha cometido la falta. Son castigadas con mayor rigor las infracciones intencionales, las cometidas en presencia de otros militares y la reincidencia en el ilícito disciplinario, teniendo en cuenta sólo la reincidencia específica, o sea, infracción con caracteres fundamentalmente comunes.

Cuando deba adoptarse una medida disciplinaria en relación con varias infracciones cometidas por un militar, aun en diversos períodos (concurso de faltas disciplinarias), se impondrá una

Para valorar la *personalidad del culpable*, y siguiendo a Calderón Susín (33), habría que evaluar una serie de datos —a obtener del expediente disciplinario instruido— indiciarios de la personalidad, a saber: 1.º Los antecedentes del culpable, deducibles de sus informes personales (34), recompensas, correctivos, antecedentes penales (35), informes psicotécnicos y demás vicisitudes reflejadas en su historial. 2.º La propia infracción disciplinaria, pues su descripción puede ser reveladora de la personalidad del culpable. 3.º La conducta del infractor posterior a la infracción: La inmediata siguiente a la comisión del ilícito disciplinario en la línea de la atenuante de arrepentimiento espontáneo y el comportamiento durante la tramitación del expediente disciplinario.

La *graduación* o categoría militar comporta una mayor exigibilidad de adecuar la conducta al régimen disciplinario conforme se ostenta un empleo más elevado. Hay más exigencia cuanto mayor es la responsabilidad; por eso se incrementa el reproche para quien, teniendo un empleo más elevado, cometa una infracción disciplinaria.

La *función* hace referencia al ejercicio propio del destino militar, en virtud del cual se desarrolla una actividad perteneciente o relativa a la milicia, por lo que cabe que el criterio pueda aplicarse a personas no militares. Y no sólo ha de tenerse en cuenta la función habitual o permanente, sino las concretas u ocasionales cometidos.

El fundamento del criterio de individualización en cuestión descansa en una mayor exigencia de responsabilidad a medida que la misión encomen-

sanción única referida a la falta más grave y al comportamiento contrario a la disciplina, manifestado en conjunto por la conducta del militar mismo.

En *Suiza*, el Código Penal Militar establece que la extensión de la sanción disciplinaria militar se fijará según la culpabilidad del infractor. Se han de tener en cuenta sus móviles, antecedentes, situación personal y conducta en el servicio militar [art. 181.a), introducido en el Código Penal Militar por Ley Federal de 23 de marzo de 1979].

En *Argentina*, el Código de Justicia Militar de 1951 aplica la sanción considerando la personalidad del agente, apreciándola en función de sus antecedentes personales, su conducta anterior a la infracción y sus antecedentes militares, los motivos que le impulsaron a delinquir y sus condiciones de vida individual, familiar y social.

La referencia al Derecho comparado ha sido tomada de RODRIGUEZ-VILLASANTE, *opus cit.*, págs. 75 a 77.

(33) CALDERÓN SUSÍN, E., «Aplicación de las penas», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Bleuca Fraga y Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, págs. 526 a 533.

(34) La Sentencia de la Sala 5.ª de 19 de mayo de 1998 atiende a la condición del infractor e informes que constan en su expediente personal para la individualización de la sanción.

(35) Por ejemplo, en Sentencia de 29 de junio de 1998 (Pérez Esteban).

dada va adquiriendo mayor importancia. Conforme se aumenta la graduación y la importancia de la función desempeñada, mayor exigencia de que se sea disciplinado.

En las faltas que ya incorporan la función como elemento típico o característico de la infracción, va embebido en ella y no puede servirnos al propio tiempo para determinar la mayor o menor gravedad de la sanción.

La Sentencia de la Sala 5.^a de 22 diciembre de 1989 (Fernández Flores), aunque con referencia a la función militar como uno de los criterios incluidos en el artículo 35 del Código Penal Militar en que ha de fundamentarse la individualización de la pena, distinguía entre una «función militar de carácter ordinario, habitual o nominal, por así decir, y otra de tipo extraordinario, excepcional o especial. En otros términos, hay que distinguir entre una función militar sin especial relevancia, en la que el militar puede ser formalmente sustituido por otro, y una función militar especialmente relevante y reconocida como tal, en la que se toman en consideración las peculiares características de la persona, que la hacen de imposible o difícil sustitución». Si esta distinción no se hiciese, tal criterio de individualización estará vacío de contenido.

Una función militar que se pueda calificar de extraordinaria o excepcional, por la responsabilidad particular que conlleva, es una circunstancia que debe ser destacada a los efectos de individualización de la sanción.

A continuación del grado y función militar se refieren las Instrucciones aprobadas por la Orden ministerial 43/1986, de 27 de mayo, a la naturaleza de los *móviles* que impulsaron al culpable como criterio a tener en cuenta para concretar la sanción. Por móvil entiende Calderón Susín lo que mueve normalmente al delincuente a cometer el delito, a modo de necesidad, basada en las deficiencias sentidas, al por qué de la acción criminal.

Por un lado, la naturaleza de los móviles supone mayor o menor gravedad del hecho y, de otro, según sean reprobables o elevados, es indicio de la mayor o menor necesidad de prevención especial del sujeto infractor.

Entre los móviles que merecen ser calificados de positivos y pueden propiciar una atenuación, podrían considerarse los de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, a que se refería el artículo 186 del Código de Justicia Militar de 1945, aunque esta atenuante haya sido radiada del Código Penal Militar y no se encuentre otra de análoga significación en el Código Penal común.

Para encontrar los móviles que pueden ser calificados de negativos o reprochables, puede servir de referencia, a la vista del artículo 22 del Código Penal Militar, la circunstancia agravante del número 4 del artículo 22 del Código Penal común; en general, los motivos abyectos o fútiles pueden ser los buenos referentes para modular la sanción con mayor rigor.

5. Las Instrucciones para la aplicación del Régimen Disciplinario tienen en cuenta como circunstancias objetivas de individualización de la sanción «la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio y el lugar de su comisión».

Es un criterio de individualización copiado del artículo 35 del Código Penal Militar. En realidad, la gravedad y trascendencia del hecho son dos criterios de distinta significación, que se enlazan por referirse ambos al «hecho en sí y en su relación con el servicio y el lugar de su comisión».

La gravedad del hecho hace una clara referencia a la antijuridicidad y presupone que el hecho está en sí desaprobado por la Institución Militar. La gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta integrante del ilícito disciplinario tanto en el acto como en su resultado.

Por trascendencia del hecho debe entenderse la repercusión social de la conducta en la concreta esfera castrense y, en algunos casos, en la sociedad en general. Sólo se deberá tener en cuenta, lógicamente, cuando suponga un «plus» o un «minus» respecto de la trascendencia que pudiéramos llamar normal.

Para Álvarez Roldán y Fortún Esquifino (36) el «servicio» ha de ser el concretamente afectado por la presunta infracción y no el bien del servicio en abstracto ya que este perjuicio ha de valorarse en la «proporcionalidad de la conducta». Por lo demás, dicen los autores citados que resulta obvio que al corregir una infracción disciplinaria se gradúa en conciencia la sanción atendiendo, más que al aspecto formal de la norma reglamentaria infringida, al perjuicio que al servicio se haya ocasionado con la falta disciplinaria.

Nótese que el precepto del artículo de la ley que glosamos se refiere a las circunstancias *que afecten o que puedan afectar* al interés del servicio. De forma que, como dice Rodríguez-Villasante (37), se valora tanto el resultado como la acción, es decir, todas las circunstancias que puedan poner en peligro el servicio mismo.

Se agrava, pues, tanto la acción como el resultado. Las circunstancias concurrentes que afecten o puedan afectar al interés del servicio no han de ser valoradas siempre de forma negativa para aumentar la sanción. La dicción legal no autoriza a tal interpretación, pues las circunstancias concurrentes pueden también afectar positivamente al interés del servicio, aunque los hechos integren una infracción disciplinaria; por ejemplo, un exceso de atribuciones en el ejercicio del mando, que no integre un abuso de autoridad,

(36) ÁLVAREZ ROLDÁN, L., y FORTÚN ESQUIFINO, R., *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 69

(37) *Opus cit.*, pág. 88

puede pretender conseguir, de modo evidentemente incorrecto, una mejor prestación del servicio; en este caso, el pretendido favorecimiento del servicio podría suponer una consideración positiva para el infractor.

Finalmente, en cuanto a la referencia al *lugar de comisión de la infracción* como criterio de individualización, se está pensando en las infracciones cometidas a bordo de buques o aeronaves cuando se encuentren en el mar o en el aire, así como en otros medios de transporte, en cuanto las infracciones puedan afectar a su seguridad o eficacia en sus aspectos militares. También se ha debido pensar, al establecer tal criterio de individualización, en las infracciones cometidas en unidades aisladas o misiones delicadas por las mismas razones. Por eso habrá que tener en cuenta que si el lugar forma parte del tipo disciplinario, no deberá entonces ser tomado en consideración.

6. Se ha planteado la aplicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como criterio de individualización de las sanciones militares (38).

En el Derecho administrativo sancionador la circunstancia de que en la normativa disciplinaria no figuren circunstancias atenuantes no ha sido óbice para su aplicación. El TS en Sentencia de 9 de junio de 1986 (Ar. 6.612) decía que las circunstancias que atenúen la responsabilidad han de tenerse en cuenta en el Derecho sancionador mientras la normativa tipificante no lo prohíba expresamente. Y ello a virtud del principio *pro reo*. Y del carácter excepcional que la potestad sancionadora tiene. Y además no pueden ser consideradas *numerus clausus*. En su virtud, la jurisprudencia de la Sala 3.^a ha utilizado criterios como la cuantía de los daños producidos, el grado de participación, las circunstancias profesionales, etc., que, no obstante, pueden verse reducidas en su aplicación por conductas continuadas. Así la Sentencia del TS de 5 de diciembre de 1984 (39).

En el Derecho disciplinario militar, Álvarez Roldán y Fortún Esquifino (40) entienden aplicables para la individualización de las sanciones, las «*imperadas, en cuanto a los delitos, por el Código Penal Militar y, por su carácter subsidiario, en el Código Penal común*» (41).

(38) Sobre las circunstancias modificativas como elementos que gradúan proporcionalmente la intensidad de la infracción en el Derecho administrativo sancionador, vide CARRETERO PÉREZ, A., y CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1992, págs. 145 y ss.

(39) Vide CASTILLO BLANCO, F., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Ed. Civitas, 1992, págs. 323 a 325

(40) *Opus art.*, pág. 68

(41) En Portugal, el Reglamento de Disciplina Militar, aprobado por Decreto Ley de 9 de abril de 1997, dedica el artículo 71 a enumerar las circunstancias agravantes de la responsabilidad disciplinaria y el artículo 72 a las que considera atenuantes.

7. El artículo 6, *in fine*, de la Ley Orgánica 12/1985 estableció la novedad, como criterio para graduar las sanciones con menor rigor, de tener en cuenta la condición de militar no profesional. Y las Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de 1986 advertían de la necesidad de tener en cuenta especialmente la condición de militar no profesional del culpable en orden a graduar la sanción con menor rigor (42).

La nueva Ley de Régimen Disciplinario mantiene el criterio de tener en cuenta especialmente la *condición de militar de reemplazo* para graduar las sanciones con menor rigor. La única modificación, nada trascendente, es la sustitución de la expresión «*militar no profesional*» por la de «*militar de reemplazo*».

En términos generales, lo que el precepto quiere decir es que al militar de reemplazo que incurre en una infracción disciplinaria se le ha de tratar con más benevolencia (43). El énfasis gramatical que supone la utilización del adverbio «especialmente» indica la especial preocupación del Legislativo por un tratamiento menos riguroso de los militares de reemplazo a la hora de imponérseles sanciones en vía disciplinaria dada su deficiente asunción de los deberes que les imponen las normas militares para cumplir sus cometidos.

8. En el párrafo segundo del artículo objeto de análisis se le da un especial carácter, en lo que respecta a la aplicación del régimen disciplinario, a los alumnos de los centros docentes militares de formación mientras el desa-

Son circunstancias agravantes de la responsabilidad disciplinaria: tiempo de guerra, país extranjero, ocasión de rebelión, insubordinación o servicio de mantenimiento del orden público, acto de servicio, razón de servicio o en presencia de otros militares, especialmente si fueren inferiores jerárquicos del infractor, faltas colectivas, durante el cumplimiento de pena disciplinaria, que afectaren al prestigio de las instituciones armadas, honor, valor o decoro militar, causaren perjuicio al orden o al servicio, fueren reiteradas o cuando mayor fuere el puesto o la antigüedad del infractor.

Son consideradas atenuantes de la responsabilidad disciplinaria (art. 72) las siguientes: la realización de hechos heroicos, la prestación de servicios relevantes, la provocación cuando consista en agresión física u ofensa grave a la honra del infractor, cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos o afines en los mismos grados, y hubiere sido cometida la infracción a continuación de la provocación, la confesión espontánea cuando contribuya para descubrir la verdad, el comportamiento militar ejemplar, el buen comportamiento militar y la presentación voluntaria.

(42) El Código Penal Militar se refería también, en su artículo 35, como circunstancia a tener en cuenta especialmente para la imposición de la pena en menor extensión, a la condición de no profesional del culpable.

(43) En cambio, «*en ningún supuesto establece la ley que a los militares profesionales deba tratárseles con mayor rigor por el mero hecho de serlo*» (S Sala 5.^a de 15 de octubre de 1996; Mayor Bordes).

rollo de sus actividades tenga lugar en tales centros y en las unidades, centros u organismos a donde acudan para completar su formación. El nombramiento de alumnos confiere condición de militar, sometiéndole al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares (art. 55 de la Ley 17/1989, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional). Pero su condición de alumno será tenida especialmente en consideración a la hora de aplicarles los preceptos de la Ley Disciplinaria.

No es fácil la comprensión del párrafo segundo del artículo 6 de la Ley Disciplinaria. Parece claro que no se le ha querido dar al alumno un trato de benevolencia como al militar de reemplazo. Se significa simplemente que la condición de alumno de centros docentes militares comporta un régimen particular o singular en la aplicación de la Ley Disciplinaria. Esa consideración privilegiada de la condición de alumno viene reforzada por el énfasis gramatical que supone la utilización del adverbio «*especialmente*» y por la separación sistemática de los otros criterios de individualización alojados en el párrafo anterior.

A la hora de concretar esa toma de consideración especial que la Ley quiere que se tenga con los alumnos de los centros docentes militares al tiempo de aplicarles el régimen disciplinario, puede sernos de gran utilidad, para dotar de virtualidad a ese criterio de singularidad, la Orden ministerial 43/1993, de 21 de abril («*Boletín Oficial de Defensa*» núm. 83), sobre Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación, en cuyo capítulo V se consignan los «Criterios para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas a los alumnos de los centros docentes militares de formación». Y en su artículo 24, regla a), establece que se tomará en cuenta y, en su caso, se adecuará el texto de las normas de la Ley Disciplinaria a la condición de alumnos y al desarrollo de sus actividades en centros docentes militares y en otras unidades, centros y organismos donde se encuentren completando su formación. Por ahí es por donde se puede entender cabalmente el significado de esta norma del artículo 6, párrafo 2.º, de la Ley Disciplinaria, que viene a elevar al rango de Ley Orgánica el Régimen Disciplinario privilegiado que la Orden ministerial supracitada aplicó a los alumnos de los centros docentes militares.

Para la operatividad de la norma analizada, la aplicación de los preceptos de la Ley Disciplinaria a los alumnos de los centros docentes militares de formación debe realizarse de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Todas las sanciones de arresto se cumplirán en el propio centro docente y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas (art. 10.3). El cumplimiento de las sanciones, aun las de arresto por falta grave, en el

propio centro docente, sin dejar las actividades académicas supone, sin ninguna duda, una dulcificación del régimen disciplinario para los alumnos de los centros docentes militares de formación.

b) Cuando la sanción impuesta como resultado de expediente disciplinario que se incoe por falta grave (44) sea la de baja en el centro docente militar de formación, ello supondrá la pérdida de la condición de alumno del centro y la del empleo militar que hubiera alcanzado con carácter eventual, sin perjuicio de la condición de militar que tuviera antes de ser nombrado alumno (art. 16) (45).

c) Tienen potestad para imponer sanciones a los alumnos de los centros docentes militares de formación las autoridades a que se refieren los números 1, 2 y 3 del artículo 27 de la Ley Disciplinaria. En los números 4, 5, 6 y 7 del mismo artículo se entenderán incluidos, respectivamente, con sus correlativas competencias sancionadoras, los Directores de Enseñanza de los Ejércitos y el titular del órgano responsable en materia de enseñanza militar en relación con los alumnos de los Cuerpos Comunes; los Directores de los centros de formación y Jefes de Unidad, centro u organismo en que los alumnos estén completando su formación; los Jefes de Estudios de dichos centros y los Jefes de Unidades de encuadramiento de entidad Batallón y Compañía (art. 43). El principio de reserva legal en materia de atribución de potestad disciplinaria obligaba a incorporar a la Ley Disciplinaria, con ligeros retoques de estilo, el texto del artículo 24.b), primero y segundo párrafos, de la Orden ministerial 43/1993.

d) La potestad de imponer la sanción de baja en el centro docente militar corresponde al Subsecretario (art. 29, párr. 2.º). Para esta imposición será preceptivo el informe no vinculante del Director del centro correspondiente (art. 61.1). La resolución del expediente disciplinario que acuerde la baja por imposición de sanción disciplinaria por falta grave podrá ser objeto de recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Central (art. 59.2 de la Ley 17/1989. En análogos términos el art. 84.2 del Proyecto de Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de agosto de 1998 y remitido al Congreso de Diputados para su tramitación parlamentaria).

e) El escalonamiento jerárquico a que se refiere el artículo 76 de la Ley Disciplinaria para la resolución de los recursos interpuestos contra las sanciones

(44) Alguna de las faltas tiene a los alumnos de los centros docentes militares como destinatarios inmediatos, como la grave del número 28 del artículo 8: la ausencia injustificada de los alumnos del centro, sin autorización, por plazo de cinco a quince días, computados de momento a momento, siendo el inicial aquél en que el alumno deba estar presente en el centro. Si es por plazo inferior a cinco días, falta leve (art. 7.11)

(45) El Proyecto de Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al regular los motivos de baja de un alumno, dice que, al causar baja, los alumnos perderán la condición de militar y el empleo militar que hubieran podido alcanzar con carácter eventual y se resolverá el compromiso inicial de quien lo hubiere firmado, sin perjuicio de la condición de militar que tuvieran antes de ser nombrados alumnos.

impuestas a los alumnos de los centros de formación será el señalado en el artículo 43.

f) Las anotaciones por falta leve de los alumnos de los centros de formación se cancelarán, en todo caso, cuando se incorporen a su Escala (art. 72.4).

g) Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el Régimen Disciplinario Militar y se sancionarán de acuerdo con sus normas específicas. El artículo 57.2 de la Ley 17/1989, al regular el régimen interior de los centros docentes militares de formación, dispone que los reglamentos disciplinarios específicos de estos centros deberán adecuarse a lo regulado en la Ley Disciplinaria (se refiere a la Ley 12/1985 ahora derogada), teniendo en cuenta que las sanciones se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas (lo mismo que dice el art. 10.3 de la nueva Ley Disciplinaria). En ningún caso las sanciones por infracciones de carácter académico podrán suponer para el alumno privación o restricción de libertad (46).

(46) En el Proyecto de Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en el artículo dedicado a la regulación del régimen interior de los centros docentes militares de formación (art. 81), que tiene entre sus objetivos el de integrar las relaciones de disciplina militar con las propias del proceso de formación entre profesor y alumno, se abandona la idea de los reglamentos disciplinarios específicos de los centros docentes militares de formación, se reitera el principio de que las infracciones de los deberes académicos de los alumnos no están incluidas en el régimen disciplinario militar y se dispone que deben ser sancionados, exclusivamente, con amonestaciones verbales o escritas, de acuerdo con lo que se determine en las normas generales que regulen el régimen interior de los centros docentes militares de formación que apruebe el Ministerio de Defensa.

LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE EXTRADICIÓN

ELEUTERIO GONZÁLEZ CAMPO

Fiscal

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRADICIONAL.—2. LA GARANTÍA POSITIVA DE RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DE LA DECISIÓN FAVORABLE A LA ENTREGA.—3. LA GARANTÍA POSITIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO CRITERIO VINCULANTE DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA EXTRADICIÓN.—4. CRITERIOS SENTADOS EN CASOS CONCRETOS: 4.1. *Prohibición de tratos crueles*. 4.2. *Derecho de presencia en el juicio*. 4.3. *Privaciones de libertad instrumentales a los procedimientos de extradición*: 4.3.1. La extradición encubierta como forma de detención arbitraria. 4.3.2. El derecho a que una autoridad judicial se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención. 4.3.3. El problema del plazo razonable.

1. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRADICIONAL

La extradición se configura en el momento presente como uno de los medios más caracterizados para alcanzar la deseable cooperación jurídica internacional en la lucha contra la delincuencia.

Los fenómenos de la delincuencia organizada y de las redes transnacionales de criminalidad, así como las facilidades en las comunicaciones, han incrementado sensiblemente las posibilidades de eludir la acción de la justicia en el ámbito interno de los Estados.

La asistencia judicial recíproca y la cooperación son necesarias para alcanzar un nivel óptimo de seguridad y preeminencia del derecho en espacios geográficos y políticos cada vez más interconectados.

La noción moderna de extradición nace a finales del siglo XVIII y se configura como conquista incipiente de los Estados liberales que tienden puentes de cooperación y ayuda mutua judicial en la lucha contra la criminalidad por razones de eficacia.

Con anterioridad, la entrega recíproca de criminales entre soberanos había atendido a la conveniencia compartida de asegurar la captura y el retorno a su país de origen de quienes habían intentado alzarse contra la autoridad absoluta de los monarcas y en modo alguno respondía a necesidades jurídicas o de sujeción a la norma, sino a la preservación de una forma de Estado que veía peligrar su estabilidad ante la creciente contestación de los movimientos revolucionarios liberales.

La implantación de los Estados liberales en Europa representa por ello una lógica inversión de los valores asociados con las medidas de cooperación entre Estados en la lucha contra la criminalidad, pues los Estados van a admi-

tir la entrega del delincuente común, pero no de los perseguidos políticos, a quienes se protege frente a la persecución promovida para acallar su defensa de las libertades individuales.

La transición hacia el Estado liberal representa una transformación de la idea de entrega y cooperación entre los Estados que conduce desde el acto de soberanía libre e incondicionado al acto sujeto a Derecho y orientado a la cooperación entre jurisdicciones en la lucha contra la criminalidad común.

No obstante, la definición moderna de extradición mantiene un carácter híbrido en la configuración de la institución como acto en parte atinente a la soberanía del Estado y enmarcado en el ámbito de las relaciones internacionales y acto sujeto a procedimiento y control jurisdiccional.

Resulta esclarecedor lo que la vigente Ley de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985 (Ley 4/1985) —en adelante la designaremos LEP— dice al respecto en su Preámbulo: *«la extradición como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal»*.

La evolución última de la institución apunta incluso a una progresiva desaparición de formalidades y en casos extremos a una supresión del procedimiento mismo de extradición a favor de una cooperación inmediata y directa de los Estados en la lucha contra la delincuencia, si bien de momento esta posibilidad de acción inmediata se condiciona a la propia voluntad del reclamado (1).

Quizá la forma más acabada de esta tendencia al desmantelamiento de mecanismos formales de entrega recíproca la represente en el ámbito europeo la relación entablada entre el Reino Unido y la República de Irlanda mediante la británica *«Ley de garantía a los mandamientos de la República de Irlanda (Backing of warrants)»* de 1965 y la Parte III de la *«Ley de Extradición Pasiva»* de la República de Irlanda.

En ambos países se ejecutan las órdenes de prisión procedentes de las autoridades judiciales del otro Estado y se procede a la entrega del delin-

(1) El artículo 66 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen admite en los casos en que la extradición no se halle prohibida por el Derecho de la Parte requerida, que se autorice la entrega sin procedimiento formal de extradición, siempre que la persona reclamada consienta en ello en acta redactada ante un miembro del poder judicial y una vez que éste le haya informado de su derecho a un procedimiento formal de extradición.

El artículo 12.2 LEP también reconoce la posibilidad de que el Juez autorice la extradición si en la primera comparecencia el reclamado consiente en la entrega y no existen obstáculos legales que a ello se opongan.

cuenta huido mediante un sistema ágil de refrendo y autorización judicial de la entrega.

En el campo de la doctrina española es clásica la definición de extradición que acuña Quintano Ripollés: «*Entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional*» (2).

De este concepto destaca la garantía de legalidad extradicional, que exige inequívocamente la cobertura de Ley interna o Tratado para la legitimidad de la entrega, y la finalidad de auxilio jurisdiccional, que encamina el procedimiento extradicional al logro del buen fin del proceso penal seguido en el Estado reclamante.

El procedimiento de extradición se configura como instrumental y conceptualmente inescindible del proceso penal, en curso o acabado, que se sigue en el país reclamante y que constituye la justificación de la demanda de entrega.

Mediante la entrega del fugitivo se facilita a la jurisdicción de otro país su enjuiciamiento por los hechos criminales que haya perpetrado dentro del ámbito de la misma —extradición procesal—, o, en su caso, la ejecución de la pena o de la medida de seguridad que le haya sido impuesta en virtud de Sentencia firme —extradición ejecutiva—.

El procedimiento supone la ordenación de un conjunto de actuaciones legalmente predeterminadas cuyo objeto se centra en determinar si concurren los requisitos necesarios para la entrega del reclamado.

Las normas que regulan la extradición tienen naturaleza procesal o adjetiva y desde el punto de vista constitucional la garantía de legalidad centrada en la necesidad de que la extradición se justifique en Ley o Tratado —art. 13.3 de la Constitución Española— se conecta de manera inmediata con el derecho al proceso justo y no con el principio de legalidad penal, pues en el procedimiento de extradición no se dirimen pretensiones penales o sancionatorias —*vide* STC 141/1998, de 29 de junio— sino el cumplimiento de los requisitos que hacen jurídicamente exigible la colaboración con la justicia de otro Estado (3).

(2) «*Tratado de Derecho penal nacional e internacional penal II*», Madrid, 1957.

(3) Ello no obsta para que en la práctica forense el principio de legalidad penal goce de un gran predicamento tanto en el debate procesal seguido ante la Audiencia Nacional como en las demandas de amparo constitucional. El principio de doble incriminación exige que los hechos sobre los que se sustente la solicitud de entrega sean constitutivos de delito también en el país requerido, lo que entra en conexión directa con el principio de legalidad penal configurado en el artículo 25.1 CE y exige de la autoridad judicial del país

En el procedimiento extradicional no cabe juicio sobre el fundamento de la imputación porque la normativa interna española se adscribe a la esfera del llamado sistema continental en el que, contrariando el principio que impera en el sistema anglosajón, no se exige del Estado requirente el suministro de pruebas de la comisión del delito como condición para la entrega del delincuente huido, sino la remisión de una documentación mínima —art. 7 LEP—.

En lo que se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de diciembre de 1950 —en adelante CEDH— la extradición se contempla únicamente como título justificativo de ciertas privaciones de libertad, en el artículo 5.1.f, de modo que el Convenio viene a ratificar la legitimidad de la entrega recíproca de criminales fugados del Estado en el que hayan cometido sus delitos y de las privaciones de libertad que se encaminen cautelarmente a asegurar el buen fin de esta forma de cooperación judicial.

No existe, por lo tanto, un derecho a no ser entregado, si bien las restricciones que a la libertad del reclamado impone el procedimiento extradicional se justifican en la medida en que sean proporcionadas al fin legítimo para el que se crea la institución.

Desde este punto de vista, lo que ocurre en el curso de un procedimiento extradicional, y las consecuencias ulteriores de la entrega del fugitivo, no resultan indiferentes para el órgano encargado de velar por el cumplimiento de los compromisos establecidos en el CEDH: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— en concordancia con la competencia que le es deferida por el artículo 19.b CEDH.

Los Estados parte en el Convenio asumen un compromiso de respeto y acatamiento de la doctrina del TEDH que, como veremos, proscribe el uso torticero del procedimiento extradicional o un ejercicio de sus facultades inconciliable con los deberes y responsabilidades que les impone el CEDH.

Es cierto que en la evolución más reciente de la institución se tiende a reducir al mínimo las exigencias entre Estados que pertenecen a un mismo ámbito cultural y jurídico y que se reconocen recíprocamente como Estados respetuosos de los derechos humanos.

Que renombrados comentaristas alzan su voz para solicitar incluso la supresión del procedimiento extradicional o, en términos más contenidos, la

requerido el adecuado juicio de tipicidad de acuerdo con la legislación penal interna, pues no es posible entregar a una persona que se halla bajo la jurisdicción de un Estado por hechos que ante la misma carezcan de relevancia penal —Autos del TC de 4 de marzo de 1999 (Sección 2.ª) y de 14 de abril de 1999 (Sección 1.ª)—. Comprobado este presupuesto, sin embargo, el cumplimiento de los restantes requisitos legales conecta con el derecho al proceso justo, pues la garantía legal por excelencia aplicable al procedimiento de extradición es la de cobertura de Ley o Tratado, en base al principio *nulla extraditione sine lege*. Una extradición autorizada fuera de los supuestos permitidos por la Ley vulnera, ante todo, el derecho al proceso justo como derecho al proceso legal.

reducción a su mínima expresión de los trámites que se interponen para la entrega del perseguido, por lo menos dentro de aquellos ámbitos regionales que compartan un mismo sentimiento de respeto y protección de las garantías procesales.

La doctrina del TEDH sin embargo exige la mayor cautela posible en el estudio y comprobación de denuncias que razonablemente apunten a la eventual violación de derechos humanos, porque para el TEDH el trámite extradicional sustancia algo más que meros principios formales de reconocimiento recíproco de actuaciones judiciales o la nuda defensa de los intereses vinculados al ejercicio de la soberanía nacional.

La garantía de los derechos humanos se convierte, mediante la doctrina del Alto Tribunal, en presupuesto de validez de la extradición y en criterio de obligada observancia en la interpretación de la legislación interna e internacional sobre la materia.

La presente ponencia busca realizar una mera síntesis de los puntos más descolantes en esta jurisprudencia que, frente a la tendencia progresiva a la eliminación de formalidades en la resolución de las demandas de entrega, subraya el deber de los Estados vinculados por el CEDH de hacer prevalecer la garantía de los derechos reconocidos en el mismo sobre los deberes de cooperación recíproca, caso de producirse una colisión insalvable entre ambos.

La colisión de deberes que pueda seguirse para el Estado que recibe una reclamación de entrega de un delincuente fugado cuando la autorización de la extradición pueda comprometer la integridad de los derechos reconocidos en el CEDH encuentra una vía de solución en la afirmación de la preeminencia del orden público europeo que dicho Convenio encarna.

2. LA GARANTÍA POSITIVA DE RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DE LA DECISIÓN FAVORABLE A LA ENTREGA

El respeto a los derechos fundamentales del sujeto a procedimiento de extradición constituye una base objetiva para la validez del mismo procedimiento, no sólo en función de los actos procesales desarrollados por las autoridades judiciales del país que recibe la solicitud de extradición, sino también en función del proceso desarrollado en el país requirente sobre el que se funda la demanda de entrega.

La confianza recíproca en los respectivos sistemas legales y judiciales es la que justifica y sustenta la colaboración de los Estados en materia penal. La

firma de un Convenio de extradición implica el reconocimiento mutuo de que el nivel de garantías en el otro u otros Estados contratantes resulta suficiente.

El procedimiento de extradición circunscribe por ello su objeto a la comprobación de que se cumplen en el caso concreto los requisitos recogidos en el Tratado bilateral o multilateral en que se funda la demanda o, en su defecto, en la Ley interna.

No parece aconsejable, *prima facie*, que el análisis de las cuestiones planteadas alcance al enjuiciamiento del modo de conducir el proceso judicial en el Estado requirente salvados aquellos casos específicamente previstos en la Ley interna o en el Tratado —v. gr. condenas en rebeldía o riesgo de aplicación de la pena de muerte, arts. 2.3 y 4.6 LEP—; por el contrario, la evolución del Derecho internacional apunta a una progresiva simplificación de los trámites y condiciones para que la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia resulte fluida.

La fuerza expansiva de los valores e ideales reconocidos en el CEDH imponen, sin embargo, un compromiso mayor de parte de las autoridades del Estado requerido en materia de extradición. Resultaría inadmisibles por formalista una neutralidad de éstas ante violaciones patentes de los compromisos asumidos en virtud del Convenio por el Estado que reclama la devolución del reclamado.

Tampoco es legítimo a la luz del Convenio un eventual desentendimiento de parte del Estado que acuerda la entrega de las consecuencias perniciosas que con razonable previsibilidad se hayan de seguir al extraditado una vez se encuentre a disposición del Estado reclamante.

El procedimiento de extradición se convierte así en un acto de participación del Estado requerido en el procedimiento seguido en el Estado requirente y resulta imposible, desde el punto de vista de la valoración de la conducta seguida por los Estados implicados en materia de respeto de los derechos del justiciable, separar conceptualmente ambos procedimientos.

Si el Estado requerido contribuye con conocimiento de causa al desarrollo de un proceso injusto, asume también responsabilidad por la violación de derechos sufrida por la persona afectada. Lo mismo cabe afirmar cuando la futura violación ha sido advertida a tiempo y resulta previsible a la vista de la legalidad y de la práctica del Estado reclamante.

La competencia de los Tribunales nacionales que tienen atribuida la decisión del procedimiento de extradición se extiende entonces a la valoración del cumplimiento por otros Estados de los compromisos asumidos en virtud del CEDH. Si el Estado que reclama la entrega no pertenece al ámbito del Consejo de Europa, el Estado requerido tampoco puede sustraerse al cumplimiento de sus propios compromisos en relación con el CEDH.

La obligación se configura en un doble sentido: de un lado, para evitar la consumación de lesiones de derechos humanos ya producidas, y de otro, para prevenir futuras violaciones que pudieran sobrevenir a la entrega.

Se implanta de manera indirecta un juicio de revisión del sistema legal y del subsistema judicial del Estado reclamante, así como de las prácticas imperantes en dicho Estado, si, denunciadas irregularidades que trasciendan en incumplimientos relevantes de las obligaciones que los Estados partes en el CEDH tienen asumidas en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dichas infracciones resultan acreditadas.

No se trata de que el Estado requerido de extradición pueda exonerarse de su obligación de entrega del delincuente reclamado cuando venga obligado a ello por el correspondiente Tratado de extradición sobre la base de meras sospechas o suposiciones.

El interés de perseguir eficazmente la delincuencia más allá de las fronteras de los respectivos Estados es un interés valioso para la comunidad internacional que busca evitar inadmisibles impunidades y que debe ser salvaguardado en la medida de lo posible.

Pero junto a este interés convive el compromiso de todos los Estados parte del CEDH de garantizar la vigencia efectiva de los derechos reconocidos en el mismo a todos los que se hallen en territorio dependiente de su jurisdicción.

El fin legítimo de la lucha internacional contra la delincuencia exige medios lícitos y proporcionados, y un acto de extradición que violenta los compromisos asumidos en virtud del CEDH no queda amparado por el artículo 5.1.f del mismo.

La fuente de la facultad revisora de los actos judiciales y administrativos ajenos emana entonces del propio artículo 1 del CEDH: *«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio»*.

Según el artículo 15 CEDH el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna por razón del origen nacional.

El paradigma de la doctrina del TEDH sobre la materia lo constituye la Sentencia del caso Soering, de 7 de julio de 1989 (Serie A núm. 161).

Debido a la importancia de las cuestiones suscitadas en relación con el caso, el conocimiento fue declinado a favor del Pleno del Tribunal por resolución de la Sala de fecha 26 de enero de 1989.

Afirma la Sentencia que las consecuencias que se deriven de la entrega a otro Estado de un delincuente huido incumben al Estado que hace la entrega, quien asume una corresponsabilidad en las violaciones de derechos humanos

que puedan con razonable previsibilidad producirse. «Como resulta del artículo 5.1.f, que permite “... la detención... de una persona... contra la que está en curso un procedimiento... de extradición”, el Convenio no establece un derecho a que se deniegue. No obstante, cuando una resolución de extradición afecte, por sus consecuencias, al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio, puede poner en movimiento las obligaciones de un Estado contratante en virtud del precepto correspondiente (véase, mutatis mutandis, la Sentencia en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali de 25 de mayo de 1985, serie A núm. 94, pp. 31 y 32, apartados 59 y 60, sobre la cuestión de los derechos en materia de inmigración)». (Apartado 85.)

«El artículo 1, a cuyo tenor “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I”, establece un límite, especialmente territorial, al alcance del Convenio.[...] el Convenio no regula los actos de un tercer Estado, ni se propone exigir a las Partes Contratantes que le impongan sus normas. No se puede interpretar el artículo 1 como si estableciera el principio general de que un Estado contratante, a pesar de sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a un individuo sin estar seguro de que las condiciones que le aguardan en el país destinatario están de acuerdo en todo con todas las garantías del Convenio [...]»

Sin embargo, estas consideraciones no pueden liberar a los Estados contratantes de su responsabilidad, en relación con el artículo 3, por todas o algunas de las consecuencias previsibles que implica una extradición fuera de su jurisdicción.» (Apartado 86.)

El TEDH viene a recordar a los Estados parte del CEDH que el cumplimiento de otros compromisos internacionales no les exonera del deber de preservar las libertades de todos los que se hallen bajo su soberanía. La entrega del delincuente reclamado por otro Estado no es un acto neutral o incoloro a la luz del Convenio; muy al contrario, compromete al Estado que hace la entrega y lo hace corresponsable de las violaciones de derechos que se hayan cometido en el país reclamante.

En el ámbito de nuestro país, la doctrina del Tribunal Constitucional sigue con fidelidad los postulados de la doctrina del TEDH sobre corresponsabilidad del Estado que efectúa la entrega en las violaciones de derechos fundamentales perpetradas en el Estado requirente y sobre la consiguiente obligación implícita de denegar la extradición para prevenir la consumación de tales violaciones.

La STC 2.^a 13/1994, de 17 de enero, Ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, desarrolla de este modo el argumento: «... al conservar los Tribunales españoles plenas facultades de decisión sobre aspectos

tan fundamentales como la privación de libertad del sujeto (art. 16 del Convenio Europeo de Extradición, de 16 de diciembre de 1957, y arts. 9.2.º y 10.2.º L 4/1985, citada), o la entrega temporal de éste y aún de la definitiva (arts. 15 y 18 L 4/1985), a dichos órganos ha de serles imputable la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en la medida en que, por la especial naturaleza del procedimiento de extradición, sean conscientes de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, y no la eviten con los medios de que disponen.

Como puede deducirse de todo lo dicho, la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas.

El marco territorial expansivo en el que se mueven los supuestos de extradición y el necesario cuidado que incumbe a las autoridades del país requerido para velar por el respeto de los derechos fundamentales del extraditado, ya ha sido puesto de relieve —bien que en un contexto diverso— por el TEDH (S Soering, de 7 de julio de 1989). También lo fue en su momento por este Tribunal, que tuvo ocasión de recordar que “la concesión de una extradición para que el extranjero extraditado fuera sometido al cumplimiento de una Sentencia condenatoria pronunciada en un proceso en el cual no se hubiera respetado alguno de los derechos fundamentales antes mencionados, sería nula, por contraria a nuestra CE, y para ello no sería obstáculo el hecho de que las vulneraciones directas contra los derechos fundamentales se hubieran cometido en otro país... pues constándoles a nuestros Tribunales aquellas vulneraciones, no podrían acceder ellos a la extradición sin hacerse autores eo ipso de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado” (STC 11/1983)». (Fundamento jurídico 4.º).

La doctrina de la corresponsabilidad de los Estados en la garantía de los derechos humanos descansa sobre un declarado deber de evitación del resultado lesivo que emana de una suerte de «posición de garante» en que se halla

el Estado que tramita el procedimiento de extradición por depender de la decisión de sus autoridades el futuro de la persona reclamada.

El *extraditurus*, habitualmente privado de libertad como consecuencia de la demanda de extradición, o sujeto a medidas cautelares restrictivas de sus derechos, pasa a depender enteramente de la decisión del Estado requerido y necesita alegar y probar las violaciones de derechos sufridas en el país que le reclama, o las futuras violaciones que se hacen presumibles en función de circunstancias ciertas y contrastables.

El Estado requerido no puede alegar desentendimiento o falta de competencia para resolver sobre los derechos cuestionados. Que el proceso injusto desarrollado en el país de origen se desarrolle hasta su conclusión ejecutiva, o que la lesión cierta de los derechos se produzca en el futuro no son eventos ajenos a su incumbencia.

No dispensar la tutela adecuada a quien se la solicita supone violar directamente el derecho a la tutela judicial efectiva; indirectamente, implica un acto de cooperación necesaria en las violaciones producidas fuera de su territorio.

En las condiciones en que se desenvuelve el procedimiento de extradición pasiva, la única medida eficaz consiste en la denegación de la entrega, pese a que se cumplan los restantes requisitos necesarios para que se haga exigible la cooperación con el Estado reclamante. Alternativamente, podría optarse por condicionar la entrega a la presentación de garantías suficientes de parte del Estado reclamante de que las violaciones pasadas se van a subsanar o de que no se producirán violaciones futuras de los derechos humanos en el desarrollo ulterior del proceso.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 147/1999, de 4 de agosto, se afirma que la extradición concedida por la Audiencia Nacional de una persona condenada en rebeldía en Italia implicaba una vulneración indirecta por la autoridad judicial española de los derechos a ser oído en juicio, a ser informado de la acusación y a la defensa (fundamento jurídico 6.º).

Considera el Tribunal Constitucional que era deber de la Audiencia Nacional impedir la consumación de unas infracciones que aunque se habían producido en Italia necesitaban de la cooperación de los Tribunales españoles, mediante la entrega del reclamado, para lograr su consumación definitiva.

Esta Sentencia recoge el criterio dominante en la Sentencia Soering, la idea de la corresponsabilidad del Estado reclamado en las violaciones que comete el Estado que solicita la extradición. Relaciona sin embargo este deber con la preservación de garantías procesales de evidente configuración legal.

La doctrina sentada en el caso Soering impone en cambio el deber de denegar la entrega de delincuentes huidos tomando en consideración la importancia intrínseca del derecho que se veía afectado en el caso: la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles e inhumanos enunciada en el artículo 3.

El artículo 3 enuncia un derecho de los considerados intangibles, pues según el artículo 15 del CEDH no es admisible la derogación temporal de este precepto bajo ninguna condición, ni tan siquiera en tiempo de guerra o por causa de otro peligro nacional.

De conformidad con el artículo 15 CEDH «1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7».

Así pues, la prohibición de la tortura forma parte, junto con el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la garantía de legalidad penal, de un bloque nuclear de derechos intangibles que se constituyen en valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa.

No es extraño por ello que la doctrina del TEDH decida reforzar la corresponsabilidad de los Estados contratantes en su compromiso de garantizar la efectividad de tales libertades.

Un Estado contratante actuaría de manera incompatible con los valores subyacentes en el Convenio, este «patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y preeminencia del Derecho» al que se refiere su Preámbulo, si entregara a sabiendas un fugitivo —por odioso que fuera el delito que se le atribuyera— a otro Estado habiendo serios motivos para suponer que existía peligro cierto de violación de su derecho a la vida, a la integridad física o moral, o de condena penal arbitraria.

La doctrina del TC extiende la doctrina del caso Soering sobre la necesidad de preservación y garantía del derecho a no sufrir tratos o penas inhumanos o crueles mediante la denegación de la extradición a toda clase de derechos fundamentales, incluyendo los derechos de configuración legal reconocidos en el artículo 24 CE, como hace en la Sentencia número 147/1999, de 4 de agosto, en relación con el derecho al proceso justo, o en la STC 13/1994, de 17 de enero, fundamento jurídico 5.º, en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Desde el punto de vista de la doctrina del TEDH resulta problemático determinar si la corresponsabilidad del Estado requerido para que entregue a otro país un delincuente fugado se extiende a la salvaguardia de todos los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos o se circunscribe a los más directamente imbricados con la dignidad humana y que gozan de la consideración de inderogables en el artículo 15 del Convenio.

La doctrina del TEDH no permite zanjar la cuestión de manera categórica (4) aunque no descarta en principio la obligación de proteger también derechos de naturaleza procesal que se hayan visto ignorados en el país reclamante.

El apartado 113 de la Sentencia Soering establece que *«el derecho a un proceso penal justo, reconocido en el artículo 6, ocupa un sitio eminente en una sociedad democrática (véase, entre otras, la Sentencia Colozza de 12 de febrero de 1985, serie A, núm. 89, p. 16, apartado 32). El Tribunal no descarta la posibilidad de que una resolución de extradición suscite excepcionalmente un problema en el ámbito de dicho precepto (se refiere al art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en concreto al apartado 3.c, derecho a ser asistido por un Abogado) en el caso de que un fugitivo haya sufrido o se arriesgue a sufrir una flagrante denegación de justicia, pero los hechos de autos no ponen de manifiesto este peligro»*.

Parece que la preocupación manifestada por el Tribunal Constitucional español de exigir de las autoridades judiciales una comprobación cuidadosa de posibles infracciones procesales lesivas del derecho al proceso justo perpetradas en el país que reclama la entrega del fugitivo se halla justificada y sintoniza con las obligaciones impuestas por el CEDH y con el sentido que les atribuye la mejor doctrina del TEDH.

(4) La opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, formulada en el informe de 19 de enero de 1989, en relación con la denuncia de violación del artículo 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos, efectuada en el mismo caso Soering, es contraria a considerar responsable al Estado requerido de extradición de la posible infracción del derecho a la asistencia letrada que pueda sufrir el sujeto afectado en el país al que va a ser entregado, pues, según manifiesta en el apartado 156 de dicho informe, la Comisión *«sólo puede examinar las reclamaciones dirigidas contra uno de los Estados que son parte en el Convenio... no se puede considerar al Gobierno demandado directamente responsable, a tenor del Convenio, de que no exista en Virginia la asistencia jurídica gratuita, cuestión que es de la exclusiva competencia de los Estados Unidos de América. La extradición del demandante no puede causar la responsabilidad del Gobierno demandado en relación con el artículo 6.3.c del Convenio»*.

Contra el criterio mayoritario de la Comisión se alza el voto particular del señor Trechsel, quien afirma *«un Estado que entrega una persona a otro para que se la juzgue no está libre a priori de toda responsabilidad por la justicia del correspondiente procedimiento... en el caso que nos ocupa no estoy convencido de que el demandante haya demostrado suficientemente que su derecho en virtud del apartado 3.c del artículo 6 no se respetará en Virginia. En cambio no excluyo que si se comprobara esta violación, se podría considerar al Gobierno demandado responsable de ella en parte»*.

La consecuencia procesal interna de esta doctrina determina que, al convertirse la garantía positiva de los derechos fundamentales en condición o requisito previo para la validez misma de la extradición, ha de reconocerse plena facultad del reclamado de extradición para que pueda denunciar en el curso del mismo procedimiento de extradición pasiva la violación de los derechos humanos perpetrada o previsible en el país que reclama al delincuente huido.

Si la autoridad judicial competente para resolver sobre las solicitudes de extradición ha de ser consecuente con los compromisos asumidos por el Reino de España en virtud del CEDH, la tutela judicial efectiva que debe dispensar al *extraditatus* exige la toma en consideración de las alegaciones y pruebas que pudiera presentar en relación con la vulneración de derechos humanos incluso en aspectos no previstos en la LEP o en el correspondiente Tratado.

Ello también resulta obligado a la luz del artículo 13 CEDH que obliga a los Estados contratantes a conceder un recurso efectivo a toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados.

El recurso ha de residenciarse ante una instancia nacional y ha de ser viable incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

En el ordenamiento interno español, la LEP señala, en su artículo 14.2, que durante la vista que se celebra ante la Sección de la Sala Penal de la Audiencia Nacional *«el reclamado prestará declaración..., pero solamente se admitirá y practicará la prueba que verse sobre extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por esta Ley»*.

La limitación legal de las posibilidades de alegación y prueba en el procedimiento de extradición pasiva debe interpretarse de manera estricta a la luz de la doctrina del TEDH. La legislación específica en materia de extradición impone la exigibilidad de ciertas garantías como condición de la entrega, v. gr., en relación con los condenados en rebeldía, o con los que pueden verse condenados a pena capital, atentatoria de la integridad física, o cruel y degradante.

Estas garantías insertas en el procedimiento de extradición resultan elementales, pero no agotan el elenco de derechos fundamentales que pueden verse comprometidos en la resolución del mismo.

Si el procedimiento de extradición es indisociable del procedimiento seguido en el Estado reclamante, y las garantías del proceso justo y del respeto a los derechos del justiciable son condición de legitimidad de la extradición, se debe reconocer la facultad irrestricta del reclamado de denunciar en esta fase las violaciones relevantes que haya sufrido en el país de origen.

En la medida en que la concesión de la extradición permite el desarrollo de un proceso injusto y la consumación de infracciones graves de los derechos del reclamado, el Tribunal español debe tomar en consideración, antes de resolver, las alegaciones y pruebas que al respecto formule y proponga la defensa del reclamado.

Y en último término, una decisión de la Sala Penal de la Audiencia Nacional favorable a la extradición que ignore la existencia de tal violación y no garantice de manera eficaz el derecho fundamental vulnerado, podría ser recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional por violación directa del derecho a la tutela judicial efectiva y por violación indirecta de los derechos fundamentales ignorados en el país reclamante.

3. LA GARANTÍA POSITIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO CRITERIO VINCULANTE DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA EXTRADICIÓN

La garantía objetiva de los derechos declarados que constituye el CEDH encuentra su complemento y desarrollo puntual en la doctrina emanada del TEDH en la tarea de interpretación y aplicación del mismo.

El Tribunal es un órgano de defensa del Convenio, según el artículo 19, y su doctrina define y delimita los compromisos y obligaciones que han asumido los Estados contratantes.

El cuerpo de doctrina que ha creado este Tribunal se impone como una realidad de *ius cogens* configuradora de un específico orden público europeo de obligatoria vigencia para los Tribunales nacionales y en materia de extradición obliga a una interpretación de la normativa nacional e internacional respetuosa con la misma.

Si, como hemos expresado anteriormente, la garantía de los derechos humanos es presupuesto inexcusable para la validez de una decisión de extradición, el enjuiciamiento subsiguiente de la licitud de la actuación del Estado que reclama la entrega del delincuente huido no puede sustentarse sobre la base de razonamientos o puntos de vista incompatibles con los seguidos por el TEDH.

Esto conduce a que la motivación de las resoluciones judiciales que resuelven expedientes de extradición pasiva deba regirse por el canon constitucional de la «*motivación reforzada*» cuando la decisión de entrega pueda comprometer algún derecho fundamental de la persona afectada, situación relativamente frecuente.

Para nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que toda resolución judicial se halle debidamente motivada, y que dicha motivación no sea irracional, arbitraria o fundada en error patente (SSTC 23/1987, fundamento jurídico 3.º; 112/1996, fundamento jurídico 2.º, y 119/1998, fundamento jurídico 2.º).

Cuando el derecho a la tutela judicial efectiva conecta con otro derecho fundamental, como ocurre en los casos de extradición en los que se suelen ver comprometidas garantías de primer orden como la libertad personal y el proceso justo, la motivación de la resolución jurisdiccional debe ser reforzada y sólo es constitucionalmente válida si respeta el contenido esencial de los otros derechos implicados.

Es en la definición del contenido esencial de esos otros derechos, y particularmente del derecho al proceso justo si se ha de entrar a valorar la legitimidad del proceso seguido en el Estado reclamante, cuando la doctrina del TEDH adquiere toda su relevancia en la configuración de la motivación judicial.

De conformidad con el artículo 10.2 CE, el CEDH y la consiguiente doctrina sentada por el TEDH en su salvaguardia constituyen criterios de interpretación vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales cuando aplican los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 147/1999, de 4 de agosto, que anula varios Autos de la Sección Segunda y del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por los que se accedía a una extradición, no por falta de motivación de las decisiones judiciales al interpretar la normativa aplicable al caso, sino porque en la motivación empleada se aplicaron criterios y razonamientos incompatibles con la doctrina del TEDH.

Se puede afirmar por ello que la garantía positiva de los derechos humanos no sólo es un presupuesto de la extradición, sino también un criterio de interpretación de las normas internas e internacionales que limita la libertad de valoración y razonamiento del Tribunal competente imponiéndole razonamientos y criterios de interpretación incuestionables.

En el caso recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 1999, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la extradición de una persona que había sido condenada en rebeldía en Italia a una pena de veintitrés años de prisión por delitos de asesinato con premeditación y tenencia ilícita de armas.

Como es sabido, el Derecho interno español no admite la posibilidad de una condena en rebeldía en tales circunstancias. Además, el artículo 2.3 de la

LEP exige en estos casos que la representación diplomática del país reclamante ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido.

La Audiencia Nacional entendió que el condenado se sustrajo deliberadamente a la acción de la justicia italiana y renunció a su derecho de asistir al juicio y de designar letrado de su elección. También entendió que el sistema procesal italiano, a través de la institución de la *«restitución del término»* aseguraba un nuevo juicio con plenas garantías para el extraditado. Ambos criterios resultaban incompatibles con los expresados por el TEDH en las Sentencias Colozza de 12 de febrero de 1985 y T contra Italia de 12 de octubre de 1992, como veremos más adelante.

El Tribunal Constitucional entiende que aunque los Autos de la Audiencia Nacional están motivados y hacen una interpretación razonada del artículo 2.3 LEP desde un punto de vista conceptual, no cumplen sin embargo las exigencias del canon de motivación reforzada porque no se compadecen con la doctrina sentada por el TEDH en materia de proceso justo.

Para el Tribunal Constitucional, los criterios del TEDH son criterios constitucionalmente exigibles para que la motivación de la resolución resulte apta para dispensar una verdadera tutela judicial.

En consecuencia resuelve declarar los Autos vulneradores del derecho a la tutela judicial efectiva y procede a su anulación.

Con ello se consagra una restricción de la libertad de valoración de los órganos judiciales internos al objeto de preservar la integridad del contenido de los derechos fundamentales tal y como los delimita el TEDH.

Esta conclusión no se agota en la defensa del derecho al proceso justo, como fue el caso, sino que en principio nada obsta a que se aplique en relación con cualquier otro derecho fundamental que pueda verse comprometido en un procedimiento de extradición pasiva.

4. CRITERIOS SENTADOS EN CASOS CONCRETOS

4.1 PROHIBICIÓN DE TRATOS CRUELES

La Convención de 10 de diciembre de 1984, de las Naciones Unidas, de lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*«BOE»* de 9 de noviembre de 1987), perfila en su artículo 1 el concepto de tortura como *«todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de algún tercero información o alguna confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o*

de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

El Convenio contra la tortura establece como obligación de inexcusable cumplimiento por los Estados contratantes denegar la extradición de una persona a otro Estado *«cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura»* (art. 3.1).

El Convenio expresa de este modo el nivel de conciencia asumido por la comunidad internacional en cuanto al reproche de este tipo de conductas y confirma un principio general de denegación de entrega que sirve de mínimo ético en la interpretación de las normas internacionales e internas.

El Convenio discrimina de las torturas los llamados tratos crueles o inhumanos que son los que no reúnen los requisitos enunciados en la definición del artículo 1. Por otra parte estima que no constituyen tortura *«los dolores y sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».*

El artículo 16 insta a los Estados Parte de prohibir en cualquier territorio de su jurisdicción los tratos crueles, inhumanos o degradantes cuando sean cometidos por funcionarios públicos u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

La prohibición de extradición del artículo 3.1 no abarca, sin embargo, los tratos crueles. De conformidad con la cláusula de cierre, recogida en el artículo 16.2, que establece que la Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros Instrumentos internacionales o Leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes, o que se refieran a la extradición o expulsión, si la entrega del sujeto reclamado implica un riesgo cierto de que se le apliquen en el país de destino penas o tratos crueles o inhumanos no encuadrables en la definición dada de tortura, la prohibición de entrega habrá de encontrar justificación en otras fuentes normativas, nacionales o internacionales.

El Convenio Europeo de Extradición no recoge por su parte como causa de denegación el riesgo de tortura o malos tratos, sólo menciona la pena capital en el artículo 11 como causa facultativa de denegación con un perfil jurídico notoriamente distinto.

En la práctica, la necesidad de mención explícita de la prohibición de entrega si hay riesgo de tortura o maltrato queda salvada por la implantación

generalizada en los países miembros del Consejo de Europa, como principio de derecho interno, subsidiariamente aplicable, de dicha prohibición.

En nuestro ordenamiento, el artículo 4.6.º LEP prohíbe la entrega *«cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será... sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes»*.

En este contexto normativo la doctrina del TEDH revela una potencialidad creadora de gran interés en la definición del perfil de lo que se ha de entender como maltrato o crueldad, que supera limitaciones inherentes a los textos legales sectoriales antes mencionados, estableciendo un concepto dinámico y subjetivo que atiende a las circunstancias personales del individuo afectado como criterio rector de la valoración de la legitimidad de la acción de los Estados.

Para el TEDH, como veremos a continuación, los sufrimientos *«inherentes o incidentales»* a las sanciones legítimas, en terminología del Convenio contra la tortura, no son jurídicamente irrelevantes.

Que una sanción sea legítima no significa que las incidencias que se produzcan en su ejecución queden justificadas *«a priori»*. Además de la tortura y de la pena intrínsecamente cruel, la ejecución de una pena legítima puede generar en ciertas ocasiones sufrimientos que rebasen el umbral de lo permitido por el CEDH.

Para que la pena o el trato que la acompañan sean considerados por el Tribunal inhumanos o degradantes, el sufrimiento y la humillación tienen que superar en cualquier caso, los que implica inevitablemente una pena legítima.

La apreciación de este requisito es relativa, depende del conjunto de las circunstancias del caso y especialmente del carácter y del contexto del trato, o de la pena y de sus modos de ejecución, de su duración, de sus efectos físicos y mentales y, a veces, del sexo, de la edad y de la salud de la víctima (Sentencia Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978, serie A, núm. 25, apartado 162; Sentencia Tyrer, de 25 de abril de 1978, serie A, núm. 26, apartados 29 y 30).

En relación con la pena de muerte no es desdeñable el dato del tiempo que haya de transcurrir hasta que se ejecute la pena y la angustia moral del condenado mientras espera la violencia que se le va a infligir.

La perspectiva de un sufrimiento futuro desproporcionado puede ser objeto de debate en el procedimiento de extradición, pues la decisión que adopte al respecto el Estado requerido resulta afectada por el compromiso asumido en virtud del artículo 3 CEDH de impedir todo trato cruel.

En la Sentencia Soering, de 7 de julio de 1989, ya citada, se plantea un supuesto de hecho muy sugestivo. En el mes de marzo de 1985, el ciudadano alemán, de dieciocho años de edad, Jens Soering mata presuntamente a cuchilladas en el condado de Bedford, Virginia (USA), al matrimonio formado por los señores William Reginald Haysom, de setenta y dos años, y Nancy Astor Haysom, de cincuenta y tres, padres de su novia.

Soering y su novia Elisabeth huyeron al Reino Unido, donde fueron detenidos en abril de 1986 por la comisión de un presunto delito de estafa. El 13 de junio del mismo año es acusado en Estados Unidos de asesinato, delito que en la legislación de Virginia podría acarrear la imposición de la pena de muerte. El 11 de agosto, el Gobierno de Estados Unidos solicitó del Reino Unido la extradición del señor Soering y de su novia con arreglo al Tratado bilateral de 1972.

El Fiscal del condado de Bedford emitió el 1 de junio de 1987 una declaración jurada en el sentido de que, si se declaraba a Soering culpable de asesinato, se efectuaría una gestión ante el Juez, antes de resolverse la imposición de la pena, para transmitirle el deseo del Gobierno del Reino Unido de que no se impusiese al acusado la pena de muerte.

El Gobierno del Reino Unido estimó suficiente esta seguridad, dada en aplicación del apartado cuarto del Convenio anglonorteamericano de extradición de 1972, y el día 3 de agosto de 1988, el Secretario de Estado británico firmó la orden de entrega de Jens Soering a los Estados Unidos.

La seguridad dada por el Fiscal norteamericano dejaba sin embargo mucho que desear, pues al mismo tiempo admitía que iba a solicitar la imposición de la pena de muerte. Ni el Gobernador del Estado de Virginia podía comprometerse con carácter previo a conmutar la pena de muerte, pues tal compromiso no se asume jamás con carácter preliminar a la emisión del veredicto y a la imposición de la pena, ni el Tribunal podía verse forzado por otra autoridad a no imponerla dada su independencia.

Soering presentó demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y obtuvo gracias a los buenos oficios de la misma la suspensión de la orden de entrega.

Según el demandante, las circunstancias a que le expondría el cumplimiento de la resolución del Secretario de Estado de entregarle a los Estados Unidos, a saber, el llamado «*síndrome del pasillo de la muerte*», implicaba en su conjunto un trato de suficiente gravedad para que la extradición infringiera el artículo 3.

Se refiere en particular a la lentitud de los recursos previstos en la legislación de Virginia para la revisión judicial de la Sentencia, con la consiguiente espera que le produciría una creciente tensión y un traumatismo

psicológico; la edad y el estado mental en que se hallaba al cometer el delito, pues según dictámenes psiquiátricos padecía determinadas perturbaciones mentales; el régimen penitenciario de extrema severidad al que se vería sujeto en el establecimiento penitenciario de Mecklenburg al que eran destinados entonces la mayor parte de los reos condenados a muerte en Virginia; la posibilidad de sufrir actos violentos y abusos sexuales debido a su edad, color y nacionalidad, así como su obsesión constante por la ejecución.

Lo que denunciaba, en definitiva, es que el trato que presumiblemente iba a recibir en Estados Unidos, valorado en el conjunto de todas sus circunstancias, sobrepasaría el límite, valga la expresión, «*normal*» de sufrimiento asociado a la imposición y ejecución de una condena a muerte, y que sería, por lo tanto, inhumano en consideración al artículo 3 CEDH.

Lo singular de la demanda de Soering ante la Comisión Europea de Derechos Humanos es que no denuncia la extradición acordada por las autoridades británicas por ponerle en peligro de sufrir una pena de muerte, sino por arriesgar que se le impusieran unas condiciones de vida durante la sustanciación de los recursos contra la posible pena de muerte, calificadas como «*síndrome del pasillo de la muerte*», que estima constituyen un trato cruel incompatible con la garantía objetiva que representa el Convenio Europeo de Derechos Humanos de preservar a toda persona de cualquier forma de trato inhumano, sea o no consecuencia del cumplimiento de una sanción legalmente prevista.

Un condenado recluido en el pasillo de la muerte en Virginia puede calcular que hasta que se ejecute la pena pasará allí una media de seis a ocho años. Esta espera se debe en gran parte al propio condenado que, como es lógico, agota todos los recursos que le ofrece el ordenamiento del Estado. Aunque los recursos previstos en el Derecho vigente en Virginia pretenden impedir que se condene a muerte de manera ilegal o arbitraria, el sistema procesal lleva a que el condenado sufra durante años las condiciones del «*pasillo de la muerte*» y la angustia y creciente tensión de vivir con la constante presencia de su final (§ 106).

El TEDH entiende que aunque pueda justificarse en principio la dureza del régimen penitenciario especial que se aplica a los condenados a muerte en la prisión de Mecklenburg, dicha dureza se incrementa considerablemente por el largo período de internamiento que sufren los reos hasta que se ejecuta la condena. (§ 107).

El Tribunal resalta especialmente como circunstancias que incrementan más allá de lo admisible el grado de sufrimiento causado por la aplicación de las medidas asociadas a la condena a muerte la juventud del reo, que tenía apenas dieciocho años cumplidos cuando cometió el delito que se le imputa,

y las perturbaciones mentales que padecía, pues según algunos informes psiquiátricos no discutidos alteraban perceptiblemente su responsabilidad.

Para el Tribunal *«la edad y el estado mental no son menos importantes cuando se trata de apreciar, para una determinada persona condenada a la máxima pena, si es admisible el llamado “síndrome del pasillo de la muerte” en relación con el artículo 3..., la juventud del demandante y su estado mental cuando cometió el delito, puestos de manifiesto por los documentos psiquiátricos existentes, son datos que inclinan, en el caso de autos, a entender que el trato que sufriría en el “pasillo de la muerte” incide en el ámbito del artículo 3»*.

El interés de esta Sentencia es alto porque el Tribunal no cuestiona el carácter democrático y garantista del sistema procesal y penitenciario del Estado de Virginia, basado en la preeminencia del Derecho y en el reconocimiento de garantías procesales efectivas a los acusados.

Tampoco cuestiona la compatibilidad de la pena de muerte, en sí misma considerada, con las exigencias derivadas del artículo 3 del Convenio.

A pesar de ello, entiende que la resolución del Secretario de Estado británico de entregar al demandante a los Estados Unidos, si se ejecutara, vulneraría el artículo 3 del Convenio, porque el conjunto de circunstancias asociadas a la imposición y ejecución de la pena de muerte representarían, en el caso particular de Jens Soering, un trato injustificadamente cruel.

Como dice en el apartado 111, *«si se tiene en cuenta el período tan largo que hay que pasar en el “pasillo de la muerte” en condiciones extremadas, con la angustia siempre presente y creciente por la ejecución de la pena máxima, y la situación personal del demandante, en particular su edad y estado mental cuando cometió el delito, la extradición a los Estados Unidos le expondría a un peligro real de un trato que sobrepasaría el límite establecido por el artículo 3»*.

La doctrina del TEDH sentada en el caso Soering establece una obligación general de denegación de extradición siempre que exista riesgo de trato cruel no sólo por las características y naturaleza intrínseca de la pena a imponer, sino también por las circunstancias asociadas a su ejecución y por las circunstancias personales del individuo afectado.

El equilibrio recíproco de los deberes contrapuestos resulta sumamente complejo en la argumentación del Tribunal, pues admite que la extradición y la cooperación internacional en materia penal constituyen fines legítimos que justifican la aplicación de medidas restrictivas de derechos.

Pero frente al deber de cooperar con otros Estados en la persecución eficaz de la criminalidad se alza en ocasiones el deber de evitar tratos crueles o desproporcionados.

La interpretación de los Convenios bilaterales y multilaterales de extradición puede entrar en contradicción con la aplicación del CEDH. En caso de conflicto, el Tribunal establece naturalmente la preeminencia de este último.

Para el Tribunal hay un nivel de sufrimiento, un «*umbral*» que no puede sobrepasar un Estado democrático. La preeminencia del Derecho no es sólo formal, pues la interpretación del Convenio tiende a la efectividad de los derechos reconocidos, y las circunstancias concurrentes en cada caso pueden resultar esenciales en la valoración del grado de cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados parte.

El deber de impedir el trato cruel, por lo tanto, no sólo incumbe a los Estados en relación con sus autoridades y funcionarios internos, también compromete las relaciones internacionales con otros Estados, sean o no partes en el CEDH, impidiendo la entrega exigida en base a otros instrumentos nacionales o internacionales si ello es preciso para evitar la violación del derecho de la persona reclamada.

De otra parte, el juicio que es necesario realizar antes de resolver la entrega del reclamado no se refiere sólo al sistema procesal y penal del Estado requirente, sino también a su práctica.

Finalmente las circunstancias personales del reclamado pueden ser decisivas para decidir si la aplicación de una determinada pena o medida puede resultar excesiva o desmesurada en cuanto a los sufrimientos que puede infligir al afectado.

El enjuiciamiento de este conjunto de circunstancias resulta obligado y se convierte en objeto necesario del procedimiento de extradición pasiva, cuyas limitaciones legales en la definición del objeto del debate no afectan al deber de comprobación del respeto de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

Incidentalmente se cuestiona en la Sentencia el problema de la pena capital. El Tribunal se inclina por una interpretación sistemática y contextual del artículo 3 en relación con el artículo 2.1 del Convenio, que le lleva a descartar la conclusión de que la pena de muerte pueda ser considerada, a la luz del Convenio, como una pena inhumana o cruel.

El artículo 2 establece que no se le puede quitar la vida intencionadamente a nadie, «*salvo en cumplimiento de una Sentencia de condena a muerte dictada por un Tribunal por un delito castigado por la Ley con esta pena*».

La tesis del Tribunal se centra en que «*los redactores del Convenio no pueden haber incluido en el artículo 3 una prohibición general de la pena de muerte, pues si así fuera, los términos bien claros del artículo 2 quedarían en nada*».

La argumentación que emplea, sin embargo, no cierra la posibilidad de una evolución ulterior más propicia a la tesis abolicionista en función de los progresos experimentados por la conciencia colectiva en el marco de los Estados europeos.

El Tribunal se ve necesariamente influenciado por los criterios de política penal que se generalizan entre los Estados miembros del Consejo de Europa, que son los que de alguna manera precisan el grado de conciencia asumido en relación con cada cuestión.

A la fecha en que se dicta la Sentencia Soering la pena de muerte ya había sido abolida para tiempos de paz en la mayoría de los Estados europeos. Los pocos que la conservaban no la ejecutaban.

La preocupación por el problema planteado por la pena capital se refleja en un instrumento escrito, el Protocolo Sexto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece la abolición de la pena de muerte, que se abrió a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa en abril de 1983 y entró en vigor en marzo de 1985.

El protocolo, de suscripción voluntaria, no había sido suscrito en aquellas fechas por el Reino Unido; no obstante, reflejaba una voluntad dominante en el ámbito regional europeo favorable a la supresión de la pena de muerte, que podría interpretarse como voluntad derogatoria de la excepción contenida en el artículo 2.1 del Convenio al derecho a la vida.

El Tribunal, en la Sentencia Soering, no da el paso de declarar derogada dicha excepción en virtud de la práctica imperante entre los Estados europeos y de conformidad con una interpretación evolutiva del artículo 3 que conduciría inevitablemente a considerar prohibida por inhumana la pena capital.(§ 103).

No obstante, el tema suscita un interesante voto particular del Juez De Meyer, que considera que la extradición del demandante a los Estados Unidos no sólo le expondría a sufrir un trato o una pena inhumanos o degradantes, sino que violaría también, y sobre todo, su derecho a la vida.

El Juez De Meyer considera que la excepción contenida en el artículo 2.1 esta superada por la evolución de la conciencia jurídica y de los hechos, y que una pena de muerte no es compatible con el estado actual de la civilización europea.

Concluye por ello que el orden público europeo prohíbe ya la pena de muerte y subsiguientemente la extradición a un tercer Estado cuando existe riesgo cierto de que se aplique.

4.2 DERECHO DE PRESENCIA EN EL JUICIO

El TEDH atribuye gran importancia a la presencia del acusado en el juicio pese a que el CEDH no recoja explícitamente ese derecho en su artícu-

lado a diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966, en su artículo 14.3.d.

Aunque no la menciona en términos expresos, el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH, la facultad para el acusado de tomar parte en la audiencia se desprende del objeto y fin del artículo en su conjunto. Los apartados c, d y e del párrafo 3 del artículo 6 reconocen a todo acusado el derecho de defenderse por sí mismo, de interrogar o hacer interrogar a los testigos y hacerse asistir gratuitamente por un intérprete, lo que no se concibe sin su efectiva asistencia al juicio.

Las condenas en rebeldía suscitan un delicado problema en materia de extradición cuando lo que se solicita es la entrega del fugitivo para que cumpla una pena recaída en un juicio en el que no estuvo presente, pues frecuentemente las legislaciones internas de los Estados y los Convenios Internacionales incorporan el principio de no extradición si no se garantiza por el Estado reclamante la repetición del juicio en presencia del acusado.

Como ya hemos indicado anteriormente esta condición se exige en el artículo 2.3 de la LEP. En cuanto al Convenio Europeo de Extradición, su texto original no contenía referencia al problema, pero su Segundo Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 incorpora en su artículo 3 un supuesto de denegación facultativa en estos términos:

«1. Cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el proceso que dio lugar a la sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la parte requirente diese la seguridad que se estimase suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa. Esta decisión autorizará a la Parte Requirente bien a ejecutar la sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiere a ello, bien en caso contrario a proceder contra la persona objeto de extradición.»

Con arreglo al Convenio de Extradición el Estado requerido se halla facultado para valorar el grado de respeto de los derechos del acusado en el proceso del que trae causa la demanda de extradición y sólo en el caso de que no lo considere satisfactorio puede optar por denegar la extradición o por exigir seguridades de que el proceso se celebrará de nuevo en presencia del acusado.

Desde la perspectiva del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH esta facultad se convierte en deber, y la obligación de dispensar una protección real a los derechos del reclamado se sobrepone a la obligación de colaborar con el Estado reclamante en la realización de la justicia penal.

En la Sentencia Colozza de 12 de febrero de 1985, el TEDH entra a valorar la demanda interpuesta por el ciudadano italiano Giacinto Colozza contra Italia; el señor Colozza fue acusado de estafa y la justicia italiana emprendió diligencias judiciales contra él.

No fue posible notificarle la incoación de las mismas, ya que no fue hallado en su último domicilio conocido ni en el que figuraba en el Registro del Estado Civil. Al parecer el señor Colozza se había mudado sin poner en conocimiento del Ayuntamiento de Roma el cambio de residencia, lo que implicaba una mera infracción administrativa.

Girada orden de detención contra él, no fue localizado, lo que le acarreó la declaración procesal de *latitante* con arreglo al Código de Procedimiento Penal italiano. En esta situación se designa al acusado un abogado de oficio y se prosigue la causa. Las resoluciones judiciales se depositan en la Secretaría del Juzgado y se llama al abogado designado de oficio para recogerlas.

La declaración de *latitancia* implica por lo tanto una presunción de que el acusado desea sustraerse a la acción de la justicia. Según jurisprudencia constante del Tribunal de Casación italiano la voluntad de sustraerse a la detención se presume cuando las investigaciones precisas efectuadas por la policía judicial han resultado infructuosas. Esta presunción subsiste incluso si la persona buscada no ha recurrido a particulares artificios para escapar a la detención, después de haber cambiado de domicilio sin notificarlo en la manera prescrita por la ley, si bien el Tribunal Constitucional italiano ha tenido la oportunidad de matizar que dicha presunción no es absoluta y admite prueba en contrario.

El ordenamiento italiano admite además el juicio en ausencia del contumaz, por lo que el señor Colozza fue condenado en rebeldía a una pena de seis años de prisión y a una multa. Aunque el abogado designado de oficio podía recurrir en apelación, no lo hizo, por lo que la sentencia ganó firmeza.

El ordenamiento italiano admite también la posibilidad de presentar una apelación tardía por las personas que consideren irregular la notificación del fallo, pero en el caso de los *latitantes* se les exige que demuestren que no habían tenido intención de sustraerse a la acción de la justicia. El señor Colozza presentó recurso de apelación tardía, pero le fue desestimado por lo que perdió la oportunidad de obtener un nuevo pronunciamiento sobre el fundamento de la acusación que se esgrimía contra su persona.

El TEDH se pronuncia con singular contundencia en este caso: no admite la presunción de renuncia al ejercicio del derecho de defensa, pues según jurisprudencia constante, asentada en la Sentencia Neumeister de 7 de mayo de 1974, serie A, número 17; la Sentencia Le Compte, de 23 de junio de 1981, serie A, número 43 y la Sentencia Albert y Le Compte, de 10 de febrero de 1983, serie A, número 58, la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio debe encontrarse establecida de manera inequívoca.

El Tribunal estima que la presunción de renuncia al derecho no estaba justificada por otro motivo adicional: las autoridades italianas no fueron diligentes en sus pesquisas, pues el acusado residía en Roma y había recibido por aquellas fechas en su domicilio real comunicaciones de la Fiscalía y de la Policía referidas a otros asuntos penales que tenía pendientes (§ 28).

Por otra parte establece el TEDH que cuando una legislación nacional autoriza el desarrollo de un proceso, no obstante la ausencia del acusado, el interesado debe, una vez enterado de las diligencias, poder obtener de la jurisdicción un nuevo pronunciamiento, después de haberle escuchado, sobre el fundamento de la acusación dirigida contra él.

El recurso de apelación fuera de plazo previsto en la legislación italiana no satisface estas exigencias mínimas, porque obliga al acusado a probar que no pretendía eludir la acción de la justicia o que su ausencia se ha debido a un caso de fuerza mayor.

Se concluye que el señor Colozza no ha podido beneficiarse de un examen de la causa por un tribunal con plena jurisdicción que se reúna en su presencia.

Esta doctrina se reitera sustancialmente en la Sentencia del caso T. contra Italia, de 12 de octubre de 1992.

Como ya hemos tenido oportunidad de reseñar, la opinión del TEDH al respecto ha motivado la línea seguida en la materia por el Tribunal Constitucional español, cuyos pronunciamientos se inclinan a considerar contrario al derecho fundamental al proceso justo la concesión de extradiciones a la República de Italia de personas condenadas en rebeldía en aplicación de la normativa procesal italiana sobre citación del ausente y proceso en contumacia.

4.3. PRIVACIONES DE LIBERTAD INSTRUMENTALES A LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRADICIÓN

4.3.1 *La extradición encubierta como forma de detención arbitraria*

En ocasiones la Administración puede sentirse tentada a eludir la eficacia de resoluciones judiciales denegatorias de la extradición, o a prescindir del procedimiento específico de extradición, mediante un ejercicio desviado de facultades gubernativas de expulsión o devolución de extranjeros.

La extradición encubierta bajo forma de expulsión representa una forma de arbitrariedad inconciliable con los compromisos asumidos en base al CEDH por los Estados contratantes, particularmente desde el punto de vista del derecho a la libertad y seguridad.

Ciertamente, el artículo 5.1.f del Convenio Europeo de Derechos Humanos admite la legitimidad de una detención preventiva o de un internamiento que se justifique en la previa existencia de un procedimiento de expulsión de extranjeros, lo que se discute es la regularidad de la misma cuando se persiguen objetivos distintos a los previstos en la norma reguladora de tales privaciones de libertad.

Éste es el supuesto de fondo que se plantea en la Sentencia Bozano, de 18 de diciembre de 1986, serie A, número 111.

El señor Bozano fue acusado de haber raptado en Génova, el día 6 de mayo de 1971, a una adolescente de nacionalidad suiza, de trece años de edad, de haberla asesinado y de haber exigido del padre el pago de un rescate de cincuenta millones de liras.

El día 15 de junio de 1973 el Tribunal de lo Criminal de Génova le absolvió de estos cargos por falta de pruebas. El Ministerio Fiscal recurrió la decisión ante el Tribunal de Apelación de lo Criminal de Génova, que celebró vista en ausencia del acusado, que había alegado su imposibilidad de asistir por hospitalización motivada por cólicos nefríticos.

El 22 de mayo de 1975 el Tribunal de Apelación, resolviendo en rebeldía, condenó al señor Bozano a cadena perpetua. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por éste en Sentencia de fecha 25 de marzo de 1976.

El señor Bozano huyó a Francia donde residió bajo identidad falsa hasta que fue detenido por la gendarmería francesa el 26 de enero de 1979 y encarcelado en Limoges a la espera de su extradición. Italia presentó formalmente la demanda de extradición el día 31 de enero.

El caso quedó sometido a la decisión de la Sala de Acusación del Tribunal de apelación de Limoges que el día 15 de mayo de 1979 pronunció un dictamen desfavorable por entender que el procedimiento seguido en rebeldía por el Tribunal de Apelación de lo Criminal de Génova era incompatible con las normas de orden público francés.

El dictamen judicial tenía carácter definitivo y vinculaba al Gobierno francés que, en consecuencia, se negó a extraditar al interesado.

Pese a ello, la noche del 26 de octubre de 1979 el señor Bozano fue detenido y conducido a los locales de la Policía Judicial de Limoges donde se le notificó una orden administrativa de expulsión del territorio francés fechada el día 17 de septiembre.

A continuación, sin darle oportunidad de abandonar voluntariamente Francia para trasladarse a un país de su elección, y sin dejarle avisar a su esposa y a su abogado, fue introducido esposado en un vehículo y conducido tras un viaje de doce horas hasta la frontera con Suiza, donde fue entregado a la Policía de dicho país.

Suiza había recibido solicitud de extradición del señor Bozano a Italia, país con el que se hallaba vinculada por el Convenio Europeo de Extradición. El interesado fue entregado a las autoridades italianas el 18 de junio de 1980, después de que el Tribunal Federal suizo hubiera rechazado, el día 13, su oposición.

El TEDH enfoca el problema de fondo desde el punto de vista del derecho a la libertad y a la seguridad amparados en el artículo 5.1 CEDH. Afirma que el principal problema que hay que zanjar se refiere a la regularidad de la detención objeto de litigio y si se observaron las vías legales.

El TEDH, adoptando un enfoque global de las circunstancias concurrentes en el caso, llega a la conclusión de que la privación de libertad de que fue objeto el demandante en la noche del 26 al 27 de octubre de 1979 no fue regular con arreglo al artículo 5.1.f CEDH ni compatible con el derecho a la seguridad.

Estima que el Estado francés actuó arbitrariamente porque la detención fue en realidad una medida de extradición enmascarada, destinada a eludir el dictamen desfavorable de la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges emitido el 15 de mayo de 1979, y no una detención necesaria en el marco de un procedimiento de expulsión del territorio nacional.

En este caso, las circunstancias delataban la verdadera intención de las autoridades gubernativas francesas al entregar al señor Bozano precisamente a las autoridades del Estado de nacionalidad de la víctima del crimen que se le imputaba en Italia.

Se hizo por lo tanto un uso desviado del procedimiento gubernativo de expulsión, pues lo que motivó la incoación del expediente administrativo no fue la finalidad legal específica de preservar el orden público en Francia, que en este caso no se veía comprometido, sino la de dar cobertura formal a una entrega del fugitivo a las autoridades italianas, con la colaboración de Suiza, eludiendo el procedimiento específico de extradición en un caso patente de fraude de ley.

4.3.2 *El derecho a que una autoridad judicial se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de la detención*

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sánchez-Reisse, de 21 de octubre de 1986, serie A, número 107, recuerda que, aunque en los procedimientos de extradición no se enjuicie el fundamento de la acu-

sación penal, el detenido preventivamente por la autoridad gubernativa tiene derecho a acudir a una autoridad judicial para que ésta, en plazo breve, resuelva sobre la legalidad de su detención o le ponga en libertad de conformidad con lo exigido en el artículo 5.4 CEDH.

Si bien es cierto que las normas de Derecho Internacional pueden obligar a un Estado a entregar al reclamado sin examinar las pruebas de cargo que fundamenten la petición, el derecho a un procedimiento con garantías se impone de todos modos cuando se discute la legalidad de la detención.

En el caso que nos ocupa un ciudadano argentino fue detenido en Suiza en cumplimiento de una solicitud de extradición de la República Argentina. El detenido cursó varias solicitudes de libertad al Servicio Federal de Policía, que las desestimó. Posteriormente las solicitudes se elevaron al Tribunal Federal suizo, acompañadas de informe del Servicio Federal de Policía.

El TEDH concluye que el procedimiento en el que se dirimió la necesidad de la privación de libertad del reclamado no reunió las garantías necesarias, pues no se le dio oportunidad de contradecir el contenido de los informes elaborados por el Servicio Federal en apoyo y justificación de su negativa a ponerle en libertad.

También entiende que se vulneró el derecho a obtener una respuesta en plazo breve, pues las dos solicitudes que se examinan en la Sentencia tardaron treinta y un días y cuarenta y seis días en ser examinadas y resueltas por la autoridad judicial, lo que el TEDH valora como tiempo excesivo para proporcionar un control judicial efectivo de las medidas cautelares adoptadas y sostenidas por la autoridad gubernativa.

La importancia del caso *Sánchez Reisse* radica en la constatación de que la detención acordada instrumentalmente para garantizar el buen fin de un procedimiento de extradición está sujeta a garantías semejantes a las exigibles en las preordenadas al buen fin de un proceso penal. En particular, ha de preservarse el derecho del detenido gubernativamente a obtener el amparo judicial en el control de la legalidad de la privación de libertad.

4.3.3 El problema del plazo razonable

La duración del periodo de privación de libertad acordado en garantía del buen fin del procedimiento de extradición también plantea problemas en relación con los compromisos impuestos a los Estados contratantes en virtud del artículo 5.3 CEDH.

El artículo 5.3 CEDH reconoce el derecho a ser juzgado en un plazo breve de quien se halle privado de libertad por ser sospechoso de haber perpetrado un delito, lo que no se ajusta a primera vista a la naturaleza del procedimiento de extradición que no tiene por objeto el enjuiciamiento de la culpabilidad o ino-

cencia del reclamado, sino sólo de la concurrencia de los requisitos exigidos en la Ley o en el correspondiente Tratado para autorizar la entrega del reclamado.

En la práctica, sin embargo, no resulta infrecuente que el procedimiento de extradición pasiva se tramite simultáneamente a uno o varios procedimientos penales en los que se tratan de depurar las responsabilidades penales en las que puede haber incurrido el mismo reclamado en el territorio del Estado requerido.

Con arreglo al Derecho interno español si la persona reclamada se encontrara sometida a procedimiento o condena por los Tribunales españoles o sancionada por cualquier clase de organismos o autoridades nacionales, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en España, o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con el Estado requirente —art. 19.2 LEP.

Puede ocurrir que la autoridad nacional, tras decidir afirmativamente sobre la entrega del reclamado, resuelva aplazar la ejecución de la misma hasta que concluya el procedimiento penal seguido en España o se extinga la condena impuesta.

En ocasiones, la autoridad judicial encargada de la extradición resuelve mantener la prisión preventiva del reclamado, después de resuelta la petición de extradición, hasta que el procedimiento tramitado en España concluya. Entonces la prisión acordada por la Audiencia Nacional parece subordinarse al buen fin del procedimiento penal tramitado en territorio nacional y pasa a depender de su resolución.

En estos casos, el compromiso asumido por España en relación con el artículo 5.3 CEDH entra plenamente en vigor y compromete la debida diligencia de las autoridades judiciales españolas en la rápida conclusión del proceso penal pendiente.

En la Sentencia Scott contra España, de 18 de diciembre de 1996, se plantea este problema. El señor Scott, ciudadano británico, es detenido el 5 de marzo de 1990 en Tenerife acusado de haber violado a una ciudadana finlandesa. El día 8 de marzo de 1990 el Juez de Instrucción número 1 del Puerto de la Cruz decreta su prisión provisional.

El señor Scott, a su vez, era reclamado por las autoridades británicas por la presunta comisión de un delito de parricidio. El Juzgado Central de Instrucción número 4 acordó, en base a la correspondiente solicitud de extradición la prisión provisional del mismo el día 23 de marzo de 1990.

La instrucción del sumario por violación en España sufrió cierta demora porque la víctima habría regresado a su país y se hizo preciso girar una comisión rogatoria para obtener una nueva declaración de la misma.

El día 6 de marzo de 1992 el Juez de Instrucción número 1 del Puerto de la Cruz acuerda la libertad provisional del señor Scott; éste, sin embargo, no

queda libre porque la Audiencia Nacional resuelve prorrogar su estancia en prisión a resultas de su eventual entrega al Reino Unido, pues el 22 de febrero de 1991 se había acordado conceder la extradición y el 28 de junio de 1991 el Consejo de Ministros había acordado su entrega, si bien se aplazaba la misma hasta que depurase sus responsabilidades penales en España.

El día 17 de marzo de 1992, a punto de cumplirse el límite máximo de los dos años de duración de la prisión, la Audiencia Nacional resuelve prorrogar el período de prisión preventiva. El motivo de fondo sigue siendo el mismo: en tanto no concluya el procedimiento seguido en España por violación no se puede ejecutar la entrega al Reino Unido y por lo tanto la Audiencia Nacional debe garantizar su sujeción a los efectos de garantizar la ejecución del acuerdo de entrega.

El 25 de agosto de 1993, el Juez de Instrucción del Puerto de Santa Cruz acuerda de nuevo la prisión preventiva del señor Scott que finalmente es juzgado por el delito de violación que se le imputaba y absuelto el día 21 de marzo de 1994 por la Audiencia Provincial de Tenerife por falta de pruebas.

Concluido el procedimiento en España, el señor Scott es entregado a las autoridades británicas el día 27 de marzo de 1994, cuando ya había cumplido más de cuatro años en régimen de prisión preventiva.

El TEDH, en la fundamentación jurídica de la Sentencia, considera que aunque el Juzgado Central de Instrucción y la Audiencia Nacional eran órganos que sólo tenían competencia para resolver sobre la petición de extradición, al acordar la prisión preventiva del reclamado lo hacían en función del buen fin del sumario seguido en España por delito de violación contra el señor Scott. En consecuencia pasa a valorar el período transcurrido en prisión preventiva a la luz de las exigencias contenidas en el artículo 5.3 CEDH y muy particularmente de su derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El TEDH señala —apartado 74— que *«la persistencia de razones válidas para sospechar que la persona detenida ha podido cometer una infracción es una condición sine qua non de la legalidad de la permanencia en prisión, pero al cabo de cierto tiempo no es suficiente... el Tribunal indaga además si las autoridades nacionales competentes han actuado con una “diligencia especial” durante el desarrollo del procedimiento. La complejidad del caso y las peculiaridades de la investigación son aspectos que deben tenerse en cuenta a estos efectos»*.

En su apartado 83 concluye *«a decir verdad del expediente se deduce que una vez finalizada la instrucción, las pruebas de cargo eran dos declaraciones de la persona denunciante, dos declaraciones del preso y cuatro certificados médicos. Añadido a esto último, nada hace pensar que la duración del procedimiento pueda ser imputable en todo o en parte al comportamiento*

del demandante. Bajo estas condiciones, el Tribunal no puede más que concluir en la existencia de un incumplimiento del deber de “diligencia especial” establecido por el artículo 5.3».

La Sentencia no alcanza a debatir y resolver lo que estimo es el punto clave de la cuestión planteada, que no es otro que el de la justificación misma de la privación de libertad.

Realmente los períodos de prisión acordados funcionalmente para asegurar las resultas del sumario de violación fueron los ordenados por el Juez de Instrucción del Puerto de la Cruz: del 8 de marzo de 1990 al 6 de marzo de 1992 y del 25 de agosto de 1993 hasta el 21 de marzo de 1994, en total dos años y siete meses aproximadamente. Desde este punto de vista, defendido por el agente del Gobierno español ante el Tribunal, resultaría más problemático afirmar la violación del derecho al plazo breve.

El Tribunal, sin embargo, se inclina por considerar que la totalidad del período de prisión sufrido por el señor Scott, de más de cuatro años de duración, se subordinaba al buen fin del sumario por violación, incluyendo los períodos en que la prisión sólo era mantenida por la Audiencia Nacional para asegurar la sujeción del *extraditurus*.

El voto particular discrepante del Juez Repik incide abiertamente en la cuestión. La detención del demandante en el período determinado estaba fundamentada, en parte simultáneamente, en parte sucesivamente, sobre dos títulos jurídicos y judiciales diferentes.

En el período comprendido entre el 6 de marzo de 1992 y el 25 de agosto de 1993 la prisión se fundamenta exclusivamente en la decisión de la Audiencia Nacional y en el procedimiento de extradición. No obstante, el procedimiento de extradición estaba ultimado con la decisión del Consejo de Ministros de 28 de mayo de 1991; sólo faltaba la ejecución del acuerdo de entrega que se aplazaba al vencimiento del proceso penal nacional.

En la medida en que la detención como consecuencia de la extradición ha sido utilizada de acuerdo con los fines del procedimiento penal nacional por violación su legitimidad queda impugnada.

Para el Juez Repik *«el artículo 5.1.f del Convenio permite valorar la legitimidad de la detención de una persona contra la cual “está en curso” un procedimiento de extradición... únicamente por el desarrollo del procedimiento de extradición está justificada la privación de libertad fundamentada en este apartado. De ello se deduce que si el procedimiento no está conducido por las autoridades con la diligencia requerida o si el mantenimiento en prisión es el resultado de la consecución de un objetivo distinto de aquel impuesto por ley, la detención deja de estar justificada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1.f».*

La opinión del Juez Repik, aunque no concuerda con la doctrina sentada en la Sentencia, no debe ser minusvalorada. Es razonable pensar que siendo el procedimiento de extradición un título autónomo de justificación de la prisión preventiva, no puede justificarse ésta en base a objetivos o fines ajenos a la extradición en sí misma considerada.

En el supuesto de hecho que nos ocupa, no deja de ser paradójico que el Juez de Instrucción que instruye el sumario por violación decreta la libertad provisional del imputado el día 6 de marzo de 1992 por entender que no procede la prórroga de la prisión, y que, por el contrario, la Audiencia Nacional sostenga la medida cautelar en espera de que venza un sumario en el que ya se había estimado innecesaria la prisión del sospechoso.

Si atendemos a la gravedad intrínseca del objeto de los respectivos procedimientos, no cabe duda que más trascendente era preservar el buen fin del sumario instruido por hechos acaecidos en territorio español que la entrega del reclamado a las autoridades judiciales británicas por hechos que escapaban al ámbito de la jurisdicción nacional.

En la fundamentación del voto particular anida el respeto del principio de proporcionalidad aunque no se enuncie en ningún momento de modo explícito: una medida cautelar en el curso de un procedimiento de extradición se justifica por el logro de los fines propuestos por la legislación específica que regula este tipo de cooperación judicial internacional.

La persecución de fines no prevenidos en la norma habilitante hace decaer la justificación de la medida y conculca el derecho a la libertad y a la seguridad configurado en el artículo 5 CEDH en la medida en que tales derechos no pueden ser limitados sino con arreglo al procedimiento establecido por la ley y para el logro de los fines que le son propios.

De la misma manera que en la Sentencia Bozano el TEDH desautoriza el uso de un procedimiento de expulsión para lograr fines propios del procedimiento de extradición y denuncia la carga de arbitrariedad que tal opción conlleva, parece congruente considerar también incompatible con los principios de seguridad y libertad hacer uso de medidas cautelares aparentemente subordinadas al buen fin de un procedimiento de extradición para conseguir fines externos a esta forma de cooperación judicial internacional.

La frecuente concurrencia en el tiempo de procedimientos de extradición y de procesos penales dirigidos contra la misma persona favorece la confusión de límites entre ambos tipos de actuación.

La necesaria proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales exige claridad en los motivos y fines perseguidos y rigurosa adecuación a los presupuestos legales que rigen cada procedimiento, que no tienen por qué solaparse ni sufrir indebidas suplantaciones.

**LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA DE LOS TRIBUNALES:
ANTES Y DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
DE 28 DE OCTUBRE DE 1998 (CASO CASTILLO ALGAR vs.
ESPAÑA)**

LUIS RODRÍGUEZ SOL

Doctor en Derecho. Fiscal

SUMARIO: I. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ANTERIORES A LA SENTENCIA CASTILLO ALGAR: 1. *Naturaleza y contenido del derecho a un Juez imparcial.* 2. *Delimitación de los actos de contenido instructorio:* A) La incoación del procedimiento penal; B) La adopción de medidas cautelares; C) La práctica de diligencias de declaración; D) El auto de procesamiento; E) La apertura del juicio oral. 3. *Situaciones en que cabe apreciar la parcialidad objetiva del juzgador:* A) Asunción del enjuiciamiento por quien fue instructor; B) Conocimiento de recursos en la fase de instrucción; C) Repetición del juicio como consecuencia de la declaración de su nulidad; D) Actuación inquisitiva del juzgador durante el juicio oral. 4. *Otras cuestiones abordadas por la jurisprudencia:* A) La recusación como requisito previo para ejercitar el recurso; B) Sujeto del derecho a un Juez objetivamente imparcial y momento en que es invocable.—II. VALOR Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL: 1. *Valor de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.* 2. *La doctrina inicial del TEDH.* 3. *Delimitación del concepto de actos de instrucción.* 4. *El conocimiento de recursos en la fase de instrucción.* 5. *Otros supuestos de posible pérdida de la imparcialidad*

objetiva. 6. Incidencia de la falta de recusación para poder apreciar la violación del derecho a un Juez imparcial.—III. LA STEDH DE 28 DE OCTUBRE DE 1998 (CASTILLO ALGAR vs. ESPAÑA): 1. Los antecedentes de hecho. 2. Los fundamentos de derecho de la sentencia: A) En torno a la necesidad de haber intentado previamente la recusación para invocar el derecho; B) Sobre la violación del derecho a un Tribunal imparcial. 3. El fallo.—IV. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVA DE FUTURO: 1. ¿Supone la STEDH «Castillo Algar» un cambio en la jurisprudencia del TEDH? 2. Incidencia real de la STEDH «Castillo Algar» en las resoluciones posteriores del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. 3. Medidas que se pueden adoptar para preservar la imparcialidad de los Tribunales.

I. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ANTERIORES A LA SENTENCIA *CASTILLO ALGAR*

Para abordar el tema de la incidencia que el reciente pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 28 de octubre de 1998, dictada en el caso *Castillo Algar vs. España*, haya tenido o pueda tener en la praxis procesal penal de los órganos judiciales españoles, es preciso, en primer lugar, hacer un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) acerca de la imparcialidad objetiva de los Jueces y Tribunales.

1. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

El derecho a un Juez imparcial es una de las exigencias que integran el derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 CE. Tal es la doctrina sentada por el TC en sus sentencias 145/1988 y 164/1988, y reiterada posteriormente en otras muchas (1). Por otra parte, aunque alguna resolución del TC expresamente declara que la imparcialidad judicial no guarda relación con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, también reconocido en el artículo 24.2 CE, otra línea jurisprudencial conecta ambas garantías, en un planteamiento ciertamente sugerente. En síntesis, la STC 106/1989, cuyos argumentos reproduce la STC 137/1994, afirma que por «Ley» hay que entender también los requisitos esenciales del Juez establecidos en la

(1) Cfr., por ejemplo, SSTC 138/1991, 282/1993, 372/1993, 32/1994.

Constitución, entre los que se incluyen la independencia e imparcialidad (art. 117.1 CE).

Este derecho al Juez imparcial se perfila en dos vertientes, denominadas imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. La primera de ellas hace referencia a la relación del Juez con las partes, y la segunda a la relación del Juez con el objeto del proceso.

También el TC pone de relieve la existencia, en nuestro ordenamiento, de mecanismos procesales encaminados a garantizar la imparcialidad efectiva de los órganos enjuiciadores, que son la abstención y la recusación (SSTC 145/1988, 157/1993 y 282/1993). Las causas de abstención y recusación no son sino presunciones *iuris et de iure* de parcialidad, y la mayoría de ellas se corresponden con presunciones de parcialidad subjetiva (motivos 1.º a 8.º, 10 y 11 del art. 54 LECr, y motivos 1.º a 8.º y 11 del art. 219 LOPJ). Como causas de parcialidad objetiva se prevén el tener interés directo o indirecto en la causa (arts. 54.9.º LECr y 219.9.º LOPJ), el haber emitido dictamen sobre el proceso como letrado, o o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo (arts. 54.4.º LECr y 219.5.º LOPJ, *i.f.*), y el «haber sido instructor de la causa» (arts. 54.12 LECr y 219.10 LOPJ) «o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia» (art. 219.10 LOPJ)*. Mientras que el interés en la causa, pese a consistir en una relación del Juez con el objeto del proceso sin referencia a las partes, es en cierto modo una causa también subjetiva, porque depende de circunstancias que pertenecen a la esfera personal del juzgador y que permanecen externas al proceso, por lo que habrán de ser objeto de prueba, el hecho de haber sido instructor de la causa es un motivo totalmente objetivo, que no precisa de prueba alguna por ser perfectamente constatable a la simple vista de las actuaciones. Por ello, en definitiva, se puede afirmar que la parcialidad objetiva está íntimamente relacionada con el hecho de haber desarrollado el juzgador algún tipo de actividad instructora y, en general, con la asunción en el proceso de actividades diversas de la del enjuiciamiento definitivo. En consecuencia, se puede decir que el concepto más amplio de parcialidad objetiva es el que propone el artículo 53.11 de la Ley Orgánica 2/1989, de Procedimiento Militar, al regular como causa de abstención y recusación «haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedimiento».

El fundamento de la imparcialidad objetiva se encuentra en que «la actividad instructora [...] puede provocar en el ánimo del juzgador, incluso a

* La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modifica los arts. 54, 56, 63 y 68 LECr. en los apartados 1 a 4 de su Disposición Final 12.ª Ello no obstante, la Disposición Final 17.ª de la misma Ley establece que dichos apartados no serán de aplicación mientras no se proceda a reformar la LOPJ.

pesar de sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar» (STC 154/1988). No necesariamente se producirán dichos prejuicios, pero basta la sospecha o la probabilidad de que puedan producirse para que se haya establecido como garantía constitucional irrenunciable que quien ha sido instructor no pueda ser más adelante juzgador en la misma causa (2).

2. DELIMITACIÓN DE LOS ACTOS DE CONTENIDO INSTRUCTORIO

Afirmado el anterior principio con carácter general, existen ciertas vacilaciones en la jurisprudencia a la hora de determinar qué actos tienen contenido instructorio —en tanto que suponen la vigencia del principio inquisitivo en el proceso y son por ello susceptibles de generar una toma de partido en el que los adopta— y qué actos judiciales, pese a ser adoptados en la fase de instrucción, no tienen naturaleza propiamente instructoria. Está claro que no tienen tal naturaleza los actos de mero trámite, como son: reclamar los antecedentes penales (SSTC 145/1988, 164/1988 y 151/1991, SSTs de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993); la simple citación del imputado o querellado, incluso seguida de la información de derechos y del requerimiento para designar abogado y procurador (STC 98/1990 y STS 13 de mayo de 1993), el ofrecimiento de acciones a los perjudicados (STS de 8 de marzo de 1991), la acreditación de la sanidad del lesionado (STC 145/1988) (3), o el señalamiento de la fecha de inicio del juicio oral (STC 164/88, SSTs de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993).

Todas las actuaciones anteriormente mencionadas tienen en común que no presuponen ninguna valoración de la conducta del encausado en relación con el hecho que se le imputa, y por lo tanto no pueden generar en quien las practica ningún prejuicio acerca de su culpabilidad o inocencia. Contrariamente, sí «contaminan» o previenen psicológicamente al juzgador, convirtiéndolo en un *iudex suspectus*, los actos que presuponen un juicio de imputación o de culpabilidad. A continuación, se analizan algunos actos judiciales en particular.

A) La incoación del procedimiento penal

La resolución por la que se incoa un procedimiento penal supone siempre un juicio sobre la tipicidad de los hechos y en tal sentido requiere ya un pro-

(2) No afecta a la imparcialidad objetiva del juzgador haber intervenido previamente como Juez en un pleito civil cuyo objeto guardaba estrecha relación con la causa penal (STC 47/1998).

(3) Por el contrario, la STC 113/1992, en un *obiter dictum*, considera que es acto instructorio apreciar un informe médico de lesiones.

nunciamento del instructor; así se infiere del artículo 269 LECr *a contrario*, ya que sólo prevé la posibilidad de que el Juez no incoe el procedimiento cuando el hecho denunciado no revista carácter de delito o la denuncia sea manifiestamente falsa.

Que el auto de incoación se considere o no un acto de instrucción en sentido estricto, a efectos de enturbiar la imparcialidad objetiva, dependerá de si se entiende que la imparcialidad objetiva queda comprometida tan sólo cuando se emite un juicio de culpabilidad, que pone en relación el hecho con el autor, o si basta el juicio sobre la tipicidad al margen de cualquier consideración respecto a la autoría.

El TC no ha mantenido una postura uniforme al respecto, y así en ocasiones ha entendido que es acto de instrucción la admisión de una querella (STC 145/1988), así como las comprobaciones necesarias para determinar si es o no delictivo el hecho objeto de una denuncia o querella (STC 11/1989), y en otras ocasiones ha considerado que no afecta a la imparcialidad objetiva el haber incoado el procedimiento (SSTC 164/1988 y 98/1990).

Por su parte, el TS también mantiene que no afecta a la imparcialidad objetiva haber incoado el procedimiento penal (STS de 8 de marzo de 1991), haber acordado la transformación en sumario de unas diligencias previas ya incoadas (STS de 8 de febrero de 1994), o dictar un auto de admisión de querella como consecuencia de la mera constatación del cumplimiento de los requisitos procesales previstos en el artículo 277 LECr (STS de 13 de mayo de 1993). A esto cabe oponer, como se ha apuntado anteriormente, que el auto por el que se incoa un proceso penal nunca es mera consecuencia del cumplimiento de requisitos procesales, sino que necesariamente ha de incorporar al menos un primer juicio —provisional, pero juicio a fin de cuentas— sobre la tipicidad de la conducta. Por ello, sí «contamina» al instructor el haber dictado un auto de sobreseimiento libre (STS de 21 de mayo de 1993).

B) *La adopción de medidas cautelares*

La adopción de medidas cautelares, en tanto que se adoptan respecto de personas determinadas, sí suponen indudablemente un juicio de imputación o culpabilidad. Para dictar la prisión preventiva es requisito inexcusable «que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» (art. 503.3.º LECr), requisito que ha de ser valorado también para acordar la libertad provisional (art. 504 LECr) y que, por último, puede ser también la razón por la que *a contrario sensu* el Juez decida no acordar medida cautelar alguna.

El TC ha mantenido también que afecta a la imparcialidad objetiva el haber resuelto sobre la situación personal del imputado (SSTC 145/1988 y 11/1989), así como la adopción de medidas cautelares, tanto personales como reales (STC 320/1993), ya que estas últimas se basan también en un juicio de imputación y la LECr prevé que sean acordadas «cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona» (art. 589). Sin embargo, el propio TC ha sostenido en alguna ocasión que sólo afecta a la imparcialidad la prisión acordada de oficio y no cuando se dicta como resultado de un debate contradictorio (STC 106/1989); igualmente ha declarado que, en el proceso de menores, la prisión (mejor el internamiento cautelar) acordado por el Juez no compromete su imparcialidad objetiva porque no es acto instructorio, sino limitativo de derechos, en un tipo de procedimiento en el que están separadas las funciones instructora y enjuiciadora (STC 60/1995).

El TS ha considerado que sí afecta a la imparcialidad objetiva resolver sobre la prisión o libertad de los imputados (SSTS de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993).

C) La práctica de diligencias de declaración

En general se admite que sí empañan la imparcialidad del Juez la recepción de declaraciones y la práctica de interrogatorios a imputados o testigos, ya que en ellos el Juez instructor adopta una postura netamente inquisitiva (SSTC 145/1988, 151/1991, 320/1993, 142/1997, SSTS de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993), así como la práctica de careos (STC 151/91), salvo que el Juez no haya interrogado a los careados y se haya limitado a poner de manifiesto las contradicciones existentes en sus declaraciones. Excepcionalmente, la STC 106/1989 entiende que sólo afecta a la imparcialidad objetiva haber interrogado al detenido, pero no haberse limitado a escuchar al imputado que acude a declarar en libertad; también excepcionalmente la STS de 8 de marzo de 1991 considera que no afecta a la imparcialidad objetiva haber tomado declaración al imputado.

En relación con el juicio anticipado de culpabilidad que puede suponer el recibir declaración al imputado, se encuentra la doctrina del TC que considera tal declaración como acto formal de imputación en el procedimiento abreviado —equivalente al procesamiento en el sumario ordinario—, por lo que cabría predicar idénticos efectos de la declaración en concepto de imputado que del auto de procesamiento en orden a considerar afectada o no la imparcialidad objetiva del instructor. Asimismo, habría que cuestionar la doctrina de la mencionada STC 98/1990, que no considera empañada dicha imparcialidad por la citación hecha a los imputados, con instrucción de sus derechos y requiriéndoles para que nombren abogado y procurador.

D) *El auto de procesamiento*

Para dictar el auto de procesamiento es preciso que resulte «del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona», lo que inevitablemente conlleva prejuzgar la culpabilidad de dicha persona. En consecuencia, al margen de lo que sostiene alguna resolución esporádica (STS de 28 de diciembre de 1993), parece claro que queda prevenido o «contaminado» para el enjuiciamiento quien ha acordado el procesamiento [SSTC 55/1990, 136/1992 y ATS de 8 de febrero de 1993 (4)].

Algún autor ha sostenido que las consideraciones anteriores deberían extenderse al auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, dado que es el trámite equivalente al procesamiento en ese procedimiento (5). En realidad —como ya se ha dicho— lo equivalente al procesamiento en el procedimiento abreviado, en cuanto acto formal de imputación, es la declaración en calidad de imputado. De todas formas, aunque la resolución prevista en el art. 789.5.4.^a LECr suele estar escasamente fundamentada (a diferencia de lo que sucede con el procesamiento), al dictarla se le exige al Juez no sólo comprobar la tipicidad del hecho y su encuadre en el marco competencial del procedimiento, sino también prejuzgar la autoría (regla 2.^a del art. 789.5 LECr *a contrario*).

E) *La apertura del juicio oral*

El auto de apertura del juicio oral, en la medida en que contiene una calificación anticipada y provisional sobre los hechos, sí tacha de parcialidad objetiva a quien lo dicta (STC 170/1993), máxime si en él se adoptan medidas cautelares personales (STC 320/1993). Por el contrario, la STS de 2 de diciembre de 1997 afirma que no queda «contaminado» el Presidente de la Sala por haber dictado el auto de apertura del juicio oral, ya que no tuvo contacto con el acusado ni con las pruebas, que es lo característico de la instrucción, fase diferenciable de la denominada intermedia, en la que se encuadra precisamente el auto de apertura del juicio oral.

La clave para interpretar los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales puede estar en función de la diversidad de procedimientos penales que contempla nuestro ordenamiento, ya que si bien en el procedimiento abreviado el Juez de instrucción debe valorar si existen o no indicios racionales

(4) Esta resolución es la única que recoge en el apartado de jurisprudencia aplicable la STEDH dictada en el caso *Castillo Algar vs España*.

(5) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «La imparcialidad judicial objetiva» (Comentario a la STEDH de 28 de octubre de 1998 «Caso Castillo Algar contra España»), en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 376 (4 de febrero de 1999), pág. 5.

de criminalidad para dictar el auto de apertura del juicio oral (art. 790.6 LECr), en el sumario ordinario el Tribunal, si el Fiscal ha solicitado la apertura del juicio oral, debe abrir el juicio oral necesariamente, y sólo podrá acordar el sobreseimiento si estima que el hecho no es constitutivo de delito (art. 645 LECr), por lo que en ningún caso ha de entrar a valorar cuestiones de autoría o a prejuzgar la culpabilidad del acusado.

3. SITUACIONES EN QUE CABE APRECIAR LA PARCIALIDAD OBJETIVA DEL JUZGADOR

A) *Asunción del enjuiciamiento por quien fue instructor*

El supuesto paradigmático de parcialidad objetiva tendrá lugar cuando quien fue instructor, por el transcurso del tiempo y en virtud de promoción o traslado, sea con posterioridad Juez de lo Penal o miembro de la Sala de la Audiencia que haya de conocer de la causa. En muchos casos, cuando un mismo Juez haya llevado toda la instrucción o la mayor parte de la misma, lo lógico es que no se planteen dudas y que tenga lugar la abstención del Juez. En otros casos, puede suceder que quien va a juzgar haya intervenido esporádicamente —sobre todo en virtud de sustitución— y se haya de atender a la naturaleza del acto concreto en que intervino para determinar si es o no un Juez objetivamente imparcial, siendo criterio determinante el que haya realizado o no actos instructorios, conforme al concepto que de los mismos se ha expuesto en el apartado anterior.

B) *Conocimiento de recursos en la fase de instrucción*

Nuestro ordenamiento procesal penal contempla como regla general la recurribilidad de todas las resoluciones que se dictan por los Jueces en la fase de instrucción (arts. 216 y ss. y 787 LECr), estableciendo en último término un recurso de carácter devolutivo (apelación o queja) para cuyo conocimiento es competente el mismo órgano que en ocasiones (se exceptúan tan sólo los delitos competencia de los Juzgados de lo Penal) lo es para el enjuiciamiento (Audiencia Nacional o Audiencias Provinciales). Aunque en estos Tribunales colegiados suele haber varias secciones, puede suceder que, por aplicación de las normas de reparto establecidas, los mismos Magistrados que resolvieron un recurso devolutivo en fase de instrucción sean los encargados del enjuiciamiento y fallo de la causa.

La jurisprudencia sostiene que la resolución de recursos en fase de instrucción no necesariamente «contamina» a los Magistrados que los resuelven

(AATC 33/797 y 100/1998, SSTS de 28 de noviembre de 1997, 2 de marzo de 1998, 15 de abril de 1998 y 16 de octubre de 1998, por citar sólo algunas de las resoluciones más recientes). Ello resulta obvio cuando se trata de medidas de estricta ordenación del proceso que no suponen riesgo de contaminación inquisitiva [STC 85/1992 (6), SSTS de 25 de octubre de 1993 y 3 de noviembre de 1995]. Para el TS no afecta a la parcialidad resolver recursos sobre materias que no afectan a la culpabilidad, como por ejemplo si es competente la jurisdicción penal o la militar (STS de 27 de octubre de 1995).

Respecto a los recursos contra autos de sobreseimiento o archivo, la STC 50/1996 considera que no enturbia la imparcialidad revocar un auto de archivo a instancia de parte, y afirma la STS de 7 de marzo de 1997 que no «contamina» a la Sala haber revocado un auto de archivo (por los diferentes papeles que se asumen, en el caso del sobreseimiento de valorar simples indicios, y en el juicio oral de valorar todas las pruebas practicadas). Por otra parte, según el ATC 335/1997, no queda afectada de parcialidad la Sala que revocó el auto de sobreseimiento dictado por el Juez de lo Penal. Por el contrario, la STS de 21 de mayo de 1993 considera que no es imparcial quien confirmó un auto de sobreseimiento libre.

En relación con los recursos contra el auto de procesamiento, la jurisprudencia ha venido manteniendo que no queda «contaminada» la Sala al resolver (ATS de 10 de noviembre de 1993, SSTS de 15 de abril de 1998 y 24 de septiembre de 1991, SSTS, de Sala de lo Militar, de 21 de junio de 1997 y 18 de octubre de 1997), o que sólo si lo acuerda en contra del instructor pero no si lo confirma (ATS de 8 de febrero de 1993, SSTS de 8 de noviembre de 1993 y 28 de noviembre de 1997). También la STS de 20 de enero de 1996 estima que no se «contamina» la Sala por revocar parcialmente un procesamiento al resolver una apelación.

En materia de recursos contra autos de prisión, entiende la jurisprudencia que resolverlos no necesariamente tacha de imparcialidad a la Sala (el ATC 100/1998 y las SSTS de 2 de marzo de 1998 y 15 de abril de 1998, entre otras, afirman que no compromete la imparcialidad objetiva haber confirmado en apelación la prisión del acusado), ya que al resolver se tienen en cuenta factores diversos, no sólo el juicio anticipado sobre la culpabilidad (SSTS de 23 de noviembre de 1994 y ATS de 10 de noviembre de 1993), pudiendo en ocasiones resolverse la cuestión atendiendo tan sólo a factores como el riesgo de fuga y excluyendo expresamente cualquier pronunciamiento sobre la autoría o cuestión de fondo (STS de 30 de marzo de 1995).

(6) En esta resolución, el TC no apreció parcialidad en quien había revocado un auto de conclusión de sumario que declaraba falta los hechos, al tiempo que ordenaba la práctica de una prueba consistente en la aportación de un certificado oficial.

En relación con el auto de conclusión del sumario, la STS de 28 de diciembre de 1993 no aprecia parcialidad por el hecho de haberlo revocado y haber ordenado la práctica de diligencias solicitadas por las partes, aunque estima que sí la habría si las diligencias se hubiesen acordado de oficio. También la STS de 15 de abril de 1998 considera que no empaña la imparcialidad objetiva haber confirmado el auto de conclusión del sumario.

Por último, la STS de 16 de octubre de 1998 —prácticamente coetánea de la STEDH *Castillo Algar*—, frente a la alegada vulneración de la imparcialidad objetiva por haber resuelto el Tribunal enjuiciador recursos «contra autos de prisión o similares» (*sic*), afirma que no enturbian la imparcialidad del juzgador: ni la desestimación de la apelación contra el auto de procesamiento, si sólo se decide acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la base de un relato preparado por el instructor, sin haber tomado contacto con el material de hecho de la instrucción; ni tampoco la resolución por la que el Tribunal mantiene una situación de prisión acordada por el instructor, si se fundamenta estrictamente en la subsistencia de los indicios, en la gravedad del delito imputado o en el riesgo de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. En definitiva —concluye la citada resolución— lo realmente trascendente, para determinar si se mantiene o no imparcial el Tribunal que ha resuelto recursos interpuestos contra las decisiones del instructor, «es discernir si en aquellas decisiones se han manifestado o no, con claridad suficiente, prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado».

C) *Repetición del juicio como consecuencia de la declaración de su nulidad*

La nulidad del juicio oral y su necesaria repetición pueden tener lugar como consecuencia de la estimación de un recurso de apelación fundado en vulneración de normas o garantías procesales que causaren indefensión (art. 795.2 LECr), así como de un recurso de casación por quebrantamiento de forma [art. 901 bis a) LECr] o por infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ).

En todos estos casos, si la Sala que ha de enjuiciar nuevamente el caso se compone de los mismos Magistrados que ya fallaron la primera vez, surgen sospechas racionales acerca de la más que posible prevención psicológica de los juzgadores a la hora de tener que dictar nuevo fallo, para el cual no deberían tener en cuenta otra prueba distinta de la practicada en la segunda vista.

La doctrina del TC al respecto es que no es una exigencia legal ni constitucional derivada del derecho a un Juez imparcial, ni una exigencia del principio de imparcialidad objetiva, que no puedan volver a enjuiciar nuevamente el asunto quienes lo hicieron con anterioridad, salvo en el caso de que con tal

actuación se pudiese crear cierto recelo de parcialidad (SSTC 157/1993 y 316/1993).

Por el contrario, la jurisprudencia del TS mantiene, con escasas excepciones (STS de 11 de noviembre de 1992), que, para evitar el riesgo de parcialidad objetiva, lo procedente en estos casos es que la Sala ante la que se ha de volver a celebrar de nuevo el juicio se componga de Magistrados distintos a los que intervinieron en la anterior ocasión (SSTS de 4 de abril de 1991, 30 de abril de 1991, 24 de junio de 1991, 11 de julio de 1991, 5 de mayo de 1992, 27 de enero de 1992, 5 de mayo de 1993, 3 de octubre de 1997, 2 de junio de 1997 y 16 de febrero de 1998)*.

Distinto del caso de nueva celebración del juicio declarado nulo es el supuesto en que se celebra separadamente el juicio respecto de varios acusados en una misma causa, ya sea por haberse declarado rebelde a alguno de ellos (art. 842 LECr), porque alguno de los acusados ha dejado de comparecer al acto del juicio (art. 793.1 LECr) o porque se ha acudido al expediente de formación de piezas separadas para el enjuiciamiento (art. 784.7.ª LECr). En estos casos, se considera que el haber enjuiciado a uno de los acusados no es obstáculo para que el mismo Tribunal pueda juzgar después a otro u otros acusados, sin merma de su imparcialidad objetiva, ya que no existe identidad subjetiva en el juicio de culpabilidad que la Sala ha de formular en uno y otro caso (STS de 9 de junio de 1993).

D) *Actuación inquisitiva del juzgador durante el juicio oral*

Por último, puede considerarse que existe también parcialidad objetiva en el juzgador cuando éste, en el transcurso del juicio oral, adopta claramente una actitud propia de las partes, como sucede cuando el Tribunal suplanta el papel que corresponde a éstas aportando pruebas por propia iniciativa. Así, la STS de 21 de marzo de 1994 dice que el art. 729.2.º LECr tiene su límite en el derecho del acusado a ser juzgado por un Tribunal imparcial, por lo que dicho precepto no puede ser utilizado en contra del acusado. Por su parte, la STS de 23 de septiembre de 1995, en un intento por conciliar los argumentos aparentemente contradictorios de dos sentencias anteriores de idéntica fecha (SSTS de 1 de diciembre de 1993), sostiene que una lectura constitucional del art. 729.2.º LECr obliga a interpretar que esta norma no es de aplicación cuando se pretendan probar los hechos, sino simplemente cuando se quiera contrastar o verificar si otras pruebas aportadas por las partes son fiables; por

* El mismo criterio se ha venido manteniendo después de la STEDH *Castillo Algar* (SSTS de 22 y 24 de junio de 1999).

tal motivo, no se mantiene imparcial el juzgador que acuerda recibir declaración a un testigo de cargo propuesto de manera extemporánea por el Fiscal. En esta línea —aunque sea posterior a la STEDH *Castillo Algar*— se debe mencionar también la STS de 7 de abril de 1999, la cual afirma que el hecho de «hacer leer (el Presidente del Tribunal) la declaración en sede policial de un acusado, cuya petición con fines probatorios había sido omitida por la acusación [...] descubre una posición del juzgador aparentemente tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusada».

Finalmente, la STS de 11 de mayo de 1999 contiene una interesante recapitulación de la jurisprudencia existente sobre la materia y de su evolución. Esta resolución viene a confirmar las tesis anteriormente expuestas, sin bien en el caso concreto analizado (introducción de una nueva prueba orientada tan solo a la verificación y contraste con otras pruebas ya aportadas) no se aprecia pérdida de la imparcialidad objetiva.

4. OTRAS CUESTIONES ABORDADAS POR LA JURISPRUDENCIA

A) *La recusación como requisito previo para ejercitar el recurso*

Es unánime la doctrina del TC al exigir, como requisito para acceder al recurso de amparo fundado en vulneración del derecho a un Juez imparcial, haber intentado previamente la recusación del Juez que se estimase no era imparcial (SSTC 138/1991, 384/1993, 206/1994 y 26/1997), como plasmación práctica de haber agotado la vía judicial previa (art. 43.1 LOTC).

También el TS ha venido interpretando que la falta de recusación previa impide estimar el recurso de casación que invoque la violación del derecho al Juez imparcial (SSTS de 28 de septiembre de 1992, 20 de mayo de 1997, 7 de marzo de 97, 2 de marzo de 1998, 16 de octubre de 1998 y ATS de 10 de septiembre de 1997). Sólo la STS de 27 de enero de 1992, excepcionalmente, consideró que la falta de recusación no era óbice para poder apreciar la vulneración o no del mencionado derecho.

B) *Sujeto del derecho a un Juez objetivamente imparcial y momento en que es invocable*

Frente a la concepción amplia de la parcialidad que estableció la STC 145/1988 («prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar»), la posterior STC 136/1992 ha afirmado que la imparcialidad objetiva —a diferencia de la subjetiva— sólo es predicable del acusado, no de los acusadores, que no la pueden invocar. Esta postura no parece muy razonable, por cuanto limita el derecho a un proceso con

todas las garantías, en el que se integra el derecho a un Juez imparcial, a una sola parte del proceso.

Por el contrario, sí resulta lógico afirmar que la imparcialidad objetiva sólo puede hacerse valer por el acusado, en el sentido de que no es alegable en fase de instrucción y que su lesión sólo se consuma tras el fallo (SSTC 170/1993 y 32/1994). Sin embargo, la más reciente STC 98/1997 ha afirmado que el derecho al Juez imparcial debe regir también en la fase de instrucción, y en particular en el trámite sobre la situación personal del imputado; ello no obstante, confirma la línea jurisprudencial de las anteriores resoluciones en el sentido de que no necesariamente vulnera el citado derecho el hecho de que el mismo Juez que instruye sea quien acuerde la prisión.

En otro orden de cosas, debe ser imparcialmente objetivo tanto quien juzga en primera como en segunda instancia (SSTC 320/1993 y 142/1997).

II. VALOR Y EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

1. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE Estrasburgo

El reconocimiento de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo (en adelante TEDH) tiene su base en la ratificación por España del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) (7), que ha pasado así a ser parte de nuestro derecho interno (art. 96.1 CE).

Además, para la interpretación del contenido de los derechos fundamentales, constituyen un elemento interpretativo de primer orden los tratados internacionales suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE). Por ello, aparte de las obligaciones que para España se puedan derivar de las sentencias en que resulte condenada como consecuencia de la violación de alguno de los artículos del Convenio, la jurisprudencia emanada del TEDH —al resolver cualquiera de los casos que se le plantean, sea cual sea el país demandado— constituye un valioso acervo que ha de ser utilizado como criterio hermenéutico para precisar los concretos contornos de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, pero teniendo al mismo

(7) El Convenio fue firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, por los entonces países miembros del Consejo de Europa; fue ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 («BOE» núm. 243, de 10 de octubre).

tiempo presente que lo que establece el TEDH es una jurisprudencia «de mínimos», que no impide la vigencia, en los ordenamientos internos de cada uno de los Estados parte, de mayores garantías para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

El derecho a un Juez imparcial es uno de los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH, que en su art. 6.1 establece: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente [...] por un Tribunal independiente e imparcial [...] que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra aquélla».

Refiriéndose concretamente a este derecho, la STC 157/1993 señala cómo la Constitución impone determinados condicionamientos al legislador a la hora de regular las causas de abstención y recusación —derivados del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 24.2, a la luz del art. 10.2 y los pronunciamientos de los órganos llamados a aplicar e interpretar esos convenios—, llegando a afirmar que «los pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados en especial por el TEDH) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello».

2. LA DOCTRINA INICIAL DEL TEDH (8)

La doctrina general acerca del contenido de este derecho ya fue sentada por el TEDH en sus Sentencias de 1 de octubre de 1982 (*Piersack vs. Bélgica*) y 26 de octubre de 1984 (*De Cubber vs. Bélgica*). Distinguen estas sentencias, con doctrina que asumen las posteriores, dos aspectos a la hora de comprobar la imparcialidad del Juez: uno subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal del Juez en el caso concreto; otro objetivo, que ha de tomar en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (9), se refiere a si el Juez concreto ofrece las garantías suficientes para excluir cual-

(8) Sólo existen versiones oficiales de las resoluciones del TEDH en inglés y francés, las dos lenguas oficiales del Consejo de Europa. Por tanto, ninguna de las citas que se hacen a continuación en castellano es ni puede ser literal.

(9) Aunque estas consideraciones de carácter funcional y orgánico se refieren la mayor parte de las veces a una posible intervención previa del juzgador en el proceso, por razón de su función o cargo, y a estos supuestos se va a referir exclusivamente el análisis de la jurisprudencia que se expone a continuación, también incluye el TEDH como causa de parcialidad objetiva, sobre todo en materia civil o administrativa, la posible vinculación del juzgador —derivado de su cargo, posición o intereses profesionales— con el objeto del pleito. Cfr., por ejemplo, SSTEDH de 22 de junio de 1989 (caso *Langborger vs. Suecia*), de 25 de noviembre de 1993 (caso *Holm vs. Suecia*) y de 20 de mayo de 1998 (caso *Gautrin y otros vs. Francia*).

quier duda razonable sobre su parcialidad. En tanto que la parcialidad subjetiva debe ser presumida mientras no se pruebe lo contrario, en sede de imparcialidad objetiva hasta las apariencias pueden revestir cierta importancia. Por ello —concluye la STEDH *Piersack*— todo Juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso, pues está en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. En ambos casos estimó el Tribunal que se había vulnerado el derecho a un Juez imparcial: en uno de ellos (*Piersack*), porque el Presidente del Tribunal penal que enjuició al demandante había actuado anteriormente como Fiscal y, aunque no había intervenido directamente, había tenido amplios poderes de supervisión sobre la actuación de los Fiscales que llevaron las investigaciones del caso; en el otro (*De Cubber*), porque uno de los Magistrados que integraban el Tribunal enjuiciador había cumplido antes funciones de Juez instructor en el mismo caso, siendo la instrucción en el derecho belga una tarea inquisitiva, de carácter secreto y no contradictorio, por lo que resultaba lógico el recelo del inculcado ante quien había acordado su detención preventiva y le había interrogado frecuentemente durante la instrucción, dictándole preguntas movido por el deseo de averiguar la verdad (10).

3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ACTOS DE INSTRUCCIÓN

Las sentencias anteriormente comentadas habían hablado de la importancia de las apariencias y de los temores o recelos de parcialidad que determinadas situaciones pueden crear en los justiciables. Pero, como destaca la STEDH de 24 de mayo de 1989 (*Hauschildt vs. Dinamarca*) y reitera la jurisprudencia posterior, lo relevante es que tales temores estén objetivamente justificados. A partir de este momento, el TEDH restringe la amplitud con que parecía haber definido el derecho y comienza a establecer una jurisprudencia desigual, no carente de contradicciones en muchas ocasiones y dominada por un exceso de casuismo, condicionado en gran parte por la diversidad de sistemas y modelos procesales que imperan en los diferentes Estados parte del CEDH.

(10) La STEDH de 30 de octubre de 1991 (caso *Borgers vs. Bélgica*) consideró también contrario al derecho a un Juez imparcial el hecho de que el Fiscal hubiese intervenido sin voto en las deliberaciones del Tribunal. También se apreció violación del derecho, tal como se refleja en el dictamen de la Comisión anexo a la STEDH de 1 de marzo de 1990 (caso *Kristinsson vs. Islandia*), en un supuesto en que el juzgador había intervenido previamente, como comisario de policía y como Juez instructor, en un proceso por delito de tráfico.

Frente a la opinión forjada en relación con la actuación del Juez de instrucción en el proceso belga (*De Cubber*), el TEDH adopta otra postura cuando se trata de la actuación de los que se podrían denominar «Jueces de garantías» en sistemas en que la instrucción corresponde al Ministerio Público. Así, por ejemplo, en el propio caso *Hauschildt*, el TEDH sostiene que —con arreglo al derecho danés, donde la instrucción depende exclusivamente de la policía y del Ministerio Público— los Jueces realizan durante la instrucción una función meramente fiscalizadora y, al resolver sobre la prisión, únicamente valoran si las sospechas de la policía tienen algún fundamento, sin que la valoración de tales sospechas pueda equipararse a una declaración formal de culpabilidad; ello no obstante, el TEDH concluye apreciando la vulneración del derecho a un Juez imparcial, ya que, en el caso concreto, al prorrogar hasta nueve veces la prisión del imputado, el Juez que posteriormente presidió el Tribunal enjuiciador se basó en un precepto de la ley procesal danesa que prevé se pueda acordar la prisión si hay sospechas confirmadas de que el imputado ha cometido un delito, lo que evidentemente supone emitir un juicio sobre la culpabilidad.

Siguiendo con la indicada línea jurisprudencial, el TEDH ha considerado que el haber acordado la prisión del imputado no necesariamente empaña la imparcialidad del juzgador. Concretamente, en la Sentencia de 26 de febrero de 1993 (*Padovani vs. Italia*), afirma que los temores de parcialidad respecto del Magistrado que —en el marco del procedimiento denominado *giudizio direttissimo* (procedimiento especial para delitos flagrantes en que el detenido es conducido directamente al Juez competente para el fallo)— interrogó y mantuvo la detención del imputado, no están objetivamente justificados, entre otras razones porque se basó para privarle de libertad en la propia declaración del inculcado. De modo similar, en la Sentencia de 24 de agosto de 1993 (*Nortier vs. Países Bajos*) —en relación con el proceso holandés de menores, en el que la instrucción compete al Fiscal— consideró no «contaminado» al Juez que, antes de juzgar, había resuelto hasta cuatro veces sobre la petición de prisión para el imputado (menor de edad) formulada por el Fiscal ante el peligro de reincidencia, porque tampoco apreció que los recelos de parcialidad estuviesen objetivamente fundados, ya que al Juez le bastaba con constatar la existencia de «indicios serios» al acordar la prisión y que la acusación se basaba en datos válidos, además de que el menor se había confesado autor de la infracción y no recusó al Juez cuando tuvo oportunidad de hacerlo.

En la STEDH de 24 de febrero de 1993 (*Fey vs. Austria*), el Tribunal estimó —en relación con un procedimiento penal equivalente a nuestro juicio de faltas— que no cabía tildar de parcialidad al Juez por el hecho de

haber desarrollado unas investigaciones preliminares que incluían el haber recibido declaración al denunciante (en virtud de comisión rogatoria), ya que sólo en el acto del juicio, que es donde se presentan todos los elementos de prueba, pudo el juzgador formarse una opinión sobre la culpabilidad del acusado. De modo similar, en la STEDH de 22 de febrero de 1996 (*Bulut vs. Austria*), al analizar un supuesto en que uno de los Jueces encargados del fallo había participado en la instrucción interrogando a dos testigos, se llegó a la conclusión de que ello no había supuesto una previa apreciación de las pruebas por parte del juzgador y que, por tanto, el temor de parcialidad no estaba objetivamente justificado.

Tampoco consideró el TEDH que hubiese habido parcialidad objetiva en la Sentencia de 22 de abril de 1994 (*Saraiva de Carvalho vs. Portugal*). Se cuestionaba en concreto si era o no imparcial el Presidente del Tribunal que había dictado previamente contra el acusado un *despacho de pronuncia* (resolución equivalente a la apertura del juicio oral, en tanto que es posterior a la formulación del escrito de acusación). El Tribunal argumentó que los temores de parcialidad no estaban objetivamente justificados porque el solo hecho de haber adoptado el juzgador decisiones anteriores en el proceso no justifica en sí aprensiones sobre su parcialidad, lo que cuenta es la naturaleza y la amplitud de esas decisiones; por ello, dado que el *despacho de pronuncia* no es una declaración formal de culpabilidad, y el Juez que lo dicta no se encuentra vinculado por él y disfruta de entera libertad para concluir sobre el fondo basándose en las pruebas debatidas contradictoriamente en la vista oral, los temores no estaban objetivamente fundados.

4. EL CONOCIMIENTO DE RECURSOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Con respecto a esta cuestión, ya la vieja STEDH de 16 de julio de 1971 (*Ringeisen vs. Austria*) estableció que no podía elevarse a principio general, derivado del deber de imparcialidad, que una jurisdicción de recurso, que anule una decisión administrativa o judicial, tenga la obligación de remitir el asunto a un órgano de esta autoridad compuesto de forma distinta.

El tema volvió a plantearse en la STEDH de 27 de noviembre de 1987 (*Ben Yaakoub vs. Bélgica*). Aunque se trata de una sentencia de conformidad, por lo que sus fundamentos jurídicos se limitan a comprobar la corrección del acuerdo logrado entre el demandante y el gobierno belga, incorpora el dictamen previo de la Comisión, que en una decisión controvertida (adoptada por seis votos frente a cuatro) aprecia que no es objetivamente imparcial un Magistrado que previamente se había pronunciado sobre el mantenimiento de la prisión preventiva del imputado, ya que tal decisión le había permitido

adquirir un conocimiento profundo del caso y de la personalidad del acusado, con el riesgo de formarse una opinión preconcebida sobre su culpabilidad. Sin embargo, tres miembros de la Comisión formularon voto particular, por entender que el citado Magistrado se había limitado a hacer una valoración judicial de la instrucción al pronunciarse sobre la situación personal del inculcado, sin adoptar una posición activa como en el caso del Juez de instrucción.

De nuevo la STEDH de 16 de diciembre de 1992 (*Saint-Marie vs. Francia*) abordó el problema de la posible parcialidad de los Magistrados que habían confirmado un auto de prisión dictado contra el acusado. El caso presentaba matices particulares, ya que el acusado había sido detenido como autor de un atentado, se le habían incoado dos procedimientos separados (uno por destrucción de inmueble y otro por tenencia de armas y asociación criminal), y dos de los Magistrados que habían confirmado la resolución del Juez de instrucción por la que se denegaba su solicitud de libertad en el primero de los procesos formaron parte del Tribunal que le juzgó en el segundo de ellos. El TEDH apreció en este caso que no cabía hablar de parcialidad, porque los Jueces que confirmaron la prisión se basaron en las propias declaraciones del acusado, corroboradas además por pruebas materiales no impugnadas, y se limitaron a valorar de forma sumaria la consistencia de las sospechas policiales y si había riesgo de fuga.

Por el contrario, la STEDH de 23 de mayo de 1991 (*Oberschlick vs. Austria*) consideró que no podía emitir un juicio imparcial, en la apelación contra el fallo de un Juez de instrucción en un proceso similar a nuestro juicio de faltas, la misma Sala que anteriormente había revocado el auto de sobreseimiento dictado por el instructor*.

5. OTROS SUPUESTOS DE POSIBLE PÉRDIDA DE LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA

La interesante STEDH de 7 de julio de 1996 (caso *Ferrantelli y Santangelo vs. Italia*) analiza un supuesto en que, como consecuencia de un delito de asesinato en cuya comisión intervinieron dos menores de edad, éstos fueron juzgados por un Tribunal de la jurisdicción de menores, pero presidido por el mismo Magistrado que anteriormente había presidido también el Tribunal penal llamado a resolver el recurso de apelación contra la sentencia dictada respecto de un copartícipe mayor de edad, que resultó condenado. El TEDH consideró que no se trataba de un Juez imparcial, porque su interven-

* También STEDH de 26 de agosto de 1997 (caso *Haan vs. Países Bajos*) consideró que no era imparcial, para resolver un recurso interpuesto contra una decisión administrativa, un Tribunal de apelación presidido por el mismo Magistrado que en primera instancia ya había desestimado el recurso.

ción en el anterior proceso justificaba las sospechas de que podía haberse forjado una idea preconcebida acerca de los hechos que estaba llamado a enjuiciar.

Por el contrario, la STEDH de 10 de junio de 1996 (caso *Thomann vs. Suiza*) no consideró atentatorio contra el derecho a un Juez imparcial que un condenado en rebeldía a pena de más de dos años de prisión, después de haber conseguido la revisión de su condena y la celebración de un nuevo juicio, fuese juzgado nuevamente por los mismos tres Magistrados que ya le habían condenado en ausencia. El TEDH descartó una posible afectación de la imparcialidad porque no había habido un ejercicio sucesivo de funciones jurisdiccionales distintas, sino un pronunciamiento en dos momentos distintos sobre el mismo asunto. Argumentó el TEDH que los Magistrados no estaban ligados por su primera decisión, ya que retomaban desde su punto de partida el caso en su conjunto, todas las cuestiones permanecían abiertas y podían ser objeto de un nuevo debate contradictorio a la luz de la información más completa que podía proporcionar la comparecencia del acusado. Y añadió, recordando la doctrina *Ringeisen* (citada *supra*), que si una jurisdicción estuviera obligada a modificar su composición cada vez que debe resolver el recurso de un condenado ausente, éste podría considerarse con ventaja respecto a los que comparecen, ya que dispondría de dos juicios distintos en un sola instancia (11); además, ello contribuiría a retardar el trabajo de la justicia y obligaría a un mayor número de jueces a estudiar el mismo asunto, lo que parece incompatible con el respeto de un «plazo razonable» (terminología empleada por el art. 6.1 CEDH para aludir al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

De manera similar, aunque no se trataba de un proceso penal sino de la resolución de un procedimiento sancionador por un órgano administrativo (el Consejo Nacional de Médicos francés), el TEDH estimó en la STEDH de 26 de septiembre de 1995 (*Diennet vs. Francia*) que no hubo violación del art. 6.1 del Convenio pese a que, una vez anulado el procedimiento por la justicia administrativa y ordenada su revisión, la sanción le fue nuevamente impuesta al demandante por el mismo órgano, compuesto por siete miembros de los cuales tres ya habían participado en la primera imposición de la sanción.

(11) Como se puede observar, se trata de un supuesto análogo a nuestro recurso de anulación (art. 797.2 LECr). Sin embargo, resultaría aventurado extrapolar las conclusiones sentadas por el TEDH sobre la no vulneración del derecho a un Juez imparcial en el caso *Thomann* a la resolución del recurso de anulación. Teniendo en cuenta, por ejemplo, que el recurso de anulación puede ser interpuesto también contra la sentencia aun después de haber sido apelada, no parece correcto sostener que, según la doctrina del TEDH, pueden resolver con imparcialidad un recurso de anulación los mismos Magistrados que resolvieron ya la apelación contra la sentencia del Juez de lo Penal. En cuanto a la afectación de la imparcialidad objetiva en los supuestos de repetición del juicio por haberse declarado su nulidad, *vide supra* el apartado I.3.C).

6. INCIDENCIA DE LA FALTA DE RECUSACIÓN PARA PODER APRECIAR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

El TEDH estableció en su Sentencia *Hauschildt*, citada, que, cuando se pone en duda la imparcialidad, el medio idóneo para corregirla es la recusación —lógicamente también, y con carácter previo, la abstención—, pero que no es necesario acudir a ella cuando no hay certeza de que vaya a ser atendida.

En el caso *Pfeifer & Plankl vs. Austria* (STEDH de 25 de febrero de 1992), el demandante denunciaba haber sido enjuiciado por dos Magistrados que habían actuado anteriormente como instructores, si bien era cierto que el Presidente del Tribunal le había advertido previamente de esta circunstancia y de la posibilidad de su recusación, a lo que el demandante había renunciado. El TEDH pone en duda que tal renuncia pueda ser válida y concluye que, en el caso concreto, la renuncia, formulada sobre la marcha y en ausencia de su abogado, no puede ser tenida en consideración.

Por el contrario, las SSTEDH *Nortier y Bulut*, citadas, valoran el hecho de que el denunciante no haya recusado al juzgador como un dato más a tener en cuenta para apreciar que los temores de parcialidad no están objetivamente fundados. También la STEDH de 6 diciembre de 1988 (*Barberá, Mesegué y Jabardo vs. España*) rechazó la alegación de haberse vulnerado el derecho a un Juez imparcial porque no se había planteado oportunamente la recusación.

III. LA STEDH DE 28 DE OCTUBRE DE 1998 (*CASTILLO ALGAR VS. ESPAÑA*)

1. LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Ricardo Castillo Algar fue procesado, en el curso de un procedimiento seguido por delito contra la Hacienda militar ante esta jurisdicción, por el Juez Togado que instruía el caso. El auto de procesamiento fue recurrido en apelación ante el Tribunal Militar Central, que estimando el recurso revocó el procesamiento y, seguidamente, dictó auto de sobreseimiento libre. Este auto de sobreseimiento, recurrido en casación por el Fiscal, fue anulado por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Esta sentencia del TS fue recurrida en amparo por Castillo Algar, recurso que el TC inadmitió.

Como consecuencia de la sentencia del TS, el Juez Togado dictó nuevo auto de procesamiento, que también esta vez fue recurrido en apelación. Pero en esta ocasión, el Tribunal Militar Central confirmó el procesamiento, fundándose para ello en que la sentencia del TS que había anulado el sobre-

seimiento se había referido a la existencia de indicios suficientes para considerar que podía existir un delito militar, y en la inexistencia de razones jurídicas suficientes para deshacer la tipicidad.

Señalada fecha para la vista, se le notificó al acusado la composición del Tribunal, entre cuyos Magistrados figuraban, como Presidente y como Ponente, dos de los Magistrados que habían formado parte de la Sala que había confirmado su procesamiento. Celebrado el juicio, Castillo Algar fue condenado a la pena de tres meses y un día de prisión. Esta sentencia fue recurrida por él en casación ante la Sala de lo Militar del TS, alegando la vulneración del derecho a un Juez imparcial. La STS de 4 de noviembre de 1994 desestimó el recurso por dos motivos: uno de forma (el recurrente, pudiendo hacerlo, no había intentado previamente la recusación de los Jueces que estimaba parciales) y otro de fondo (la actuación del Tribunal Militar Central confirmando el procesamiento no podía ser calificada como un acto de instrucción susceptible de afectar a la imparcialidad objetiva). Esta sentencia fue a su vez recurrida en amparo, y el TC (ATC 70/1995, de 20 de febrero) inadmitió el recurso, suscribiendo íntegramente los argumentos de la STS de 4 de noviembre de 1994.

Finalmente, Castillo Algar decidió demandar al Reino de España ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, invocando vulneración del art. 6.1 TEDH, porque su causa no había sido oída por un Tribunal imparcial. La Comisión admitió la demanda, estimó por unanimidad que había existido violación del citado artículo y el Gobierno español sometió el asunto al TEDH.

2. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

A) *En torno a la necesidad de haber intentado previamente la recusación para invocar el derecho*

En primer lugar, se plantea el TEDH la prosperabilidad de la alegación preliminar planteada por el Gobierno español, el cual consideraba que el demandante no había agotado los recursos internos tal como exige el art. 26 CEDH, ya que había conocido con suficiente tiempo la composición del Tribunal y no había intentado la recusación de los Magistrados que consideraba no eran imparciales.

El TEDH —tras recordar que la finalidad de la exigencia de agotamiento de los recursos internos es proporcionar al Estado demandado la posibilidad de prevenir o corregir las violaciones alegadas antes de acudir a los órganos del CEDH, teniendo en cuenta que el demandante alegó la vulneración del derecho a un Tribunal imparcial tanto en el recurso de casación ante el TS como en el recurso de amparo ante el TC, y que en ambos casos fueron

resueltos en su contra por entender que la actuación previa del Tribunal confirmando el procesamiento no podía considerarse como una actividad instructora que pudiese afectar a su imparcialidad objetiva— declara que los Tribunales españoles, a pesar de no haberse solicitado la recusación, no habían carecido de ocasiones para corregir la violación alegada.

B) *Sobre la violación del derecho a un Tribunal imparcial*

El Tribunal comienza recordando toda su doctrina acerca de la imparcialidad, subjetiva y objetiva, que en relación con esta última hay que preguntarse si ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de la imparcialidad del Juez, motivo por el cual incluso las apariencias pueden revestir importancia, que de ello depende la confianza que los Tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática y que, en definitiva, el elemento determinante para apreciar si se ha violado o no el derecho a un Juez imparcial consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados. Recuerda, asimismo, que tal decisión varía según las circunstancias de cada caso, ya que el simple hecho de haber tomado decisiones antes del proceso no justifica por sí sola los posibles celos de parcialidad (doctrina del caso *Hauschildt*). Seguidamente, considera que los términos empleados por el Tribunal en el auto que confirmó el procesamiento, fácilmente podían llevar a pensar que los integrantes de la Sala, entre los que se contaban los dos Jueces tachados de parcialidad por el recurrente, habían hecho suyo el punto de vista adoptado por el TS en su sentencia de casación, según la cual existían «indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar» en términos de un estricto análisis de tipicidad (12). Por ello, tras hacer una somera referencia al caso *Oberschlick*, el TEDH concluye que, en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador pudo suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificados.

3. EL FALLO

El TEDH declara que ha habido violación del art. 6.1 del CEDH, que la constatación de tal violación ya constituye una satisfacción equitativa sufi-

(12) Concretamente, en el auto se afirmaba que bastaba con leer la sentencia dictada por el Tribunal Supremo para deducir que aquella se refería, en sus fundamentos de derecho, a la existencia de indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar, a la inexistencia de razones jurídicas suficientes para deshacer la tipicidad, apreciada en la instrucción, y a la ausencia de fundamentación suficiente para revocar el auto de procesamiento y la apariencia de tipicidad sobre la cual dicho auto se apoyaba.

ciente para reparar el daño moral alegado por el demandante, y condena en costas al Estado español.

El Tribunal recuerda, antes de dictar el fallo, que una sentencia que reconoce una violación impone al Estado demandado la obligación de poner término a la violación y de borrar sus consecuencias, de modo que se restablezca en lo posible la situación anterior a la violación (*restitutio in integrum*); si esto último no fuera posible, los Estados son libres de escoger los medios que emplearán para ajustarse a la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVA DE FUTURO

1. ¿SUPONE LA STEDH *CASTILLO ALGAR* UN CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH?

Aunque hay opiniones que defienden lo contrario (13), no parece que se pueda afirmar con rotundidad que tal cambio haya tenido lugar. La STEDH *Castillo Algar* reitera las máximas y conceptos que el TEDH ya había venido empleando en sus anteriores resoluciones (importancia de las apariencias, existencia o no de temores objetivamente justificados y necesidad de resolver caso por caso). En este sentido, la STEDH *Castillo Algar* no es sino un eslabón más en una cadena jurisprudencial que, lejos de proporcionar seguridad jurídica a los justiciables, se pierde en un exceso de casuismo, condicionado en gran parte por la diversidad de modelos procesales que abarca en su conocimiento y que, por el mismo motivo, sólo con mucha cautela se puede aplicar para resolver, sin ayuda de otros criterios, situaciones aparentemente similares.

Ahora bien, sí se puede afirmar con rotundidad que el TEDH ha declarado, sobre la exigencia de imparcialidad objetiva, en el caso concreto español y en la única sentencia en que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre él, algunas cosas muy importantes:

1.º Que la falta de recusación previa no le va a impedir conocer de los recursos que se le presenten por violación del derecho a un Juez o Tribunal imparcial, siempre que el demandante haya intentado salvaguardar su derecho mediante otro tipo de expedientes procesales aptos para ello (en particular, los recursos de apelación, casación o amparo) y haya agotado la vía de tales recursos.

(13) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Op. cit.*, pág. 5.

2.º Que no necesariamente se ha de deducir que no pueden ser imparciales los Jueces que han tomado decisiones en el mismo proceso antes del juicio, supuesto en que se hallan los Magistrados que resuelven las apelaciones o quejas contra los autos de los Jueces de instrucción, sino que la respuesta se ha de dar caso por caso.

3.º Que, en el caso concreto de los Magistrados que confirman un procesamiento (*a fortiori* si lo decretan *ex novo*), sí pueden existir temores objetivamente fundados acerca de su falta de imparcialidad, por lo que —si se quiere garantizar al máximo la imparcialidad del Tribunal— tales Magistrados no deberían formar parte del órgano sentenciador.

Aplicando en buena lógica esta misma doctrina, teniendo en cuenta, de una parte, que tanto en la apelación como en la queja las atribuciones del Tribunal se extienden a conocer de todos los elementos de hecho y de derecho que pudo valorar el instructor al adoptar su decisión, y de otra, que no sólo en el procesamiento se puede anticipar un juicio de culpabilidad, sino que la valoración de si existen o no indicios de criminalidad puede llevarla a cabo el Juez de instrucción en otras muchas resoluciones, como ya se expuso anteriormente (autos de admisión de querella, de incoación de sumario o de diligencias previas, de prisión u otras medidas cautelares, de sobreseimiento y de archivo, de transformación en procedimiento abreviado o de apertura del juicio oral), se podría llegar a la conclusión de que los temores de parcialidad, respecto de los Magistrados que conociesen de los recursos contra estos autos, estarían también objetivamente fundados.

Sin embargo, quedamos a expensas del futuro casuismo del TEDH, porque, de la misma manera que para resolver el caso *Castillo Algar* sólo se trajo a colación el antecedente del caso *Oberschlick* y no otros, para resolver hipotéticos casos en que, p.e., se plantee la parcialidad de quien confirmó un auto de prisión, el TEDH puede acudir a la doctrina de los casos *Saint-Marie*, *Padovani* o *Nortier*, para concluir que la decisión sobre la prisión no debía haber suscitado, en ese caso concreto, recelos objetivamente fundados de parcialidad.

De hecho, resulta paradójico, una vez conocida cuál ha sido la decisión tomada por el TEDH en el caso *Castillo Algar*, comprobar cómo la jurisprudencia, tanto del TC como del TS, era cada vez más proclive a desestimar las alegaciones formuladas sobre parcialidad de los Magistrados que habían confirmado resoluciones de los instructores, basándose precisamente en las más recientes resoluciones del TEDH sobre la materia.

2. INCIDENCIA REAL DE LA STEDH CASTILLO ALGAR EN LAS RESOLUCIONES POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conocida la resolución dictada por el TEDH en el caso *Castillo Algar*, contrariamente a lo que en un principio se podía pensar, la tendencia jurisprudencial ha seguido siendo bastante reacia a estimar las alegaciones de parcialidad objetiva basadas en el hecho de haber resuelto previamente el Tribunal sentenciador recursos interpuestos contra resoluciones del instructor. Ello no es incompatible con la doctrina establecida por el TEDH con carácter general, que obliga a un análisis caso por caso de las diversas situaciones posibles, pero parece denotar cierta insensibilidad ante los «signos de los tiempos» que se acercan y que parecen haber sido ya augurados por el TEDH.

El TS ha tenido oportunidad de hacer una valoración de la STEDH 28 de octubre de 1998 en la STS 17 de abril de 1999. Esta Sentencia, tras recordar que «lo realmente trascendente para apreciar si un Tribunal conserva su imparcialidad, no obstante las decisiones que haya tenido que adoptar a lo largo del procedimiento penal con ocasión de recursos interpuestos contra resoluciones del instructor, es discernir si en aquellas decisiones se han manifestado o no, con claridad suficiente, prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado», y tras hacer un amplio repaso de la jurisprudencia —tanto del propio TS como del TC y del TEDH—, entiende que si el TEDH consideró afectado el derecho a un Juez imparcial en el caso *Castillo Algar* fue porque el Tribunal Militar Central, al desestimar el recurso contra el auto de procesamiento, «razonó como si se tratase de una resolución que anulaba el sobreseimiento y ordenaba, a la vista de las actuaciones obrantes en la causa y del material investigado, que se continuase el procedimiento, lo que implicaba el pronunciamiento sobre el procesamiento, y no como Tribunal que se limitaba a confirmar un procesamiento sin contacto con el material de la instrucción». Esta argumentación le sirve al TS para concluir que ni el haber intervenido en la redacción del auto confirmatorio del procesamiento, ni el haber confirmado en apelación la situación personal de los procesados, dado que tales decisiones fueron tomadas sin haber tenido contacto con las fuentes de donde procedía el material investigador, permite apreciar pérdida de la imparcialidad objetiva en el Tribunal. Por otra parte, de la lectura de la Sentencia se sobreentiende que sí habría quedado afectada la imparcialidad objetiva si se hubiese revocado un sobreseimiento o se hubiese acordado el procesamiento contra el parecer del instructor.

En la STS de 15 de octubre de 1999, dictada en la causa especial seguida contra el Magistrado Javier Gómez de Liaño, vuelve a ser objeto de análisis

el tema la parcialidad objetiva (en esta ocasión, la sospecha pesa sobre el propio Tribunal Supremo por haber confirmado el auto de procesamiento del acusado). Sobre la base de la doctrina ya conocida del TEDH (la pérdida de la imparcialidad objetiva se ha de analizar caso por caso, atendiendo a si las sospechas están o no objetivamente justificadas), con especial referencia a las SSTEDH dictadas en los casos *Hauschildt*, *Saraiva de Carvalho* y la propia STEDH del caso *Castillo Algar*, el TS concluye que no ha habido vulneración del derecho a un Tribunal imparcial porque la confirmación del procesamiento en este caso concreto se «limita, por su naturaleza, a la comprobación de tres extremos: a) la verificación de la legalidad de las pruebas; b) la comprobación del respeto del derecho de defensa; c) constatación de que la aplicación provisional del derecho contenida en el auto de procesamiento no es manifiestamente incorrecta»; el auto «no comporta ningún prejuicio sobre el fondo de la cuestión y, menos aún, sobre la culpabilidad del procesado (...) ni siquiera se hace un juicio sobre los indicios racionales de criminalidad (cuestión que queda reservada al instructor)». Por el contrario, en argumento *obiter dictum*, considera que sí podría presuponer un juicio anticipado de culpabilidad una decisión sobre la libertad o la prisión provisional.

El TS, con estos dos precedentes, ha creado una gran inseguridad jurídica y se ha introducido por un camino muy peligroso. Si el recurso de apelación contra el auto de procesamiento no va a permitir al Tribunal entrar a valorar la solidez de los indicios racionales de criminalidad apreciados por el instructor, quizás se conseguirá preservar la imparcialidad de aquél, pero se estará limitando injustificadamente el derecho de defensa del procesado (la apelación es un recurso ordinario, que permite una revisión íntegra del auto recurrido, sin limitación de su contenido, incluida en su caso la vista del material de la instrucción en que se basa la apreciación de los indicios racionales de criminalidad). Lo mismo cabe afirmar del recurso contra el auto de prisión, que no puede limitarse a la comprobación de si existe o no riesgo de fuga y debe valorar también la existencia de indicios sobre la comisión y autoría del hecho. Con la tesis de las últimas resoluciones del TS, se pone a los Tribunales de apelación en la tesitura de o reducir el contenido del recurso, con la consecuente merma del derecho de defensa del imputado, o perder su imparcialidad. Por otra parte, esta interpretación tan restrictiva a la hora de determinar qué actuaciones pueden afectar a la imparcialidad del Tribunal contrasta con el criterio tan generoso que el TS sigue manteniendo en los supuestos en que declara la nulidad de actuaciones y ordena su repetición; así, por ejemplo, la STS de 16 de julio de 1999 anula un auto de prescripción y ordena la continuación del procedimiento ante el Tribunal

competente, pero distinto del que apreció la prescripción del delito, «para preservar la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional».

Por su parte, el TC, también ha tenido recientemente la oportunidad de hacer un recordatorio de su doctrina respecto a la imparcialidad judicial objetiva. Concretamente, la STC 162/1999, tras hacer un somero repaso —eso sí, con multitud de citas de Sentencias— de la doctrina del TEDH, afirma que la parcialidad objetiva sólo puede ser apreciada «cuando la actividad (del Juez) cuestionada supusiera asumir posiciones de parte o auxiliar a las partes en el ejercicio de sus funciones». Y añade, resolviendo el concreto supuesto que se le planteaba, que no es éste el caso de la admisión a trámite de una denuncia o querella, ya que, al estar limitadas las posibilidades legales de inadmisión a que la denuncia sea manifiestamente falsa o que los hechos no revistan caracteres de delito, lo único que realiza el Juez es un juicio de tipicidad sobre los hechos tal como le son presentados por el denunciante o querellante, no sobre su existencia y mucho menos sobre su atribuibilidad a persona determinada, por lo que entiende el TC que cualquier duda de parcialidad sobre quien previamente hubiese admitido la denuncia o querella que dio origen al proceso penal resultaría infundada.

Queda claro, por tanto, que para el TC no afecta a la imparcialidad objetiva la previa formulación de un simple juicio de tipicidad, pero no se pronuncia —con buena lógica, porque no era objeto del recurso— sobre cuáles son las decisiones que, por implicar un juicio de culpabilidad —al que parece aludir cuando menciona el juicio sobre la existencia de los hechos y su atribuibilidad a persona determinada—, sí afectarían a la imparcialidad del juzgador.

Progresando en la misma línea, pero entrando ya de lleno en el efecto que sobre la imparcialidad puede tener el hecho de haber resuelto un recurso devolutivo en la fase de instrucción (concretamente, la revocación de un auto de sobreseimiento), la STC 11/2000, ante la denuncia de parcialidad formulada contra un Juez que primero —como integrante de una Sala de tres Magistrados— dejó sin efecto el sobreseimiento acordado por el instructor, y después —como Magistrado de una Sala unipersonal— dictó sentencia condenatoria revocando la anterior absolutoria dictada en un juicio de faltas, niega que se haya conculcado el derecho a la imparcialidad objetiva, porque —afirma— «una decisión de levantar el sobreseimiento y ordenando proseguir un procedimiento penal no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad». La similitud del supuesto de hecho de esta resolución con el de la STEDH de 23 de mayo de 1991 (caso *Oberschlick*, comentado *supra*) es patente, máxime teniendo en cuenta que en ambos casos se trataba de un proceso por injurias proferidas contra un político, y resulta cuando menos curioso que el TC no cite esta sen-

tencia del TEDH al analizar si ha habido o no vulneración del derecho a un Juez imparcial, y en cambio sí la mencione expresamente más adelante para argumentar que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión.

3. MEDIDAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR PARA PRESERVAR LA IMPARCIALIDAD DE LOS TRIBUNALES

Dejando de lado la lógica perplejidad que la evolución de la última jurisprudencia pueda producir, es preciso afrontar las futuras consecuencias que pueda tener la asimilación de la doctrina del caso *Castillo Algar* por parte de nuestros Tribunales, aun teniendo presente —como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior— que dicha doctrina se ha interpretado de manera un tanto particular, hasta el punto de haberse minusvalorado su importancia y habérsele restado prácticamente cualquier trascendencia.

En este estado de cosas y sin entrar a considerar posibles soluciones *de lege ferenda* que conllevarían complejas reformas procesales —como podría ser la creación en nuestro proceso penal de un órgano similar a la *chambre d'accusation* francesa (órgano colegiado encargado de resolver los recursos interpuestos contra las resoluciones del Juez de instrucción)—, se presentan dos caminos posibles.

Uno de ellos consiste en seguir como hasta ahora, sin una orientación clara acerca de si la resolución por la Sala de determinados recursos la tachan para el futuro de parcialidad objetiva, y estar a expensas de lo que caso por caso decida el Tribunal Supremo en casación —o el Tribunal Constitucional en amparo—, atendiendo a criterios tan subjetivos como resulta ser el de tener que indagar las complejas operaciones mentales que en su día pudo realizar el juzgador cuando resolvió el recurso, para comprobar de este modo si las sospechas del acusado acerca de las posibles prevenciones o prejuicios de aquél resultan fundadas; en definitiva, un camino de total inseguridad jurídica.

Por ello, resulta lógico que la STEDH *Castillo Algar* haya creado la conciencia de que, en una línea de superación y mejora de nuestro proceso penal, sería necesario abrir un nuevo camino, más respetuoso con el principio de seguridad jurídica y con los derechos fundamentales a un Juez imparcial y a la defensa. Para ello, es preciso partir de una premisa que se sentó anteriormente y que no puede ser olvidada: tanto el TC como el TEDH, en su papel de garantes de los derechos humanos, formulan una jurisprudencia «de mínimos», por lo que resulta plausible cualquier esfuerzo encaminado, no sólo a conseguir que no se produzcan situaciones que ya hayan sido reprobadas como vulneradoras de tales derechos, sino también a prevenir cualesquiera

otras que sean susceptibles de ser igualmente declaradas como atentatorias contra esos derechos. Para iniciar este nuevo camino, resulta obvio que habría que adoptar ciertas medidas en la ordenación de los procesos penales, medidas que necesariamente conllevarían cierto esfuerzo tendente a vencer la inercia existente en los órganos judiciales.

Tal esfuerzo debería estar orientado a asegurar un sistema de reparto en nuestros Tribunales penales apto para impedir que quienes, por vía de recurso, ya se hayan pronunciado sobre materias que de suyo comportan un juicio anticipado de culpabilidad (procesamiento o prisión, p.e.), puedan el día de mañana formar parte de la Sala sentenciadora. Concretamente, se podría adoptar alguna de las siguientes soluciones:

1.^a Que, si en virtud de las normas de reparto el conocimiento de los recursos de apelación y queja corresponde a la misma sección a la que en su día corresponderá el enjuiciamiento, cuando una sección aprecie que por el objeto del recurso puede verse afectada su imparcialidad, se abstenga de conocerlo y lo remita a otra sección. Ésta es, p.e., la praxis de la Audiencia Nacional.

Pero todavía mejor se reputa la solución siguiente.

2.^a Que las normas de reparto prevean que los recursos de apelación y de queja sean vistos por una sección distinta de aquélla a la que le vaya a corresponder el enjuiciamiento, lo cual puede hacerse de diversos modos, uno de los cuales —si bien no el único— podría ser, sobre todo en grandes capitales, la designación de secciones que conociesen únicamente de aquellos recursos.

Permanece el problema sin posible solución, sin embargo, en aquellas Audiencias que tengan una sola sección o que, aun teniendo varias, como consecuencia de la especialización sólo tengan una sección adscrita al reparto de asuntos penales, aunque en estos casos el problema podría solucionarse mediante una reorganización de los criterios de reparto o, en último término, con la creación de una nueva sección en dichas Audiencias. También puede plantear un problema insoluble el hecho de que haya sido el Pleno quien haya resuelto el recurso contra algún auto del instructor (en particular, el procesamiento).

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. Notas y comentarios

LA TUTELA PENAL DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DEL MENOR *

JORGE SENA ARGÜELLES

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura-Cáceres

SUMARIO: TUTELA PENAL. DERECHO SUSTANTIVO.—TUTELA
PENAL. DERECHO PROCESAL.

* Fe de erratas: Este trabajo, presentado por el autor a la Reunión de Fiscales Jefes celebrada en Madrid en febrero de 1999, fue publicado en forma incompleta en el número anterior de la Revista por un error informático. Para corregir aquel problema se publica ahora nueva e íntegramente.

Desde un punto de vista general podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que la indemnidad o protección del menor ha sido una constante histórica que, con mejor o peor fortuna, han practicado los Estados; probablemente alimentada por razones y exigencias de tipo sociológico pues, no en vano, es la sociología la que impulsa el desarrollo de las parcelas jurídicas y políticas de una sociedad estructurada.

Este fenómeno se ha materializado en una amplia normativa no sólo nacional, sino internacional y supranacional, que conviene relatar a continuación por razones informativas y sin ánimo de una absoluta intención exhaustiva.

— La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, que es uno de los primeros documentos escritos que reivindica para el Niño una protección especial.

— La Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959, con su célebre decálogo de Derechos reunidos bajo el epígrafe de «El Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita la debida protección legal».

— La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 25.2 encarece cuidados y asistencias especiales para la infancia.

— El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 no contiene, ciertamente, ninguna disposición específica en relación con los Derechos del Menor; no obstante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha tomado decisiones importantes en esta materia, cuya doctrina va configurando una especie de «Estatuto del Menor» mediante la interpretación y aplicación sistemáticas de las normas de los adultos (Sentencia Marchk de 13 de junio de 1979; Sentencia

Rasmusm, de 28 de noviembre de 1984; Sentencia de Erikssons de 22 de junio de 1989; etc.), todas ellas dirigidas a configurar el perfil del niño en el ámbito familiar y social con respeto absoluto a sus derechos.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su artículo 24 refiere la indiscriminación del menor en relación con las medidas que precisen.

— El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 10.3 exige la adopción de medidas de especial protección y asistencia a los menores.

— La Carta Social Europea de 1961 que, en su II Parte recoge, en el párrafo 7, diez compromisos de protección de los niños y adolescentes en el ámbito laboral, desarrollando un amplio y exquisito panel al respecto.

— La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1989 en donde se plantea por primera vez la protección del menor a través de un mayor reconocimiento de su autonomía como sujeto de Derechos, lo cual será compartido sin reserva por la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo en su Resolución A.3.0172/92.

— Finalmente el Convenio de la Haya de 1993 que, si bien se refiere a la adopción internacional, pretende instaurar en su artículo 1.b) un sistema de cooperación entre los Estados para prevenir la sustracción, venta y tráfico de menores.

Para centrarnos en el ámbito del Derecho Patrio debemos de hacer mención, por ser su primer antecedente, a las trasnochadas leyes de 11 de junio y 2 de julio de 1948 que, por cierto han estado vigentes hasta su declaración de inconstitucionalidad por Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 (36/1991), que protegía al menor ante el uso indebido de la potestad y custodia.

Será la Constitución Española la que en su artículo 39, incluido en el capítulo II del Título I referido a los principios rectores de la política social y económica, señala que los menores gozarán de la protección de los Poderes Públicos, de la familia y de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Este planteamiento constitucional y las exigencias de la STC señalada más arriba dieron lugar a leyes específicas al respecto como son la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que reforma el Código Civil, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, que reforma nuevamente el Código Civil y la Ley Procesal Civil, y además establece un amplio marco administrativo sobre los derechos del menor, inspirado sensiblemente por la Convención Europea de 1989 y la Carta Europea

de 1992, en el sentido de aplicar el binomio Protección-Autonomía, para tutelar mejor al menor.

TUTELA PENAL. DERECHO SUSTANTIVO

Este afán de tutelar legalmente a la indemnidad del menor tiene una peculiar significación y una puntual exigencia cuando se trata de indemnidad sexual de los niños, pues en este terreno resultan más vulnerables que los adultos. En los delitos contra la libertad sexual el menor es víctima propiciatoria, especialmente elegida por determinada delincuencia con actividad internacional.

Para una mejor comprensión del problema parece oportuno examinar la cuestión, primeramente, desde el punto de vista del Derecho Penal Sustantivo.

Ante el Derecho Penal, la indemnidad sexual del menor solamente puede lograrse con los mecanismos que posee el Derecho Sustantivo, y éstos no son otros sino la utilización de la retribución punitiva, es decir, que los tipos penales en los que la víctima sea el niño o el menor de edad, se castiguen con mayor virulencia, con penas disuasorias y proporcionadas, pues de esta manera se logrará, sin duda, una cuantificación de la prevención general de la pena, o sea, que la sociedad pueda valorar positivamente las dimensiones del reproche penal que el legislador, el Estado en definitiva, le aplica al delito sexual contra un menor.

Naturalmente estas reflexiones están hechas en el seno de la distante utopía que supone analizar como real la teoría de los fines de la pena, tanto sean como retribución o como rehabilitación.

El Código Penal Español vigente de 1995 recoge en el Título VIII del Libro II los delitos contra la libertad sexual, y su escasa y casi inexistente Explosión de Motivos nada dice al respecto, sino algún reiterativo tópico.

Después, analizando los 16 artículos que le dedica al presente tema, observamos que estos delitos, cometidos contra menores, están castigados con penas más graves que aquellos en los que la víctima es un adulto.

Así: el artículo 180.3.^a agrava específicamente la agresión sexual con penetración, cuando la víctima sea persona vulnerable por la edad.

El artículo 181.2.1.^o presume la falta de consentimiento en todo caso en que la víctima del abuso sexual sea menor de doce años.

El artículo 182.2.^o agrava la pena del abuso sexual cuando la víctima sea menor.

El artículo 185 sólo condena las conductas de exhibicionismo cuando se realizan entre menores de edad (menores de dieciocho años); lo mismo ocurre en el artículo 186, que sólo castiga la provocación sexual cuando se difundiera entre menores de edad (menores de dieciocho años).

Los artículos 187.1 y 188.3 sólo castigan la prostitución de menores de edad (dieciocho años). Y en caso de violencia a mayores, para lograr su prostitución, agrava la pena si las víctimas, además, son menores de edad (menores de dieciocho años).

El artículo 189 condena la utilización de personas en espectáculos exhibicionistas solamente si son menores de edad (menores de dieciocho años), y además impone la privación de la patria potestad si son autores de los hechos los padres de los menores.

Finalmente, el artículo 191.1 se muestra más tolerante en las condiciones de perseguibilidad de los delitos sexuales contra menores, pues el Ministerio Fiscal puede acceder a los tribunales con simple denuncia, sin necesidad de la preceptiva querrela cuando se trata de víctimas adultas.

Este marco típico y punitivo que acabamos de examinar, si bien puede calificarse de aceptable, se ha considerado muy pronto como insuficiente para lograr una mayor indemnidad del menor, y a este respecto debemos de alabar la sensibilidad de la sociedad para perfeccionarlo; para ello debemos de señalar que los días 26 y 28 de noviembre de 1996 el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo han elevado al Gobierno de la Nación una Propuesta y una Recomendación, respectivamente, para revisar los tipos penales ya existentes, y añadir como punibles la venta, difusión exhibición de material pornográfico interpretado por menores, ya que, sin duda, existía un vacío legal. A la vista de ello existe un Proyecto de Reforma del Código Penal en el que el artículo 189 del Código Penal quedará redactado en este sentido y además se elevarán las penas para el resto de los delitos sexuales que tengan como víctimas a menores.

También la sociedad internacional, consciente del acuciante tráfico sexual de menores, ha reaccionado positivamente ante el fenómeno y muestra de ello son estas tres manifestaciones.

A) El Consejo de Ministros de la Unión Europea ha adoptado, con fecha 29 de noviembre de 1996, una Acción Común relativa a la lucha contra la trata y explotación sexual de los niños, comprometiendo a los Estados Miembros para que revisen su legislación penal en aplicación de los artículos k.3 y k.1 del Tratado de Maastricht de 1992.

B) El Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de los niños celebrado en Estocolmo en agosto de 1996 con participaciones de Organizaciones como UNICEF, UNESCO, ACNUR, INTERPOL y otras,

concluyó con un Programa de Acción y una Declaración unánimemente aceptados, de los que destacamos el doble compromiso asumido por los participantes, por un lado revisar la legislación interna sobre delitos sexuales contra menores, y por otro promover una cooperación más sólida entre los Estados para prevenir el comercio sexual nacional e internacional.

La Unión Europea, que también participó como Organización supranacional, apoyó absolutamente la Declaración Final.

C) El Consejo de la Unión Europea ha aprobado recientemente, el 19 de junio de 1998, una Acción Conjunta por la que se crea una «Red Judicial Europea» para la cooperación judicial internacional entre los Estados Miembros para proporcionar todo tipo de información jurídica y práctica en el enjuiciamiento de los delitos graves entre los que incluye la corrupción, el narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia organizada. Según nuestro criterio, bien puede incluirse en este espectro el tráfico sexual internacional de menores y su material pornográfico porque en el preámbulo de esta Acción Común se cita el artículo K.3 del Tratado de Maastricht que también sirvió de base en la Acción Común de 1996, citada más arriba.

Antes calificábamos como aceptable el marco jurídico punitivo del Código de 1995, y hemos añadido los movimientos internos e internacionales para su complemento o mejoramiento. Pues bien, para concluir este apartado, según nuestro criterio, sería deseable introducir una política legislativa de medidas cautelares semejantes a las aconsejadas por el Fiscal General del Estado en la Circular 1/98, referente al delito de malos tratos familiares del artículo 153 del Código Penal. Es decir, la posibilidad de prohibir la utilización de la vivienda cuando el agresor sexual sea el padre del menor; pues, como es sabido, ésta es una de las dificultades prioritarias en el seno de la estructura de familiar quebrantada.

Si bien esta medida puede ser autorizada por el Juez de Instrucción en aplicación del artículo 158.3.º del Código Civil, debería de tener reflejo en el Derecho Penal como Derecho Autóctono.

TUTELA PENAL. DERECHO PROCESAL

En el marco del Derecho Procesal es donde el menor, como víctima de delitos sexuales, tiene su indemnidad más vulnerable, y por tanto es aquí donde hay que buscar como mayor interés las fórmulas de tutela adecuadas sin merma de otros derechos fundamentales convergentes.

Todo ello, porque su papel de VÍCTIMA figura más acentuado. No cabe duda de que el proceso penal ha sufrido una ostensible metamorfosis a lo

largo de la historia, y ha pasado, al menos, por tres estadios que enumeramos a continuación.

Una primera fase, en la que tras la comisión de un delito, la víctima o sus herederos, tienen derecho a actuar directamente sobre el actor hasta límites inimaginables. Es la época de la venganza privada institucionalizada, sin ninguna intervención del Estado en el conflicto creado.

Una segunda, que sirve de marco al procedimiento inquisitivo, en la que el Estado adquiere protagonismo como titular de la acción punitiva, y además crea, diseña y organiza el enjuiciamiento penal. Aquí se convierte el proceso penal en un diálogo entre el Estado y el agresor, incluso a través de la tortura, con olvido absoluto de la víctima o sujeto pasivo, que se convierte en un elemento más del delito sin protagonismo activo en el seno del proceso.

La tercera fase comienza, probablemente, con la introducción del principio acusatorio en el proceso penal, en el que se restringe el poder del Estado mediante la aparición de los principios de legalidad penal y procesal; de esta forma al acercarnos al Estado del Bienestar, el propio Estado representado por el Juez, se ha convertido en un árbitro conciliador de la situación conflictiva creada por el delito entre agresor y víctima, la cual está legitimada para impulsar el proceso, e incluso puede consensuar su resultado final, si bien con limitaciones.

Como se puede observar en la breve reflexión que acabamos de hacer, la víctima ha pasado de un protagonismo exclusivo en la primera fase, a un absentismo en la segunda, y a una revitalización en el momento procesal actual.

Esta revitalización de la víctima tiene, según nuestro criterio, una clara manifestación en la legislación procesal española, singularmente tras la reforma de la misma por Ley Orgánica 7/1988 que introduce el denominado Procedimiento Abreviado. Pues bien, en este nuevo marco procesal, debemos de destacar, a este respecto, los siguientes preceptos:

— El artículo 781, párrafo primero, en donde creo que, por primera vez, se utiliza con verdadera intencionalidad la palabra VÍCTIMA segregada del término PERJUDICADO («el Fiscal velará por la protección de los derechos de la VÍCTIMA y de los PERJUDICADOS»). Obsérvese que los artículos 106, 108, 109, 110 y concordantes de la vieja Ley Rituaria utiliza solamente términos como PERJUDICADO y OFENDIDO, pero nunca utiliza el de VÍCTIMA.

— Los artículos 789.5 quinta, 791.3 y 793.3, en ellos se acepta el principio del consenso con generosidad, superando cuantitativamente la conformidad creada por la antigua reforma de 1967 en lo que se llamó Procedimiento de Urgencia.

Estas innovaciones procedimentales han hecho realidad la pretensión de los procesalistas clásicos de reconvertir el proceso penal en un proceso de Partes como aventuró Gómez Orbaneja, y dentro de esta estructura conviene señalar la situación de una de esas partes: La víctima, para llegar a conocer y calcular su indemnidad, su protección.

La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente:

¿Con las normas procesales que contamos, se encuentra suficientemente protegida la víctima frente al agresor?

La constestación ha de ser negativa, tan claramente negativa, que se ha ido elaborando sin pausa la nueva ciencia denominada VICTIMOLOGÍA cuyo primer Congreso es reciente pues se celebró en Jerusalén en 1973, y que tiene como finalidad no sólo el concepto de víctima, sino sus características biológicas y sociológicas y su protección, además de cuantitativa y pecunaria, en el desarrollo del proceso penal.

En España tiene arraigo en la dogmática penal, hay que recordar los trabajos de los profesores Beristáin, García Pablos y Landrove Díaz, que le han incorporado a sus Cátedras como materia imprescindible.

Dejando al margen otras consideraciones, interesantes sin duda, pero más propias de otras Ponencias deseables incluso en estos encuentros, conviene centrar el papel de la víctima en los denominados DELITOS DE RELACIÓN, en los que existe una relación previa entre agresor y víctima que propicia la consumación del delito (delitos sexuales). Pues bien, estos delitos propician un sistema de protección especialísima con distintos grados de indemnización y asistencia, porque en los mismos el agredido sufre una doble victimización.

La victimización primaria, que es consecuencia directa de la propia agresión delictiva que comporta daños físicos y económicos, y desde luego psicológicos, que son bien importantes.

La victimización secundaria, que se produce por la disfunción del sistema penal creado para la represión de los delitos. Es decir, que a la nocividad del delito se añade la producida por el propio sistema establecido para reprimirlo. Podemos añadir como paradigma de esta victimización secundaria, que quien se dirige a la justicia solicitando protección, el sistema le victimiza.

Obsérvese la excesiva burocratización de dicho sistema: primera comparecencia en Comisaría al denunciar; constantes comparecencias en el Juzgado; los retrasos en el funcionamiento; los reconocimientos contra el denunciado; la incredulidad de algunos funcionarios con su falta de tacto; los careos; los exámenes psicológicos como si la víctima fuera culpable y que

atentan contra su dignidad; la repetición de los mismos en el juicio oral junto al agresor; los interrogatorios de la defensa tergiversando su intervención en los hechos; la cercanía física del agresor, muchas veces padre de la víctima de la agresión sexual, que le produce una expresa intimidación...

Tomando como referencia la situación procesal del imputado, da la impresión de que la Ley Procesal sólo protege, sin límites, a éste frente a la escasa protección de la víctima.

Todo esto ha llevado a Conde-Pumpido Ferreiro a aconsejar a los «operadores jurídicos» a estar a favor de la víctima, o cuando menos, a evitar face-tas de victimización secundaria.

Pero este afán tiene resonancias internacionales; debemos señalar, al respecto, dos instrumentos: la Recomendación R(85) del Comité del Consejo de Ministros de Europa del 29 de junio de 1985, y el Congreso de las Naciones Unidas de 6 de septiembre de 1985. En ambos textos se especifica la exigencia del respeto a la situación personal y la dignidad de la víctima, acentuándose categóricamente cuando se trata de menores agredidos sexualmente.

Llegado este momento de la exposición debemos de formular otra pregunta semejante a la que nos hicimos más arriba. Es la siguiente: ¿En los delitos contra la libertad sexual en los que son víctimas los menores, se encuentran éstos suficientemente protegidos frente al agresor?

La contestación también debe de ser negativa, pero con mayor contundencia que cuando nos referíamos a los adultos. Este rotundo aserto que mantenemos se apoya en tres premisas.

A) Una subjetiva. El menor, como víctima de delitos contra la libertad sexual, sufre más crudamente los efectos de la victimización secundaria; basta sólo imaginarse al menor sometido a los múltiples trámites procesales a los que hacíamos mención al tratar la cuestión en general. Muy singularmente debemos de destacar los careos con su agresor (con frecuencia su padre) en los que el menor no declara libremente como exige la Ley Procesal; también destacamos los reiterativos exámenes psicológicos, y otras periciales, que suelen atentar contra su propia dignidad. Ambas situaciones han sido descalificadas, como nocivas, por psicólogos y juristas sin excepción, a los que ahora nos adherimos.

B) Otra, legislativa; el menor, a pesar de su manifiesta singularidad, no goza en el marco del proceso penal de ninguna situación adecuada y propicia a dicha singularidad, de la que sin duda debe de ser acreedor: desde luego, si la contemplara la Ley, según nuestro criterio, no afectaría al espíritu de igualdad que recoge escrupulosamente el artículo 14 de la Constitución Española, siempre que se legislara con respeto al juicio de la proporcionalidad y ponderando seriamente la situación de excepcionalidad.

El menor, cualquiera que sea su edad, deberá de comparecer a juicio oral y declarar, bajo la aséptica frialdad a que se refiere el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la sola exención del juramento para los menores de catorce años (art. 705).

Sin embargo, otras personas de peculiaridades menos ostensibles que los menores, como son aquellas que se enmarcan en los artículos 411, 412 y 413, y que se regulan en el artículo 703, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, gozan de verdaderos privilegios como: no declarar como testigos; declarar por escrito sin asistir a la Sala de vista; declarar en su domicilio o despacho oficial, a donde se trasladará el Juez; ser citados de manera que no perturbe el adecuado ejercicio de sus cargos... (los Reyes, Presidentes de Altas Instituciones, Magistrados, Fiscales, Funcionarios Diplomáticos, etc.).

Esta referencia legislativa provoca un evidente agravio comparativo que ya ha sido comentado por diversos juristas en los medios de expresión.

C) Otra, jurisprudencial. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sido, y es todavía, invariable a la hora de resolver la controversia de la presencia de los testigos (víctimas) en la vista oral. En base a los principios de publicidad, oralidad y contradicción propios del proceso penal, los Altos Tribunales consagran el sistema denominado PRUEBA CRUZADA (*cross examination*) que, por otra parte es el que exigen el Convenio Europeo de 1950 en su artículo 6.3 d) y el Pacto de Nueva York de 1966 en su artículo 14.3 e).

Así, las Sentencias de 20 de febrero de 1989, 17 de septiembre de 1990, 20 de diciembre de 1994, 7 de diciembre de 1996, 18 de febrero de 1997, 18 de marzo de 1997 y 30 de julio de 1997 de la Sala II, y la Sentencia 303/1993 del TC, todas ellas casan otras de instancia, estableciendo la doctrina de que los testigos, víctimas o no, deben de declarar a presencia del agresor-acusado y deben de ser interrogados, para contrastar la contradicción por el Letrado de la defensa.

Esto es, que planteada la prioridad de derechos, los del imputado tienen supremacía sobre los de la víctima testigo.

En este orden de cosas podemos considerar como un *desideratum* la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998 (Ponente Martín Canivell) porque a fuerza de ser legalista e impecable, puede resultar fría e inhumana desde la equidad. En la misma se casa, por quebrantamiento de forma (art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), otra de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se condenó a un padre por cuatro delitos continuados de abusos sexuales a sus hijas de siete y dos años porque se le habían denegado al procesado las pruebas de examen sociológico de las menores, un careo con el padre y porque la hija mayor

declaró en el juicio sin la presencia del padre; hay que añadir que las perversiones sexuales llevadas a cabo afectarían sensiblemente a las menores. La Sala II devuelve la causa a la Audiencia de Barcelona para celebrar el juicio con la práctica de las pruebas denegadas.

La Fiscalía General del Estado, con razones de *lege data*, aconsejó al Fiscal de Barcelona el cumplimiento estricto de la Ley y del fallo de la Sentencia de la Sala II.

Esta rigidez legislativa y jurisprudencial no es homogénea en todas las naciones. Desde el punto de vista de la legislación comparada hay que destacar diversos modelos:

— Aquellas legislaciones que prohíben la práctica de pruebas psicológicas sobre la víctima menor, porque suponen una lesión añadida a dicha víctima de delitos sexuales (Ley alemana).

— Otras legislaciones nórdicas que establecen, bajo la rúbrica «prohibición de la prueba», la tasa de aquellas que afecten a la dignidad del menor víctima de delitos sexuales.

— Una Ley del Estado de California (USA) que posibilita que la declaración del menor, como víctima de delitos sexuales, no se vierta en presencia del acusado, sino en circuitos cerrados de TV que se proyectan en la Sala de vistas.

— El modelo sueco, que se practicó en el juicio contra el autor del asesinato del Presidente Olof Palme, consistente en que el testigo, alegando razones para ello, puede declarar sin presencia del acusado, como hizo la esposa del Sr. Palme.

A pesar de las posturas legal y jurisprudencial españolas, hay un clamor en la opinión pública y en Instituciones como el Defensor del Pueblo, para intentar lograr una postura armónica entre los derechos del imputado y los de la víctima, evitando la sumisión de ésta a aquél.

Existen serias razones según nuestro criterio no suficientemente valoradas y que figuran en textos legislativos vigentes.

Así, el artículo 39 de la Constitución Española, que señala como principio rector de la política social la protección del menor.

Así, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, en donde se establece que, en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste.

Así, el artículo 11.2 de la misma Ley que establece, como principio rector de los Poderes Públicos, la supremacía del interés del menor y la prevención de aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

Desde luego, se impone la búsqueda de soluciones que, de hecho, ya se están manifestando en el campo de *lege ferenda*.

Según nuestro criterio, estas soluciones pasarían por algunos de estos supuestos.

A) La propuesta, por el Fiscal de Barcelona, de utilizar circuitos cerrados de TV para declarar en la vista oral los menores víctimas de delitos sexuales.

Pero esta postura exige toda una legislación especial y además sería costosa. Este supuesto también fue acordado en las conclusiones de las VI Jornadas sobre Protección de Menores para Jueces, Fiscales y Entidades Públicas, celebradas en Madrid en 1998.

B) La reforma del artículo 1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, debiendo de incluirse a los menores de trece años, víctimas de delitos sexuales para que, conforme al artículo 2 b), puedan prestar declaración en la vista oral, evitando su identificación visual.

Desde luego, esto supondría, por añadidura, una reforma del propio preámbulo de dicha Ley y su filosofía, reducida hasta ahora a delitos de terrorismo.

C) Proceder a una nueva redacción del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o añadirle un nuevo párrafo en el que se determinara, como prueba documentada, la declaración de un menor de trece años víctima de delito sexual, siempre que se decrete en una resolución fundada por el Tribunal con sumisión, por supuesto, a la corrección inmediata por los correspondientes recursos.

A nuestro modo de ver, ésta sería la solución más adecuada y menos forzada ya que respeta el juicio de la proporcionalidad, porque se dejaba la dimensión de éste al criterio del legislador. No hay que olvidar que una estructuración de la proporcionalidad, como la que proponemos, ha sido admitida por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997 (171/1997), en la que se declara constitucional el artículo 380 del Código Penal, en base a dicho criterio, si bien fue cuestionada en dos votos particulares.

Si no llegamos a esta solución, o a alguna otra, sólo nos queda acertar la absolución del culpable con cierta tristeza, lo cual no es aconsejable.

LA RECOGIDA Y CONSERVACIÓN DE CONTENIDOS EN LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ

SOLEDAD MARTÍN NÁJERA

Fiscales

SUMARIO: I. EL CAUCE DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES: 1. *Ley habilitante*. 2. *Contenido de la ley habilitante*: A) Presupuestos: función de legalidad de la reserva de ley; B) Condiciones: función de certeza del Derecho de la reserva de ley.—II. LA RECOGIDA DE CONTENIDOS QUE ESTÁN SIENDO OBJETO DE COMUNICACIÓN TELEGRÁFICA O TELEMÁTICA. III. CONCLUSIONES.

La ley procesal todavía no ha regulado suficientemente la intervención de las comunicaciones telefónicas cuando las mismas han sido en parte superadas por las telemáticas. Son éstas las telecomunicaciones efectuadas por medio de la informática: el correo electrónico, la videoconferencia multi-punto y el videotex (1). Se han hecho accesibles al gran público en los últimos años por el avance tecnológico y el abaratamiento de los aparatos imprescindibles.

La necesidad cada vez más acuciante de completar las normas de la intervención de las telefónicas ofrece la oportunidad de regular la de las telemáticas y, por una vez, llegar a tiempo.

El contenido de la norma que se ocupe de ello está en buena parte determinado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH/LF) (2) y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo.

Pero muy poco se ha dicho sobre la recogida de los datos que están siendo comunicados.

(1) El término «telemático» es la versión española del vocablo francés «télématique» acuñado para describir la fusión de las técnicas de telefonía y tratamiento de datos (informática) que han permitido la creación de aquellos instrumentos técnicos que permiten al usuario lejano acceder al mismo ordenador y la comunicación en red, tanto local como global (INTERNET). G. LOSADA, Mario, *Curso de Informática jurídica...*, Tecnos, Madrid, 1987.

(2) Aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979, y los Protocolos al mismo de 11 de mayo de 1994, en vigor en España desde 1 de noviembre de 1998.

I. EL CAUCE DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Se expone, siguiendo la sentencia del Pleno del TC 49/1999, de 5 de abril (Vivas Antón) (3), sólo en cuanto es necesario para enmarcar el acto concreto de la recogida de datos.

1. LEY HABILITANTE

En nuestra Constitución *«se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»* (art. 18.3 CE). El precepto comprende todas las comunicaciones posibles, también las telemáticas (4).

El derecho fundamental ha de ceder ante los fines del proceso penal, la investigación del delito y de su autor:

a) Una interpretación literal del precepto (*«salvo resolución judicial»*) puede llevar al resultado de que la única exigencia para limitar el derecho fundamental es la resolución del juez.

b) La interpretación lógica, sin embargo, conduce a metas diferentes.

«Es patente que el artículo 18.3 CE, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones (de la injerencia), resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador (SSTC 131/1997 ff. 7.º, y 151/1997, ff. 4.º).»

«En un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1991, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) (la reserva de ley) constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de estos derechos y libertades.»

Esto es, siendo insuficiente la norma constitucional y no existiendo vinculación del juez al precedente, sólo queda la ley como garantía.

c) También la interpretación sistemática se distancia de la literal.

(3) A ella pertenece lo que en este apartado está en cursiva, salvo que otra cosa sea anotada.

(4) A propósito de la intervención de un teléfono móvil mediante *scanner*, la STS de 8 de febrero de 1999 (Martín Pallín) dijo que *«el ámbito de protección de este medio de comunicación no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No sólo la primitiva telefonía sin hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas se encuentra bajo la tutela judicial»*. Argumento que necesariamente el estar bajo la garantía constitucional.

De un lado, la concordancia del artículo 18.3 con otros de la propia Constitución indica que *«toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamental y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1), precisa una habilitación legal»*.

Además, el artículo 8 del CEPDHLF dice así: «1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»*.

Las frases subrayadas (y no están así en los originales) indican que es menester que una ley habilite al juez para autorizar injerencias en el derecho. Las injerencias en derechos fundamentales constituyen materia reservada a la ley (orgánica en nuestro Derecho, según el art. 81 CE) (5).

2. CONTENIDO DE LA LEY HABILITANTE

No basta con que una ley habilite al juez para autorizar la injerencia. *«La reserva de ley no es una mera forma (SSTC 61/1981, 86/1982, 183/1984), sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate»*. La ley ha de contener los presupuestos necesarios de la injerencia (primera función de la reserva de ley: legalidad) y las condiciones para la realización material de la intervención (segunda función de la reserva: certeza del Derecho) (6).

En aplicación de la ley habilitante, el juez, si estima que concurren los presupuestos, autoriza la injerencia, y controla que se efectúa conforme a las condiciones legales. Pero el control sólo será posible en tanto la ley establezca cómo ha de realizarse.

Por fin, el resultado de la investigación habrá de llevarse al juicio oral. Pero ésta es cuestión que ya no afecta al derecho fundamental que ha sido limitado.

(5) Esta STC 49/1999 estimó vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones por una resolución judicial que autorizó la intervención con anterioridad a la Ley 4/1988, precisamente porque no había en nuestro Derecho ley habilitante.

(6) La suma de legalidad y certeza del Derecho en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere es la seguridad jurídica (STC 27/1981, f. 10, citada por la 49/1999).

Es la ley habilitante lo que importa. La cual, cuando se trata de la intervención de las comunicaciones, ha de poseer «*accesibilidad*» o «*previsibilidad*», esto es, según el TEDH ha declarado, «*debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas*» (7).

A) *Presupuestos: función de legalidad de la reserva de ley*

La reserva de ley asegura que los derechos fundamentales no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes o por quien sea habilitado por ley para autorizar la injerencia.

En el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, «*parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: desde esta perspectiva, los jueces y tribunales, pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes*» (STC 22/1984, fj. 3.º).

Estos presupuestos han sido decantados por una jurisprudencia tan conocida que basta recordarla en gran síntesis. Centra todos los presupuestos en la proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental y la investigación del delito:

a) Lo primero ha de ser que existan indicios de un delito determinado, cometido por una persona determinada:

Delito.—Los indicios descartan el descubrimiento del secreto de las comunicaciones «predelictual» o de «prospección». La exigencia de que se trate de un delito determinado imposibilita las autorizaciones en blanco, para descubrimiento genérico de posibles infracciones penales (principio de especialidad).

Persona.—Apreciación razonable de la conexión entre el delito investigado y el sujeto de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe o pueda hallarse relacionado con él, y que va a verse afectado por la medida (SSTC 49/1999, fj. 8.º, y 171/1999, fj. 7.º). Tal sujeto estará determinado: el titular del teléfono o su usuario habitual.

b) En una fase lógica posterior, se comprueba la proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental y la investigación de ese delito y esa persona.

(7) La STC 49/1999 menciona la «STEDH de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, núm. 46 III, con cita de las resoluciones dictadas en los casos Malone, Kruslin y Huvig (STEDH de 24 de abril de 1990), Haldford (STEDH de 25 de marzo de 1998) y Kopp (STEDH de 25 de marzo de 1998)».

La injerencia sólo es proporcional en cuanto delitos que son graves por la pena y también por la trascendencia social de la infracción.

Lo es sólo durante el tiempo indispensable.

Lo es la imprescindible por ser útil (probabilidad de que se obtengan informaciones esenciales) e insustituible (esos contenidos no se pueden lograr por otros medios menos gravosos).

c) Y, todo ello, ha de recogerse en la motivación del auto que autorice la injerencia.

Con tales presupuestos, se cumple la primera de las funciones del principio de reserva de ley, la legalidad, común para limitar del derecho al secreto de la comunicaciones, cualesquiera que éstas sean. La ley habilitante exigirá idénticos presupuestos que para interceptar comunicaciones postales, telefónicas o telemáticas.

B) *Condiciones: función de certeza del Derecho de la reserva de ley*

a) En todo caso, respecto a cualquier injerencia en cualquier derecho fundamental, *«el legislador ha de hacer el “máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica [STC 62/1982, ff. 7.º, c)] o, dicho de otro modo, “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC 36/1991, ff. 5.º)»*. El principio de legalidad *«requiere, en este caso, “una ley de singular precisión” (STC 49/1996, ff. 3.º)»*.

Igual exigencia es reclamada respecto al derecho al secreto de las comunicaciones: *«La norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 8 del Convenio» (CEPDHLF)*.

b) Las condiciones concretas que la ley habilitante debe contener *«naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate»*. Importa aquí analizar las exigidas para la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Estas condiciones legales determinan cómo ha de llevarse a cabo la injerencia, los actos materiales de la intervención. O lo que es igual, cómo ha de ejecutarse la resolución judicial que la autorice.

Es el momento de *«la adquisición del conocimiento»* (STC 121/1998, de 5 de junio, Vivas) de hechos que están siendo comunicados y que, por ello, están bajo secreto.

Tal adquisición de conocimiento se desarrolla en fases sucesivas: recoger los contenidos, conservarlos, entregarlos al Juez de Instrucción (quien decidirá cuáles son pertinentes). Queda así ubicado el acto material de la recogida de contenidos, que a continuación se analiza.

II. LA RECOGIDA DE CONTENIDOS QUE ESTÁN SIENDO OBJETO DE COMUNICACIÓN TELEGRÁFICA O TELEMÁTICA

El examen de nuestras normas sobre la materia implica relacionarlas con las que regulan las injerencias en las comunicaciones postales e incluso en otros derechos fundamentales cuando así lo exige la investigación penal.

1. La LECr resolvió los problemas que estaban planteados en el año 1882, los referentes a los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de comunicaciones postales y telegráficas.

Habilitó al Juez para autorizar injerencias en los mismos (arts. 545 a 578 y 579 a 588, respectivamente). Y lo hizo exigiendo unas condiciones suficientes y claras: en tal sentido, es una ley *«de singular precisión»*.

Poco a poco, la investigación criminal fue exigiendo actuaciones que rozaban otros derechos fundamentales, y respecto de la cuales no había ley habilitante. La jurisprudencia dio dos soluciones a este vacío legislativo.

Una, referida a las intervenciones sobre la persona, consistió en estimar que algunas realmente no eran injerencias en derecho fundamental alguno. El problema se desplazó a fijar los límites hasta los cuales la intervención no afectaba al derecho.

La otra solución, aplicada a las escuchas telefónicas, fue entender que las normas que habilitaban al juez para descubrir el secreto de otras comunicaciones —detener y abrir la correspondencia postal—, por analogía le habilitaban para intervenir las telefónicas.

Se alzaron críticas duras contra tal interpretación, que llegaron al punto máximo en 1985 con el caso Valenzuela Contreras (resuelto varios años después del TEDH, como ahora se indicará).

Ante tales críticas, la Ley Orgánica 4/1988, de 5 de mayo, añadió un párrafo al artículo 579 LECr: «2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa».

Agregó también un apartado 3 del que se subrayan las dos palabras que ahora interesan: «3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un período de hasta tres meses, prorrogable por iguales perío-

dos, la observación de las comunicaciones postales o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos».

La norma nueva habilitó al juez para intervenir las comunicaciones telefónicas, con lo que quedó respetada formalmente la reserva de ley. Pero no estableció los presupuestos y condiciones de la injerencia en el derecho fundamental. No era *«ley de singular precisión»*; no cumplía las funciones del principio de reserva, ni la *«legalidad»* (presupuestos) ni mucho menos la de *«certeza del Derecho»* (condiciones).

Otra vez, la jurisprudencia hubo de suplir al legislador. Lo hizo sobre todo, a partir del ATS de 18 de junio de 1992 (Ruiz Vadillo), dictado en el caso Naseiro, con una interpretación integradora del nuevo apartado 2 del artículo 579 LECr a base de normas traídas por analogía de las que regulan la detención y apertura de correspondencia.

La correspondencia postal se detiene y se abre; la telefónica se interviene y se oye la comunicación. Los requisitos concretos que la LECr exige para la postal fueron adaptados a las características técnicas de la comunicación telefónica.

Seis años después de ese auto del caso Naseiro, la STEDH de 30 julio de 1998 resolvió el caso Valenzuela Contreras. Los hechos eran anteriores a la Ley 4/1988. Reconociendo los esfuerzos posteriores del legislador y de la jurisprudencia, indica la sentencia que el artículo 18.2 del Convenio (CEPDHLF) reclama garantías que no contiene ni el artículo 18.3 CE ni la LECr.

Las exigencias mínimas relativas al contenido o *«calidad»* de la ley tendrían que ser las siguientes: a) *«la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; b) la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; c) la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; d) el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; f) las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa; g) las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreesimiento o puesta en libertad»* (núm. 46, IV).

Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la *«protección adecuada contra los posibles abusos»* (Caso Kruslin, núm. 35, y Caso Klass, núm. 50).

No basta, pues, con que estos requisitos estén marcados por la jurisprudencia, sino que han de estarlo en una ley.

No hay ley que lo haga suficientemente respecto a las comunicaciones telefónicas. No bastan la normas incluidas en el artículo 579 LECr por la LO 4/1988. El Tribunal Constitucional lo ha advertido suficientes veces (sobre todo, STC 49/1999). Es urgente una ley orgánica reformadora de la LECr que traiga a nuestro Derecho las exigencias del artículo 8.2 del Convenio Europeo respecto a la intervención de las comunicaciones telefónicas.

La urgencia acucia cuando las comunicaciones telefónicas han sido en buena parte superadas por las telemáticas. Unas y otras son idénticas en lo esencial, el medio de transmisión de los contenidos, aunque difieren en algo (8). Así que la norma —insuficiente, incompleta— relativa a las comunicaciones telefónicas es aplicable también a las telemáticas. Así lo supone el artículo 49 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril: *«Los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones, de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 CE y 579 LECr»*. Es remisión a una norma común a todas las comunicaciones.

Una futura ley orgánica que complete la regulación de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en cumplimiento de la función de legalidad del principio de reserva de ley, habrá de establecer los presupuestos antes indicados como exigidos a cualquier injerencia en cualquier derecho fundamental.

(8) La comunicación telemática se efectúa entre dos ordenadores, el emisor y el receptor. Por unos medios, en unos sistemas y a través de intermediarios.

Los medios son cables (los telegráficos, los telefónicos, los especialmente concebidos para la transmisión de datos), puentes-radio y satélites. Se habla de *«redes para la transmisión de datos»* para indicar, normalmente, la unión mediante cable. Hablar de telemática y de la *«red global»*, esto es, internet, es aludir a la coordinación a gran escala de los instrumentos técnicos antes mencionados.

Los sistemas son el analógico, que utiliza multitud de frecuencias, y el digital, que sólo usa dos, el 0 y el 1 (la información que se genera en sistema analógico —el documento escrito, o el lenguaje y la imagen en la videoconferencia— es digitalizada en el modem).

Los ordenadores emisor y transmisor no se relacionan directamente (como no lo hacen dos teléfonos) sino a través de un «servidor». Quizás ambos ordenadores tengan el mismo servidor, en cuyo caso la transmisión es emisor, servidor, receptor. O tal vez tengan cada uno el suyo, y entonces la transmisión es emisor, su servidor, servidor del receptor, receptor. Los servidores son operadores en el ámbito virtual que centralizan las direcciones electrónicas a través del «alquiler» de espacios virtuales.

Así que, cuando el emisor da la orden de transmitir la información digitalizada («un chorro de ceros y unos»), ésta es recibida por su servidor. A partir de ahí se fragmenta en pequeños «paquetes» codificados, «entra en una nube». Son remitidos bien directamente destinatario si es cliente del mismo servidor, bien al servidor del receptor. En uno y otro caso, al ser recibidos, los paquetes se recomponen y el modem transforma el lenguaje digital en analógico.

Lo específico radica en las condiciones bajo las cuales la autorización se ejecuta. Han venido siendo precisadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la del Constitucional y la del TEDH, como recuerda la STC 49/1999, en los términos ya citados: «a) *el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas*; b) *las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa*, y c) *las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad*».

Estos requisitos son exigidos *después* de que las conversaciones han sido interceptas, *después* de que las grabaciones han sido realizadas. Son condiciones puestas a la conservación de los contenidos y a su entrega al juez. No lo son a la operación primera, la recogida. Pero es claro que si no hay control de cómo se recogen los contenidos, pueden ser inútiles las garantías a las operaciones posteriores.

2. La cuestión tiene relación íntima con el amplio debate, doctrinal y jurisprudencial, suscitado hace una década sobre la presencia del secretario en los registros domiciliarios:

a) El hecho de que algunos secretarios no presenciaran los registros planteó la pregunta del valor de la prueba de los realizados sin tal presencia.

La respuesta —valor del registro como prueba— dependía del valor de la presencia del secretario en el registro mismo. Si el secretario sólo daba fe, cuando ésta faltara, el acto sería válido, pero únicamente servirían de prueba en el juicio oral las declaraciones como testigos de quienes lo hubieran efectuado. Si el secretario era, además y antes, garante del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, su ausencia implicaba la inseguridad de que el derecho hubiera sido afectado sólo en lo autorizado por el juez, y el acto era nulo, de forma que no podría servir de prueba.

La Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se inclinó por la primera postura y modificó el párrafo cuarto del artículo 569 LECr, eliminando la necesidad de la presencia del secretario.

Pero la Ley 22/1995 de 17 de julio, aceptó la función de garantía del secretario y volvió a la antigua redacción del precepto: «*el registro se practicará siempre en la presencia del secretario...*».

b) El debate sorprendió entonces y mucho más sorprende hoy cuando ya está resuelto. Sorprende, porque nunca se había puesto en duda que la presencia del secretario era garantía del derecho fundamental.

Y, en un polo dialéctico opuesto, sorprende que se debatiera la necesidad de que el secretario judicial garantizara la recogida de datos, en el registro

mismo, como si la ley no confiara en los agentes de policía a los que el Juez de Instrucción hubiere encomendado hacerlo (art. 563).

Ello, porque, en los otros supuestos de injerencia en derechos fundamentales que prevé la LECr, ni se plantea siquiera que el secretario judicial esté siempre presente en su práctica. En la detención de correspondencia, la ley sí confía en los agentes de policía o en el «*administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la oficina en que la correspondencia se hallare*» (art. 580), incluso en «*el empleado que haga la detención*» (art. 581). Y en la intervención de comunicaciones telefónicas la confianza descansa sólo en los agentes de policía.

En suma, no se advierte la razón por la que se estima necesario que la presencia del secretario judicial haya de ser garantía en la recogida de datos en un registro domiciliario y no en la detención de correspondencia postal o en la intervención de comunicaciones telefónicas.

La diferencia entre registrar un domicilio e interceptar comunicaciones está en el tiempo de duración: el registro dura poco tiempo, pero se tarda mucho en detener correspondencia o intervenir teléfonos. El secretario judicial razonablemente puede presenciar un registro, y no la detención o la intervención. No pudieron ser más sinceros los firmantes del ATSJ de Valencia, de 10 de junio de 1991: «... *No cabrá así exigir que el juez se pase veinticuatro horas al día escuchando las conversaciones que se produzcan en los teléfonos por él intervenidos...*», aparte de que «... *el Juzgado carecerá normalmente de los instrumentos técnicos necesarios...*».

Aquel debate estaba más en la realidad de las cosas que en el ámbito de los principios.

3. Dos razones dan una excepcional gravedad a tal cuestión respecto a las comunicaciones telefónicas (y telemáticas):

a) El interesado sí conoce que se registra su casa: se le notifica el auto (art. 566) y ha de estar presente (art. 569). Sí conoce, o puede fácilmente conocer, la detención de correspondencia postal, sencillamente porque no la recibe; pero no advierte la intervención de la comunicación telefónica porque ésta no queda interrumpida.

b) Los agentes de policía tienen conocimiento inmediato de los datos que recogen en un registro domiciliario, pero está el secretario en garantía de que serán correctamente empleados.

No es posible conocer el contenido de la correspondencia postal detenida porque está preservado por una envoltura física. La detención de correspondencia no significa todavía injerencia en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. Si quienes materialmente la detienen llegaran a conocer su contenido, vulnerarían el derecho fundamental (lo que haría nula la prueba). En tal sentido, la jurisprudencia sobre paquetes postales: SSTs de 2

de junio de 1997 y 13 de octubre de 1998 (prueba nula porque se descubrió el contenido) y 23 de julio de 1998 (prueba válida porque no llegó a conocerse). Los agentes de policía no conocen los contenidos que recogen y el secretario judicial no presencia la recogida.

Pero en las comunicaciones telefónicas, los agentes de policía conocen las conversaciones al momento de ser intervenidas y grabadas. Entonces, en este primer instante se desvela el secreto. Sin embargo, el secretario no está presente.

En suma, frente a lo que acontece en el registro domiciliario, el hecho mismo de la intervención de la comunicación telefónica (y telemática) no es advertida por el interesado. Y, frente a lo que ocurre en la detención de correspondencia postal, las conversaciones intervenidas son conocidas por los agentes de policía que materialmente las intervienen.

Ambas circunstancias implican que la recogida de contenidos en una intervención de comunicaciones telefónicas (o telemáticas) genera una injerencia mayor en el derecho fundamental que las causadas al registrar un domicilio o al detener correspondencia postal. Y, precisamente, tal intervención no se efectúa a presencia del secretario judicial. En la recogida de contenidos, garantías mínimas frente a injerencia máxima.

4. Tal reflexión enfoca el análisis de las condiciones exigidas por la jurisprudencia para *después* de que los contenidos han sido recogidos.

Estos requisitos buscan realizar *ex post* el control de la recogida de datos. Se refieren a transcripción y a comunicación al juez de conversaciones que ya han sido interceptas y grabadas.

La policía ha de entregar al juez los soportes originales, todos e íntegros, en que han sido grabadas las conversaciones. El juez puede acordar que se compruebe su autenticidad por peritos (STS de 30 de diciembre de 1993), quienes incluso han analizado los aparatos de audición y grabación en los propios locales policiales donde estaban instalados (SSTS de 31 de octubre de 1994 y 10 de marzo de 1995).

Los medios técnicos actuales permiten detectar manipulaciones en las cintas magnéticas originales. No parece, sin embargo, que hagan posible descubrir que alguna conversación no ha sido grabada.

Con respecto al correo electrónico, interceptada la comunicación, se grabará en un soporte informático, en un disquete. Y éste puede ser alterado sin rastro. Su control es el momento de la «modificación», que el disquete recoge señalando minuto, hora, día, mes y año. Pero lo recoge según la «fecha y hora» (y la «zona horaria») predeterminada en «mi PC». Basta con modificar esa predeterminación del tiempo para que la modificación del disquete coincida exactamente con el momento de la grabación.

No hay un control legal —ni judicial en aplicación de la ley— suficiente de la recogida de contenidos, porque el juzgado no tiene medios técnicos, porque ni el juez ni el secretario pueden estar presentes durante todo el tiempo en que están intervenidas las comunicaciones telefónicas o telemáticas, y, de otro lado, porque las comprobaciones posteriores de autenticidad de los soportes no son absolutamente seguras.

Y, no existiendo un control bastante de la recogida de contenidos, quedan sin base las condiciones y garantías de los actos materiales ulteriores. De nada sirve exigir una transcripción literal y completa de los soportes originales, incluso bajo la fe del secretario, si esos soportes han sido modificados. Y, en una fase más adelantada, dejaría de tener razón la labor, reservada al juez, de seleccionar la parte del contenido de las comunicaciones intervenidas y grabadas que fuera pertinente al proceso, si las transcripciones que maneja lo son de unas grabaciones modificadas.

Sencillamente, es insoslayable un margen —gran margen— de confianza en quien materialmente realiza la intervención. Lo sabe el legislador, lo saben todos los que intervienen en el proceso. Y no tienen más remedio que aceptarlo, parece que a disgusto, porque es dejar una zona fuera del estricto control judicial.

Por eso, da la impresión a veces que la ley reclama numerosos requisitos en los actos posteriores a la recogida de datos para compensar los que no ha podido exigir en ésta. Y que la falta de los mismos son utilizados como vías de defensa.

En buena parte son ineficaces, sin embargo, pues se construyen sobre un acto anterior carente de control judicial. El imputado debe tener garantías, no pocas ni muchas, sino todas las posibles. Pero que cumplan su misión de asegurar sus derechos.

5. Habitualmente el juez encarga a la policía realizar los actos materiales de la recogida de contenidos (*ex art. 580 LECr*).

Con las salvedades que a cualquier actividad humana puedan hacer, la policía ha cumplido bien el encargo.

Antes de que la jurisprudencia comenzara a exigir los requisitos expuesto (sobre todo, caso Naseiro), realizaba la escucha y la grabación, y entregaba al juez las partes de la misma, y su transcripción, que consideraba oportunas.

Reclamadas tales condiciones, la respuesta consistió en la imposibilidad material de cumplirlas (9). Fue una respuesta suficientemente indicativa de

(9) «En los últimos años se han dictado determinadas resoluciones judiciales que, de uno u otro modo, han venido a dar al traste con laboriosas investigaciones policiales basadas fundamentalmente en intervenciones telefónicas.

que la policía judicial estaba dispuesta a respetarlas, como no podía ser de otra manera. Lo que daba base a la confianza que la ley tiene depositada en ella (art. 580 LECr). Y, también, el Tribunal Constitucional: su Sentencia 171/1999, de 27 de septiembre, destaca la corrección del auto que autorizó una intervención telefónica en cuanto «... *determina la fuerza policial que llevará a cabo la misma...*».

6. Si es necesario dejar un margen de confianza en quien recoja los datos, es también preciso elegir a quien merezca tal confianza y hacerle responsable de la misma.

La ley debe determinar quiénes pueden ser encargados y hacerles garantes del derecho fundamental, cuya injerencia autorice el juez, precisamente en el momento en que recogen la comunicación, de la que ellos mismos

Posiblemente las más conocidas de tales resoluciones sean las relativas a los denominados “Caso Naseiro” (Auto Sala 2.^a del TS 610/90, de 18 de junio de 1992) y “Operación Nécora” (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3.^a, rollo 17/90, de 27 de septiembre de 1994).»

Estudia ambas resoluciones y llega, en un apartado 8, a estas «conclusiones adicionales»:

«En función de todo lo expuesto aparece que, por el momento, la eficacia probatoria de las intervenciones telefónicas va resultar terriblemente difícil, sino no imposible, a causa de alguno de los rigurosos requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia.

En efecto, la mayor parte del régimen de condiciones exigibles puede ser salvable mediante un meticuloso cuidado en la actuación policial, aunque pueda suponer unos esfuerzos y costes desproporcionados; pero alguno de los puntos que estrictamente exigen los tribunales devienen como de prácticamente imposible ejecución.

Así, por ejemplo, si tenemos, de una parte, que la policía deberá pedir mandamiento de intervención telefónica (y el juez sólo deberá concederlo) cuando se trate de delitos graves, esto es, no sólo de alta penalidad, sino de envergadura o complejidad (organizaciones criminales), y, de otra, se exige que sea el juez en persona quien seleccione conversaciones (lo que implica la audición de todas y cada una de las cintas) y que, en caso de idiomas distintos al castellano, conozca el idioma (como igualmente deberá conocerlo el secretario), resulta patente la imposibilidad práctica de las intervenciones telefónicas.

Por ello, y por el resto de la problemática expuesta, la policía ha de tener muy en cuenta que las intervenciones sólo van a servir como material de confirmación de auténticas pruebas que se obtengan por otras vías; pero, además, que dichas vías o pruebas no partan exclusivamente de la propia intervención telefónica.

Es decir, hay que conseguir que el material probatorio y elementos de convicción al margen de la observación telefónica, que sólo puede ser utilizada para confirmar pruebas, pero difícilmente para constituir las, recordando, además, que, al no haber la intervención prospectiva o preindagatoria, tampoco puede usarse la escucha como fuente de información, sino, sólo y exclusivamente, como elemento indiciario o de confirmación de pruebas o pieza de convicción.

En tales condiciones, estimados que por la Autoridad debería valorarse el mantenimiento operativo de las escuchas, cuya rentabilidad, hoy en día, resulta más que cuestionable.

Madrid, 21 de octubre de 1994.—Gabinete Técnico.—Sección de Legislación.»

Boletín de Documentación, Instituto de Estudios de la Policía. Temas de interés. «Intervenciones telefónicas: Problemática jurídico-policial».

toman conocimiento al instante. Serán garantes por mandato expreso de la ley. Y responsables por ley del cumplimiento del encargo.

La ley tendrá que elegir a quienes merezcan confianza. No se trata de fiarse individualmente de una o varias personas; a esto no puede llegar la ley. Se trata de seleccionar colectivos que socialmente tengan tal confianza.

La LECr se refiere a la policía para detener la correspondencia postal y intervenir las comunicaciones telefónicas. Y a ciertos jefes de Correos en cuanto a aquélla.

Pero han surgido ya dificultades respecto a las telemáticas.

La policía judicial (Guardia Civil, Unidad Central Operativa, Grupo Delitos Altas Tecnologías) solicitó, a través del Fiscal, *«Mandamiento judicial dirigido al responsable de la empresa... al objeto de que... proporcionen a esta unidad copia de los mensajes emitidos y recibidos desde la dirección de correo electrónico..., por el período de un mes...»* (DP número 5423/99 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valladolid).

Está expresamente dicho en la petición que la recogida de datos no la haría la propia policía judicial peticionaria de la autorización, sino el servidor.

Es prácticamente imposible hacerlo de modo diferente. Es posible pero muy difícil el rastreo de una comunicación mientras se está transmitiendo (10). Lo viable es interceptarla en el servidor, paso obligado de la transmisión.

Pero el servidor es un empresario que ofrece un servicio en el ámbito de la telecomunicación, ahora liberalizado y sometido a la libre concurrencia. ¿Puede la ley elegirlos como encargados de recoger y grabar la comunicación transmitida haciéndolos garantes del derecho fundamental?

Están sometidos al secreto: *«Los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones, de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 CE y 579 LECr. Para ello, deberán adoptar las medidas técnicas que se exijan por la normativa vigente en cada momento, en función de las características de la infraestructura utilizada»* (art. 49 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones). Pero el deber de secreto no comprende el de recoger y conservar datos en caso de intervenir la comunicación.

(10) Leer la comunicación en el receptor o en el emisor, como «pinchar» un aparato telefónico, como tomar una carta, que están en un domicilio es objeto de la entrada y registro, no de la detención de comunicaciones postales o intervención de las telefónicas o telemáticas.

El artículo 51 de la LGT abre una salida: *«Con pleno respeto al derecho al secreto de las comunicaciones y a la exigencia, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de autorización judicial para la interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico establecidas en el Convenio internacional de telecomunicaciones, sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general, será de aplicación lo siguiente:*

a) *La Administración de las telecomunicaciones deberá diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales en forma tal que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones.*

b) *Cuando, como consecuencia de las interceptaciones técnicas efectuadas, quede constancia de los contenidos, los soportes en los que éstos aparezcan no podrán ser ni almacenados ni divulgados y serán inmediatamente destruidos.*

Las mismas reglas se aplicarán para la vigilancia del adecuado empleo de las redes y la correcta prestación de los servicios de telecomunicaciones».

La Administración de las telecomunicaciones dispone de medios técnicos de interceptación. Tiene que usarlos por razones de uso del dominio público. El deber de secreto le impone destruir los soportes en los que hayan quedado grabados contenidos.

Si la ley confía en la Administración de las telecomunicaciones por razones de *«la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico»*, con mayor razón lo hará para que se encargue de recoger y conservar datos previa autorización judicial.

En aplicación de la ley, el juez concretará la persona que realice los actos materiales de recogida y conservación. Sólo ella vendrá amparada por el cumplimiento de un deber que excluiría su responsabilidad penal por la conducta tipificada en el artículo 197 CP: *«1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación...».*

III. CONCLUSIONES

1.^a Es imprescindible una ley orgánica, modificadora de la LECr, que habilite al Juez para autorizar aquellas diligencias que impliquen una injerencia en cualquier derecho fundamental a los fines del proceso penal.

El contenido de la misma (por exigencia del art. 10.2 CE) habrá de ajustarse al CEDH/LF, desarrollado por el TEDH y nuestros TC y TS, tanto respecto a los presupuestos como a las condiciones de la injerencia.

2.^a Respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, al determinar las condiciones de la injerencia que garanticen la recogida de los contenidos:

a) La ley habría de establecer de modo expreso quiénes deben realizar las operaciones técnicas de dicha recogida.

b) Sugiriendo, en orden de preferencia, la policía judicial, la Administración de Telecomunicaciones y los titulares de los operadores o servidores.

c) La ley tendría que fijar sus obligaciones específicas y conferirles la posición de garantes del derecho fundamental. Respecto a la policía judicial, estos preceptos significarían una mayor concreción de su normativa específica.

LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA

JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS

Abogado-Fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. FUNDAMENTO DE LOS PERMISOS DE SALIDA.—3. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN.—4. CLASES DE PERMISOS DE SALIDA. 5. NATURALEZA DE LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA.—6. REQUISITOS DE LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA.—7. VALORACIÓN DE VARIABLES: a) *Existencia de permisos anteriores*; b) *Irregular conducta penitenciaria*; c) *Profesionalidad y entorno socioeconómico*; d) *Larga condena y lejanía de fecha de tres cuartas partes*; e) *Especial tipología delictiva*; f) *Características psicológicas del interno*.—8. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo.

(El Quijote, II, XLIII.)

1. INTRODUCCIÓN

Pese a que los permisos penitenciarios de salida son un beneficio que dista mucho de estar unánime u homogéneamente establecido en las legislaciones de nuestro entorno, no cabe duda de que deben considerarse como un verdadero avance de la técnica penitenciaria, puesto que permiten ir mitigando el rigor de una pena ya de por sí dura, acercando paulatinamente al interno a aquella situación que encontrará al retornar al medio libre, sirviendo igualmente para aumentar su propia responsabilidad al asumir determinados compromisos. El título del presente trabajo hace que su contenido pueda llegar a ser tan extenso como se quiera o, al menos, tanto como el conocimiento de la rica realidad en esta materia pueda llegar a ser. No obstante, las lógicas limitaciones en la extensión y la doble necesidad de no perdernos en divagaciones teóricas o excesivamente casuísticas, harán que nos limitemos a dar unas pinceladas acerca de aquellos aspectos más interesantes e importantes de la materia tratada, para lo que habremos de partir —si bien de un modo somero— de una explicación que nos haga centrar y definir adecuadamente el campo en el que se desarrollará nuestra reflexión.

Por tanto, tras unos breves apuntes acerca del fundamento, clases y procedimiento establecido para la concesión y autorización de los permisos penitenciarios, pondremos especial énfasis en lo que constituye el nudo gordiano del tema abordado: la naturaleza, requisitos y valoración que debe hacerse de las distintas circunstancias concurrentes en los permisos ordinarios de salida y que nos ayudará a determinar —con el menor grado de subjetivismo posible— cuándo debe concederse o no un permiso a un concreto interno.

2. FUNDAMENTO DE LOS PERMISOS DE SALIDA

La base fundamental de los permisos penitenciarios que se regulan en nuestro ordenamiento ha de hallarse necesariamente en lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución que preceptúa que las penas privativas de libertad han de estar imbuidas en todo momento de los principios de reeducación y reinserción social de quienes las sufran. Parece claro que una pena privativa de libertad estará más orientada hacia los principios enunciados si se permite a lo largo del desarrollo de la misma que el interno vaya tomando poco a poco contacto con la realidad social que le rodea mediante salidas controladas —en el tiempo y en su forma— al que habrá de ser su hábitat definitivo.

Pero tampoco podemos olvidar que, junto con la mencionada finalidad de las penas privativas de libertad, éstas cumplen también —y así se reconoció por el Tribunal Constitucional, ya desde la STC 19/1988— una función de retribución, retención y custodia de los penados y, en definitiva, de mantener asegurados y apartados temporalmente de la Sociedad a determinados sujetos respecto de quienes el legislador decide con carácter general —y el juzgador con carácter particular— que son merecedores de sufrir este tipo de penas privativas de libertad. Esto redundará, por lo que aquí nos concierne, en la necesidad de articular una serie de medidas de seguridad que permitan hacer cumplir esta finalidad de la pena; por lo que la necesidad de reinserción, que motiva la existencia del permiso, debe compaginarse con la existencia de unos criterios previos para su concesión y unas medidas de control durante su disfrute que no dejen sin contenido esta función de retención y custodia de presos.

Máxime si no perdemos de vista que el interno que disfruta un permiso no deja de ser tal, esto es, una persona *no-libre* y sujeto a especiales reglas de conducta —que no serían exigibles a otros ciudadanos— dado que, en definitiva, se encuentra cumpliendo —incluso en los momentos en que se

encuentra excarcelado por disfrute del permiso— una condena a pena privativa de libertad (1).

Recogiendo, pues, los principios antedichos, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y su Reglamento de 1996 —como ya lo hacía el derogado de 1981— regulan los permisos penitenciarios señalando la Ley en su artículo 47 que:

CAPÍTULO VI

PERMISOS DE SALIDA

Art. 47. 1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

2. Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Como desarrollo de lo anterior, los artículos 154 y siguientes del Reglamento Penitenciario aportan su grado de concreción y determinación al respecto:

Art. 154. *Permisos ordinarios.*—1. Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente.

(1) Como se demuestra por el hecho de que el tiempo disfrutado computa a los efectos de extinción de condena o, entrando en supuestos más específicos, en el dato de que el tipo aplicable caso de no reintegrarse al Centro tras el permiso sería el de quebrantamiento de condena regulado en el primer inciso del artículo 468 del Código Penal, por hallarse quien quebranta privado de libertad. Esta interpretación entendemos que sigue siendo la correcta pese al tenor literal de algún párrafo contenido en la reciente Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/1999, de 7 de diciembre, toda vez que ésta se circunscribe más específicamente a la concreta problemática de la pena de arresto de fin de semana.

3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente.

Art. 155. *Permisos extraordinarios*.—1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.

3. Cuando se trate de internos clasificados en primer grado, será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia.

4. Se podrán conceder, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, permisos extraordinarios de salida de hasta doce horas de duración para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un Hospital extrapenitenciario. En este último caso, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado.

5. Los permisos a que se refiere el apartado anterior no estarán sometidos, en general, a control ni custodia del interno cuando se trate de penados clasificados en tercer grado y podrán concederse en régimen de autogobierno para los penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida.

Será, por tanto, el análisis de los citados preceptos, y de otros concordantes a los que nos iremos refiriendo, el que nos servirá para diseccionar en la medida de lo posible la problemática inherente a los permisos de salida.

3. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN

Conviene, con carácter previo, hacer una mínima mención a las líneas generales que dibujan el entorno del procedimiento a seguir para la concesión y autorización de los permisos de salida, puesto que ello aclarará la importancia de cada una de las instancias implicadas, así como del momento concreto en que se lleva a cabo la valoración de unos u otros datos.

Son los artículos 160 a 162 del Reglamento Penitenciario los que nos indican que corresponde a la Junta de Tratamiento la tarea de conceder o no un permiso de salida, previo informe —preceptivo pero no vinculante— del Equipo Técnico. Si el acuerdo de la Junta es negativo, corresponde al interno la posibilidad de recurrir al Juzgado de Vigilancia por vía de queja, pudiendo el Juzgado decidir a favor de éste o ratificar la decisión de la Junta.

Si, por el contrario, el acuerdo es favorable y se produce la concesión del permiso, corresponderá la autorización del mismo al Centro Directivo (cuando se trate de permisos de hasta dos días, o el interno se halle clasificado en tercer grado), al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria [en base al art. 76.2.i) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando sean permisos superiores a dos días], o, por último, a la Autoridad judicial correspondiente (en el caso de presos preventivos). Lógicamente, será en el segundo de los casos mencionados donde se producirán con mayor asiduidad las labores de valoración de elementos y variables a que nos referiremos a lo largo de la presente exposición.

4. CLASES DE PERMISOS DE SALIDA

Sólo nos queda con carácter previo a entrar propiamente en el estudio de las variables a tener en cuenta para la concesión de los permisos penitenciarios, tratar brevemente los tipos de permisos que se regulan en la normativa penitenciaria con sus respectivas características y requisitos —si bien aquéllas y éstos son fácil y directamente deducibles del tenor literal de los preceptos legales y reglamentarios que anteriormente reproducíamos—.

Para empezar, podemos distinguir los permisos propios de los impropios. Estos últimos participan genéricamente de la naturaleza de los permisos, pero por estar más directamente conectados con el tratamiento penitenciario parece que son tratados de un modo aparte, como se aprecia por la propia dicción literal de los preceptos que los regulan. Nos estamos refiriendo a las salidas de fin de semana de que disfrutan con carácter general los internos clasificados en tercer grado, y a las salidas programadas para la realización de actividades específicas de tratamiento (2).

Son propiamente permisos, por el contrario, tanto los extraordinarios como los ordinarios. Los primeros, según se observa en los artículos 47.1 de

(2) El carácter propio de este tipo de salidas se deduce tanto de la específica regulación que contiene el Reglamento respecto de las mismas —art. 87 para los internos en tercer grado y art. 114 para las salidas programadas— como de la no aplicación que el propio artículo 154.3 prevé de los límites temporales a que se sujetan el resto de permisos ordinarios.

la Ley Orgánica General Penitenciaria y 155 del Reglamento, responden a circunstancias excepcionales (fallecimiento, alumbramiento u otros importantes y comprobados motivos que afecten a parientes u otras personas allegadas al interno) y se conceden, siempre con las medidas de control pertinentes, por el tiempo necesario según los casos de que se trate. Su finalidad, como se ve con claridad, no conecta tanto con la reeducación y reinserción que proclama el artículo 25.2 de la Constitución, sino que entronca de una manera directa con ciertos motivos excepcionales de un muy marcado carácter humanitario (3) que hacen aconsejable la excarcelación temporal del interno.

Los permisos ordinarios, por su parte, se sujetan a la concurrencia de una serie de requisitos, unos de naturaleza formal y objetiva, otros de carácter teleológico, y conectan directamente, como señalábamos al inicio de este trabajo, con lo prescrito en el artículo 25.2 de la Constitución. Por su importancia, cualitativa y cuantitativa, procederemos a analizarlos con independencia, dando en primer lugar unas datos generales acerca de su naturaleza, en relación con determinados derechos fundamentales, para pasar a continuación al estudio de sus requisitos legales y criterios prácticos de concesión.

5. NATURALEZA DE LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA

Obviamente, el tratamiento en profundidad de lo referente a la naturaleza de los permisos es algo que excede con mucho de los estrictos límites de este trabajo, por lo que nos limitaremos a dar algunos trazos sobre ésta y a enfocar su estudio desde el prisma que nos ofrece la comparación con los derechos fundamentales que pudieran estar involucrados.

En primer lugar, y abundando en lo manifestado hasta ahora, hay que resaltar el carácter instrumental de los permisos ordinarios de salida, a la luz del artículo 25.2 de la Constitución, por lo que hay que resaltar que éstos son medios que no pueden tomarse como derechos incondicionados de los internos. No existe *per se* un derecho a disfrutar de los permisos de salida en tanto en cuanto no se posean los requisitos que la legislación prevé —que, como veremos, no son sólo objetivos, sino que deben contar con una especial valo-

(3) No obstante, en no pocas ocasiones y como acertadamente ponen de manifiesto Fernández Arévalo y Mapelli Caffarena, en la práctica no se conseguirá llevar a cabo esta tarea humanitaria puesto que la necesidad de que existan medidas de seguridad —esposas, acompañamiento por miembros de las fuerzas de seguridad, etc.— hará en no pocas ocasiones que el interno vea el disfrute del permiso en tales condiciones como lesivo para su dignidad, renunciando quizás incluso a su concesión.

ración finalista—. Se trata, por consiguiente, de una institución firmemente conectada con los principios de reeducación y reinserción social (4) que goza de una serie de bondades y utilidades que el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de destacar (5):

«Todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indican cuál es la evolución del penado.»

No obstante lo anterior, también hay que resaltar que el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el contenido primero del artículo 25.2 de la Constitución no es nada más —aunque también nada menos— que un mandato dirigido al legislador, pero que en sí mismo no es fuente de derechos subjetivos (6). Por tanto, se impone marcar aquellos momentos en los que sí pueden verse vulnerados otros derechos subjetivos por los permisos de salida o, por mejor decir, por la denegación a un interno de permisos de salida.

Desde el punto de vista del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, sólo cabrá hablar de vulneración cuando se trate de denegación de un permiso, siendo así que otro, con condiciones idénticas, hubiese sido concedido a otro interno. Esto no pasa de ser un caso de laboratorio porque, como iremos viendo, el conjunto de parámetros y variables a tener en cuenta es tan amplio y depende tanto de las concretas circunstancias y características del interno que deviene prácticamente imposible recurrir contra una denegación de permiso con base en la vulneración del principio de igualdad (7).

Desde otro punto de vista, se ha pretendido en alguna ocasión que la denegación de un permiso de salida atentaba contra el derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución. Esto debe

(4) La STC 19/1988 señala esta conexión con la corrección y readaptación del penado, integrándose en el sistema progresivo, formando parte del tratamiento.

(5) SSTC 112/1996, 2/1997 y 81/1997.

(6) Entre otras, SSTC 81/1997, 193/1997 y 75/1998.

(7) El propio Tribunal Constitucional, si bien en el ámbito de la prisión provisional, ha señalado en sus SSTC 146/1997 y 157/1997 que la alegación de la vulneración del principio constitucional de la igualdad no pasa de ser «*meramente retórica*» porque faltan términos de comparación precisos y concretos.

rechazarse de plano, puesto que, como señala el Tribunal Constitucional en su STC 2/1997, no cabe hablar de atentado contra la libertad respecto de una persona que está privada de la misma, en virtud del único título jurídico legítimo que puede justificar tal privación, esto es, de una sentencia firme condenatoria adoptada tras el pertinente proceso judicial. En la misma línea, rechaza la STC 81/1997 que la denegación de un permiso de salida pueda considerarse un empeoramiento del *status libertatis* del interno, puesto que el disfrute hipotético del mismo no produciría una verdadera situación de libertad sino una mera medida de preparación para la vida en libertad, como hemos visto que recoge la legislación penitenciaria. Lo anterior no debe hacernos desconocer, como reconoce la propia sentencia señalada, que

«los permisos ordinarios de salida, aunque sea con los indicados fines de resocialización y de preparación para la vida en libertad, por razón de su propio contenido representan para el condenado a una pena privativa de libertad el disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carecen».

En definitiva, tal y como aclara la STC 75/1998, los permisos de salida encuentran su base en la legalidad ordinaria y no en el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución.

6. REQUISITOS DE LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA

Los requisitos de carácter formal u objetivos que se deducen de la legislación penitenciaria son claros y de fácil constatación en la realidad. Así, el informe —preceptivo pero no vinculante— que el Equipo Técnico realiza; el hallarse el interno en segundo o tercer grado de tratamiento penitenciario; el haber cumplido la cuarta parte de la condena impuesta (8), o el no observar mala conducta. De todos estos requisitos, tan sólo el último podría plantear alguna duda interpretativa en cuanto a qué debe entenderse por *no observar mala conducta* (9), si bien la doctrina y la práctica forense ha sido pacífica al

(8) Aun cuando no es éste el lugar para desarrollar más por extenso esta reflexión, no deja de llamar poderosamente la atención que los permisos de salida estén sujetos a un límite temporal tan claro como el primer cuarto de condena, antes del cual no cabe el disfrute de los mismos, mientras que otras situaciones que implican una mayor relajación de los controles por parte de la Administración Penitenciaria —nos referimos al pase al tercer grado— carezcan de límite temporal alguno y, lo que es más grave, de posibilidad de control jurisdiccional directo.

(9) Obsérvese que ni siquiera se plantea una exigencia positiva, de tener buena conducta, sino que basta con que no concurra un elemento negativo.

entender que el requisito se cumple siempre que no conste formalmente una mala conducta penitenciaria, esto es, siempre que no consten en el expediente personal del interno sanciones sin cancelar, con independencia de cuales sean sus actitudes en otros ámbitos que no sean tan claramente objetivables como el comentado.

Pero a los antedichos requisitos formales u objetivos hay que añadir la existencia de un requisito, tan importante como cualquiera de los anteriores —y, por tanto, cuya ausencia sería susceptible de impedir por sí misma la concesión de un permiso— y que consiste en elemento teleológico de que el permiso sirva *«para preparar la vida en libertad»*. He aquí, por tanto, el núcleo esencial de la cuestión, el dato que habrá de valorarse y tenerse en cuenta para decidir en cada caso concreto si la concesión de un permiso a un determinado interno va a serle útil para preparar su vida en libertad o si, por el contrario, la existencia de determinados factores de riesgo pueden llevar al convencimiento razonable de que el disfrute de ese permiso puede redundar negativamente en el proceso resocializador que se puso en marcha a su ingreso en el Centro Penitenciario y, por tanto, lo que verdaderamente resulta conveniente al interno, en aras de respetar su reeducación y reinserción, es precisamente denegar o no autorizar el permiso en cuestión.

Por tanto, deben rechazarse pretensiones tan habituales como faltas de fundamento, en las que se pretende una especie de derecho a la concesión del permiso penitenciario por la mera concurrencia de los requisitos formales, desconociendo absolutamente todo lo tocante al elemento teleológico que ahora estudiamos. Éste, como decíamos anteriormente, es tan importante como los otros, y así lo ha venido a reconocer el Tribunal Constitucional quien en la STC 81/1997, de 22 de abril (P.: Gimeno Sendra), reconoce, como no podía ser de otra forma, que

«los permisos de salida ordinarios resultan estar, en cuanto a su finalidad, orientados a la preparación de los internos para la vida en libertad» (Fundamento jurídico tercero)

por lo que, recordando lo contenido en la STC 112/1996, señala respecto de los permisos que

«su concesión no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados».

Queda, pues, claro que el elemento teleológico es tan capital como los objetivos. Pero, puesto que, como hemos visto, las resoluciones denegatorias

de permisos no pueden adolecer de falta de motivación o ser arbitrarias (10), el carácter menos objetivo del elemento teleológico hace que debamos acercarnos a aquellas variables a tener en cuenta para proceder a valorar adecuadamente cuándo un permiso ordinario responderá a la finalidad para la que fue pensado y cuándo no.

Una apostilla más: no se trata, como a menudo se pretende por parte de los internos, de que una vez que constan los requisitos objetivos haya que apreciar el elemento teleológico por no constar datos en contrario, en base a una pretendida *presunción de preparación para la vida en libertad*. Es exactamente lo contrario. Nos hallamos ante un beneficio penitenciario de carácter excepcional y corresponde a quien pretende su aplicación el *onus probandi* respecto de cuantos elementos se exijan legalmente para su apreciación. Si no existen datos añadidos a los meramente objetivos —clasificación en segundo o tercer grado, cuarta parte superada y ausencia de sanciones—, lo procedente es que la pena de prisión se continúe ejecutando de manera ordinaria, esto es, en el segundo grado de clasificación sin disfrute de permisos, al menos hasta que no se acredite la pertinencia de los mismos —del mismo modo que no se producirá el pase a tercer grado hasta que no se acredite la concurrencia de las *circunstancias personales y penitenciarias* a que se refiere el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario—.

7. VALORACIÓN DE VARIABLES

El primer acercamiento a esta materia nos viene de la propia lectura del Reglamento, cuyo artículo 156.1 dispone que:

Art. 156. *Informe del Equipo Técnico*.—1. El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

(10) La interdicción de la arbitrariedad contenida en el artículo 9.3 de la Constitución ha sido también constantemente tratada desde el marco de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 por el Tribunal Constitucional, como hemos tenido ocasión de ver anteriormente, exigiendo continuamente motivación suficiente en las resoluciones denegatorias de permisos (v. gr., STC de 18 de marzo de 1997).

Se observa claramente en el precepto reproducido cómo se articulan todas las prevenciones frente a los permisos para asegurar el cumplimiento de la doble finalidad a que nos referíamos en la introducción del presente trabajo: se intenta que sirva para reeducar y reinsertar al interno (por lo que no procederá el permiso cuando el disfrute de éste pueda redundar negativamente en la preparación para la vida en libertad o en el tratamiento que se esté siguiendo con el interno de que se trate), pero sin olvidar la necesidad de proteger a la Sociedad mediante la garantía de la función de retención y custodia de los internos (no procediendo, por tanto, el permiso cuando resulte probable la comisión de nuevos delitos o el quebrantamiento de la condena impuesta). Ello nos vuelve a reconducir a la importancia del elemento teleológico a que nos hemos referido, puesto que de éste deberá deducirse la mayor o menor probabilidad de que se den las últimas situaciones citadas.

Para ello, nos señala el precepto que deberán valorarse tanto la trayectoria delictiva de cada interno, como la personalidad del mismo, así como «*otras variables cualitativamente desfavorables*» (11). Frente a la posibilidad de entender la dicción literal de este artículo 156.1 como una extralimitación que va más allá de la finalidad reseñada en la Ley para los permisos (preparar la vida en libertad), entendemos que se trata de una mera concreción —y ésta es una de las funciones básicas de un Reglamento de desarrollo— de la finalidad antes apuntada por el texto de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Dado que la valoración de estas variables habrá de realizarse por los miembros del Equipo Técnico del Centro en que se encuentre el interno en cuestión, no ha faltado quien señale las críticas que pueden hacerse a este sistema (12): incremento del riesgo del etiquetado (o *labelling*) de los internos, existencia de prejuicios caracteriológicos, o dependencia orgánica de los miembros de los equipos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Sin desechar absolutamente lo antedicho, hay, no obstante, que resaltar que el elemento de intermediación es también capital y que sólo los miembros de estos equipos tienen la posibilidad de conocer individualizadamente las características de cada uno de los reclusos que pretenden acceder a un permiso y, por ende, son los mejor cualificados —pese a las inevitables

(11) Se intenta poner de relieve que lo verdaderamente importante a la hora de valorar la idoneidad de un interno para el disfrute de un permiso no es tanto cuántas veces ha realizado estos o aquéllos actos, sino qué tipo de actos y con qué motivación fueron realizados. De ahí la importancia del elemento cualitativo de las variables a tener en cuenta.

(12) Así, REMEI BONA I PUIVERT, «Derecho Penitenciario», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.

tachas que puedan hallarse— para efectuar la valoración de la variables en juego (13).

Como medio establecido por la Administración Penitenciaria de intentar concretar los distintos aspectos a tener en cuenta, la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias número 1/1995 estableció una serie de variables de la que se deduce una puntuación baremada referente al riesgo de quebrantamiento (14). Fundamentalmente dos críticas se pueden hacer a ésta: en primer lugar, que sólo se refiere a uno de los puntos tratados en el artículo 156.1 del Reglamento —el riesgo de quebrantamiento— siendo así que son más —probabilidad de comisión de nuevos delitos, repercusión negativa en el tratamiento o en su preparación para la vida en libertad— los que se recogen en el mismo, como teníamos ocasión de ver anteriormente; en segundo lugar, que aporta una visión excesivamente estereotipada y objetivada de una realidad que necesariamente es mucho más rica, variada y matizada. En cualquier caso, el carácter meramente orientativo de estas tablas moderan mucho su posible incidencia en la concesión o denegación de permisos.

Habida cuenta lo anterior, será de utilidad que nos detengamos en aquellas variables que en la práctica suelen ser las que aportan una mayor luz a la hora de determinar si se concede —o se autoriza— un permiso penitenciario.

a) EXISTENCIA DE PERMISOS ANTERIORES

Se entiende que todas las cautelas que existen ante el disfrute de un permiso de salida se basan en el temor de que pueda hacerse un mal uso del mismo, que se evidenciará por los puntos a que acabamos de referirnos. Así y como corolario lógico de lo anterior, parece obvio que tales cautelas decaerán cuando nos hallemos ante un interno que haya disfrutado con anterioridad permisos sin incidencias, dado que faltarán los elementos objetivos mínimos que sustenten las probabilidades de que se haga un mal uso del permiso. Por tanto, la existencia de permisos anteriores sin incidencias, deviene en la práctica el elemento más seguro para el interno que pretende disfrutar

(13) Como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la importancia de la inmediación para la valoración de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, en las SSTC 2/1997 y 81/1997.

(14) Por referirnos a ellas siquiera sea someramente, se agrupan en circunstancias personales (extranjería, trastornos psicopatológicos, drogodependencia, marginalidad, etc.), delictivas (tipología delictiva, profesionalidad, reincidencia) o penitenciarias (quebrantamientos anteriores, lejanía de fecha de tres cuartas partes de condena, régimen cerrado, ausencia de permisos anteriores).

nuevos permisos (15), convirtiéndose así este criterio en un incentivo añadido para que los permisos se disfruten de modo correcto y ateniéndose a los límites que a cada uno se señale (16).

No obstante lo anterior, que es regla general, nada impide que se denieguen permisos ulteriores cuando el interno se halle, por ejemplo, en fases agudas de alguna enfermedad o trastorno o cuando concurren cualesquiera otros elementos objetivos que sean reconducibles a los parámetros de riesgo recogidos en el artículo 156.1 del Reglamento.

b) IRREGULAR CONDUCTA

Debe también tomarse en cuenta la posibilidad de apreciar negativamente una conducta por parte del interno que, al menos, pueda calificarse de irregular. No se tratará, por tanto, de una *mala conducta*, que determinaría la ausencia de uno de los requisitos objetivos anteriormente tratados, sino de aquellos casos en los que se aprecien determinadas reticencias o actitudes en el interno que, sin llegar a tener la entidad precisa para provocar partes sancionadores, sí sean relevantes para ser apreciados con el conjunto de características que concurren en el mismo. Normalmente se tratará de falta de rendimiento en el destino asignado, poca o nula participación en las actividades propuestas, integración en grupos de internos relacionados con extorsión o tráfico de sustancias, etc. El carácter marcadamente subjetivo de alguna de estas circunstancias vuelve a poner de manifiesto la importancia de los informes emitidos por los profesionales que tienen a su cargo el cuidado de los internos y en quienes concurre más acusadamente la inmediatez.

(15) Hasta tal punto es así, que no es extraño en la práctica forense que se produzca por parte del Fiscal en el recurso de apelación una admisión de la postura del interno recurrente a quien se denegó o no autorizó un permiso, tan sólo porque durante la tramitación del mismo ya se haya producido el disfrute sin incidencia de algún permiso por parte del interno. Carece de sentido mantener la probabilidad de que se haga mal uso de un permiso frente a la realidad de permisos disfrutados sin incidencias. Cuestión distinta será que dicho permiso anterior no se hubiese autorizado por no concurrir en su momento algunos de los requisitos objetivos (no haber cumplido el primer cuarto de condena, tener sanciones sin cancelar, etc.), en cuyo caso entendemos que procedería mantener la postura inicial, puesto que la resolución judicial no podía haber sido otra distinta que la de denegar el permiso de que se trate.

(16) En este sentido hay que recordar que se entenderán como incidencias no sólo aquellas que afecten más directamente al permiso en sí, como un quebrantamiento, sino también la violación de cualquiera de las reglas de conducta que se hubiesen impuesto para el disfrute del permiso. Como regla general, se tratará de falta de presentación con la regularidad fijada ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o, con mayor asiduidad aún, de positivos a los controles de opiáceos que se realicen al reingreso en el Centro Penitenciario.

c) PROFESIONALIDAD Y ENTORNO SOCIOECONÓMICO

Otra de las variables que habrá de ser tenida en cuenta es la profesionalidad del interno. En otras palabras, habrá que determinar si el interno en cuestión había hecho del delito su medio habitual de subsistencia, porque en tal caso difícilmente podremos negar que exista una alta probabilidad de que se cometan nuevos delitos durante el permiso. Es instrumento de singular valor el historial de incursores penitenciarios referido a cada interno en concreto, en el que aparecen reflejadas todas y cada una de las incidencias penitenciarias que afecten al sujeto, de donde podremos deducir cuánto tiempo pasa el sujeto en libertad, cuántos ingresos en prisión le constan, con qué cadencia, etc.

Lo anterior conecta muy directamente con las características del entorno socioeconómico del interno y el del lugar concreto en que vaya a disfrutar el permiso. Toma singular importancia en este punto la labor de los Servicios Sociales que pueden aportar datos fidedignos y de primera mano respecto de lo anterior, de modo que tanto la Administración como en su caso el Juzgado de Vigilancia tengan elementos suficientes para tomar una decisión lo más objetivada posible. Conviene, no obstante, hacer un adecuado uso de este concreto argumento, ponderando todas las concretas circunstancias concurrentes, puesto que de lo contrario, podríamos llegar a soluciones discriminatorias e injustas, primando a aquellos internos con alto *status* social frente a aquellos —amplia mayoría, por otra parte— procedentes de ambientes marginales. De nuevo el indeseado *etiquetado*.

d) LARGA CONDENA Y LEJANÍA DE FECHA DE TRES CUARTAS PARTES

En cuanto a este punto, hay que mencionar la existencia de discrepancias en la doctrina, tanto científica como jurisprudencial.

En efecto, ante el criterio utilizado en algunas ocasiones de denegar el permiso —o no autorizarlo— por existir una larga condena, con varios años aún pendientes; o por ser lejana la fecha de tres cuartas partes de condena —con el aliciente que conlleva para el interno la proximidad de este momento y, por ende, de la posibilidad de pasar a liberado condicional—, existe una tendencia jurisprudencial que entiende que no cabe entender que los datos anteriores sean suficientes para bloquear el acceso a los permisos ordinarios de salida. En este sentido, la STC de 24 de junio de 1996, abundantemente seguida en diversos Autos de las distintas Audiencias Provinciales, entendía que no cabía admitir que la mera lejanía de la fecha de tres cuartas partes o la larga condena fuesen motivos aptos para denegar permisos.

Pero lo cierto es que tal interpretación no tiene mucho sentido en sí misma. En primer lugar, porque difícilmente nos hallaremos ante resoluciones que entiendan que la denegación del permiso se produce *solamente* por las circunstancias antedichas, dado que éstas han de entenderse y valorarse en el seno de un contexto más amplio que es el que la dota de sentido. En segundo lugar, porque el propio Tribunal Constitucional, primero de una manera más tangencial y luego de modo claro y directo, ha ido matizando su inicial postura hasta el punto de que a fecha de hoy podemos señalar que la mencionada doctrina ha quedado obsoleta, al menos en cuanto a la rotundidad con que algunas Audiencias venían aplicándola (17).

Así, en su STC 44/1997 —y siguiendo la línea que ya abrió en su STC 62/1996—, el Tribunal al respecto de la prisión provisional, reconoce que un elemento suficiente para hacer inclinar la balanza hacia una decisión proclive a la prisión, es el que haya recaído una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad contra el sujeto en cuestión. Y ello porque los riesgos de que el sujeto se sustraiga a la acción de la Justicia y perjudique así los fines del proceso se incrementan de un modo muy notable cuando el encarado tiene sobre su cabeza, no la probabilidad, sino la realidad de una sentencia condenatoria, aunque ésta no sea firme. Por tanto, si esta sentencia condenatoria sirve para lo más —esto es, para privar de la libertad a una persona— cuánto más otra sentencia a una larga condena —que a mayor abudamiento, es firme y ejecutoria puesto que ya se ha iniciado el cumplimiento, y se refiere a una persona que ya se halla privada de libertad— debe entenderse que modifica sustancialmente las circunstancias que determinan la concesión de un permiso, puesto que aleja tanto el hipotético disfrute de beneficios (*v. gr.* la libertad condicional) como el momento de la libertad definitiva, de modo que cabe apreciar racionalmente el riesgo de que el sujeto se sienta tentado con un quebrantamiento de la condena que tiene pendiente sobre sí.

Este razonamiento comparativo que entendemos absolutamente lógico, es el que finalmente ha tenido acogida en la doctrina del Tribunal Constitucional, quien en la reciente y clarificadora STC 81/1997, de 22 de abril, admite —en un caso en el que la denegación del permiso se había producido por la lejanía de la fecha de tres cuartas partes de condena: cinco años— la argumentación de la Audiencia Provincial de Álava que indicaba que la lejanía de la fecha de tres cuartas partes de la condena

(17) Véase, por ejemplo, el Auto de 12 de mayo de 1997 de la Audiencia Provincial de Huelva.

«le sitúa [al interno] en un momento no idóneo para la progresiva preparación para la vida en libertad, conforme al propio espíritu y finalidad de los permisos ordinarios de salida dentro del contexto de la reinserción social orientador de la legislación en materia penitenciaria».

La anterior argumentación, como decimos, es asumida plenamente por el Tribunal Constitucional, quien deniega el amparo solicitado por entender que no se trata del establecimiento de un requisito no previsto legalmente para la obtención de permisos sino de

«la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución y que, por supuesto, no impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior».

Por tanto, queda avalada suficientemente la tesis de que la lejanía de la fecha de tres cuartos y la larga condena existente son elementos que, si bien *per se* puede mantenerse que no son determinantes para la denegación de un permiso, sí pueden llegar a serlo cuando se aprecian a la luz del conjunto de los criterios a que hemos venido haciendo referencia y de los fines generales que inspiran la institución de los permisos de salida.

e) ESPECIALES TIPOLOGÍAS DELICTIVAS

Otro elemento igualmente importante que habremos de valorar en determinados casos será el sesgo especialmente violento del delito por el que se cumple condena, en conexión con el especial rechazo que tales actos generan en la Sociedad: básicamente nos referimos a delitos de sangre o contra la libertad sexual con caracteres violentos (18).

En estos casos conviene no olvidar que —particularmente por lo que hace al caso de los agresores sexuales— son internos que suelen tener no sólo un comportamiento aceptable en prisión, sino incluso modélico, y no es hasta que se vuelven a encontrar en condiciones de ser estimulados de modo similar a como lo fueron cuando cometieron el delito, que reaccionan de manera parecida a como lo hicieron entonces. Conviene, pues, tenerlo muy

(18) No incluimos en este apartado —aunque pueden participar de buena parte de sus características— los delitos cometidos por bandas armadas y elementos terroristas, por cuanto que tienen elementos definitorios propios y más específicos que hacen que no se planteen respecto de los mismos grandes problemas en relación con los permisos de salida. En efecto, parece claro que el riesgo de quebrantamiento de una persona que se halle encuadrada en una banda armada que continúa su actividad criminal es lo suficientemente alto como para que no quepan grandes discusiones acerca de la oportunidad de la denegación del permiso.

presente a la hora de decidir si el permiso se ajustará a los fines que la legislación pretende.

Básicamente serán dos los parámetros a tener en cuenta para dilucidar lo anterior: el estudio individualizado de su patología y del autocontrol de sus impulsos —lo que conecta con el siguiente apartado que trataremos— y, singularmente, si se ha producido una verdadera aceptación y asunción de la propia responsabilidad en los hechos por los que cumple condena. En efecto, uno de los mecanismos psicológicos más frecuentes en este tipo de delinquentes es la negación de la propia responsabilidad, la culpabilización de la víctima, o, simplemente, la negación rotunda de su participación en los hechos. Hasta que el interno no haya sido capaz de asumir lo anterior no será susceptible de ser influenciado beneficiosamente por el tratamiento penitenciario y, por tanto, podemos presumir racionalmente que no estará en condiciones de enfrentarse a situaciones de excarcelación en las que se corre el riesgo de que afloren de nuevo las conductas indeseadas. No se trata de conseguir una confesión respecto de la autoría —no es un punto a debatir, puesto que ya no le asiste al interno presunción de inocencia alguna a ese respecto—, sino de valorar adecuadamente si puede hacer vida en cuasi-libertad una persona que no tiene ni tan siquiera la conciencia de haber quebrantado la norma penal. Si no hay esa mínima asunción de la propia responsabilidad, mal podrán apreciarse en el concreto caso la efectividad de los principios de prevención general y especial.

Lo que conviene dejar meridianamente claro en este punto en orden a una adecuada motivación de las resoluciones en que se denieguen o no autoricen los permisos por esta causa, es que no se produce esta denegación por la alarma o rechazo social a este tipo de conductas —dado que no es uno de los elementos que la legislación penitenciaria prevé para determinar la idoneidad o no de un permiso— sino por las razones anteriormente apuntadas. Lo contrario supondría introducir requisitos no contemplados en la Ley e ir contra la finalidad genérica de reinserción y reeducación que la Constitución consagra con carácter general para toda pena privativa de libertad, sin hacer distinción alguna en cuanto al tipo que da origen a esa pena.

f) CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS DEL INTERNO

Por último, y con carácter general, hay que aludir a un elemento fundamental y al que siempre habrá que prestar especial atención: las concretas características psicológicas del interno en cuestión. Es materia básica, por cuanto responde a los principios de individualización y atención a la preparación para la vida en libertad. Es en base a este criterio y a los informes pre-

sentados por los profesionales que componen el Equipo Técnico como mejor podremos acercarnos a la realidad concreta del interno y decidir si en su caso concreto y en ese momento preciso procede o no el disfrute del permiso, atendiendo al modo en que pueda afectarle y a cómo pueda reaccionar ante las situaciones que se le puedan presentar durante el desarrollo del mismo.

De este modo, factores como la baja tolerancia a la frustración, la tendencia a dar respuestas violentas o airadas, la existencia de un *locus* de control externo, la falta de asunción de la propia realidad y de la responsabilidad por los hechos cometidos, etc., nos van a permitir efectuar un pronóstico acerca de las probabilidades de que el permiso sea disfrutado conforme a Derecho. Una vez más se pone de relieve la importancia de los informes técnicos para este tipo de decisiones.

En definitiva, tanto desde el punto de vista de esta última variable como desde el de las anteriores, todo se contrae a la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes, de modo que la excarcelación temporal de un interno obedezca verdaderamente a la finalidad prevista legalmente —la preparación del sujeto para la vida en libertad— y no se produzcan malos usos del permiso que redunden negativamente tanto en el propio sujeto como en la Sociedad a la que retorna por un breve lapso de tiempo.

8. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Ha quedado meridianamente clara la importancia de los permisos de salida, máxime cuando son contemplados por los internos, desaparecidas ya las redenciones por el trabajo en el nuevo Código Penal, como el modo más inmediato y común de ir entrando en contacto con el mundo exterior. Es precisamente por eso importante que en esta materia se dé cumplido respeto a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución. Básicamente, el respeto a este principio se reflejará en la necesidad, puesta constantemente de manifiesto por el Tribunal Constitucional —por otras muchas, SSTC 23/1997, 69/1998 y 75/1998—, de que las resoluciones tanto de la Administración Penitenciaria como de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sean objeto de una adecuada motivación. Ello es de pura lógica por cuanto que en esa motivación deberá hacerse constar cuáles de los criterios a los que nos hemos venido refiriendo han sido tenidos en cuenta para llegar a su decisión y en qué grado han sido valorados. En la práctica es muy difícil que no coexistan varios de estos motivos y debe darse cumplida cuenta de la valoración de los mismos, de modo que los interesados puedan hacer uso del derecho a la tutela judicial efectiva que les asiste para poder interponer

recurso frente a aquellas resoluciones que estimen contrarias a Derecho o a sus intereses. Así, el Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de declarar que no se vulnera el derecho a la tutela judicial por denegar peticiones o reclamaciones de internos, pero sí por proceder a denegarlas sin una adecuada motivación. En la STC 81/1997, el Tribunal indica que el derecho a la tutela judicial efectiva no fue vulnerado, pese a la denegación del permiso que se solicitaba porque el interno recibió

«una respuesta sobre el fondo de la pretensión deducida motivada y fundada en Derecho, por cuanto permite conocer las razones del rechazo de su pretensión, y éstas no pueden ser consideradas como arbitrarias o irrazonables, ni desconectadas con los fines constitucionales y legales de la institución».

Del mismo modo, se ha rechazado la utilización de un modo indiscriminado de Autos de modelo (*v. gr.*, STC de 18 de marzo de 1997), exigiendo, por contra, una motivación expresa y clara para cada caso. Lo anterior no puede entenderse, en nuestra opinión, como una prohibición de realizar argumentaciones parecidas —que pueden llegar a ser idénticas— en supuestos razonablemente iguales (19), sino que se orienta a evitar una práctica perversa que consiste en limitarse a rellenar alguna que otra línea o espacio en blanco en resoluciones que resuelven materias tan importantes y controvertidas como la que en el presente caso nos ocupa.

(19) En este sentido ya se pronunció el Auto del Tribunal Constitucional 73/1993 al indicar que «*peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración de la fundamentación implique ausencia de ésta*».

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Profesor Titular de Derecho administrativo

SUMARIO: A) LA INTERPOSICIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DURANTE LOS ÚLTIMOS AÑOS.— B) ¿QUÉ PUEDE RESOLVER, CONCRETAMENTE, LA LEGITIMACIÓN DEL FISCAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS?— C) LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y PRINCIPIO DISPOSITIVO.— D) PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

El presente trabajo está basado en mi próximo libro *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, 1999.

A) LA INTERPOSICIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DURANTE LOS ÚLTIMOS AÑOS

En principio, el reconocimiento de la legitimación y participación del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo no puede considerarse una auténtica originalidad de la LJCA, si uno considera su reconocida legitimación y participación en los procesos regulados por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (STS de 7 de febrero de 1997 Ar. 931; ATS de 14 de mayo de 1997 Ar. 3998; art. 7 de la citada ley); o también su participación en el Tribunal Constitucional, o la que le confiere la Ley Electoral General (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio; art. 111).

El artículo 19.1.f) de la LJCA se refiere a la legitimación del fiscal en los casos «que determine la Ley», borrando de la versión original del artículo (prevista en los proyectos de LJCA precedentes) el inciso que añadía el reconocimiento de legitimación para «la defensa de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución».

El alcance del nuevo artículo 19.1.f) de la LJCA no se descubre en el largo listado de funciones del Ministerio Fiscal (del art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Estas normas no resuelven por tanto el problema de determinar la legitimación del fiscal en el proceso contencioso-administrativo, ya que el párrafo 13 de dicho artículo 3 es una simple cláusula general vacía de contenido que se refiere a su intervención en los procesos contencioso-administrativos en los casos en que la legalidad prevea su intervención, sin concretar en qué supuestos. Asimismo, este mismo artículo 3 afirma la función del Fiscal

de «velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa». Tampoco la legislación administrativa ayuda en este sentido, ya que ésta no enumera los supuestos concretos en los que se reconoce legitimación al Fiscal en el proceso contencioso-administrativo.

El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal reforzaría, no obstante, el alcance del artículo 19.1.f. de la LJCA y está también claro que el Fiscal ha dejado de ceñir su intervención a los procesos civiles (arts. 74, 75, 125, 294, 295, etc., del Código Civil) y penales o los procesos para la protección de los derechos fundamentales o laborales (M. J. DOLZ LAGO, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio 1996, núm. 22, pp. 7 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la LJCA*, Madrid, 1998, 3.ª ed. p. 530).

De orientación (en estos momentos de ausencia de certeza sobre el alcance de la legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo) pueden servir ciertos hechos de especial significación. Primeramente, la significativa e interesante **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia**, de fecha 5 de enero de 1995 (Sentencia de la Sección Primera núm. 45 en relación con el recurso núm. 1369/92). Esta Sentencia admite el «recurso en defensa de la legalidad del Ministerio Fiscal», contra la desestimación presunta de una petición de anulación formulada ante un Ayuntamiento. También se aceptan los razonamientos del Fiscal según los cuales el Ayuntamiento había conculcado la Ley Valenciana de Impacto Ambiental, ya que la realización de las obras no podía obviar la obtención del informe de impacto ambiental exigido por el artículo 5 de la Ley 2/1989, de 3 de marzo.

Por estas razones, esta Sentencia anula el acto por el que se aprobaba la reforma y ampliación de las obras (construcción de un camino) y ordena la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la ausencia de dicho requisito del informe de evaluación del impacto ambiental.

Lógicamente, esta legitimación procesal presupone la posibilidad de interponer **recursos ordinarios**, así contra las concesiones de licencias de funcionamiento de actividades clasificadas o contra las autorizaciones de emisiones contaminantes para la puesta en marcha de Plantas de Tratamientos de Residuos. El Ministerio Fiscal apoya estos recursos en el derecho de petición que le corresponde (art. 1 de su Estatuto orgánico aprobado por Ley 50/1981) y en su carácter de interesado conforme a los artículos 58, 59, 69 y 114 de la Ley 30/1992. También se basa en su previa comparecencia como «interesado» durante el procedimiento administrativo (en este sentido, según Informes de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid durante el año 1996 hubo 18 personaciones en expedientes administrativos).

Otras referencias que pueden orientarnos sobre la futura aplicación del artículo 19.1.f) de la LJCA (legitimación del Ministerio Fiscal) pueden encontrarse en las **Memorias de la Fiscalía General del Estado** de los últimos años. La de 1994 se refiere a los sectores donde está legitimada la intervención del Ministerio Público en los procesos contencioso-administrativos:

- Decisiones urbanísticas que afectan a espacios naturales, zonas verdes, espacios de interés cultural o recreativo y bienes histórico-artísticos.
- Protección del dominio público constitucional (ríos, costas, vías pecuarias y montes protectores).
- Protección de la salud y salubridad de los ciudadanos.
- Planificación del tráfico en cuanto exceda de los niveles autorizados de contaminación.

Estos títulos (urbanismo, dominio público natural y salud) legitimarían, así, la actuación del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo y podrían servir de orientación a efectos de concretar normativamente la legitimación del Ministerio Fiscal.

En materia urbanística, a juicio de la Fiscalía, cabría incluso definir la intervención del Ministerio Fiscal a partir de las clasificaciones del suelo: aquélla se desarrollaría en el ámbito del suelo no urbanizable de especial protección y en el de los usos específicos, zona verde, cultural, edificios históricos del suelo urbanizable.

También se ha defendido que «el Ministerio Fiscal está legitimado para interponer recursos contencioso-administrativos contra las vías de hecho, los actos que pongan fin al expediente o cualquiera de sus piezas, así como contra la fijación del justiprecio» (E. ESCUSOL BARRA, «El fiscal en los órdenes jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo y social», *Estudios de jurisprudencia del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1997, VI, pp. 95 y ss., si bien finalmente parece ceñirse esta legitimación al supuesto de la defensa de los derechos de los menores e incapacitados).

La reciente Circular 37/1998, «Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo», afirma que la legitimación del Ministerio Fiscal se ciñe a los casos de acción popular, al supuesto previsto en el artículo 425.6 de la LOPJ (recursos de «los fiscales frente a las resoluciones sancionadoras que recaigan sobre los mismos») y de presentación del recurso especial en materia de protección de los derechos fundamentales (sobre la legitimación del Fiscal en estos procedimientos especiales, puede verse el trabajo citado en la nota a pie de página núm. 1 de este trabajo).

En las Memorias aludidas, el Ministerio Fiscal fundamenta su legitimación en el artículo 124.1 de la Constitución (que coincide con el artículo pri-

mero de su Estatuto Orgánico) y en el interés difuso de una inmensa mayoría de ciudadanos imposibilitados de acceso —dado que en los casos en los que intervino no había existido en ninguno de los trámites procedimentales los mínimos requisitos de publicidad y de información pública— al conocimiento real de lo aprobado y que ven injustificadamente afectados sus derechos esenciales a la salud y el medio ambiente con riesgo de daños. La Memoria a la que nos referimos es ilustrativa:

«El Ministerio Fiscal como defensor nato de la legalidad no puede circunscribirse exclusivamente a la vía penal. La complejidad y variedad de la materia ambiental exigen la apertura de nuevos cauces y el Ministerio Fiscal no puede quedarse cruzado de brazos cuando la infracción requiere un tratamiento no incardinable en la vía penal. Si no lo hiciere así, se atentaría contra los principios rectores que deben guiar la actuación del Ministerio Fiscal».

No falta lógica a estos razonamientos, pues, en relación con los tipos penales de contenido administrativo (delito ecológico, urbanismo, etc.) ¿no es más fácil justificar la legitimación del Fiscal en un proceso administrativo que en un proceso penal, orientado en cuanto tal por una idea de excepcionalidad? Podría verse en la legitimación del Fiscal una vía interesante que puede contribuir a evitar la aplicación indiscriminada de los delitos de contenido administrativo (delito ecológico, urbanístico, etc.).

B) ¿QUÉ PUEDE RESOLVER, CONCRETAMENTE, LA LEGITIMACIÓN DEL FISCAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS?

Seguramente lo más significativo del reconocimiento de la legitimación del Fiscal puede estar en el cauce procesal que indirectamente se abre en favor de los ciudadanos, de plantear denuncias exigiendo que se introduzca un proceso contencioso-administrativo para obligar a la Administración a actuar, dictando un acto, cumpliendo una prestación, cumpliendo sus obligaciones legales.

Parece factible aventurar un reforzamiento del poder de denuncia de los particulares, a través del Ministerio Fiscal (art. 125 de la Constitución y los arts. 101 y 270 de la LECr; STS de 18 de diciembre de 1991, Ar. 9012), a la luz de las últimas Memorias del Ministerio Fiscal, donde la Fiscalía critica y lamenta que las irregularidades constituyan la «tónica general», «las explotaciones mineras de cielo abierto pueden carecer de proyectos de explotación o de estudios de evaluación del impacto ambiental y aquéllas no son siempre seguidas de obras de restauración de los espacios alterados». «De todo esto

puede deducirse que la actuación de la Administración en esta materia dista mucho de la efectividad que sería de desear, ya que ni en las resoluciones dictadas, ni las sanciones impuestas, hacen desistir a los titulares de las explotaciones de continuar realizando sus actividades ilícitas» (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994, p. 331).

Esta Memoria se extiende al comentario de numerosos casos de ausencia de colaboración administrativa con las Fiscalías o Tribunales en general, o sobre prácticas administrativas directamente encauzadas a dañar el medio ambiente. También se denuncian entonces las «actitudes de lentitud o desinterés o falta de colaboración, o actitudes de felicitación y ánimo a los condenados judicialmente por delito ecológico» (y en términos muy similares, puede verse la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pp. 503-525, presentada para el año judicial 1996-97; los mismos argumentos se reiteran en la Memoria de la Fiscalía de 1998, p. 496: «La Administración y los delitos contra el medio ambiente»).

Finalmente, puede considerarse el creciente aumento de las Fiscalías con especialistas ambientales y el hecho de que en la actualidad la mayor parte de procedimientos de investigación en materia ambiental proceden de alguna Fiscalía (Circular número 1/1990, de 26 de septiembre, titulada «Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1990 pp. 979 y ss.; un tema preocupante es la causación y persecución de los delitos de incendios, pudiendo consultarse la Instrucción número 4/1990 de 25 de julio, sobre Incendios forestales, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, pp. 549 y ss.; véase también el trabajo publicado en la *Revista de Derecho ambiental*, 15, 1995, p. 139).

Es significativo advertir que los distintos proyectos de LJCA [de 1986, 1994 y 1997, arts. 17.1.b), 18.f) y 18.f) respectivamente] reconocían la legitimación del Fiscal y del **Defensor del Pueblo** y que finalmente se haya mantenido solamente la del primero (aunque no haya faltado tampoco quien propugnara la derogación de la legitimación en favor del Fiscal, enmienda núm. 104 de IU, BOCG VI leg. Serie A núm. 70-8). El reconocimiento de dicha legitimación en la LJCA puede por tanto considerarse fruto del propio éxito de las acciones del Ministerio Fiscal durante los últimos años.

Finalmente, este cauce procesal puede por eso relacionarse con las nuevas pretensiones prestacionales en caso de inactividad (artículo 29 de la LJCA), abriéndose un panorama alentador y esperanzador en la lucha contra la inactividad administrativa, por tanto, en la lucha contra la negligencia en el cumplimiento de la legalidad administrativa y la defensa de los bienes jurídicos colectivos.

C) LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y PRINCIPIO DISPOSITIVO

Interesa destacar que la legitimación del Fiscal no se reconoce con carácter general, en el proceso contencioso-administrativo, sino «en los procesos que determine la Ley». El Ministerio Fiscal no es vigilante ni fiscalizador de la actividad de la Administración. Como hemos podido comprobar, aunque no están aún claras las fronteras respecto de la legitimación del Fiscal, se perfilan actualmente ciertos límites materiales (aunque sólo sea acudiendo a las propias Memorias del Ministerio Fiscal). El cumplimiento de la legalidad administrativa en el vacío restante no podrá ser exigido sino a través de los medios de control interadministrativo. Entendida así esta concreta legitimación no supone, evidentemente, una quiebra del principio dispositivo sino, más bien, una regla *que atenúa el rigor del principio dispositivo*.

En todo caso no podría llegarse a un hipotético abuso, por parte de los particulares, en el ejercicio de su poder de denuncia ante el Ministerio Fiscal, pretendiendo el ejercicio de acciones procesales allí donde ellos mismos pueden ejercitar una acción procesal en defensa de sus propios intereses legítimos. Por eso, parece razonable sostener que el poder de denuncia de los particulares sólo podrá materializarse en una acción procesal pública cuando aquéllos no tienen legitimación procesal pero sí la tenga el fiscal conforme a los casos que determine la legislación (o a la praxis jurisprudencial a la que pudiera llegarse). En este plano legislativo, sería deseable que se precisase la legitimación del Ministerio Fiscal a efectos de delimitar qué principios rectores de la política social y económica son de obligado cumplimiento por los poderes públicos, previa acción procesal del Ministerio Fiscal.

D) PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La LJCA no se refiere al Fiscal exclusivamente en este momento de la legitimación procesal. Son distintos los artículos que lo mencionan:

Art. 5: La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es improrrogable. Los órganos de este orden jurisdiccional apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.

Art. 48.10 («remisión del expediente administrativo»): impuestas las tres primeras multas coercitivas sin lograr que se remita el expediente completo, el Juez o Tribunal pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas. Puede valorarse, igualmente, el

artículo 112 (concerniente a la imposición de multas en la fase de ejecución de la Sentencia). En este contexto, ambos preceptos pueden referirse a la posible responsabilidad penal del funcionario incumplidor.

Art. 74 (desistimiento): el Juez o Tribunal oír a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días, y dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

Asimismo: el Juez o Tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público.

Véanse también los artículos 92 (recurso de casación), 100, 101 (recurso en interés de la ley), 117, 119 y 122 (procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona) y 139 (costas); puede, igualmente, consultarse la Circular 37/1998, «Intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo».

Sin embargo, es significativo que no se haya previsto la participación del Ministerio Fiscal en el trámite de admisión del recurso de casación, del artículo 93 de la LJCA, previéndose en cambio en la casación civil.

NOTAS SOBRE ALGUNOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES (*)

GUILLERMO GARCÍA-PANASCO MORALES

Abogado Fiscal del TSJ de Canarias. Juez en excedencia

SUMARIO: A) INTRODUCCIÓN (CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DE POLÍTICA CRIMINAL). B) PROMOCIÓN DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA: B.1) *Tipo de delito*. B.2) *Sujeto activo*. B.3) *Sujeto pasivo*. B.4) *Elemento subjetivo*. B.5) *Elemento objetivo*. B.6) *Acción*. B.7) *Consumación*.—C) EMPLEAR A TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO EN CONDICIONES PERJUDICIALES PARA SUS DERECHOS: C.1) *Tipo de delito*. C.2) *Sujeto activo*. C.3) *Sujeto pasivo*. C.4) *Elemento subjetivo*. C.5) *Elemento objetivo*. C.6) *Acción*; C.7) *Consumación*.—D) PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE AMBOS DELITOS.

(*) NOTA INICIAL: Cuando este trabajo se envía para su edición, aún no ha sido publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la nueva Ley Orgánica «sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social» (popularmente conocida como Ley de Extranjería) que, sin embargo, ya ha sido aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados. Dicha Ley va a tener especial incidencia en algunos de los aspectos tratados en este estudio. Debido al interés que pueden tener dichas modificaciones, me ha parecido oportuno hacer una breve referencia a algunas de ellas. Sin embargo, y por razones de premura de tiempo, no he podido contar con un texto oficial de la nueva norma, por lo que cualquier cambio o variación que se pueda advertir entre lo aquí manifestado y el texto definitivo de la Ley, será indeseado, y deberá ser, en ese sentido, corregido o interpretado.

A) INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo lo constituyen algunas consideraciones sobre los tipos delictivos previstos y penados en los artículos 312, apartado 2, último inciso; y 313, apartado 1, del Código Penal de 1995.

Se trata de unos breves comentarios sobre algunas de las cuestiones que pueden surgir a la hora de proceder a la interpretación y aplicación práctica de los referidos tipos delictivos, caracterizados por tener como sujetos pasivos o víctimas del delito a extranjeros, generalmente en situación de ilegalidad o irregularidad, con dramas humanos importantes «a sus espaldas». Considero de especial interés el estudio de esta clase de actividades delictivas, ante el aumento de asuntos de estas características que se detecta día a día en los Tribunales, sobre todo en determinadas zonas del país, como son el sur de Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid y Canarias; consecuencia de haberse convertido nuestro territorio en «frontera-sur» de uno de los continentes más desarrollados del planeta, y que soporta una considerable presión demográfica por parte de un, cada vez mayor, número de personas que viven en condiciones infra-humanas.

Como veremos más adelante, el legislador pretendió, a través de estos tipos delictivos, dar una respuesta al problema de la inmigración ilegal desde el punto de vista jurídico penal. Sin embargo, la sistemática y la técnica legislativa empleadas han impuesto serias limitaciones en la persecución de estos graves fenómenos delictivos, lo que ha motivado una modificación del Código Penal de 1995 a través de la disposición final segunda de la nueva Ley Orgánica «sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social» (comúnmente conocida como Ley de Extranjería), que incorpora a nuestro texto punitivo un nuevo Título XV bis referido a los

«delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», igualmente con discutible denominación, sistemática y técnica legislativa. Dicha modificación será objeto de un breve análisis «de alcance» en los diferentes apartados que ahora se ven afectados por este nuevo hito legislativo, con las cautelas, insistimos, ya expuestas en la nota inicial.

Pues bien, como primera reflexión, entiendo inexcusable un breve análisis del bien jurídico protegido por las normas ahora analizadas.

Ambos preceptos se encuentran integrados en el Título XV del Libro II del CP de 1995, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores». Este título nos debería servir para acotar la materia objeto de estudio, y como fundamento y pauta de interpretación de los delitos incluidos bajo esa denominación, sobre todo si tenemos en cuenta su escasa aplicación práctica y estudio en general. Lo cierto es, sin embargo, que no es pacífico en la doctrina la afirmación de la existencia de un bien jurídico protegido común a todos ellos, y hay quienes hablan de distintos bienes jurídicos en función del concreto precepto que estemos analizando (así, Muñoz Conde y Lascuráin Sánchez, refiriéndose al antiguo art. 499 bis del CP de 1973).

No obstante, considero de especial relevancia que el legislador haya querido integrar en un solo título los diversos delitos que, en relación a los trabajadores, estaban antes dispersos por el Código Penal. Ello nos debe dar la pauta interpretativa siguiente: el legislador quiere proteger a la clase trabajadora en su conjunto, como grupo social que, tradicionalmente, ha sufrido abusos y menoscabos en sus derechos, aún en aquellos supuestos en que esos derechos hubieran estado reconocidos por la normativa vigente en cada momento en la sociedad. Se trata de un grupo social que, globalmente, se sitúa «en condiciones de inferioridad respecto de los empresarios», como señalan Valle Muñiz y Villacampa Estiarte, y que están necesitados de protección. De esta misma idea de un bien jurídico unitario son Bajo Fernández y Arroyo Zapatero. También es la que parecen acoger Valle y Villacampa, y, con matizaciones, Carbonell Mateu y González Cussac, siendo la que se sostiene en este trabajo, por las razones sistemáticas anteriormente expuestas.

Lo anterior no es obstáculo para que en cada figura delictiva integrante del Título XV se pueda proteger, además, algún otro bien jurídico específico, como veremos más adelante.

Desde el punto de vista de la política criminal, considero que el legislador, consciente del problema creciente del paro, —que lleva aparejadas numerosas consecuencias negativas de todo tipo (económicas y sociales)—, ha desarrollado normativamente las denominadas «políticas de empleo», que pretenden la promoción y la protección del trabajo, una de cuyas manifestaciones la constituyen, sin duda, los preceptos que vamos a analizar. En efecto, entiendo

que con estos delitos (y especialmente en el art. 312, 2, último inciso), se protegen no sólo las condiciones laborales de los extranjeros, sino también la mano de obra nacional, que puede verse privada de ciertos trabajos ante la contratación de extranjeros en condiciones que pueden resultar más beneficiosas para el empresario. La experiencia diaria nos muestra, sin embargo, que en muchas ocasiones el extranjero es empleado en trabajos que precisamente los trabajadores españoles no quieren desempeñar, por razones diversas (penosidad, escasa retribución, baja consideración social, etc.), y que el extranjero sí está dispuesto a realizar, con tal de llevar una existencia digna que le ofrezca una salida a su situación de irregularidad o marginalidad.

B) PROMOCIÓN DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA

El artículo 313,1 del CP de 1995 castiga al que «promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España», con una pena de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. La disposición derogatoria única, 1, f) del CP de 1995 ha derogado el artículo 54 de la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración, que regulaba supuestos limítrofes al que ahora analizamos.

Por su parte, la nueva Ley de Extranjería introduce en el Código Penal el artículo 318 bis, de especial incidencia en el análisis del delito ahora estudiado, y que castiga, en su apartado 1, con la misma pena que el artículo 313,1, a los que «promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España».

B.1) TIPO DE DELITO

Se trata de un delito menos grave (arts. 13,2 y 33,3 CP), con lo que eso supone en orden a decisiones sobre prisión provisional (en cuanto el delito menos grave se asimila a la antigua pena de prisión menor —disposición transitoria undécima del CP de 1995, y arts. 503, 504 y concordantes de la LECrim.), o sobre la posibilidad de expulsión de extranjeros encartados (art. 21,2, párrafo 1.º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, —nuevo artículo 53, apartado 4 de la Ley de Extranjería, que habla de delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años—) o de sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional (art. 21,2, párrafo 2.º de la Ley Orgánica 7/1985; y art. 89,1 del CP de 1995, al que expresamente se remite en este aspecto el art. 53,4 de la nueva Ley de Extranjería). La competencia para su enjuiciamiento corresponde a los Juzgados de lo Penal (art. 14 de la LECrim.),

con posibilidad de recurso de apelación ante las Audiencias Provinciales, lo que, en principio, veta su conocimiento por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación.

El nuevo artículo 318 bis del CP sigue conteniendo la misma previsión penológica en su apartado 1, pero permite la imposición de penas superiores en los supuestos previstos en los apartados 2 (de dos a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses), 3 (penas correspondientes a los apartados anteriores en su mitad superior) y 5 (penas superiores en grado, igualmente en los respectivos casos de los apartados anteriores). Con ello se refuerza, si bien todavía limitadamente, la gravedad de las penas señaladas para estas conductas delictivas, aumentando con ello el poder disuasorio del Código Penal (principio de prevención general), antes escaso, como había sido igualmente denunciado por diversos sectores, sobre todo si se ponía en relación con las elevadas ganancias que este tipo de conductas estaban suponiendo para los autores de las mismas y con los perjuicios físicos, morales, sociales y económicos de todo tipo que estaban produciendo. Igualmente se posibilita, en determinados casos, que la competencia para el enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales, con conocimiento posterior del Tribunal Supremo en el supuesto de que se interponga recurso de casación.

B.2) SUJETO ACTIVO

Puede ser cualquiera, sin que sea necesario, como en otros preceptos del mismo título, que sea un empresario. De esta forma, este tipo delictivo no se configura como «especial propio», lo que sí ocurre con el delito del artículo 312,2, como veremos en su momento.

El nuevo artículo 318 bis, en su apartado 1, mantiene el anterior criterio, pero contempla, en su apartado 4, la posibilidad de que el sujeto activo sea autoridad, agente de ésta o funcionario público y realice el hecho prevaliéndose de tal condición, lo que conllevará la pena correspondiente, a la que se añade la de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Así, a la agravante genérica del apartado 7.º del artículo 22 del CP, se añade expresamente la consecuencia penológica ya descrita, de imposible aplicación en otro caso, ante los términos del artículo 55.

Igualmente, en el apartado 5 del nuevo artículo, se castiga con pena superior en grado al culpable de este delito cuando pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Entiendo que respecto de este subtipo agravado es de aplicación toda la doctrina jurisprudencial existente sobre el paralelo artículo 369,6.º del CP, en cuanto a las nociones de organización y asociación y

también en lo referente a los medios de prueba necesarios para su acreditación. En consonancia con esta modificación, se añade un nuevo apartado 6.º al artículo 515, con las correlativas correcciones en los arts. 517 y 518, también del CP (todo ello conforme a lo dispuesto en la disposición final tercera de la nueva Ley de Extranjería).

B.3) SUJETO PASIVO

Son los «trabajadores», entendiendo por tales, conforme señala su propio Estatuto (art. 1,1), aquellas personas físicas que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Por tanto, no deben considerarse trabajadores a aquellos que simplemente realizan tareas de ayuda esporádica en negocios de familiares, amigos o vecinos, incluso sin una remuneración específica (ver artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores).

Por ello, se requiere que el sujeto pasivo del delito, el trabajador, sea tal, es decir, esté realizando una tarea laboral, con vocación de mayor o menor permanencia, remunerada, y por cuenta de otro, o bien, que esté en condiciones de realizar tal labor. No obstante, para que concorra este requisito personal del tipo entendemos que bastará en cada caso con acreditar que el extranjero entra en territorio nacional para «buscar trabajo», sin necesidad de que la tarea concreta esté perfectamente identificada. Lo relevante a estos efectos es que no se castiga la promoción de la inmigración ilegal de personas en general, sino de trabajadores.

Más discutible, ante los expresos términos del precepto y, sobre todo, ante su ubicación sistemática en el Título XV del Libro II del Código Penal, sería la inclusión como sujeto pasivo de este delito de los denominados trabajadores «autónomos» o «por cuenta propia». Sin embargo, y como quiera que, a los efectos de la legislación específica sobre extranjería (tanto en los arts. 15 y ss. de la Ley Orgánica 7/1985, como en los arts. 33 y ss. de la nueva Ley) se considera trabajador tanto al que realiza su actividad por cuenta ajena como al que lo hace por cuenta propia, podría ser defendible su consideración como víctima de este delito.

En cuanto a las personas que ejercen la prostitución, su protección penal viene hoy contemplada en el apartado 2 del artículo 188 del CP, en la redacción dada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

La mayoría de la doctrina coincide en que para que exista el delito basta con la inmigración de un sólo trabajador, mientras que si son varios sólo existirá un delito y no tantos como trabajadores cuya inmigración se facilite.

Igualmente hay que destacar que en estos casos el inmigrante ilegal no comete, por el mero hecho de serlo, ninguna actividad delictiva, sino que se configura auténticamente como «víctima» del delito. Todo ello sin perjuicio de la infracción administrativa cometida y de la sanción que lleve aparejada, antes reguladas, básicamente, en los artículos 36,2 y 26,1,a), ambos de la Ley Orgánica 7/1985, ahora igualmente modificados por los artículos 46 y siguientes de la nueva Ley de Extranjería.

No obstante, como decíamos al inicio de este trabajo, el Código Penal había vuelto (una vez más) a ser desbordado por la realidad. En efecto, ante el fenómeno imparable de las llamadas comúnmente «pateras», entre cuyos tripulantes nos encontramos con personas que difícilmente pueden tener la consideración de trabajadores (niños, ancianos, mujeres en avanzado estado de gestación...), el artículo 313,1 carecía de virtualidad práctica, ya que dichas personas quedaban fuera del ámbito de protección del tipo penal estudiado. Si el legislador pretendió, con este delito, luchar contra las redes ilegales de tráfico de personas, quizá debió emplear otra sistemática y otra técnica legislativa, pero lo que entiendo no podíamos hacer era pasar por alto el hecho de que este tipo delictivo se refiere a «trabajadores», y no a «personas» en general.

En este sentido, el nuevo artículo 318 bis, en su apartado 1, ha venido a solucionar este problema al castigar el tráfico ilegal de «*personas*», configurando igualmente como subtipo agravado (apartado 3, castigado con la pena correspondiente en su mitad superior) el hecho de que la víctima sea menor de edad. Cuestión distinta será determinar entonces el ámbito de aplicación del artículo 313,1, una vez entre en vigor la nueva Ley de Extranjería, que no lo ha derogado expresamente. Dicho problema deberá ser objeto de un cuidadoso análisis y estudio en posteriores trabajos. Dejaremos ahora sólomente apuntadas algunas de las cuestiones que se podrán plantear: así, en primer lugar, la forma de resolver el aparente concurso de normas que se va a producir en los supuestos de inmigración (no salida o tránsito) de trabajadores a España, ante la indudable consideración de «*persona*» que tiene todo «*trabajador*»; en segundo lugar, el mismo problema se planteará respecto de un menor de edad, pero mayor de dieciseis años, que no sólo tiene la evidente consideración de «*persona*» que recoge el art. 318 bis, sino que también puede tener la consideración de trabajador conforme a la normativa sobre extranjería (art. 15 de la antigua Ley Orgánica 7/1985, actual art. 33 de la nueva Ley). En definitiva, y como vemos, el nuevo artículo 318 bis resuelve el principal factor de distorsión que, en la práctica, estaba planteando la aplicación del artículo 313,1, pero al no derogarlo expresamente, introduce nuevos problemas que serán, seguro, objeto de discusión.

B.4) ELEMENTO SUBJETIVO

Este delito se configura como esencialmente doloso. No se exige un dolo específico, sino que basta con el genérico de conocer y querer la estructura típica de la acción descrita, por cuanto no se emplea en la descripción del tipo ninguna expresión que permita deducir la concurrencia de algún elemento subjetivo del injusto. En este sentido, y aunque lo habitual es que haya habido contraprestación económica, —y por tanto, ánimo de lucro en el sujeto activo—, el delito puede ser cometido sin esa intención. Lo fundamental entonces, entiendo, es que el sujeto activo conozca la inmigración clandestina, así como el carácter de trabajador o la posibilidad de serlo en el sujeto pasivo, de tal forma que se castigará al que, participando de alguna manera en las tareas de entrada ilegal de un extranjero en España, conozca también que ese extranjero va a realizar o realiza un trabajo en el sentido ya expuesto anteriormente. Otra cuestión será el tipo de prueba necesario para acreditar ese conocimiento, sin que quepa excluir la de carácter indiciario.

El nuevo artículo 318 bis, en su apartado 2, configura como subtipo agravado el hecho de que se realice la conducta típica con ánimo de lucro, manteniendo, por tanto, como tipo delictivo doloso, en el sentido genérico del término, la conducta básica.

B.5) ELEMENTO OBJETIVO

La «inmigración clandestina», que debe entenderse como ilegal, es decir, la que no se produce con las formas o requisitos ni por los lugares previstos para ello en la legislación de extranjería, por tanto, y básicamente, en los artículos 11 y concordantes de la Ley Orgánica 7/1985; y artículos 35, siguientes y concordantes del Real Decreto 155/1996, Reglamento de Ejecución de la anterior (arts. 23 y ss. de la nueva Ley). Toda esta normativa exige, según los supuestos, documentación personal, —con visado o no—, y acreditación de medios económicos suficientes para el tiempo que se pretenda permanecer en España; debiéndose realizar la entrada por los puestos habilitados para ello. Importa resaltar que ha de tratarse de una inmigración ilegal, es decir, una *entrada* ilegal en territorio nacional, y no de una *estancia* ilegal, que supone una previa entrada, que puede haber sido legal, tornándose luego la situación en estancia ilegal, por ejemplo, por caducidad del permiso y no renovación del mismo.

En este sentido, el nuevo artículo 318 bis, apartado 1, supone una considerable ampliación del ámbito objetivo de estas conductas delictivas, toda vez que castiga el «tráfico ilegal» (...) «desde, en tránsito, o con destino a

España». Es decir, se considera delictiva no sólo la entrada, sino también la salida, o incluso el tránsito por el territorio nacional, siempre que se trate de un traslado (tráfico) ilegal. Con ello se superan legislativamente los problemas que había planteado la Sentencia de 20 de mayo de 1998 del Juzgado de lo Penal número 1 de Girona, brillantemente expuestos por el Fiscal Jefe de dicha Audiencia Provincial, Carlos Ganzenmüller Roig, en el trabajo que, sobre el particular, fue publicado (págs. 99 y ss.) en el número 6/1999 de la *Revista del Ministerio Fiscal*, al que expresamente nos remitimos para evitar inútiles repeticiones.

B.6) ACCIÓN

El tenor literal del precepto es muy amplio (promover o favorecer por cualquier medio), por lo que caben aquí las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que en ese sentido se han elaborado en relación al delito contra la salud pública de tráfico de drogas. Se pueden incluir las conductas del que financia la operación, del que actúa como intermediario, del que lo hace como transportista, del que efectivamente concede el trabajo, etc., siempre que en todos ellos concorra el elemento doloso ya descrito.

El nuevo artículo 318 bis, en su apartado 1, describe la conducta en parecidos términos, añadiendo el verbo «facilitar». Sin embargo, las principales modificaciones se producen en los apartados 2 y 3. Así, en el apartado 2 se recogen como subtipos agravados el empleo de «violencia, intimidación o engaño» o cuando se realice la conducta del apartado 1 «abusando de una situación de necesidad de la víctima» (en una expresión que nos parece supérflua al ser difícilmente imaginable un caso en que dicha circunstancia no concorra). En el apartado 3 se señala que se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, en sus respectivos casos, «cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas». Este apartado 3 es el que quizá plantee mayores problemas de interpretación y aplicación, que ahora simplemente dejaremos apuntados. En efecto, deberán resolverse las cuestiones concursales que puedan aparecer cuando se produzca un resultado concreto que afecte a los bienes jurídicos mencionados; no se determina el tipo de peligro, —abstracto o concreto, grave o leve—, que será necesario para la consumación del delito, lo que sí se hace en otros preceptos del Código (p. ej. en los arts. 381 y 195, apartado 1, por citar algunos); por último, y para no ser más exhaustivos, no se especifica qué tipo de «integridad» se trata de proteger (¿física, psíquica, moral?).

B.7) CONSUMACIÓN

Entiendo, aunque la cuestión puede ser de las más discutibles, que el delito no requiere necesariamente la efectiva entrada ilegal en territorio nacional. Ello es así por la amplia descripción típica de la acción, que habla de promover o favorecer, por cualquier medio, la inmigración clandestina, lo que supone, desde mi punto de vista, que basta con participar en alguna de las tareas necesarias para llevar a efecto la inmigración ilegal para que pueda hablarse de delito, siempre que exista conocimiento de que se trata de una entrada ilegal en territorio nacional, y aunque la misma no llegue finalmente a producirse. Se trataría, en definitiva, de un delito de mera actividad, no de resultado, por lo que no cabrían formas imperfectas de ejecución. La efectiva entrada supondría la culminación o fase de agotamiento del delito. En contra, Arroyo y Terradillos, que señalan que el tipo se consume con el traslado de residencia, es decir, con la entrada en territorio español, por lo que cabe la tentativa cuando no se consiga esa entrada. De igual opinión, Carbonell, González Cussac y Sainz Ruiz.

La cuestión ha sido estudiada por el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 3 de febrero de 1998 (Pte: Excmo. Sr. don José Antonio Marañón Chávarri). El supuesto de hecho era el siguiente: el penado fue sorprendido a unas tres millas de la bocana del pde Málaga por miembros de la Guardia Civil del Servicio Marítimo Provincial, cuando a bordo de una patera se disponía a desembarcar en la Península a dos súbditos marroquíes, a los que transportaba desde el continente africano, que venían con la finalidad de buscar trabajo, y que habían pagado por el transporte una cantidad de dinero no determinada. El asunto pudo llegar al Tribunal Supremo en vía casacional porque también se acusaba y se condenó al penado por delito contra la Administración de Justicia, lo que motivó que la sentencia de instancia fuera impuesta por la Audiencia Provincial.

En este supuesto, la Sala Segunda del Alto Tribunal mantiene que estamos en presencia de un delito de mera actividad, aunque no lo razona, limitándose a declararlo así. En concreto, señala textualmente en el fundamento de derecho tercero que: (el acusado) «intervino en una actividad de introducir clandestinamente en la Península de (sic) dos personas extranjeras (...) que carecían de la documentación y permisos exigidos para la entrada en España y para trabajar en nuestro País, lo que era sabido por (el acusado), (...) y con tales datos o elementos quedó consumado el delito definido en el apartado 1 del artículo 313 del nuevo CP, *que es un delito de mera actividad, que se consumó por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los*

extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos». La cuestión debatida tenía su origen en la línea defensiva utilizada por la representación del penado, ya puesta de manifiesto en la instancia, y sobre la que se pronunció la sentencia de fecha 18 de febrero de 1997 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga.

En efecto, la defensa del que a la postre resultó condenado, sustentaba en su descargo que el traslado se había realizado entre la ciudad española de Ceuta y la Península, por lo que al tratarse de un transporte entre dos territorios españoles no cabía hablar de inmigración. En definitiva, añadimos nosotros, sería el mismo supuesto que si el viaje se hubiera realizado de Madrid a Cuenca, por poner un ejemplo.

Frente a ésto, la sentencia de instancia razona con criterios próximos al del delito de contrabando, señalando que: (el acusado) «sabiendo que procedía a introducir a los mismos» (los extranjeros) «en la península, (...), pues saben que no pueden utilizar el medio» (de transporte) «regular y legal, que aunque les era más barato, les estaba vedado por los controles aduaneros que existen en la comunicación de la Península con Marruecos, y también con las ciudades españolas de Ceuta y Melilla, que tienen un régimen aduanero especial, y que en realidad tienen establecido un régimen de comunicación con las ciudades marroquíes colindantes de acceso entre sus habitantes, pero vulnerando con su actuación el espíritu de lo protegido aduaneramente por el artículo 313 del vigente Código Penal...».

El Tribunal Supremo, en la sentencia antes citada, también desestima esta alegación señalando en su fundamento de derecho primero que: «resulta irrelevante en orden a la calificación penal el dato del lugar concreto desde el que partió (el acusado) con los súbditos marroquíes —que fuera Ceuta o cualquier otro punto del continente africano— puesto que el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores, previsto en el apartado 1 del artículo 313 del nuevo Código Penal, imputado al recurrente, se habría cometido con la actividad dirigida a facilitar trabajo a extranjeros, residentes fuera de España, carentes de los requisitos exigidos por la legislación administrativa española para trabajar en España, careciendo de trascendencia jurídica penal el punto desde el que se inició el viaje para entrar clandestinamente en España». Lo que se conecta con el carácter de delito de mera actividad ya reseñado.

En definitiva, como se mantiene en este trabajo, y sin necesidad de acudir a la siempre peligrosa y discutida analogía con las infracciones en materia de contrabando, el delito se consuma con el favorecimiento de la inmigración ilegal, independientemente de que se haya producido o no la efectiva entrada clandestina en nuestro territorio. Lo esencial, por tanto, es que se rea-

lice alguna actividad encaminada a facilitar la entrada ilegal, aunque ésta ya se haya producido, o aunque todavía no se haya efectuado. Insistimos en que la descripción tan amplia de la acción típica no puede llevar a otra interpretación, aunque hubiera sido preferible de los Tribunales un pronunciamiento más extenso sobre este aspecto fundamental del delito ahora estudiado.

Sobre esta cuestión, entiendo que los términos empleados en la descripción típica del nuevo delito del artículo 318 bis, parecen abonar precisamente la tesis que aquí se mantiene, al no exigirse entrada o salida efectiva del territorio nacional, sino únicamente el tráfico «desde, en tránsito o con destino» a España. Para ello no es obstáculo el que dicho tráfico haya de ser «ilegal», puesto que esta ilegalidad puede venir motivada no sólo por el hecho de haberse realizado una entrada o una salida por los lugares no expresamente habilitados para ello (lo que exigiría para la consumación del delito la efectiva entrada o salida), sino igualmente por no contar con la documentación adecuada, lo que será un dato independiente y distinto de la efectiva entrada o salida del territorio español.

C) EMPLEAR A TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO EN CONDICIONES PERJUDICIALES PARA SUS DERECHOS

El artículo 312, apartado 2, último inciso, castiga a los que «empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual», con la misma pena que para el delito anteriormente analizado.

Este es un tipo delictivo que tiene una difícil delimitación y diferenciación con la normativa laboral, no siendo infrecuentes los supuestos límite entre infracción administrativa e ilícito penal. En ese sentido, deben recordarse los principios que rigen en el Derecho Penal de «intervención mínima», de «taxatividad» de los tipos penales, y de «interpretación restrictiva» de los mismos, fundamentales a la hora de la interpretación, —y sobre todo aplicación práctica—, del precepto.

Las normas laborales a tener en cuenta en esta materia son, entre otras, el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido); la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social; la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; los convenios colectivos existentes en cada ramo de la producción o actividad económica;

así como los contratos individuales entre cada trabajador y su empresario. Lógicamente, también es de interés la normativa reguladora de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Igualmente, habrá que tener en cuenta, en su caso, las regulaciones específicas existentes para algunos tipos de actividades laborales, como el servicio del hogar familiar (Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto); artistas en espectáculos públicos (Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto); o estiba y desestiba de buques (Real Decreto ley 2/1986, de 23 de mayo).

C.1) TIPO DE DELITO

Igual que en el caso anterior.

C.2) SUJETO ACTIVO

Por la propia descripción típica, parece que sujeto activo de este delito sólo puede ser un empresario, entendiendo por tal, conforme al artículo 1,2 del Estatuto de los Trabajadores, a aquella persona física o jurídica, o comunidad de bienes, que reciben la prestación de servicios de los trabajadores por cuenta ajena, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

Ello es así porque, a diferencia de lo que ocurre en el precepto paralelo del apartado 1.º del artículo 311, la acción típica *no* es la *imposición* de las condiciones laborales perjudiciales para el trabajador (que pueden ser impuestas por el empresario, o por otra persona a su servicio), sino el *emplear* a ese trabajador en esas condiciones (empleo que sólo puede concertar el empresario, aunque debe hacerlo en condiciones perjudiciales para el trabajador para que pueda existir el delito). Se trata, por tanto, de un delito especial propio. De la misma opinión, Valle Muñiz, Villacampa Estiarte, Carbonell Mateu y González Cussac. En contra, Sainz Ruiz.

Hay que tener en cuenta, en este sentido, y para el caso de personas jurídicas, lo dispuesto en el artículo 318.

C.3) SUJETO PASIVO

En este aspecto, el CP habla de «súbditos extranjeros sin permiso de trabajo». Pues bien, se puede carecer de permiso de trabajo porque no se ha solicitado, o porque se ha denegado, habiéndose solicitado. En el caso de que se haya solicitado el permiso, pero no haya recaído resolución, debemos

entender que puede cometerse el delito, puesto que hasta ese momento se carece del permiso y no se puede realizar tarea laboral alguna.

Si el extranjero tiene permiso de trabajo, pero se ve sometido a las condiciones perjudiciales para sus derechos, su protección se reconduce a la figura del art. 311-1.º, que exige para su comisión «engaño o abuso de situación de necesidad».

Entiendo que los ciudadanos de la Unión Europea no pueden ser sujetos pasivos de este delito, ya que, aunque el CP no distingue entre extranjeros de un tipo o de otro, los ciudadanos comunitarios requieren permiso *para* trabajar en nuestro país, pero no propiamente permiso *de* trabajo.

Para más detalles sobre los permisos de trabajo, ver la Ley Orgánica 7/1985, en sus artículos 15 y siguientes; el Reglamento de Extranjería, en sus artículos 68 y siguientes para los extranjeros de terceros países; los artículos 33 y siguientes de la nueva Ley de Extranjería, una vez entre en vigor; y el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, en sus artículos 4 a 13, para los extranjeros de la Unión Europea.

Igual que en el caso del delito anteriormente estudiado, el extranjero sin permiso de trabajo no comete, por el mero hecho de serlo, ningún delito, sino una infracción administrativa por incumplimiento de la Ley de Extranjería [art. 26,1,b) de la Ley Orgánica 7/1985, actual art. 49, apartado b) de la nueva Ley], con sus sanciones correspondientes.

C.4) ELEMENTO SUBJETIVO

Igual que en el caso del delito de inmigración clandestina de trabajadores, basta el dolo genérico (conocer y querer la estructura típica de la acción descrita) para la comisión del delito, de forma si cabe aquí más clara, puesto que se ha eliminado la expresión «malicioso» que antes recogía el artículo 499 bis del CP de 1973, antecedente inmediato del precepto ahora analizado.

Tampoco se requiere el ánimo específico de perjudicar al trabajador, lo que convertiría al precepto en delito de intención, ante la presencia de un elemento subjetivo del injusto.

Entiendo que por la propia cualidad del sujeto activo (empresario) no cabe alegar el error o el desconocimiento de las condiciones laborales o de los derechos de los trabajadores como causa de justificación o atipicidad de la conducta. El empresario debe conocer la normativa vigente en cada momento, y tiene los suficientes medios y apoyos corporativos para ello. Cuestión distinta sería el particular que se convierte en empresario, —por ejemplo, al contratar a una persona para servicio doméstico—, en cuyo caso,

y según las circunstancias del caso concreto, se podría plantear la concurrencia del error, que entiendo sería vencible.

C.5) ELEMENTO OBJETIVO

Son las condiciones (se entiende que laborales o de Seguridad Social, por analogía con el art. 311-1.º) que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Este es quizá el elemento esencial de este tipo delictivo, y respecto del mismo es necesario hacer una serie de consideraciones.

En primer lugar, como es lógico, los derechos a que se refiere el precepto son los reconocidos a los trabajadores «legales», según cada actividad o ramo de producción.

En segundo lugar, no se exige medio comisivo concreto, lo que sí ocurre en el artículo 311-1.º, que requiere engaño o abuso de situación de necesidad. No obstante, debemos entender que la situación del extranjero sin permiso de trabajo es siempre una situación de necesidad, de la que se aprovecha el empresario, por lo que el abuso de esa situación se puede decir que va implícito en la acción. En el mismo sentido, Valle Muñiz y Villacampa Estiarte.

En tercer lugar, entiendo que a través de este elemento objetivo se debe poner coto a una excesiva ampliación del contenido del tipo delictivo, que nos pueda llevar a una confusión con las infracciones y sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa laboral. Por ello, sólo aquellos incumplimientos más graves deben merecer reproche penal.

En concreto, considero como condiciones básicas —cuyo incumplimiento, total o parcial, de todas, alguna o algunas de ellas, podría suponer la presencia de delito—, las siguientes: el salario, el horario, el descanso semanal, las vacaciones (según la duración del contrato), la seguridad e higiene en el trabajo (siempre que implique un peligro real para la vida o salud del trabajador) y la inclusión en algún régimen de la Seguridad Social. No obstante, sobre este último aspecto conviene hacer una reflexión.

Es evidente que el empresario no podrá asegurar al trabajador ilegal, en cuanto que dicha afiliación al sistema no se realizará sin la acreditación previa de un permiso de trabajo. Por tanto, no parece que se pueda imputar este delito al empresario por el solo hecho de tener un trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sin seguridad social, puesto que no lo puede asegurar. Lo contrario sería tanto como decir que el delito se comete simplemente por el hecho de emplear a un extranjero sin permiso de trabajo [lo que constituye una infracción administrativa, art. 28,1 de la Ley Orgánica 7/1985,

actual art. 50, apartado *e*) de la nueva Ley], cuando lo cierto es que el tipo delictivo exige algo más.

No obstante, esta tesis deberá ser revisada a la luz de la entrada en vigor de la nueva Ley de Extranjería porque el artículo 14,1 reconoce expresamente el derecho de acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social a todo extranjero que sea residente, lo que parece, —aparentemente, y con las cautelas expresadas en la nota inicial—, no tiene nada que ver con la concesión o no del permiso de trabajo. Por tanto, todo extranjero residente que realice una actividad renumerada por cuenta ajena sin permiso de trabajo, tendrá derecho de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (por el mero hecho de ser residente), por lo que el empresario siempre podrá darle de alta en alguno de los regímenes existentes, de tal forma que si no lo hace podrá cometer este delito.

En el mismo sentido, aunque el trabajador extranjero carezca de permiso de trabajo, si sus condiciones laborales son iguales a las del trabajador «legal», entendemos que no existe delito.

Por otro lado, no deben considerarse condiciones laborales esenciales cuyo incumplimiento pudiera generar la aparición del delito las de alojamiento y manutención. Estas no son propiamente condiciones laborales, salvo que se hayan pactado expresa o tácitamente como parte del salario (en este caso, en especie, art. 26 del ET), y con la excepción igualmente de trabajos específicos (como pueda ser, por ejemplo, la actividad pesquera durante un cierto periodo de tiempo o las empleadas de hogar que pernoctan en el domicilio en el que realizan sus tareas). En algunos casos se ha detectado la existencia de habitáculos en condiciones deplorables en las que se alojan los extranjeros ilegales durante las temporadas en que realizan sus actividades laborales (dentro de las cocinas o almacenes en los restaurantes, cobertizos en fincas dedicadas a la explotación agrícola o ganadera, etc.). Lo cierto es que ese alojamiento, salvo que se haya pactado o impuesto expresa o tácitamente como condición laboral, se podría realizar en cualquier sitio distinto al del lugar de trabajo, y no siempre puede descartarse que el extranjero lo haya solicitado así al carecer de otro sitio donde residir. En estos casos, no puede hablarse propiamente de una condición de ejercicio y desarrollo de la actividad laboral, por lo que tampoco puede hablarse de incumplimiento de la misma.

En cuarto lugar, el consentimiento libre del trabajador no excluye la existencia de delito si se trata de derechos reconocidos por leyes o convenios colectivos, en cuanto estos derechos se consideran irrenunciables. Pero no existe motivo para oponerse al consentimiento del trabajador como causa de justificación o atipicidad del delito, en el caso de condiciones laborales esta-

blecidas por contrato individual, es decir, por convenio entre las partes, que luego se ven incumplidas, también por convenio o con el consentimiento de las partes, siempre que se respeten las condiciones mínimas reconocidas legalmente o por convenio colectivo. También en este sentido, Valle y Villacampa.

C.6) ACCIÓN

El precepto utiliza el verbo «emplear», que debemos entender como sinónimo de contratar, lo que se puede hacer por escrito o verbalmente.

Ahora bien, para que exista delito es necesario, como ya se expuso anteriormente, que la contratación se haga bajo las condiciones perjudiciales para el trabajador ya descritas en el apartado precedente, lo que no implica que esas condiciones hayan de establecerse desde el mismo momento de la contratación, sino que pueden manifestarse con posterioridad. De no ser así, no tendría sentido la alusión que hace el precepto a las condiciones que perjudiquen los derechos reconocidos por contrato individual, el cual se supone necesariamente previo a las condiciones que precisamente lo incumplen.

C.7) CONSUMACIÓN

Para que exista este delito es necesario que haya contratación y que haya condiciones perjudiciales de ejercicio de la actividad laboral. Ello implica, como consecuencia lógica, que la consumación del delito se realizará en el lugar y momento donde se lleva a cabo la actividad laboral en condiciones perjudiciales, independientemente del lugar o momento de la contratación, que puede haberse producido in sitio o tiempo distintos.

Por otro lado, según la mayoría de la doctrina, para la consumación no es necesario el efectivo perjuicio para el trabajador, al menos, cuantificable económicamente de manera inmediata, bastando un perjuicio potencial. En definitiva, basta que las condiciones perjudiciales se establezcan en la relación laboral para que el delito surja, sin que sea imprescindible que esas condiciones real o efectivamente produzcan un perjuicio concreto y cuantificable en el trabajador. En este sentido, estamos en presencia de un delito de resultado cortado, de consumación instantánea, pero de efectos permanentes.

D) PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE AMBOS DELITOS

Entiendo posible que una misma persona cometa los delitos previstos en el artículo 313,1 y en el artículo 312,2, último inciso. No creo, sin embargo, que se pueda hablar de que la promoción de la inmigración ilegal es medio

«necesario» para la comisión del delito de emplear a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales. Se podría plantear la duda en el caso de que se tratara del mismo autor en relación al mismo trabajador (que entra y que es contratado), pero aun así, y aunque en la mente del autor un delito es medio necesario para cometer el otro, la relación de necesidad ha de apreciarse, conforme a reiterada jurisprudencia (SSTS de 9 de febrero de 1990 y de 22 de mayo de 1993), según criterios objetivos, y no siguiendo el «iter criminal» subjetivo del autor. Por tanto, en este caso, hay que hablar de un concurso real de delitos.

Para el caso de que el autor del delito del artículo 312 conociera la inmigración ilegal del trabajador que ha contratado, pero no haya participado materialmente en la entrada en territorio nacional, entiendo que cabe imputarle también la comisión del delito del artículo 313, puesto que el hecho de contratar a ese trabajador con conocimiento de su entrada ilegal supone un favorecimiento de esa inmigración. En este caso, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos (art. 77 del CP), en cuanto que una misma acción (emplear a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales para sus derechos, con conocimiento de su inmigración ilegal) es constitutiva de sendas infracciones penales.

Valle Muñiz y Villacampa Estiarte señalan que si el que ha intervenido en la inmigración ilegal ha impuesto también las condiciones perjudiciales para el trabajador, debe ser castigado sólo por la infracción del artículo 312, en virtud del principio de consunción.

Sin embargo, considero que la solución aquí mantenida se justifica si tenemos en cuenta que, además del bien jurídico protegido común a todas estas figuras reguladas bajo un mismo título, el delito del artículo 312 protege al concreto trabajador en las condiciones de ejercicio de su concreta actividad laboral, mientras que el delito del artículo 313 es más genérico en su protección a la clase trabajadora en su conjunto así como a las normas sobre entrada y permanencia de extranjeros en nuestro territorio (política de inmigración), por lo que, aun siendo delitos similares, son distintos, en cuanto protegen situaciones y bienes jurídicos diferentes, lo que posibilita que una misma acción pueda infringir varios preceptos penales.

