

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 8



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2000

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

D i r e c t o r

JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

V o c a l e s

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR

MANUEL VILLEN NAVAJAS

TERESA COMPTE MASSACHS

JOAQUÍN ANTONIO SÁNCHEZ-COVISA VILLA

JAIME MORENO VERDEJO

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

S e c r e t a r i o

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. 8



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2000

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral

Precios del número:

España: 1.442 pesetas. (8,66 €)

Extranjero: 1.923 pesetas. (11,55 €)

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. Reservado todos los derechos.

NIPO: 051-00-003-2

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M-5500-1995

Din Impresores
Avda. Pedro Díez, 25
28019 Madrid

SUMARIO

In Memoriam del Excmo. Sr. D. Luis Portero García

Págs.

I. ESTUDIOS

ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ: <i>¿Una Nueva Función del Documento?. A propósito de la falsedad ideológica.</i>	11
LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO: <i>Jurisdicción Penal y Extranjería</i>	61
JESÚS MARÍA GARCÍA CALDERÓN: <i>Extranjería y Criminalidad.</i>	97
JORGE ANGEL ESPINA RAMOS: <i>Arrestos de fin de semana, depósitos municipales de detenidos y otros problemas prácticos.</i>	133
ALVARO REDONDO HERMIDA: <i>El delito electoral de denegación de auxilio.</i>	151

II. NOTAS Y COMENTARIOS

PALOMA ABAD ARROYO: <i>La intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales en el ámbito comunitario europeo.</i>	179
LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ Y SOLEDAD MARTÍN NÁJERA: <i>De nuevo sobre la acción de impugnación de la filiación matrimonial por el marido.</i>	191
AUGUSTO SANTALÓ RÍOS: <i>Medidas cautelares en el ámbito del Proceso Penal.</i>	205

	<i>Págs.</i>
JAIME GAGO SEVILLA: <i>Sobre el régimen de excepcionalidad de la declaración testifical</i>	215
MAR CUESTA SÁNCHEZ: <i>La prueba en los delitos de violencia familiar</i>	225

III. DOCUMENTACIÓN

Recomendación (2000)19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal.	251
--	-----

IN MEMORIAM

El número de la Revista del Ministerio Fiscal que el lector tiene entre manos nace marcado por el dolor causado por la trágica pérdida de un Fiscal, de un hombre bueno, de un excelente jurista. El asesinato de Luis Portero ha conmocionado a la sociedad española y ha extendido entre los miembros de la Carrera Fiscal el sentimiento de amargura que ocasiona la desaparición de un compañero, de un Fiscal que volcó sus esfuerzos profesionales en hacer realidad los valores y principios que informan la actuación del Ministerio Público.

La labor desarrollada por Luis Portero en su último destino, al frente de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, representa la mejor muestra de la tarea profesional bien hecha. Su acreditada formación jurídica y la experiencia consolidada en anteriores destinos, hicieron de él uno de los Fiscales con mejor currículum profesional. La propia Revista del Ministerio Fiscal, en su número 6, acogió una de sus últimas publicaciones bajo el título Algunos aspectos relativos a la adopción y acogimiento. El contenido de esa colaboración es fiel expresión de su sensibilidad por todas aquellas materias jurídicas que pudieran tener el trasfondo de un drama social, de un problema humano.

El tiempo, que tanta influencia despliega en los sentimientos, no podrá restañar el dolor por la pérdida de Luis Portero. Cuando los ecos del adiós oficial van perdiendo inevitablemente intensidad, queda el recuerdo del amigo, la solidaridad con su mujer e hijos y la imborrable imagen del hombre ilusionado de la última conversación.

El Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal quiere que este número sirva de vehículo para hacer llegar un sentido homenaje de la Carrera Fiscal a la memoria de Luis Portero. Que su fidelidad a los valores que han informado la historia de esta institución, sirva de guía para todos los que asumimos el reto de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

I. ESTUDIOS

¿UNA NUEVA FUNCION DEL DOCUMENTO?

A propósito de la falsedad ideológica.

ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ.

Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

SUMARIO. Propósito. I. EN TORNO AL DOCUMENTO. II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y VERACIDAD DEL DOCUMENTO. III. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS SEGÚN NUESTRAS LEYES. IV. MANIPULACIÓN MATERIAL Y FUNCIONES DEL DOCUMENTO. V. SIMULACIÓN IDEOLÓGICA A CARGO DE LOS PARTICULARES. V. 1. *Modalidades*. V. 2. *Examen de la más reciente doctrina del TS*. VI. ALTERACIÓN PREDOMINANTEMENTE IDEOLÓGICA A CARGO DE PARTICULARES. VII. FALSEDADES ESTRICAMENTE IDEOLÓGICAS IRRELEVANTES EN PRINCIPIO, COMO TALES, PARA LOS PARTICULARES. EXISTENCIA DE DELITOS ESPECIALES NO FALSARIOS AL RESPECTO. VIII. FALSEDADES IDEOLÓGICAS A CARGO DE PARTICULARES EXCEPCIONALMENTE ENCUADRABLES EN LA ALTERACIÓN DE DOCUMENTOS. SU FUNCIÓN LEGITIMADORA.

PROPOSITO

Es propósito de este trabajo llamar la atención sobre ciertos aspectos de la llamada "falsedad ideológica". Esta falsedad, de modo simplista, puede creerse suprimida, aparentemente al menos con carácter general, como tipo delictivo en que pueden incurrir los particulares. El nuevo CP en su art. 392 castiga al particular que cometiere en documento público oficial o mercantil alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390. A estos mismos apartados remite el art. 395 al castigar al (particular) "que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390".

No incurre pues en delito, al menos en principio, el particular que en un documento cualquiera de los referidos "faltare a la verdad en la narración de los hechos". Pero incurre en delito el particular, y es modalidad de falsedad ideológica tanto en documento público, oficial o mercantil como privado, si supusiera en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuye a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho (art. 390, 3º en relación con el art. 392 y 395).

Fuera de la regulación contenida en el Titulo XVIII "de las falsedades", están tipificadas otras de carácter ideológico, muy relevantes. Pero entiende el legislador que en estos casos se protegen, al menos de modo principal, otros bienes jurídicos y se atiende a distintas finalidades, figurando a veces la falsedad ideológica con un mero carácter medial o situación de base.

En este trabajo trataremos de ver cómo la falsedad ideológica debida a los particulares, no circunscrita desde luego por su propia naturaleza a una simple "mentira en la narración de los hechos", ha de incardinarse en ocasiones dentro del nº 1 o del número 2º del art. 390, 1º del CP. Así lo ha hecho el Tribunal Supremo en casos-límite, y vamos a propugnar que así se haga en otros diferentes que todavía presentan una mayor afinidad si cabe con la simple mentira documentada o mentira en la narración de los hechos.

Como conclusión o como premisa, según se vea, hemos de establecer que *junto con las típicas funciones asignadas al documento, el mismo tiene otra muy importante: una función mediamente legitimadora de derechos, estados o situaciones jurídicas sobre todo por su incidencia en los Registros públicos*. Por descontado creemos que este tipo de falsedad ideológica, incardinable en el art. 390 nº 1 del CP ("alterar un documento en algunos de sus elementos o requisitos de carácter esencial"), sólo debe tener una aplicación subsidiaria en relación a la estafa propia o impropia u otro delito especial.

Nuestro trabajo parte, sin apriorismo alguno fundado en supuestos deberes de decir verdad ajenos al CP, de la consideración de lo que es documento y de su valor probatorio en el campo civil y procesal. Atendemos pues a las funciones y valor de los documentos, al bien jurídico protegido en suma, para deducir las necesarias conclusiones.

I. EN TORNO AL DOCUMENTO

Todo pensamiento, deseo o sentimiento ha de expresarse o materializarse mediante signos externos convenidos o cognoscibles, dotados de sentido y significado para los demás si ha de tener trascendencia y comunicar algún mensaje. Si para ello se emplea la escritura sobre todo (sin descartar la grafía, planos, dibujos, fijación del visionado o de la audición etc.. modos de perpetuar datos que son a su vez reflejo o esquematización de percepciones de muy diversas realidades), estaremos ante un documento, cualquiera que sea el soporte material en que se contenga la expresión del pensamiento.

El art. 26 del nuevo CP recoge el sentido amplio de documento que desde hace tiempo viene admitiendo el TS: "todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica" (1).

Aunque el art. 299 de la nueva LEC separa, entre los medios de prueba admisibles, los documentos públicos y privados de "los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase relevantes para el proceso", estos medios probatorios son también documentos en sentido penal, y en el proceso (civil o penal al ser la LEC supletoria ex art. 4) se valoran según las reglas de la sana crítica, una vez que conste su autenticidad y exactitud a probar mediante dictámenes y medios de prueba instrumentales (cfr. arts. 352 y 382 a 384). Ello significa que "se tratan" de modo análogo a los documentos en general.

Toda declaración de voluntad (no hay voluntad sin pensamiento: *nihil volitum quim precognitum*), en nuestro caso negocial, debe incardinarse en una determinada "forma" si ha de ser relevante para el derecho. El derecho exige además en ocasiones, como requisito de validez o de eficacia, siquiera probatoria, del acto o negocio jurídico "la forma documental": las palabras rituales o solemnes, el apretón de manos u otros símbolos gestuales han pasado a ser mero recuerdo histórico como forma exigida por el derecho para tener por constituido el acto, para hacer exigibles las obligaciones deri-

(1) La STS de 10-7-96 R.A. 5955 refleja el concepto amplio de documento en sentido penal ya incorporado al Derecho español desde la STS de 19-4-91 R.A. 2813 y confirmado por el nuevo CP. No está reservado a lo escrito en papel: la STS de 19-4-91 R.A. 2813 entendió por documento el disco manipulado para alterar la contabilidad. Las SSTS de 19-1-98 y 22-1-98 R.A. 21 y 30 contienen un importante excursus acerca del concepto de documento según el art. 26 del nuevo CP. La STS de 30-6-98 R.A. 5605 nos recuerda que el concepto amplio de documento comprensivo de los medios técnicos modernos se reflejó en SSTS de 19-4-91, 20-3-92 y 10-7-76.

La STS de 18-11-98 entiende que para que el soporte material constituya documento a efectos penales se requiere que sean atribuibles a una o varias personas aunque no estén firmados; que tengan capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; y que estén destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales) bien con posterioridad (documentos ocasionales). Para la STS de 8-11-99 R.A. 8103 es falsedad en documento oficial alterar, aparte del certificado de matriculación, los números impresos en el bloque de motor y bastidor del vehículo que son documentos oficiales al efecto pues tales números de control e identificación se incorporan en facsímil a la documentación administrativa.

Para García Cantizano (*Falsedades documentales en el CP de 1995*. Valencia, 1997), el art. 26 del CP pivota más en el contenido que en el continente. Para Brioso Díaz (Jornadas en el ejercicio de la actividad empresarial celebradas en el CEJAJ de 30 de junio a dos de julio de 1997), a partir de la definición legal del art. 26 del CP, al modo de la doctrina alemana y por contra de la tradición francesa, hoy superada por el propio CP francés (art. 441,1), ya no son documentos sólo los escritos en papel. La creación del documento no tiene por qué ser intencionada.

vadas, para hacer oponible el negocio frente a los terceros o simplemente para probarlo.

Es hoy el documento escrito, en papel por lo general, la única "forma" exigida por el derecho a los fines indicados, si bien a efectos probatorios cualquier soporte documental puede tener aptitud suficiente. Sabemos que en nuestro derecho, a diferencia de lo que sucede con los testamentos, desde el Ordenamiento de Alcalá disponemos de un principio espiritualista en materia contractual (art. 1278 del C.c.): en contados casos la forma documental pública es constitutiva ex lege (hipoteca, censo enfitéutico etc...), si bien cabe que las partes la establezcan como condición de vinculación entre ellas, y es muy dudoso que, cumplido entera y voluntariamente por todas las partes el contrato a sabiendas del defecto documental, persista entre ellas la acción de nulidad o que pueda ejercitarse quien actuó con dolo o culpa. Otras veces es necesaria la forma pública para hacer oponible el contrato a terceros (art. 1280, 2º, 3º y 4º, 1230, 1526, 1865 del C.c.). (2)

En definitiva el documento que nos interesa a efectos de su falsedad:

1º) fija y perpetua las expresiones de ciencia o de voluntad reflejadas en el mismo (*verba volant, scripta manent*),

2º) fija por lo general (más bien "debe" fijar) las personas que se identifican como autores; permite garantizar o más bien, partir de la base de que son las mismas que realizan las manifestaciones que se les atribuye: de este modo pueden imputarse a las personas identificadas las responsabilidades derivadas;

3º) por todo ello "puede en su caso" preconstituir la prueba del contenido y demás circunstancias concurrentes en el acto o negocio realizado. O bien es prueba casual permanente de cualquier confesión extrajudicial (art. 1239 del C.c.al que deroga la nueva LEC) o de cualquier aseveración o testimonio. (3)

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y VERACIDAD DEL DOCUMENTO

Falsedad, definida en las Partidas como "mudamiento de la verdad" (*inmutatio veritatis*) proviene del verbo fallere, engañar (STS de 28-1-82).

(2) (Cfr. para estas cuestiones la clara exposición de Diez-Picazo en Fundamentos. I. Madrid. 1993, pg. 247 y ss).

(3) Son éstas las funciones tradicionales asignadas al documento en cuanto "continente de valores o intereses jurídicos dignos de protección" como dice Rodríguez Ramos (<<Actualidad de Aranzadi>> nº 366 de 19-11-98), si bien este autor añade otras funciones que a mi juicio son simplemente derivadas de las anteriores.

Para ser antijurídica (o típica si se quiere desde el moderno punto de vista de la adecuación social), dado el principio de lesividad y de intervención mínima, debe tener suficiente gravedad de modo que exista proporcionalidad entre el hecho y el reproche social (Brioso Díaz Jorge, op. cit.).

A) Córdoba Roda (*Comentarios al CP. T. III. Barcelona.* 1978, pg. 853 y ss), insiste en la necesidad de que la conducta relativa a la falsedad penal sea no sólo típica sino antijurídica en sentido material.

En atención a ello,

a) El documento debe ser idóneo per se para engañar a un individuo medio: se excluye la falsificación burda o el documento no destinado a circular en el tráfico jurídico al no representar riesgo alguno para los intereses protegidos. Como dice Román Puerta Luis, (*Libro Homenaje a Ruiz Vadillo. Madrid 1999*, pg. 472) la alteración producida en el documento debe tener visos de veracidad. Se excluye también la falsedad enteramente inócuia.

b) La falsedad debe recaer sobre aspectos esenciales del documento. El documento ha de ser considerado falso penalmente en la medida en que se hayan alterado los datos que contenga y estén dotados de "relevancia probatoria o de cualquier otro tipo de relevancia jurídica" (art. 26 del CP). El art. 26 del CP ha de ser entendido en el sentido de que penalmente ("a efectos de este Código") sólo interesa el documento por sus datos relevantes sea cualquiera el soporte material; no niega que sea documento otro cualquiera sin estas características, como sucedería con un documento histórico. Según STS de 13-6-97 R.A. 4896, *para conocer qué elemento del documento es esencial o relevante y por tanto se puede alterar de forma delictiva, se ha de atender a las funciones que cumple el documento en el tráfico jurídico y a la repercusión que tenga la alteración en tales funciones:* perpetuadora del pensamiento, probatoria y garantizadora o de fijación de autenticidad. Ya la STS de 13-12-90 R.A. 9495 exigió que la falsedad ideológica del particular en documento público (art. 302, nº 4) tuviera "trascendencia jurídica"; lo importante es el efecto del documento en el tráfico.

Para María del Carmen García Cantizano que ha estudiado el problema con entera actualidad y a la cual seguiremos en este apartado, el delito de falsedad ha originado una gran complicación dogmática.

Tras el "derecho a la verdad" se sitúa a la "fe pública" como bien jurídico protegido y por ello se acaba identificando el contenido de la fe pública con el desempeño de la función notarial: tesis formalista pues el derecho

penal sería el medio último de garantizar el adecuado ejercicio de la función notarial como función del Estado. García Cantizano no cree que la función notarial sea fundamental para la vida social ni que el derecho penal deba utilizarse para proteger todas las funciones y potestades del Estado. También se protege el documento mercantil y el privado por lo que habría que buscar para estos un distinto bien jurídico (op. cit. pgs. 27-30).

Critica también García Cantizano la posterior identificación del bien jurídico protegido por la falsedad con la "confianza general depositada en la apariencia de autenticidad y veracidad de los documentos" por su incidencia en el desarrollo de las relaciones sociales (op. cit. pgs. 21-25). Esta confianza ha quedado más bien como marco de referencia común a todas las falsedades, y puede concebirse más que interés protegido, resultado de la tutela penal que se otorga al bien jurídico. No se debe usar el derecho penal para proteger un sentimiento a la postre individual (op. cit. pgs. 30-33).

Las modernas tendencias centran el bien jurídico en la protección de la funcionalidad del documento según las diversas misiones que ha de cumplir en el tráfico jurídico. De este modo, *el valor probatorio del documento es la ratio legis y al servicio de esta función se determina el objeto protegido. Para García Cantizano, el bien jurídico es la propia institución del documento.* El documento aparece pues como objeto material de la acción y como bien jurídico protegido. Ello se justifica en razón a sus funciones de garantía o autenticidad (frente a terceros) y de perpetuación como medio de prueba duradero (op. cit. pgs. 40-43).

Me atrevo a opinar que el bien jurídico inmediato, protegido por la falsedad documental es la funcionalidad del documento en base sobre todo a su finalidad probatoria en relación a los derechos y obligaciones a que se refiere; mediáticamente se protegería la seguridad del tráfico fiduciario o la fe pública si se quiere, como marco abstracto al modo de Córdoba Roda. Para Rodríguez Ramos (op. cit.) se requiere además un mayor grado de concreción: no existe lesión del bien abstracto representado por la seguridad del tráfico si no se pone en *peligro concreto de modo indirecto otro bien jurídico determinado.* (4)

(4) Según Rodríguez Ramos, la falsedad se ha de configurar <<como acto preparatorio o ejecutivo de otro delito contra un bien jurídico más concreto en el ámbito del tráfico jurídico al que el documento está avocado. De otro modo se divinizaría o exaltaría injustificadamente la autenticidad y/o veracidad del documento, actitud solo compatible con una sociedad mayoritariamente analfabeta en que se dé al documento en sí un valor mágico o religioso en cuanto misterio sólo descifrable por los iniciados, esto es el denostado "delito formal" sin referencia a un bien jurídico real y concreto>>.

B) Nada de lo dicho prejuzga que sea o más bien "deba ser per se verdadero" el contenido del documento pues ello depende de otras variables. (5)

- En juicio, o mejor, dentro de cualquier proceso o procedimiento, el *thema probandi* u objeto de la prueba, alegado por la parte en su interés, estando controvertido, se ha de establecer como verdadero o falso en la resolución final tras el desarrollo íntegro de la prueba y supuesta su valoración. A su vez, la fuerza probatoria del documento como medio de prueba depende de variables estudiadas por el Derecho procesal. Sin comprender cual es la fuerza probatoria del documento, mal se puede juzgar a efectos de la falsedad ideológica en el derecho penal.

-Sin embargo, lo importante es señalar que, fuera de juicio, el documento circula con profusión en el tráfico jurídico (masivamente si es mercantil) y es aceptado socialmente con las tres funciones indicadas y en su caso como prueba de los hechos que refleja, aunque esta fuerza probatoria hubiera podido en un hipotético y precedente juicio, negarse o ponerse en duda. *Si, a virtud de esta aceptación social, el documento interviene decisivamente o de modo lateral en la comisión de algún otro delito como el de estafa o ha producido algún trastorno en el tráfico económico o jurídico, su autenticidad y su veracidad es lo que hemos de juzgar a posteriori en el proceso penal. Que el documento sea penalmente falso en su contenido desde el punto de vista ideológico dependerá de la tipificación realizada por el legislador y sobre todo de que el documento sea apto per se para proporcionar la prueba de lo que refleja el documento y para causar el supuesto trastorno al tráfico jurídico.*

Sabemos que esto es así porque incluso en la época en que ha estado en vigor para los particulares el tipo de falsedad consistente en "faltar a la verdad en la narración de los hechos" (art. 302, nº 4º del viejo CP, en relación con los arts. 303 y 306) el TS se ha negado a aplicarlo cuando el documento no proporciona per se la prueba de los datos que refleja ni por tanto ha podido incidir en falsedad relevante desde el punto de vista penal porque tales datos sean mendaces.

(5) Creo que es erróneo hacer supuesto de la cuestión y partir en esta materia de supuestos deberes de veracidad atinentes sólo a los funcionarios o también a los particulares, por más que sea y deba seguir siendo siempre penalmente protegible la necesaria autenticidad de todo documento público o privado. En este sentido me parecen vanos los esfuerzos que realiza Román Puerta Luis (Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo. Madrid 1999. pg. 478 y 489 y ss) para introducir en la simulación del número 2º art. 291, 1 del CP, facturas de falso contenido en que no se haya cambiado la atribuibilidad o la autoría.

-Se puede coincidir, a efectos penales, en que queda distorsionada la función de perpetuación del documento y su propia autenticidad, si se le manipula "materialmente" mediante la "falsificación" (art. 390, 1º del CP referido a alteraciones materiales y, como veremos, también ideológicas).

Igualmente queda distorsionada la función identificativa de la autoría o atribuibilidad del documento si se le cambia o sustituye por otro diferente del otorgado; o bien ab initio "se le inventa" de modo que venga imputado "con falsedad en gran medida ideológica" a persona diferente de la que aparece externamente como su autor (art. 390, 2º del CP).

-Sin embargo, para que el documento se considere penalmente mendaz en su origen (no verdadero en definitiva), desde el punto de vista de su contenido, es preciso poner como término de comparación aquello que se pretendía que probara el documento, teniendo en cuenta aquello que legal y razonablemente "pueda y deba" probar o modelo de referencia (Córdoba Roda): si su fuerza probatoria, tema que ahora se juzga en el proceso penal, no era per se capaz de fijar con certeza el contenido mismo ahora contemplado, mal puede ser argüido el documento de falaz o mentiroso desde el punto de vista, no ya moral, sino jurídico-penal.

A esta exigencia debemos atender ante todo examinando con brevedad las normas procesales (o procedimentales si se quiere pues afectan a todo el ámbito del derecho), en gran medida contenidas en el C.c. (arts. 1216 y ss). Sabemos por demás que sólo el documento tenido por auténtico o no impugnado razonablemente por tal motivo, entra en valoración judicial.

III. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS SEGÚN NUESTRAS LEYES

Ante todo el valor probatorio del documento depende de su autenticidad. Después se habrá de examinar la fuerza de su contenido según sea dispositivo o testimonial.

a) El documento público se presume auténtico, salvo impugnación con éxito por falsedad penal. La inexactitud de la copia aportada se subsana fácilmente mediante el cotejo comparativo (art. 320 de la nueva LEC).

En razón a ello, y salvo impugnación con éxito, afectan incluso a terceros, erga omnes, los extremos recogidos por el testimonio o fé publica notarial o funcionarial, es decir, fecha y motivo del otorgamiento. Partes y terceros han de aceptar que aquellas manifestaron lo que el Notario o fedatario dicen manifestaron ante el mismo, les beneficie o perjudique: en ningún caso afecta a terceros ni se presume frente a ellos la verdad interna de lo manifestado (art. 1218, 1 del C.c. y 319 de la nueva LEC).

El testimonio que presta el Notario o funcionario competente dota de autenticidad al documento. También le dota de fuerza probatoria en los extremos indicados: "hecho, acto o estado de cosas que documenta, fecha en que se produce la documentación e identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan en ella" como dice la nueva LEC.

Estos extremos tienen carácter testimonial y sólo la parte o contenido de naturaleza testimonial del documento público (o del privado "pasado en público" en cuanto a su fecha según el art. 1227 del C.c.), lo que verdaderamente puede constituir en falso desde el punto de vista ideológico, por faltar a la verdad en la narración de los hechos, al fedatario, funcionario público o ministro de culto, incluso cuando supone en el acto a personas no intervenientes (art. 390, 3º y 4º del apartado 1 y apartado 2), aparte de que pueda simular el documento o alterarlo.

En cambio el documento privado o mercantil, estando ausente el testimonio cualificado de un Notario o funcionario para dar fé del hecho del otorgamiento y de la fecha, ha de ver adverada su autenticidad por el reconocimiento del autor según el art. 1225 del C.c.; o, si se impugna a tenor del art. 326 de la nueva LEC, por el cotejo de letras. Se carece del testimonio de una persona cualificada que afirme, con la autoridad que la ha conferido la ley, que dicho documento con el contenido que las partes le dieron, es atribuible a sus autores y se produjo en una precisa fecha.

En suma, la autenticidad se presume respecto del documento público original, salvo impugnación por falsedad penal (cfr. art. 40 de la nueva LEC). Se fija su contenido mediante el cotejo de la copia con el original o cotejo pericial de letras, si se impugna la fidelidad de la copia (cfr. arts. 320, 322 y 349 de la nueva LEC). En cambio la autenticidad ha de ser reconocida por el autor, o establecida en especial por el cotejo de letras, si se trata de documento privado cuya autenticidad haya sido impugnada (cfr. art. 326 de la nueva LEC).

La nueva LEC, que confía en este aspecto en la lealtad procesal de las partes (cfr. 247, 320, 3 y 326, 2 de la nueva LEC) no presume desde luego la autenticidad ni menos la veracidad del documento privado; pero, reinterprestando el art. 1225 del C.c., entiende "reconocido legalmente" el documento privado si no lo impugna la parte a quien le perjudique.

Si el documento público se limita a recoger declaraciones de ciencia de terceros, o actos de voluntad tales como requerimientos, o notificaciones de actos precedentes (así ocurre con ciertas actas notariales), las manifestaciones que no procedan del Notario o funcionario público nada prueban frente a tercero, fuera del hecho de que las mismas se verificaron ante aquéllos al modo como indican (6).

b) Por contra, el contenido dispositivo o negocial de un documento sea notarial, oficial o privado (suponga bien fijación inmediata o posterior, bien novación de un negocio precedente), sólo hace prueba, incluidos "causahabientes", "entre y frente a las partes" que lo suscribieron y otorgaron de la existencia de tal contenido (art. 1218, 2 y 1225 del C.c.). Por su literalidad han de pasar, una vez que cualquiera de las partes intervenientes lo esgrima frente a la contraria: no proporciona fe en absoluto de la veracidad intrínseca del contenido; no se refiere a datos históricos sino a manifestaciones de voluntad.

Nada impide la alegación de falsedad material del documento; ni empece que las mismas partes del documento (máxime los terceros perjudicados por el contenido), puedan impugnar contratos absolutamente simulados en él reflejados, a salvo lo dispuesto en los arts 1305-6 del C.c., o puedan probar que el documento público no fue veraz en algún extremo (cfr. STS Sala 1^a de 23-1-90 R.A. 18 o la muy clara de 23-11-99 R.A. 8620).

Este mismo contenido dispositivo o negocial del documento, sea éste público, oficial o privado, nada prueba frente a tercero como no sea, bien el perjuicio derivado en su caso de una simulación negocial (plasmada en el documento y querida por las partes) o de otra causa cualquiera, bien el

(6) Extrañan por ello no poco las condenas contenidas en STS de 20-11-91 R.A. 8599: se pena a la administradora de una comunidad de propietarios por contestar falsamente a un requerimiento notarial dando por supuesto un acuerdo; también a quien confecciona un documento privado y lo firma, siendo inveraz, entregándolo a un tercero para que lo presente en juicio. A la STS Sala 1^a de 20-2-98 R.A. 987, que recoge una amplia tradición, le parece justo y normal que la Audiencia considere sin valor alguno lo declarado en acta notarial por no haber declarado tal persona como testigo en juicio.

beneficio que le suponga de ser destinatario de alguna prestación prometida entre las partes (art. 1257 del C.c.). (7)

La fecha del documento privado no es dato testimonial sino que tiene entre las partes carácter dispositivo, sin perjuicio de que puedan haber simulado la antigüedad del contrato o negocio. Tiene carácter más esencial en los testamentos privados a efectos de la revocación o de la capacidad del testador; pero este dato depende únicamente de la voluntad del testador: no cabe falsear la propia voluntad unilateral.

c) El contenido puramente testimonial o declaración de ciencia de un documento cualquiera, público o privado, procedente de un particular y que ha llegado a poder de la parte que lo esgrime frente al mismo, sólo hace prueba "contra su autor" en la medida en que le perjudique, atendida la regla de la claridad y la indivisibilidad y con sujeción en este caso a la fuerza misma del testimonio según libre valoración judicial y valoración conjunta de la prueba, una vez demostrado que le es atribuible, es decir, estando acreditada su autenticidad (arts. 1228 y 1229 del C.c.) y estando excluida cualquier falsificación material posterior. Por ello es doctrina común que las actas notariales que contienen declaraciones de testigos sólo da fe de la fecha y de la declaración, no de su veracidad (STS vgr. de 18-5-90 RA.A. 3740).

Nada impide sin embargo que el contenido favorable del documento para la parte que lo esgrime como prueba pueda ser corroborado a través de otros medios probatorios. También la veracidad de la fecha de un documento privado, fuera del caso del art. 1227, puede ser establecida frente a terceros (v.gr. en las tercerías de dominio) por todos los medios de prueba admisibles en derecho (cfr. STS Sala 1^a de 6-3-90 R.A. 1670 o de 20-10-89 R.A. 6945). Para la STS de 24-10-97 R.A. 7163, el art. 1227 se aplica cuando la fecha se trata de demostrar por medio exclusivamente del documento privado; pero no cuando existen otros medios de prueba que acreditan la veracidad de la fecha indicada en el documento.

En razón a la fuerza probatoria del documento según nuestras leyes, no puede existir en principio, al menos por lo que respecta a la prueba en juicio, falsedad ideológica afectante al documento (fuera de la simulación efectuada de común acuerdo en cuanto al contenido y la posible aplicación

(7) En este sentido puede consultarse el amplio resumen jurisprudencial que nos proporciona la STS de 30-10-98 R.A. 7555 a propósito de unas ventas simuladas contenidas en escritura pública.

del art. 251, 3º del CP) de la que pueda ser autor un emisor "particular": no hace prueba indefectible frente a nadie ni el contenido dispositivo ni el contenido testimonial de tal documento.

Todo lo más el soporte hace prueba en principio "contra" su autor o autores y no a favor de los mismos, entrando en todo caso dentro de la norma de valoración conjunta de la prueba el principio de claridad e indivisibilidad, en cuanto pueda afectar al aportante del documento que lo esgrime frente a la parte contraria (cfr. la lúcida exposición de Gómez Orbaneja, Derecho procesal civil. V. 1º, Madrid 1976, pg. 341 y ss). Por ello dice la STS de 3-7-97 R.A. 5479, antes citada, que no es absoluta la fuerza probatoria de los documentos privados reconocidos pues han de ser valorados en orden a la veracidad de su contenido sobre todo cuando no sean constitutivos de obligaciones.

Si el autor, sobre todo unilateral de un documento, en lo que hace a su contenido testimonial (declaración de ciencia o manifestación de cualquiera experiencia subjetiva) "se equivocó" o "mintió" al emitirlo, tendrá que realizar un esfuerzo probatorio suplementario para demostrar esta realidad, al modo como sucedía en relación al error de la confesión en el art. 1234 del C.c.

En resumen, *la falsedad estrictamente ideológica, referida al contenido testimonial del documento, "en cuanto afecta a la función probatoria del mismo"*, sólo puede entenderse en relación al testimonio prestado por el Notario, Corredor, Secretario judicial o de una Corporación o funcionario competente que asevera una fecha o una percepción por su parte reflejada en el documento, la cual no se corresponda con la realidad de lo históricamente sucedido y acaecido en su presencia o con su intervención.

Ha de considerarse pues *excepcional el castigo penal de los particulares en razón a la falsedad estrictamente ideológica. Este castigo sólo puede darse en virtud de consideraciones "ajenas al valor probatorio en juicio" del documento*, por lo cual entrará en juego, casi siempre, el delito de estafa u otro especial y no el de falsedad. (8)

a) *Por ello sólo puede incurrir en falsedad por imprudencia grave, el Notario, autoridad o funcionario público (art. 391 del CP) que en el ejercicio de sus funciones, pese a la omisión legal, con temeraria infracción de*

(8) Cfr. STS de 26-5-98 R.A. 1995.

las normas de cuidado, no se cerciora de la identidad y capacidad de los otorgantes o de la autenticidad de las firmas, quedando afectada la genuinidad del documento (SSTS de 22-6-55, 22-5-63, 4-3-75, 4-11-89, 4-3-92), o no presta la atención necesaria para reflejar con exactitud lo que percibe o presencia, contaminando el documento de errores de carácter ideológico (cfr. STS de 25-6-99 R.A. 5989). (9)

Para García Cantizano, el art. 391 del CP se adecua a la doctrina del TS; pero los nº 1 y 2 del art. 390 describen conductas dolosas sin perjuicio del posible error de prohibición en el marco de los deberes. La puerta abierta a la imprudencia del funcionario estaría en los nº 3 y 4 pese a la remisión en bloque que se hace al art. 391: la imprudencia tiene que ser temeraria e inexcusable y desarrollarse en el ámbito de la función publica o deberes profesionales (García Cantizano, op. cit. pg. 141 y ss). (10)

Según el art. 391 del CP, tanto comete falsedad por imprudencia el funcionario público que incurra en alguna de las falsoedades del art. 390 como el que "diere lugar a que otro las cometa". Este inciso se ha de referir sobre todo al delito que cometen "alterando el documento", como veremos, los

(9) Córdoba Roda defendió (op. cit. pg. 866 y ss) que determinadas tipologías del art. 302 del viejo CP admitían la comisión imprudente si el funcionario infringía las normas de cuidado más que las reguladoras de la respectiva función pública significada por la dación de fe; pero impedía la comisión imprudente a su juicio la necesidad de "abusar del oficio", cuestión hoy superada.

No fue este el criterio del TS en aquella época: han sido variadas las SSTS que han apreciado, unas veces sí y otras no, imprudencia en la conducta de los Corredores de Comercio que dan por buenas firmas sin comprobar su autenticidad (cfr. SSTS de 25-6-79 R.A. 2769, 4-11-89 R.A. 8554, 4-4-90 R.A. 3167, 26-11-90 R.A. 9164, de 21-1-94 R.A. 84 etc...). Son interesantes al respecto las SSTS Sala 1^a de 11-10-97 Sala 1^a R.A. 7460 y de 2-12-98 R.A. 9156, así como las de la Sala 2^a de 13-12-85 y 4-2-92 R.A. 1733. Hoy no sería posible condenar por imprudencia a un particular que, en base a error de tipo vencible, como ocurrió en STS de 25-11-87 R.A. 8606, faltara simplemente a la verdad. Por supuesto estimo que el art. 23, párrafo último de la Ley del Notariado, tan criticado y criticable por no distinguir entre error vencible e invencible y discriminar al resto de fedatarios públicos, ha quedado derogado por el nuevo CP.

(10) Un interesante artículo de Cabello Mohedano (en <<La Ley>> de 4-1-2000) describe las vicisitudes habidas con motivo de los errores notariales que se han dado en torno a la identidad de los otorgantes y a la fe de conocimiento. Se produjeron condenas por imprudencia en SSTS de 14-2-44 y 10-4-46. Trató en vano de atajarlas la ley de 18-12-46 que modificó el art. 23 de la Ley del Notariado, pues las condenas en casos graves continuaron (cfr. SSTS de 22-5-63 y 4-3-75 en cuanto aluden al art. 23 de la Ley del Notariado).

Hoy el art. 23 citado ha sido claramente superado por el nuevo CP. Los medios de identificación objetivos tienen especial prevalencia visto el art. 163 del Reglamento Notarial y el Decreto de 6-2-76 que regula el DNI. Por lo que respecta a los extranjeros, no bastaba la tarjeta de residente sin el pasaporte o documento utilizado para entrar en España (RD de 2-2-96, arts. 58, 61 y 62), si bien la Orden de 7-2-97 dificulta la falsificación de la tarjeta de residente y permite acreditar la identidad.

particulares que mientan sobre su identidad, cuando tal mentira hubiese sido fácilmente desvelable y evitable si el funcionario hubiera cumplido con sus deberes de identificación. En modo alguno pretende obligar al funcionario a comprobar la veracidad de lo que los particulares le manifiestan pues éstos no cometan delito por ello.

b) También la doctrina estima que el Notario o funcionario distorsiona la verdad tanto cuando incluye en su testimonio datos inveraces como cuando omite datos de relevancia jurídica estando obligado, como garante, a recogerlos en su integridad. Pensemos en un testamento que queda incompleto o en una acta notarial que no recoge fielmente todo lo acaecido según fue requerido. Cabe pues para estos sujetos activos la comisión por omisión tanto dolosa como imprudente (García Cantizano, op. cit. pg. 117).

En algún supuesto excepcional el TS ha condenado por delito de falsedad omisiva: STS de 13-6-51 tratándose de un Inspector que levantó acta sin recoger las irregularidades existentes. Se nos habla del deber de actuar del funcionario derivado de su obligación de ser leal al Estado. (11)

c) Por último, de modo excepcional, el CP en el art. 397, impone a los médicos, aún privados, un deber de veracidad en cuanto al contenido del documento, prueba de que no existe, como dice Bacigalupo Zapater (cfr. libro <<Homenaje a Ruiz Vadillo>>. Madrid 1999 pg. 81 y ss) un deber general de veracidad pues de lo contrario el tipo penal sería supérfluo. El art. 398, que contiene un tipo atenuado quizá poco justificado (y que a mi juicio entrará a veces en colisión normativa con los tipos generales) no hace más que confirmar la regla general acerca de que sólo los funcionarios que prestan su testimonio en los documentos en que intervienen cometan delito de falsedad ideológica.

A las mismas conclusiones llega por otro camino Bacigalupo (op. cit. pg. 72), aunque su planteamiento haga no poco supuesto de la cuestión y nosotros prefiramos partir más bien de la función probatoria del documento en orden a deducir las consecuencias punitivas.

(11) Cfr. SSTS de 28-5-92 R.A. 4392, de 13-3-89 R.A. 2614, de 20-4-99 R.A. 3199, de 6-4-98 R.A. 3152 y de 22-4-98 R.A. 3787. En el número 4 del art. 302 del viejo CP se debía incluir según Córdoba Roda, la omisión de datos esenciales y relevantes; su redacción hacía posible la imprudencia, así como la coautoría accesoria y división de responsabilidades si mediaban varios intervenientes unos con dolo y otros con culpa (pg. 830 y ss).

IV. MANIPULACIÓN MATERIAL Y FUNCIONES DEL DOCUMENTO

Con este panorama podemos introducirnos en el examen de algunas modernas sentencias del TS que han estudiado el tema de la falsedad ideológica con notable profundidad, aunque primero estudiaremos las falsedades más obvias. De siempre ha sido sumamente difícil para la doctrina el distinguir entre falsificación y falsedad, entre falsedad material e ideológica y la distinción resulta más teórica que práctica (cfr. García Cantizano, op. cit. pg. 108 y ss). Toda falsedad material tiene un contenido eidético, y toda falsedad ideológica se ha de plasmar en la materialidad del documento.

Pero cabe hablar, a mi juicio, de una falsedad "estrictamente ideológica" referida a declaraciones de ciencia inveraces ("faltar a la verdad en la narración de los hechos" o lo que es igual la atestación mendaz); o bien de una falsedad "predominantemente material" o "predominantemente ideológica". Este planteamiento introduce gran complejidad al tema, pero la creamos inevitable. (12)

A) ACTIVIDAD DE SIMULACIÓN DE CARÁCTER PREDOMINANTEMENTE MATERIAL.

Desde luego, si un documento auténtico o genuino se manipula en todo o en parte con posterioridad a su emisión, de modo que *se le sustituye en su materialidad, íntegra o parcialmente, por otro diferente que*

(12) El mismo Bacigalupo (op. cit. pg. 70), al comentar el antiguo art. 302, 9^a del CP de 1973 y las diversas interpretaciones del mismo, destaca cómo un documento auténtico que se falsifica o altera materialmente pasa a ser inauténtico por simulación (al cambiar las condiciones de su autoría), pues lo alterado deja de ser atribuible a su autor; también media simulación cuando se supone ideológicamente (mediante la simple afirmación del tercero que testimonia con fehaciencia) o materialmente (mediante la falsificación de firma) dentro de un acto la intervención de personas que no han intervenido.

Existe además, como destaca este autor, superposición entre los números 3 y 4 del art. 390, 1 del CP cuando el Notario o funcionario supone en un acto la intervención de alguien y falta por ello a la verdad en la narración de los hechos. Se superpone el número 1 y 3 del art. 390 cuando se introduce una firma falsa en documento ya existente, pues se da por supuesta la intervención de alguien y se altera materialmente el documento. Media pues falsedad ideológica implícita en los números 2 y 3 del art. 390, 1, aparte de la falsedad ideológica explícita del número 4.

De ello deduce Bacigalupo que si los particulares están excluidos de falsedad ideológica en virtud del número 4 del art. 390, 1, también deben estarlo en aquellos supuestos equivalentes de los restantes números del art. 390, 1, que sean una simple variante de la misma conducta. Es válida a mi juicio esta conclusión como pauta general, aunque creo que, al descender a detalle, se han de seguir considerando "ante todo" las funciones del documento como bien jurídico protegido y norte de nuestra interpretación..

ofrezca la apariencia de ser el primitivo o el auténtico, estaremos ante una simulación evidente del documento (art. 390,1, 2º). Ello conllevará por lo general estampación de firmas falsas o uso no autorizado de impresos o sellos (art. 390, 1, 1º). En estos casos *queda afectada la función de garantía del documento, pues se induce a error en bloque sobre su autenticidad, origen o procedencia: el nuevo documento es apócrifo en realidad. Queda afectada en su caso la función de perpetuación del documento primitivo o genuino si éste, como será lo más normal se ha ocultado o destruido. Indirectamente queda afectada la función probatoria del documento* pues antes de que el documento pruebe algo, se ha de estar seguro de su autenticidad. (13)

Normalmente la simulación total que comentamos irá acompañada de un cambio en el contenido del documento genuino, alterando pues los datos esenciales que reflejaba y añadiéndole una falsedad en cierto modo ideológica con fines ilícitos y de engaño. Si se sustituye el documento original por una copia o fotocopia fiel o exacta, y por tanto veraz, se habrá de estar a la relevancia de la sustitución y a la intención del autor.

En teoría, la falsedad material que afecte a la genuinidad o factura material del documento no tiene por qué dotar al documento de un contenido inveraz (Quintano, Curso de Derecho Penal, Madrid 1963, pg. 423). Como decía Binding, cabe construir una "prueba falsa" en torno a un "hecho históricamente verdadero", lo cual sin duda es ilícito en principio. (14)

-El documento original, suplantado mediante la simulación total, si es que no se pretende sustituir su pérdida involuntaria, será por lo general objeto de ocultación o de destrucción, lo que puede conllevar además un posible delito de daños en caso de que el documento tuviera cierto valor económico por más que en el nuevo CP haya desaparecido esta infracción

(13) Analiza Rodríguez Ramos (en <<La Ley>> de 23-4-99) el significado académico del verbo simular, derivado de la raíz latina símil. La actividad simulatoria que ahora analizamos es más material que ideológica, aunque lo normal será que se altere también, con fines interesados, el contenido del primitivo documento, haciendo que diga algo diferente de lo que antes decía.

(14) La STS de 6-10-93 R.A. 7289 absolvió a quien, sin dolo falso y creyendo actuar con corrección, reprodujo unos recibos antiguos en papel nuevo. La fecha de los documentos privados no es elemento tan esencial pues carece de efectos probatorios frente a terceros si el documento está destinado a probar la relación jurídica entre las partes. Pero no es de extrañar que la STS de 14-4-92 R.A. 3046 considerase falsedad por simulación en documento oficial una fotocopia que recomponía dos documentos en su mitad veraces. Hubo una difícil investigación al respecto. En igual sentido la STS de 14-4-92 R.A. 4033.

específica para los particulares, aunque no para los funcionarios públicos incluso de hecho según los arts. 413 y 416 del nuevo CP. La alteración prevista en el art. 264, 2, relativa a soportes informáticos, deberá ser total; de lo contrario se incurriría en falsoedad.

Podría concurrir la falsoedad en documento público u oficial, con la estafa agravada del art. 250, 1, 4º del CP si se sustrae, oculta o inutiliza en todo o en parte algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase. Será preciso en todo caso que esta conducta haya servido de medio o haya contribuido a producir engaño, error, acto de disposición y perjuicio (art. 248). (15)

-Es dudoso que el particular pueda cometer simulación total en relación a un documento público u oficial, pues éste se caracteriza por la intervención del fedatario o funcionario público en relación inmediata tanto con el documento como con su propia competencia funcional. El documento sería privado por su propia naturaleza, como defendió Córdoba Roda (*op. cit.* pg. 889 y ss).

El art. 390 del nuevo CP, al igual que el antiguo, castiga a "la autoridad o funcionario que cometiere falsoedad, alterando...simulando un documento....". En el art. 392 castiga al particular que "en" documento público, oficial o mercantil cometiere las falsoedades de los tres primeros números del art. 390. Da a entender que el documento debe ser "ya" público u oficial antes o al tiempo de falsearlo; no se podría crear falso ab origine por el particular con el carácter de público u oficial.

Sin embargo también el art. 392, sin faltarse a la letra de la ley y atendida su finalidad, puede significar lo siguiente: se castiga al particular que "en relación a" un documento público oficial o mercantil cometiere las falsoedades legalmente previstas.

Creo que el particular no puede "dentro de un documento que sea ya oficial o público" suponer en un acto -de cuyo desarrollo no puede dar fe- intervención de terceras personas o atribuirles diferentes declaraciones a las reales;

(15) También para Brioso Díaz (*op. cit.*), simular un documento (es novedad la simulación en parte versus redacción anterior y doctrina del TS -17-9-90- que exigían la total simulación), equivale a su suplantación material (STS de 18-12-72); también es simulación convertir falsamente un documento privado en público como añadir un sello oficial en papel común (STS de 22-3-85); o crear físicamente un documento a semejanza de otro. Pero si la simulación se refiere al contenido del documento, se habrá de acudir a otro apartado del art. 290 o a otro tipo penal especial como el de simulación de contrato. Creo sin embargo, como más adelante veremos, que la simulación puede tener carácter en gran medida ideológico o de contenido.

pero puede alterar ideológicamente desde un principio o simular material o ideológicamente un documento oficial o público de manera tan perfecta o eficaz que lo haga pasar por auténtico. Así lo ha entendido siempre el TS antes y después que se introdujera por el CP de 1944 el número 9 del art. 302 (cfr. exposición de SSTS en Córdoba Roda, *loco cit.*). De todos modos la actividad simulatoria indicada se dará más bien en documentos privados o mercantiles.

Lo que no es posible es que un documento *per se* privado o mercantil se trasmute en oficial por su destino o incorporación. Se produjo un vuelco jurisprudencial a partir sobre todo de la STS de 11-10-90 R.A. 7992: un documento privado en su origen no se transmuta en documento público u oficial por incorporarse a un expediente o protocolo, pues esta condición se adquiere por la intervención del fedatario o funcionario y el dolo falsario muchas veces no puede prever esta posterior incorporación (cfr. SSTS de 5-10-90 R.A. 7678, 25-10-90 R.A. 8301, 23-7-91 R.A. 6014...). (16)

(16) La STS de 10-5-99 distingue: si el documento tiene ab initio el carácter de privado y se falsifica antes de su incorporación al expediente oficial, la calificación de documento privado no varía por los avatares posteriores del documento. Si la falsificación se produce en el documento privado tras ser incorporado al expediente, la falsedad se produce en el propio documento oficial que el expediente constituye en su conjunto.

-Ahora bien, es sin duda documento oficial en su origen el impreso oficial que inicia el expediente administrativo y es falsedad el simular firmas ajena y por tanto la totalidad del documento (STS de 28-11-91 R.A. 8706). Cfr. SSTS de 28-5-93 R.A. 4271, 10-7-96 R.A. 5955 y 7-10-92 R.A. 7814, 13-3-95 R.A. 1843, 19-9-96 R.A. 6925 y 31-5-95 R.A. 4508. Para esta última, si el documento nace o se hace con el único y exclusivo destino de producir efectos en el orden administrativo, determinando resoluciones transcedentes para el tráfico jurídico, no es mero documento privado que luego se incorpora a un expediente. Es discutible la STS de 4-12-98 R.A.10083.

Para Córdoba Roda (en <<La Ley>> cit.), tras destacar que el particular hoy no puede cometer falsedad ideológica (falta a la verdad en la narración de los hechos, dentro de un documento oficial), lo que habría de matizarse en cuanto que caben alteraciones de un documento por falsedad ideológica que acaban afectando a la autenticidad o genuinidad del mismo (hacerse pasar por otro en la atribución del carácter de destinatario o interviniente en el documento oficial), el Tribunal Supremo, tras abandonar la teoría del documento oficial por destino (11-10-90, 15-2-92) ha returnedo a la doctrina primitiva "con ciertos temperamentos".

Critica Córdoba Roda esta doctrina de nuestro TS con diversas razones. Sin embargo las cosas son mucho más complejas en la práctica de lo que parecen. El particular puede cometer sin duda en documento "ya oficial o de antemano oficial por la intervención del funcionario" las falsedades de los números 1º y 2º sobre todo del art. 390, 1 del CP; pero también a través del llenado de impresos o instancias puede cometer este mismo tipo de falsedades cuando trastorna las condiciones de autoría o de destino en definitiva del documento oficial que trata de provocar. Pensemos en la obtención de falsos documento de identidad, pasaportes, permisos de conducir, licencias etc..., que se hacen expedir con fotografías cambiadas o con datos de identidad falsamente expresados en las respectivas instancias. No creo que pueda negarse la tipicidad de estas conductas al alterarse datos esenciales del documento. Menos aún cuando se simula ab initio por el particular la intervención misma del funcionario, induciendo a error sobre la autenticidad del documento...

-Para Córdoba Roda, dar copia fehaciente (apartado 7º del antiguo 302) equivale a transcribir un modelo preexistente, se trate de documento público o privado (éste puede ser testimoniado por los Notarios), poniéndola en circulación. La fehaciencia supone que el sujeto esté investido de fe pública y que la expida con las formalidades legales exigidas. Da igual que el modelo no exista o exprese otra cosa; la falsedad puede consistir en añadir, quitar u omitir. Si el modelo expresa otra cosa, la alteración debe ser esencial. Cabe la imprudencia al respecto (op. cit. pg. 838 y ss).

Coincido con Brioso Díaz en que *una copia que se da como fehaciente sin existir el original constituye simulación del documento a incardinarse en el actual 390, 2º; en el apartamiento del original se falta a la verdad en la narración de los hechos (art. 290, 1, 4º)*. El particular (o funcionario no competente que se prevalga del cargo) no puede, según Quintano y Córdoba Roda, cometer la falsedad consistente en dar copia fehaciente de un documento supuesto o copia inexacta (nº 7 del antiguo 302), aunque creo que lo primero podría llevarlo a cabo mediante una actividad estrictamente simulatoria material o ideológica, aún siendo en realidad privado el documento resultante.

-La Consulta 3/97 de la Fiscalía General del Estado sostiene que es *delito de falsedad en documento oficial la alteración de los datos de la placa de matrícula, apoyándose en el concepto de documento que da el art. 26 del*

-Para la STS de 1-6-92 R.A. 4747, la fotocopia de un documento oficial no autenticada y conservada para uso propio y con fines de engaño es mera falsedad en documento privado. La STS de 25-2-97 R.A. 1737 entiende que la fotocopia no autenticada, no es documento oficial sino privado pues no cabe la analogía en contra del reo: en este caso el funcionario alteró la fotocopia sin mudar el original.

Para Córdoba Roda (En "La Ley" cit.), la fotocopia no es un "instrumento idóneo para la falsedad documental" como afirman las SSTS de 27-9-83 y 18-7-87. La fotocopia nada prueba; el engaño (fuera de que el documento no debe contener una falsedad burda o inócuas y debe estar destinado a circular) es elemento de la estafa. Según STS de 28-2-98 "el documento válido es el documento orginal y no tienen tal carácter las copias ni fotocopias..." por más que se acepten en la práctica forense, pues "una fotocopia simple carece de toda fuerza de convicción para servir de prueba de un hecho jurídico". Cosa distinta es que estemos ante una fotocopia autenticada por sujeto provisto de fe publica. La fotocopia ni siquiera sería un documento privado como parecen dar a entender las SSTS de 1-6-92, 7-10-92 y 9-2-96.

Sin embargo, no me cabe duda de que, desde el momento en que la fotocopia sea tan perfecta que pretenda suplantar o suplante de hecho al original, sin duda podemos estar ante la simulación de este último. Es más, con algo de exageración, para la STS de 18-11-98, el concepto de autenticación a efectos penales no tiene un contenido formal sino material; cuando por las circunstancias subjetivas u objetivas en que se utiliza la fotocopia, ésta es idónea para generar plena confianza en su autenticidad, debe ser calificada como fotocopia autenticada y en consecuencia constituye objeto material idóneo del delito de falsedad. Es interesante al respecto la STS de 10-5-99 R.A. 4971.

nuevo CP en cuanto soportes materiales que incorporan datos con relevancia jurídica.

No es delito tras la entrada en vigor del nuevo CP la simple omisión de la placa de matrícula. Pero sí lo es su sustitución (colocación en un vehículo de la placa correspondiente a distinto vehículo) para impedir su identificación; pues, prohibida la alteración de los números, con mayor razón ha de sancionarse la sustitución: la matrícula propia resulta alterada en todos sus elementos esenciales (390, 1º del nuevo CP) y se simula estar en posesión y llevar la placa de matrícula correcta, como si fuera la propia del vehículo y como si fuese la auténtica (390, 2º).

Las mismas razones creo que abonan a favor de la incriminación por situar en el vehículo una placa distinta de la propia, cuando la "nueva" sea imaginaria, y aunque el vehículo afectado no esté aún oficialmente matriculado, si bien este hecho se tiña además de una evidente falsedad ideológica al producirse "el invento" del documento de modo originario. Por demás, lo normal será que se falsifique a posteriori la documentación del vehículo o que se simule la misma para hacerla coincidir con la matrícula falsa.

Para la STS de 31-1-97 R.A. 881 (según la cual si el documento posterior falso está conectado y es necesario para que el delito perseguido como finalidad principal tenga significado, existe autoencubrimiento impune) *las conductas sobre matrículas no han quedado despenalizadas dada la amplitud del concepto de documento del art. 26: prueban la propiedad del coche y la autorización para circular. Lo mismo sucede con los números de bastidor que incorporan la declaración del fabricante destinada a probar la identidad del vehículo.* En el mismo sentido se pronuncia la STS de 24-11-97 R.A. 8824.

Para la STS de 9-12-97 R.A. 8741, *estamos ante un documento inauténtico* (versus tesis del Fiscal que incluye el caso en el art. 390, 1, 1º). Lo mismo repite el auto de inadmisión de 15-4-98 R.A. 3394 en un caso de sustitución de matrícula. La STS de 27-3-98 R.A. 4015 nos dice que es falsedad típica superponer a la propia otra falsa matrícula de automóvil.
(17)

(17) A este respecto, reseñamos por nuestra parte la STS de 29-1-87 R.A. 476 según la cual no era delito borrar simplemente el número de motor o de bastidor, sin suplantarlos por otro número u ocultarlos bajo otro número (cfr. STS de 6-10-89 R.A. 7633). Era delito (SSTS de 1-2-89 R.A. 1330, 6-3-89 R.A. 2496, 26-1-90 R.A. 506) cambiar el entero bastidor por otro de distinta numeración si se actuaba con el dolo necesario; mediaba estafa si se vendía el vehículo en condiciones de ineptitud para circular por tal motivo.

B) ACTIVIDAD DE ALTERACIÓN DE CARÁCTER PREDOMINANTEMENTE MATERIAL.

Cuando *el soporte documental se manipula en su materialidad, haciendo transformar su contenido original y algún dato -siempre debe ser relevante- se borra o suprime (conducta negativa), o se sustituye y cambia por otro (conducta positiva)*, el documento se altera con el fin por regla general, de variar su sentido o de que cambie su atribución. Lo mismo se diga *si positivamente se adiciona el documento de modo material con datos* que primitivamente no existían sin manipular la autenticidad (cfr. art. 302, nº 6º del viejo CP, e incluso nº 5º si la alteración de fechas se producía manual o materialmente). Estas dos últimas conductas son más bien positivas. Todas ellas se incardinan en el art. 390, 1º del CP.

En relación al nuevo CP, creo que debe dar igual alterar o falsificar firma o rúbrica que otros signos de identidad como huellas dactilares, cruces habituales etc...

En todos estos casos queda afectada la función de perpetuación del documento; si se manipula a posteriori manualmente la firma original o la mención de los otorgantes y personas identificadas en el mismo como autores, se afecta también a la función de garantía del documento. Indirectamente queda afectada la función probatoria del documento pues, antes de que el documento pruebe algo, se ha de estar seguro de que no ha sido físicamente alterado y de que todo él es atribuible a su autor. (18)

-Si se entiende por *contrahacer letra, firma o rúbrica* (antiguo apartado 1º del art. 302) trastocar la ya hecha, el caso entra en la alteración material del art. 390, 1, 1º. Si significaba más bien fingir o imitar firma ajena, habría de entrar en la simulación de autoría afectante a la autenticidad del documento ex art. 390, 2º, como veremos en el apartado siguiente.

-La *alteración meramente ideológica de fechas* del número 5 del art. 302 del viejo CP era una alteración "del documento", no una alteración material "en" el documento contemplada luego en el número 6 de este artículo.

(18) Cfr. SSTs de 9-2-90 R.A. 1364, de 27-4-92 R.A. 3201, de 5-10-92 R.A. 7790 y 7-10-92 R.A. 7813.

Esta alteración ideológica debía y debe ser esencial por modificar el sentido del documento y los efectos perseguidos por el mismo (plazo del permiso de conducir sujeto a caducidad; fecha de la lotería en orden al premio) como decía Córdoba Roda (op. cit. pg. 831 y ss). No es lo mismo poner fecha diferente en un contrato privado de trato único que en otro de trato sucesivo, como un arrendamiento, si se llega a producir cualquier perjuicio. A veces la falsa fechación supondrá más bien puro delito de "simulación de contrato" si sólo quiso aparentarse el mismo como existente desde un determinado momento.

-El número 6 del art. 302 del viejo CP *suponía un documento previo verdadero que sufre materialmente alteración o intercalación*, varfiandolo de sentido y afectando a aspectos esenciales en razón a los efectos perseguidos por el documento orginario. Alterar (intercalar es una subespecie) supone suprimir, cambiar, añadir o intercalar. Da igual recaiga sobre letras, cifras o partes no escritas (Córdoba Roda, op. cit. pg. 835 y ss.).

V. SIMULACIÓN PREDOMINANTEMENTE IDEOLÓGICA A CARGO DE LOS PARTICULARES

El CP exige (art. 390, 2º) y ha exigido siempre que *el error inducido por el documento simulado y por el engaño documental que supone la simulación afecte a la autenticidad del documento, a todo o a parte del mismo*. Se debe hacer que aparezca de modo falaz el documento como auténtico o genuino, es decir como *emanado del autor* que mendazmente se indica en su texto. (19)

Desgraciadamente nuestro TS no siempre se ha atenido (quizá más bien no ha podido atenerse según explicaremos) a la literalidad de la ley, que en

(19) Destaca Rodríguez Ramos (en <<La Ley>> de 23-4-99) cómo la palabra auténtico según su significación académica, equivale a documento verdadero en su contenido y también a verdadero según su origen o procedencia en razón a la autoría del mismo. Sin embargo una interpretación histórica y teleológica ha de limitar "el error sobre la autenticidad" al error sobre la autoría, como propugna la STS sobre el caso Argentia Trust, versus la STS sobre el caso Filesa. Añade este autor otras consideraciones como la interpretación sistemática e integradora, para concluir que en el caso Filesa se incurrió en bis in idem pues el bien jurídico protegido por el delito al que la "factura falsa" (inveraz en su contenido) sirve de instrumento fue el único afectado en el sector del tráfico jurídico. Conforme con lo anterior, creo errónea, a efectos penales, la distinción entre documento auténtico y documento genuino, tal y como propugna Molina Pérez (en <<La Ley>> de 10-2-2000).

esta materia significa tipicidad. Autenticidad no equivale a veracidad del contenido documental. (20)

V. 1. MODALIDADES.

1º) Entendemos por *simulación ideológica total* aquella que no opera, como veíamos antes, sobre un primitivo documento genuino, al que se le da "el cambiazo" y se le sustituye materialmente por otro diferente, suponiendo la existencia de dos documentos: el original y el que lo suplanta. Ahora *el sujeto activo del delito, por sí mismo o de acuerdo con algún otro, "inventa" o crea "ex novo" un documento en el cual hace aparecer como interviniente o autor del mismo a persona que no ha emitido nunca este documento, o que lo ha emitido de forma y en circunstancias de tiempo, lugar y contenido muy distintas.*

Por lo general, aunque no siempre es preciso que suceda (v.gr. se alega la representación de una persona inexistente o de una sociedad inactiva...), *se suplantará al mismo tiempo la firma del supuesto autor con imitación mas o menos perfecta de la misma, lo que implica a su vez una actividad material de alteración*, caso estudiado por la STS de 16-5-78 R.A. 1966 que incluyó la firma imaginaria en el art. 302, nº 4 del viejo CP. (21).

Contraer y fingir (apartado 1º del art. 302 del viejo CP) es lo mismo según Córdoba Roda apoyado en el Diccionario de la Lengua, pero debía referirse a persona real y a una imitación más o menos perfecta; de otro

(20) Las SSTS se refieren a toda clase de documentos, incluidos los oficiales, falsedad similitud que pueden cometer los particulares como autores. Cfr. SSTS de 12-12-91 R.A. 9492, de 29-3-93 R.A. 2573, de 22-9-93 R.A. 6825 y de 2-7-93 R.A. 5690. Según la STS de 19-12-96 R.A. 9497, en la falsedad en documento privado es irrelevante el perjuicio causado pues está equiparado a la intención de causarlo como elemento del dolo falso. Además el perjuicio puede consistir en la lesión de cualquier bien, incluidos los de índole no económica y especialmente los morales. Tales perjuicios se suponen existentes en la falsificación de la firma del médico en recetas privadas. Se le ocasiona perjuicio en el ámbito social y médico-sanitario.

(21) La STS de 27-10-97 R.A. 7522 parece enfrentarnos a este tipo de documentos simulados. De igual modo la STS de 22-11-97 R.A. 8356 condena por falsear sobre fotocopia cédulas de habitabilidad, documento oficial, cambiando nombres y fechas, y estampando un sello inauténtico. A veces la imitación en cheques o letras de cambio de la firma del titular se considera alteración del documento en alguno de sus elementos esenciales. Tal la STS de 25-6-99 R.A. 5987. Otras veces se incluye el caso en el número 3º del art. 290, 1 del CP. Creo que más bien estamos ante un documento enteramente simulado pues en el mismo aparece como autor quien no lo es en realidad.

modo no se suplanta la letra, firma o rúbrica de sujeto alguno. Es inferior el desvalor de la acción si se firma por una persona imaginaria. (22)

Como pone de relieve Córdoba Roda, la simulación del antiguo apartado 9º de art. 302 proviene del CP de 1944 (con antecedente en el CP de 1928) si bien era aplicada con anterioridad por el TS. No se introdujo *ad abundantiam* pues de este modo se podía incluir la referencia a otras personas cuya firma y rúbrica no se imita o finge y que no hace falta imitar según el TS.

El autor puede resultar falsamente identificado por sus nombres y apellidos o por su cargo o función en general; no se precisa imitación de firmas sino que basta el uso de sellos oficiales o impresos oficiales al efecto.

En contra de la doctrina del TS, opina que la persona a quien se atribuye la autoría debe ser real y que el órgano administrativo debe existir aunque sea indiferente la persona titular del órgano: existe un menor desvalor en la acción y no puede ser voluntad del legislador castigar toda inmutatio veritatis. Basta la aptitud para engañar al sujeto medio sin ser burda, como ocurriría con una sentencia sin mínimos requisitos.

La simulación debe ser de todo el documento y no de un aspecto particular de un documento real, si bien Córdoba admite la simulación parcial por lo que respecta al acepto en una letra de cambio en cuanto documento complejo: si el documento se presenta como producto de más de un sujeto basta la inducción a error sobre la identidad de uno de los firmantes (op. cit. pg. 844 y ss).

La jurisprudencia no es rectilínea a *propósito de las firmas relativas a personas imaginarias* (Córdoba, op. cit. pg. 812-4) (23):

(22) La STS de 7-10-97 R.A. 7076 condena por simular en parte un documento: se imita la firma del obligado cambiario de acuerdo con éste, en la letra y en el reconocimiento de deuda para luego negarla en juicio ejecutivo alegando falta de autenticidad. Hubo falsificación de firma.

(23) Para la STS de 6-12-85 R.A. 6003, no hace falta imitar las firmas bastando su suplantación. Creo que el límite de lo penal, al respecto de firmas imaginarias o referida a personas imaginarias, como incluibles en la simulación del documento, puede residir en que la falsedad nunca debe ser burda ni inocua y debe afectar a extremos relevantes. Es importante la STS de 27-9-97 R.A. 6698. En la STS de 7-11-97 R.A. 7985 que confirma condena por estafa en base a descuento de letras giradas contra librados imaginarios con falsos domicilios etc...ni siquiera se plantea desde el punto de vista jurídico que el caso no sea constitutivo de un delito de falsedad.

La STS de 28-5-90 R.A. 4460 entendió que no se incluía en el nº 1 del art. 302 el poner una firma arbitraria, sin imitar, de otra persona, llegando a absolver por no estar el reo acusado de haber incurrido en distinta tipicidad. La STS de 17-5-93 R.A. 4155 condena a quien, autorizado verbalmente, firma por otro la letra de cambio en el acepto, pues con relación a terceros siempre cabe excepcionar la falsedad de la firma; el tomador puede ver obstaculizada su posición jurídica al menos de momento. Pero no entra en el nº 1 del art. 302 el poner una firma arbitraria sin imitar de otra persona.

-*Intercalar una escritura en un protocolo, registro o libro oficial (art. 302, 8º del viejo CP) supondrá la actividad simulatoria que acabamos de describir, propia del art. 390, nº 2 del nuevo CP*, si es que el otorgamiento de la escritura intercalada nunca tuvo lugar, es falsa y en realidad inexistente. De otro modo significará la alteración del orden de escrituras previsto legalmente, lo cual es dudosamente constitutivo de delito si no median otros aditamentos como alteraciones de fechas o folios de los tomos. (24)

-También *la fotocomposición o fotocopia puede configurar un documento simulado a fin de aparentar el original que nunca existió o existió de otra forma*; la interpolación de un determinado texto en un documento ajeno, que por lo general se verificará por la técnica de la fotocomposición o añadido de copia, será lo pueda hacer que el documento sea en parte simulado, aparte de resultar alterado.

En todos estos casos estamos ante un tipo de falsedad en gran medida ideológica que desemboca en una falsedad prácticamente material al crearse ex novo o posteriormente un documento no genuino: se altera la función de garantía o la genuinidad del documento mismo si se atribuye a autores que nunca intervinieron en él. (25)

2º) La *simulación parcial* equivale en ocasiones con la alteración, si existe adición de datos en su origen inexistentes y en todo caso indebidos. También puede considerarse simulación parcial la falsa fechación de cualquier documento, sobre todo mercantil o privado a cargo de los particulares con fines simulatorios pues el fedatario que fecha indebidamente el documento que se otorga en su presencia falta sin duda a la verdad en la narración de los hechos.

La STS de 17-6-92 R.A. 5402 en cambio, condenó por simular recetas de la Seguridad Social sin acto médico real: el acusado retiraba medicamentos de la farmacia para él o sus familiares y entregaba recetas de un cierto específico para compensar; condena correcta si se supuso la intervención del médico. Son muy numerosas las condenas por falsificar recetas médicas: cfr. SSTS de 18-5-93 R.A. 4168, de 19-12-96 R.A. 9497 etc...

(24) Nos dice Córdoba Roda cómo protocolo es la colección ordenada de escrituras matrices autorizadas durante un año formalizada en tomos encuadrados (art. 17 del Reglamento Notarial); Registro es el libro en que se asientan datos referidos a documentos. Ambos debían ser oficiales. Se debía intercalar una escritura íntegra; no se trata de la mención de una escritura en el Registro fuera del lugar que le corresponde. Por ello era inútil la referencia al Registro. La escritura intercalada podía ser falsa o veraz. Debe la falsedad ser esencial por afectar a los fines del protocolo o Registro, i. e. a su función probatoria (op. cit. pg. 841 y ss).

(25) Cfr. SSTS de 31-3-97 R.A. 2815 y de 2-2-96 R.A. 827 la cual contiene un amplio estudio de lo que es documento oficial: lo son los impresos normalizados que abren expediente administrativo. En este caso se documentó un falso pago para eludir las tasas de juego propias de las máquinas recreativas.

Pero sobre todo la *simulación es parcial si en un documento que incorpora varias declaraciones de voluntad autónomas y que implica por tanto la intervención de varios autores, como sucede o puede suceder en relación a letras de cambio o titulos valores, existe una atribución de autoría a persona que no ha intervenido*. Lo normal será que se imite, mejor o peor, o que se imagine la firma v.gr. del avalista, del aceptante de la letra o del emitente del cheque o pagaré, extremo esencial del documento que por demás resulta también alterado ex art. 390, 1, 1º.

La firma es lo que permite por lo general identificar al autor. Aunque el deudor sea tal, su firma no puede ser falsificada pues se le atribuye su presencia o intervención en el acto falsamente (STS de 22-12-95). Tampoco cabe fingir la firma de persona inexistente (STS de 14-2-79) al ser delictiva la afirmación o atribución de que persona ficticia ha intervenido en un acto.

Aunque exista una actividad material evidente por parte del autor de la falsedad, destaca más en este tipo de falsedad la actividad ideológica al alterar las condiciones de la autoría o atribuibilidad. No creo que estos casos deban incluirse en el número 3º del art. 390, más propio de una falsedad que no hace cambiar sin embargo las condiciones de la autoría, resultado que prevé específicamente el art. 390, 2º.

3º) Sin perjuicio de la posible superposición con los supuestos ya analizados, a nuestro juicio de aplicación preferente, creemos que comete *falsedad ideológica por disposición de la ley, el simple particular que suponga en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuya a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho* (art. 390, 1. 3º del CP en relación con el art. 392 y 395), cuando se trate de actos relevantes y esté constreñido por un deber dimanante de cierta función de trascendencia quasi pública. (26)

(26) Para Córdoba Roda, suponer en un acto la intervención de terceros es conducta positiva y no equivale a la misma omitir la intervención habida. Ha de suponerse la intervención de una persona física (de la jurídica es dudoso si bien el TS lo ha referido a falsos apoderados caso de la STS de 26-4-72), siendo la jurisprudencia no uniforme en cuanto a la suposición de personas imaginarias. En un acto complejo como la letra de cambio se ha de apreciar, si se atribuye intervención a uno de entre varios (pg. 818 y ss).

En el siguiente inciso, se parte de que una persona ha intervenido en un acto, que ha realizado declaraciones y que se recogen otras distintas de las hechas oralmente o por escrito, sean o no veraces tales declaraciones, si bien la veracidad comportaría menor gravedad en la conducta de quien recoge estas declaraciones. No es equivalente el silenciar las declaraciones en todo o parte; la discordancia debe ser esencial (op. cit.pg. 823 y ss).

A virtud de este precepto, se podrá penar a secretarios de juntas de comunidades, de asambleas de sociedades o cooperativas, de consejos de administración etc... cuando hagan constar este tipo de elementos falsos y sobre todo cuando certifiquen de los mismos; quizá también a testigos de testamentos verbales (arts. 700-703, 720 y 731 del C.c.), que reduzcan a escrito o formalicen mendazmente las disposiciones de un testador inexistente o que mandara otra cosa, sin perjuicio del posterior falso testimonio que presten al adverar el documento o testamento.

Recoge Bacigalupo (op. cit. pg. 78), la opinión de Gómez Benito, para el cual la suposición de un interviniénte en un acto jurídico se acomoda al art. 390, 1, 3º, siempre y cuando el administrador o representante de una persona jurídica tuviera "la obligación legal de certificar los acuerdos de una junta o asamblea". Para Bacigalupo la tesis es admisible, previa la investigación de que exista una obligación legal para el particular de decir verdad al respecto; si el deber dimana de obligaciones estatutarias, el caso queda abierto.

En mi opinión, no caben distinciones al respecto y el particular que haya de certificar o adverar con trascendencia jurídica (cfr. art. 21, 2 de la Ley de Propiedad Horizontal o los diversos documentos necesarios para inscribir acuerdos en el Registro Mercantil) queda cominado por un deber de veracidad dimanante directamente del propio precepto penal que comentamos. En ello coincide Román Puerta Luis (op. cit. pg. 490).
(27)

Creo que este precepto en su primera parte no debe referirse a casos de simulación documental ya incluidos en el art. 390, 2º, por atribuirse falsamente la autoría del documento a un tercero, pese a que la STS de 14-2-79 R.A. 645 entendió que era falsoedad ideológica suponer en un acto la intervención no sólo de personas ciertas sino también de personas imaginarias o ficticias.

En lo que atañe a la segunda parte del precepto, difícilmente un particular puede recoger "con fehaciencia" o virtud probatoria -pues de ello se trata- manifestaciones de terceros diferentes de las realizadas por ellos. No se está en el supuesto de la STS de 6-3-90 R.A. 2402 que condena al Alcalde y Secretario por sacar a subasta bienes de propios afirmando falsamente que estaba autorizada la venta por la Comunidad Autónoma.

(27) Sin duda ha conservado el legislador este tipo de falsoedad por la trascendencia que revisten estos actos de cara a las ulteriores inscripciones registrales o al ejercicio de acciones inmediatamente derivadas. Cfr. SSTS de 19-12-95 R.A. 9380 y de 6-10-99 R.A. 8343. Algunas SSTS propugnan un concepto demasiado restrictivo de documento mercantil como la de 20-5-96 R.A. 3838. Creo que es el trastorno en el tráfico masivo de bienes o servicios lo único que debe importar. La STS de 8-5-97 R.A. 4501, muy documentada, sin desconocer el criterio restrictivo existente en varias sentencias, se inclina por un criterio intermedio más bien amplio. Lo mismo se diga de la STS de 28-10-97 o la de 10-3-99 R.A. 2095.

V. 2. EXAMEN DE LA MÁS RECENTE DOCTRINA DEL TS.

Este tipo de falsedad simulatoria que analizamos, de carácter más ideológico que material, puede ser hoy cometida por particulares tanto en documentos públicos como oficiales y sobre todo en documentos mercantiles y privados.

La importante sentencia de 13-6-97 R.A. 4895 aborda el tema de las facturas falsas creadas para financiar empresas necesitadas de liquidez con urgencia. Se hacía aparecer a sociedades inactivas como proveedoras de bienes (vendedoras) que emitían la factura correspondiente; los industriales, supuestos usuarios de los bienes cedidos, conectaban con sociedades de leasing que, a la vista de las facturas, abonaban su importe a las empresas proveedoras mediante un cheque ingresado en la cuenta corriente de la sociedad inoperante; descontada la comisión de los confabulados, el resto se entregaba al industrial. Ninguna referencia he visto en los hechos probados al perjuicio sufrido por las sociedades de leasing ni al modo de haber accedido estos hechos al proceso penal.

Tras decirse en la sentencia que constituye falsedad toda alteración o mutación de la verdad prevista como delictiva en el CP, no habiendo pasado la definición de falsedad propia del Proyecto de 1992 al nuevo CP, se ha de distinguir entre la simulación y otros supuestos de falsedad documental entre los que se incluyen los llamados de falsedad ideológica.

A continuación recoge esta sentencia el concepto de documento mercantil con un cierto sentido de amplitud y atribuye esta condición a las facturas. Acaba afirmando que tales facturas suponen sin duda el "faltar a la verdad en la narración de los hechos". Pero la jurisprudencia más reciente se ha mostrado restrictiva en cuanto a que esta modalidad pueda ser cometida por los particulares. Ni la función probatoria ni las demás quedan afectadas cuando el particular falta a la verdad haciendo una declaración mendaz sobre los hechos...

Sin embargo nada de lo dicho -concluye la STS de 13-6-97- empece que un particular pueda cometer otra modalidad falsaria, en este caso la *simulación del documento* citando en apoyo diversa jurisprudencia anterior. En el caso resuelto, las facturas falsas suponen una ficción total que induce a la sociedad de leasing a contratar.

La STS de 28-10-97 (caso Filesa) a la vista de facturas totalmente inventadas en cuanto a su contenido, afirma que la simulación existe cuando la factura es totalmente incierta sin que responda a ninguna operación mercantil efectuada: existe un soporte material falso y no meramente inte-

lectual. Se apoya esta sentencia en la autoridad de la precedente de 13-6-97, antes reseñada y en las citadas en su texto de 18-9 y 26-11-93 y 14-4-92.

La STS de 2-7-97 R.A. 5980 estudia, conforme a la legalidad del viejo CP, el caso de una sociedad que crea facturas falsas por más de 116 millones, en base a trabajos por contrata no realizados o a simples duplicados, y que luego las "descuenta" de la sociedad de factoring con la que estaba ligada contractualmente. Esta última se ve imposibilitada de cobrarlas como es lógico. El TS confirma la condena por falsedad sin que ningún motivo plantea su posible destipificación, e insiste en la estafa producida. A mi juicio, en esta actividad sólo media estafa si no se simula el documento sino que sólo se miente en su contenido; a menos, claro está de que constase alguna firma supuesta o imitada, atribuida a las empresas a favor de las cuáles se desarrolló la contrata, a modo de aceptación. Ocurre que el tráfico mercantil masivo está basado en la recíproca confianza y en la supuesta veracidad de los documentos. *A posteriori* pues en el proceso penal se habrá de juzgar su aptitud para el engaño y su inclusión en la falsedad.

-Al hilo de estas sentencias, me parece que si una factura, albarán, nota de pedido o nota de entrega se emite realmente por quien aparece designado en el documento, firme o no el documento emitido, no existe falsedad "documental" por simulación. Habrá falsedad ideológica "simplemente documentada" cuando, en faltando a la verdad en la narración de un hecho pasado, la relación de mercancías (existencia, calidad, carácter, cantidad), servicios o precios expresadas en el documento sean inveraces, o cuando tales declaraciones (vgr. nota de pedido, "contestada" con la posterior factura aceptada) presupongan un contrato precedente de venta de mercancía o prestación de servicios que nunca se ha producido.

Esta falsedad de contenido puede integrar el delito de simulación de contrato del art. 251, 3º del CP, ser vehículo de una estafa, de un alzamiento de bienes, de una quiebra dolosa, de un delito electoral etc... pero nada más. (28)

(28) La STS de 25-11-97 R.A. 8321 nuevamente acoge la teoría sobre el documento totalmente simulado como integrante de delito de falsedad.

Me temo que el TS, forzado muchas veces por la calificación de la instancia o de las partes acusadoras, no ha podido aplicar en las sentencias comentada otras figuras delictivas, por heterogéneas. Tampoco ha querido absolver a los condenados, culpables al menos de simulación de contrato. Esta simulación es clara en relación a las sociedades de leasing, claramente perjudicadas si no pueden recuperar su dinero ni menos aún las mercancías inexistentes.

Una cosa es, para Córdoba Roda, el delito de simulación de contrato y otra la simulación de un documento pues lo primera no implica desviación en la atribuibilidad si bien el TS no lo ha entendido así en SSTS de 20-3-57, 30-5-58 y 11-4-57 (op. cit. pg. 844 y ss).

-También cuando el duplicado de una factura "de falso contenido" sea devuelto por el comprador firmado (viejo C. de Com. de 1829), y en su caso pagado, ambas partes simulan de común acuerdo un contrato precedente que nunca existió (art. 251, 3º del CP si procede). Lo mismo se diga si el comprador se queda con una factura de contenido inveraz, en que se hace constar el recibí del pago por parte del vendedor: se simula el contenido del contrato y su existencia; no se falsea el documento pues éste fielmente recoge la apariencia y la simulación queridas por las partes. En igual situación se encuentra un albarán aceptado y contrastado con la factura; o una nota de pedido coincidente con la factura emitida.

Si en la factura sólo se produce la intervención unilateral del supuesto vendedor o prestador de servicios, identificado sin duda alguna, y éste refleja datos falsos en su contenido, se está refiriendo a la ejecución de un contrato que nunca existió o que existió en diferentes términos del acordado; pero la prueba que proporciona tal factura en cuanto a su contenido, es prácticamente nula. Este documento perpetua la declaración de quien lo emite, al mismo tiempo que acredita y justifica que quien lo emitió es la persona en él indicada. Pero sólo hace prueba "contra su autor" a modo de una confesión extrajudicial y nada prueba contra nadie. En relación al tercero que confía en la buena fe de quien presenta o esgrime tal documento, puede haber existido estafa intentada, o consumada si se efectúa algún pago o disposición (estafa intentada en su caso), pero no falsedad tipificada (cfr. sobre el significado de la factura Garrigues. *Curso de D. Mercantil*. T. II. Madrid 1974 pg. 27 y ss).

-El comisionista o agente que simula haber facturado a terceros o que "infla" lo facturado por él a terceros en nombre o por cuenta de la empresa para cobrar más comisiones u obtener ingresos indebidos, estafa o intenta estafar a su empresario o principal, pero no comete falsedad ideológica documental a menos que simule la intervención ajena en la aceptación o en el pago: tales facturas nada prueban en realidad si hubiera de presentar una demanda o formular una pretensión de cobro frente a su principal; si la factura de falso contenido estuviese firmada realmente por el tercero, el mismo sería en su caso cooperador simplemente de la estafa.

Lo mismo se diga del administrador de una persona o comunidad, del empleado de Banco etc... que por el citado mecanismo puramente

ideológico se apropie de dinero: el testimonio que representa la factura, aun firmada realmente por el tercero, no hace en puridad prueba en juicio de la realidad de lo acontecido, por más que se confíe en la bondad de estos documentos dentro del tráfico en base a la buena fe. Existirá autoencubrimiento impune a virtud de la mera falsedad ideológica existente. (29)

Se simula en verdad el documento (art. 390, 1, 2º) cuando el mismo se crea y se emite unilateralmente por una persona, o bilateralmente de acuerdo con otra, pero su texto viene atribuido a otras u otras personas diferentes con las que no se está de acuerdo en actuar y a las que se pretende suplantar en su intervención, haciendo que las mismas aparezcan supuestamente como otorgantes o intervenientes en el documento unilateral o bilateral en cuestión, lo cual conllevará por lo general la imitación de las firmas correspondientes en el soporte original, o la impresión de una firma imaginaria. Es dudoso que imprima simulación al documento la interposición de un falsus procurator que simule una situación de poder o representación inexistente pues puede que el caso se limite a constituir un delito de estafa común en su caso.

Si sólo se pretende simular una apariencia inveraz, en todo o parte, sin distorsionar la autoría y genuidad del documento, mediará delito de contrato simulado, estafa propia u otro delito específico pero no habrá falsedad documental.

-Estas ideas he podido verlas confirmadas por la importante STS de 26-2-98, caso "Argentia Trust". El Director General de Banesto ordenó el pago de una factura por una importante cantidad de dinero, la cual no correspondía a ninguna causa o servicio atendible, siendo auténtica la firma del emitente, apoderado de Argentia Trust, o debiendo partirse de este dato a virtud de la presunción de inocencia al haber sido reconocida por su autor.

(29) Según STS de 21-6-89 R.A. 5194, la factura es documento mercantil si lo es la compraventa de la que dimana y se dirige a probar el contrato, a perfeccionarlo o ejecutarlo. En este caso no media siquiera falsedad en documento privado pues las facturas se alteraron para ocultar una apropiación indebida en relación a la comunidad de propietarios. La STS de 7-2-94 R.A. 712 condena por falsedad en documento mercantil como medio de estafa a quien altera las facturas de las mercancías haciendo aparecer cantidades distintas de las correspondientes que pagaba el organismo público. Sólo debió condenarse, según creo, por estafa o apropiación salvo que las facturas se manipulasen materialmente a posteriori o se manipulase la autoría. Lo mismo se diga en relación a la STS de 11-10-95 R.A. 7226 que consideró autor de falsedad a quien alteró documentos contables internos para ocultar y disimular la apropiación indebida de fondos recibidos de los clientes.

Para esta sentencia, la factura emitida no fue simulada sino auténtica y la mentira sobre los trabajos o servicios prestados no la convierte en simulada.

De modo parecido a la anterior, la STS de 30-1-98 R.a. 3757 absuelve de "falsedad en la narración de los hechos y de simulación de documento" al particular que se dedicó a realizar contratos de trabajo inexistentes para que se concediera a los extranjeros (estafados sin duda) el permiso de trabajo. Lleva razón al decir que documento auténtico es aquel "en que lo declarado pertenece realmente a quien lo suscribe asumiendo la declaración" y que la simulación del documento debe afectar a su función de garantía, atribuyendo a otro una declaración que no ha realizado o alterando un documento auténtico de manera que lo declarado por quien suscribe no sea lo que en realidad declaró. En los documentos de autos no se ha inducido a engaño sobre su autenticidad.

La STS de 28-1-99 R.A. 488, muy bien elaborada, considera falsos los documentos mercantiles girados por una agencia de seguros (recibos de primas de seguros), cuyo descuento sirvió de base a la estafa cometida en relación a la Entidad crediticia, delito concurrente con el anterior en concurso ideal, ambos en continuación delictiva. En el caso contemplado nos encontramos ante documentos que simulan ser recibos emitidos por entidades aseguradoras con las que los acusados no tenían relación alguna, por lo que los recibos resultan inauténticos en el doble sentido del término: ni responden a relaciones jurídicas existentes ni son genuinos pues su autor aparente no coincide con su autor real. Por tanto se subsumen en el art. 390, 1, 2º del nuevo CP.

La STS de 25-6-99 R.A. 5985, ante unas facturas en que se atribuyen manifestaciones jurídicamente relevantes a quien no las realizó y que fueron presentadas a una sociedad de leasing, se hace eco de las dos direcciones doctrinales existentes en la praxis del TS. A mi juicio, la misma exposición de la doctrina laxa del TS denota su escasa viabilidad. No puede afirmarse que no han existido determinadas declaraciones de voluntad cuando el propio documento las ha recogido en su texto. Sólo ocurre que las mismas son simuladas y se producen con fines de engaño hacia terceros; son inversas y no están conformes con la voluntad real (interna) de las partes ni con su propósito de negarles cualquier valor entre ellas. En estos casos se simula el contrato o negocio jurídico en su totalidad si se quiere;

no el documento, el cual refleja fielmente las declaraciones de voluntad (aparentes e inveraces eso sí) de las partes.

En el trabajo citado de Molina Pérez, se recoge la opinión de Cándido Pumpido Tourón, para el cual si documento auténtico significa coincidencia entre autor aparente y autor real, no cabe la simulación del art. 390, 1, 2º en relación a facturas o contratos mercantiles falsos, aún cuando "el documento en su totalidad constituya una falacia"; tampoco sería aplicable a ningún otro supuesto de "fabricación" deliberada de documentos que no respondan a realidad alguna...

Pero lo cierto, sigue opinando este Magistrado, es que esta concepción de "autenticidad" no es la única plausible y que cabe sostener que no es auténtico el documento "incierto en su totalidad", salvo en su firma, y deliberadamente inventado para acreditar una realidad jurídica totalmente inexistente. Habría una simulación del contrato....

A lo anterior, creo, se replica fácilmente que la simulación de contrato es un delito especial y está castigada como estafa impropia en el art. 251, 3 del CP. No veo preciso restringir a este caso extremo la consideración de documento inauténtico (asimilando inauténtico a inveraz), ni ello se compadece con la significación de auténtico como equivalente a fehaciente, al modo de nuestra antigua LEC o LECR cuando autorizaban el recurso de casación, pues de igual modo debe tratarse una inveracidad parcial. Menos aún se compadece esta doctrina con la existencia del delito especial de simulación de contrato.

Por tanto considero erróneo el acuerdo de la Sala 2ª en Pleno del TS de 26-2-99. Según este acuerdo, 1º) si se trata de facturas o documentos creados íntegramente por la misma persona que figura como autor y su finalidad consiste en crear la ilusión de una relación jurídica inexistente para hacer valer su contenido en el tráfico, nos encontramos ante un contrato simulado y por tanto punible al estar incardinado en el supuesto del número 2 del art. 390, 1. Creemos que este punto del acuerdo ya está rebatido.

2º) Si la falta de verdad -sigue el acuerdo- sólo afecta a lo declarado en el mismo por persona no obligada a decir verdad respecto de los hechos que constata el documento (particulares) nos encontramos ante un supuesto claro de falsedad ideológica no punible...Se trata de un documento con un soporte intelectual falso que alcanza a una parte del documento aunque no a la propia existencia del mismo.

Pues bien, con este modo de razonar y de partir equivocadamente de lo que significa autenticidad del documento, se está en contra de la propia tipicidad penal: el CP de 1995 ha introducido la simulación parcial del documento como conducta típica en pleno de igualdad con la simulación total. La simulación parcial, si se la entiende como equivalente a inveracidad parcial, queda impune en los términos del acuerdo del Pleno; en cambio se castiga como falsedad (y no como estafa impropia según quiere el propio CP), la simulación o inveracidad total del documento cuya autoría *ex hypothesi* no se discute.

Aparte de ello, ¿cómo distinguir siempre entre inautenticidad total y parcial, una relevante penalmente y otra no?. Pueden existir datos parciales en el documento que por su esencialidad o relevancia, lo hagan totalmente inveraz...

VI. ALTERACIÓN PREDOMINANTEMENTE IDEOLÓGICA A CARGO DE PARTICULARES

Esta falsedad puede ser cometida por particulares tanto en documentos públicos u oficiales como en documentos privados y sobre todo privado-mercantiles.

1º) La importante STS de 5-12-96 R.A. 8840 estudia "la alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial". *Esta alteración -se nos dice- no siempre ha de ser de carácter material sino que puede tener carácter ideológico* por lo que a continuación se expresa. El elemento es esencial si quedan afectadas las funciones asignadas al documento: fijación de expresiones del pensamiento, función probatoria y función de garantizar que la persona identificada en el documento es la misma que realiza las manifestaciones que se le atribuyen.

Pues bien, *supone alteración de un requisito esencial hacerse pasar por otro en documentos oficiales, conseguidos con otro nombre diferente del propio (DNI, permiso de conducir etc..) o en escrituras notariales*, pese a haber desaparecido para los particulares la falsedad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Dado que el autor del documento lo atribuye a persona diferente, parece que estaríamos ante un documento simulado. Sin embargo media un distinto matiz en el "uso de nombre supuesto" por parte del otorgante: el documento no se crea *ex novo* o no se inventa como si se hubiera producido ab origine por otra persona, sino que con fines de eludir controles de capaci-

dad o de habilitación legal o de impedir el descubrimiento de la estafa proyectada o de la apropiación realizada, se oculta la propia identidad y se suplanta por la de otra persona diferente: *miente sobre la propia identidad quien realmente interviene en el documento y altera desde el punto de vista ideológico el primer requisito que "debe" tener todo documento en el sentido de identificar a su verdadero autor. Queda afectada la genuinidad del documento o su autenticidad.*

2º) Es muy posible que implique esta misma "alteración de un dato esencial" *la desfiguración de la propia firma para luego después negarla o ponerla en duda*, sin que pueda probarse fácilmente el origen exacto del documento, quedándonos sin saber pues a quién debe atribuirse, con lo cual queda afectada la función de garantía o seguridad que el documento debe proporcionar sobre la autoría y procedencia. (30)

3º) También creo que deben incluirse en el número 1º del apartado 1 del art. 390 del CP otro tipo de falsedades ideológicas, por quedar afectados elementos esenciales del documento. Pero estos elementos esenciales están ya conectados con la función "mediatamente legitimadora del documento".

VII. FALSEDADES ESTRICAMENTE IDEOLÓGICAS IRRELEVANTES EN PRINCIPIO, COMO TALES, PARA LOS PARTICULARES. EXISTENCIA DE DELITOS ESPECIALES NO FALSARIOS AL RESPECTO.

1º) La falsedad estrictamente ideológica ("faltar a la verdad en la narración de los hechos") en que se dota al documento, que suponemos auténtico:

(30) La desfiguración de la propia firma, letra o rúbrica con lo cual se desliga el sujeto activo de la autoría del documento, no es delito para Córdoba Roda siendo más grave atribuirla a tercero determinado (op. cit. pg. 816). El tema es dudoso a mi juicio y dependerá de cada caso.

La STS de 10-5-90 R.A. 3898 entiende, como lo hiciera la de 12-2-86 R.A. 594, que es delito la autofalsificación o deformación de la propia firma con trastornos en el tráfico jurídico. La STS de 14-2-91 R.A. 1063 condena por falsedad al Abogado no habilitado que firma por otro desfigurando además su propia firma en un escrito integrante de desacato. La importante STS de 22-9-97 R.A. 7709 alude al criterio de la doctrina más reciente partidaria de la atípicidad y considera expresamente falsedad en documento mercantil (letra de cambio) la autofalsificación de la propia firma pues produce un gran trastorno al tráfico jurídico y al valor probatorio del documento. Sigue pues un criterio tradicional con cita de la anterior jurisprudencia. En esta sentencia se formula por el Magistrado Bacigalupo un interesante voto particular que sigue los dictados de la más moderna doctrina, si bien sus razones no nos parecen del todo convincentes.

co, de un contenido falso por atestación mendaz (Quintano) no es típica como tal falsedad en cuanto sea atribuible a personas particulares, sea cualquiera la naturaleza del documento, público, oficial mercantil o privado, pues no afecta a la función probatoria del documento frente a terceros como veíamos (cfr. arts. 390, 392 y 395 del CP). Según Córdoba Roda (op. cit. pg. 824 y ss), para "faltar a la verdad" se ha de tener en cuenta "el modelo de referencia de la narración", asignado por las normas jurídicas según clase de documentos. El Notario al redactar una escritura sólo tiene el deber jurídico de dar fe del conocimiento e identidad de los otorgantes y de la concordancia de lo escrito con lo declarado por las partes (arts. 187 y 176 del RN).

Los particulares no pueden cometer "en principio" falsedad ideológica típica en los documentos públicos o privados, conectadas con la pura narración de los hechos, idea que ya resalta la STS de 19-9-59. Como dice la interesante STS de 30-9-97 R.A. 6842, "no existe un deber genérico de veracidad exigible a los particulares bajo la amenaza de sanción penal".

2º Sin embargo, la falsedad ideológica puede *constituir otro delito diferente y especial por estar vinculada a la protección de un bien jurídico determinado o ser mero instrumento de la conducta reflejada en otros tipos delictivos. Opera aquí el CP con carácter fragmentario.*

La mentira del particular, recogida en un documento aceptado por el tráfico (falsedad documentada), muchas veces configura, sin necesidad de dar lugar a un litigio o situación controvertida, el verdadero engaño causal típico de la estafa o de cualquier otro delito de defraudación, incluidos los delitos de publicidad ilícita del art. 282, contra la Hacienda pública y la Seguridad social (art. 305 y ss) o contra los trabajadores (311, 1º y 2º, 312, 2, 315).

Se quebranta la buena fe exigida y presupuesta en el comercio o en el tráfico jurídico plasmando documentalmente contratos que el estafador nunca tuvo intención de cumplir (art. 248 o 250, 3º y 4º); o contratos supuestos en todo o parte de sus términos que constituyen alzamiento de bienes (art. 257) o estafa impropia (art. 251), que encubren una apropiación indebida (art. 252) o un delito societario del art. 295 del CP.

Se falsea la contabilidad para encubrir verdaderos alzamientos de bienes que pueden incluso haber originado la quiebra o concurso (art. 260), lograr la declaración de estados concursales (art. 261), disimular el perjuicio causado a sociedad, socios o terceros (art. 290) o defraudar a Hacienda,

o a la Seguridad Social (Título XIV, especialmente art. 310). También se pueden adoptar acuerdos societarios con mayoría ficticia por diversos procedimientos entre ellos los falsarios (art. 292)...

Ha sido muy frecuente, antes de entrar en vigor el nuevo CP, perseguir como falsarias, conductas integradoras en especial de estafa impropia; sin duda el TS se ha visto muchas veces obligado a confirmar calificaciones que quizás hubieran encuadrado mejor en este tipo de estafa o en otro delito preferente o especial. En todos estos casos se debió quizás acusar y condenar al particular, no por falsedad ideológica en concurso medial o real, pues nunca se debió entender tipificada, sino por el delito especialmente previsto en el CP, sea de estafa u otro más específico. Particular interés tiene a este respecto la estafa impropia del art. 251 en sus diversas modalidades. (31)

En el nº 3º del art. 251 las partes aparentan un contrato en realidad simulado, si bien ello no constituya falsedad documental desde el momento en que las partes quieren y plasman contractualmente la simulación: existe engaño (no siempre ilícito) para los terceros pero no falsedad documental; todo lo más falsedad documentada en su caso. El documento constituye precisamente la prueba de la simulación si ésta se demuestra por otros indicios. La simulación suele ser el mejor vehículo del delito de alzamiento de bienes (32).

Existen, como dice Rodríguez Ramos, falsedades en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual o industrial y contra los consumidores y el mercado (arts. 270, 274 a 276 y 282); también median falsedades en

(31) Cfr. SSTS de 11-4-91 R.A. 2607, de 18-3-91 R.A. 2311, de 6-5-93 R.A. 3852 o de 2-4-93 R.A. 3076. Todas ellas remiten a las figuras especiales de estafa impropia como preferentes descartando el delito de falsedad.

(32) Absuelve de falsedad ideológica y condena tan sólo por alzamiento a quienes reconocieron una deuda en escritura para burlar a los acreedores la STS de 21-6-91 R.A. 5034. No han faltado algunas desviaciones, como la STS de 25-5-83 R.A. 2777, 4-2-87 R.A. 1190, la de 28-2-91 R.A. 1567 o la de 15-11-91 R.A. 8303, más o menos justificadas (cfr. mi obra "El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles". Colex. Madrid 1997, pg. 128). Tienen interés las SSTS de 28-9-92 R.A. 7468 y de 4-6-93 R.A. 4808.

Creo que no se debió condenar por falsedad en STS de 15-3-93 R.A. 2418 pues hubo contrato simulado sin más. También creo errónea la STS de 2-9-92 R.A. 7080. La STS de 24-6-88 R.A. 5346 entendió que no había delito de falsedad ideológica por haber las partes puesto al documento privado (carente de fecha cierta según el art. 1227 del C.c.), a ellas destinado una determinada fecha no real. La fecha no es elemento esencial del documento y no hacía prueba contra el querellante. Menos aún puede existir uso de documento falso. Creo que en estos supuestos se habrá de acudir en su caso a la figura del contrato simulado si existe perjuicio de tercero. Supone pues un paso atrás la STS de 3-4-92 R.A. 2749.

declaraciones relativas a actividades contaminantes del medio ambiente (art. 326, c). La LO del Régimen Electoral General contiene falsedades de muy diverso tipo, incluidas las ideológicas, comisibles por los particulares a título directo o mediante participación en los arts. 140, 141 y 149.

Hoy la falsedad estrictamente ideológica del particular contenida en un documento público, oficial o mercantil si está despenalizada, no puede concurrir como es obvio con la estafa como tantas veces se vino apreciando con anterioridad.

En materia de actos de familia han absuelto en casos de matrimonios de pura complacencia las SSTS de 17-11-95 R.A. 8035 y de 9-7-97 R.A. 5489. Creo que un matrimonio simulado y fraudulento, aunque provoque la inscripción registral pertinente y afecte a terceros desde entonces ex art. 61 del C.c. no es lo mismo que un contrato o negocio simulado con fines de perjuicio de terceros. Tal matrimonio existe para el derecho y produce todos los efectos del matrimonio putativo (art. 79 C.c.) en tanto no sea anulado por falta de consentimiento matrimonial y fraude de ley, estando en todo caso protegidos los terceros que se relacionen con los cónyuges.

3º) Además *la falsedad ideológica en algunas contadas ocasiones puede suponer de modo típico "alterar un documento en alguno de sus requisitos o extremos esenciales"* (art. 390, 1º). No es lo mismo mentir en un documento que después ha de ser valorado, en cuanto a su fuerza probatoria se refiere, por un órgano administrativo o judicial dentro de un proceso o procedimiento con cierta posibilidad de ser contradicho o al menos interpretado y calificado, que mentir en un documento el cual produce inmediatamente un efecto jurídico o define los términos de una relación o situación jurídica. En contados casos, no conectados con la estafa u otro delito similar, *la alteración de la verdad que supone la falsedad ideológica se ha de entender, excepcionalmente desde luego, incluida en el nº 1º del art. 390 del C.c., haciendo posible que cometiera este tipo de falsedad el simple particular. Es lo que vamos a ver a continuación.*

VIII. FALSEDADES IDEOLÓGICAS A CARGO DE PARTICULARES EXCEPCIONALMENTE ENCUADRABLES EN LA ALTERACIÓN DE DOCUMENTOS. SU FUNCIÓN LEGITIMADORA

Frente a los supuestos anteriores que podrían multiplicarse, vamos a analizar otros algo diferentes. Se ha de tener en cuenta que el art. 26 del CP no

sólo refiere la cualidad de documento a todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones "con eficacia probatoria" sino "con cualquier otro tipo de relevancia jurídica". La STS de 18-11-98 señala que el estudio de la problemática que plantean las falsedades documentales debe efectuarse desde el análisis de nuestra propia legalidad, sin apriorismos doctrinales ni concepciones elaboradas a partir de otros ordenamientos, partiendo del concepto legal de documento (que incluye no sólo los que tengan eficacia probatoria sino también los que tienen cualquier otra relevancia jurídica), del bien jurídico protegido (que tutela la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba) y del principio de lesividad (que aconseja distinguir, a efectos punitivos y sin dogmatismos previos, entre aquellas falsedades documentales que son idóneas para ocasionar un perjuicio a los terceros y las que no lo son).

Por nuestra parte hemos de señalar que el Derecho alemán sanciona expresamente la conducta del que hace inscribir en un Registro público una constancia falsa (parágrafo 71 StGB) y el nuevo CP francés (art. 441, 6) prevé el hacerse extender indebidamente por la Administración un documento con constancias falsas. Ello nos demuestra la necesidad de una amplia protección en relación a los Registros públicos o administrativos, pues los encargados de los Registros pueden y deben controlar los aspectos jurídicos de los documentos que califican. Pero los datos fácticos en que tales documentos se apoyan, cuando sean absolutamente relevantes y trascendentales, están necesitados de que el legislador imponga a los particulares que los introducen un deber especial de veracidad penalmente sancionado.

Nosotros creemos que esta protección podría deducirse del estado actual de nuestra legislación si bien reconocemos que incumbe al legislador despejar cualquier duda al respecto. Para la STS de 26-5-98 R.A. 1995 se había de distinguir la falsedad que comete el funcionario de la mentira del particular no obligado a decir verdad so pena de falsedad. Pero se incluía por excepción a los particulares en el tipo delictivo "cuando las manifestaciones de voluntad tenían por sí misma eficacia probatoria y a la vez eran creadoras de situaciones o estados de derecho porque la falsedad, apartándose de la verdad, afectaba a elementos esenciales de lo documentado".

1º) Existen declaraciones de ciencia de los particulares que tienen o pueden tener acceso inmediato a los Registros públicos y que configuran directamente situaciones jurídicas: quien miente ante el Notario diciendo

que es soltero, viudo o divorciado o que está casado con separación de bienes y además consigue inscribir la finca adquirida a su nombre, trastorna el régimen de los ulteriores actos dispositivos si el bien es común (art. 1322 del C.c.); también lo hace cuando el bien es privativo y oculta que se trata del domicilio habitual pues elude el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial supletoria; incluso el el tercero de buena fé queda blindado (art. 1320 del C.c.). Causa un evidente perjuicio a su consorte forzado a un difícil pleito. (33)

La STS de 12-7-91 R.A. 5889 condena por falsedad a quien vendió en escritura varios bienes diciendo eran privativos, siendo en verdad gananciales, para eludir el consentimiento de la esposa. La STS de 27-1-93 R.A. 195 a quien afirmó era viuda, estando casada, pues lo hace con el fin de que el bien adquirido se considere privativo y así eludir las limitaciones existentes para la venta de bienes gananciales. Existe una gran trascendencia al respecto.

En estos casos el particular no se limita a aportar un documento a un juicio o procedimiento para que, frente a la parte contraria que se supone emisor, autor único o contraparte co-autora, sea valorado por un Juez imparcial, el cual dispone de gran libertad para apreciar las contrapruebas aportadas, aunque haya de sujetarse en importantes aspectos a la valoración tasada o legal que nos proporciona el C.c. No cabe examinar el valor probatorio a posteriori en el proceso penal para dilucidar si está afectada esta función del documento. (34)

(33) Se ha tener en cuenta la interesante Res. de 16-11-94 R.A. 9171, para la cual, pese a lo dispuesto en el art. 187 del RN, no es necesario para poder inscribir (en este caso una compra), acreditar mediante certificación del Registro civil la condición de separado judicialmente del mismo modo que no suele exigirse la prueba documental de que se es mayor de edad, nacional español, viudo, capaz etc., bastando la simple manifestación al respecto. En parejo sentido la de 5-7-95 R.A. 5572: sólo es preciso declarar el régimen económico matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del cónyuge. El art. 51, 9º del RH redactado por RD de 13-11-92 en su apartado a) exige tan solo expresar en la inscripción el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge, de estar casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, así como el régimen económico matrimonial.

(34) Por otra parte, acudir a la estafa común en estos supuestos en que ciertamente pueden quedar defraudados los derechos del cónyuge (cfr. arts 1390-1391 y 1392, 3º del C.c.), bien en el régimen matrimonial primario, bien en el sistema de comunidad, es muy problemático pues en muchos casos operará la excusa absolutoria del art. 268 del CP. Acudir a la estafa impropia del art. 251, 1º del CP supondría establecer que carece, nada menos que a efectos penales, de poder de disposición el cónyuge que realiza un acto a título oneroso o gratuito sin el consentimiento de su consorte, siendo así que el C.c., con independencia de que "exista" un problema de poder o facultad de disposición, "trata" estos supuestos como de nulidad o mera anulabilidad, susceptible de convalidación o confirmación, no de ratificación. Es más, el art. 1320 del C.c. para la vivienda habitual no exige que el tercero adquirente de buena fe haya tenido siquiera que confiar en el Registro de la Propiedad ni tenga que ser tercero hipotecario.

-Tampoco media estafa común en relación a la obligación de decir la verdad en materia arrendaticia: cuando el art. 25, 5 o 31 de la LAU de 1994 o el art. 91 de la LAR remite a la pena de la falsedad por el hecho de mentir en la escritura acerca del arrendamiento existente sobre la finca, no parece que haya estafa común o genérica pues no se origina acto alguno de disposición. Hoy es dudoso que se pueda entender el arrendamiento como "gravamen oculto" a efectos del art. 251, 2º del CP: la prórroga forzosa ha desaparecido.

Lo que ocurre es que manifestar en la escritura de enajenación que la finca no está arrendada no siendo cierto supone: -obtener la inmediata inscripción de la adquisición en el Registro; -distorsionar todo el régimen del derecho de retracto arrendaticio -y determinar en el caso del art. 29 el lanzamiento del arrendatario si el arrendamiento no está inscrito y el comprador que inscribe actúa de buena fe por ignorar la situación arrendaticia. (35)

La STS de 4-10-74 condenó por no hacerse constar en la escritura un derecho de arrendamiento: se califica la falsedad de ideológica en comisión por omisión. En este caso más bien creo que se miente de modo activo aunque sea por la vía de ocultación de datos pues es difícil posicionar la condición de garante. Es tan notable el trastorno del tráfico jurídico que quizá por ello se haya de seguir considerando el arrendamiento como gravamen indebidamente ocultado en su caso para no dejar esta conducta impune. El perjuicio para el arrendatario o incluso para el adquirente puede ser notable; sobre todo para este último si el arrendamiento concertado es muy bajo y no se corresponde con el valor del mercado o con los fines perseguidos por el adquirente. *Si el arrendamiento no se considera gravamen, sin duda se ha de aplicar la pena de la falsedad ideológica encuadrándola en el art. 390, 1, 1º: se altera un elemento esencial del documento, que afecta a su función mediataamente legitimadora.*

-La STS de 15-3-93 R.A. 2418 condena por falsedad y estafa a comprador y vendedor, quienes consiguieron una inscripción registral indebida al

(35) La Res. de 5-11-93 R.A. 9113 insiste en que es necesaria la declaración sobre el estado arrendaticio de la finca para inscribir el testimonio del auto de aprobación del remate, dictado en el procedimiento del art. 131 de la LH. Desde un punto de vista sustantivo, la transmisión judicial forzosa es una venta pública. Desde un punto de vista formal, no es suficiente la genérica manifestación en la escritura de constitución de la hipoteca de que la finca está libre de cargas. Es necesaria una declaración expresa y específica del disponente sobre el estado arrendaticio de la finca para la inscripción del título, como se desprende del art. 55 de la LAU.

amparo del art. 205 de la LH, en perjuicio de una comunidad hereditaria. Al menos en este caso se puede acudir a la figura del contrato simulado. La STS de 18-1-94 R.A. 6482/97 tras referirse a problemas de posible autoría mediata, que descarta en relación a la prevaricación, condena además al particular por la realización de una serie de falsedades en documento públicos y privados consistentes en alterar dolosamente la situación de las fincas en relación a las posibles determinaciones del Plan de Urbanismo que luego han de acceder a los expedientes administrativos o al Registro de la Propiedad. Existió perjuicio de terceros y ánimo de apropiarse de terrenos ajenos: dado el estado de la anterior legislación penal es muy breve el razonamiento empleado para confirmar la condena (cfr. Ftos 9º, 13º y 14º del primer recurso).

2º) Lo mismo sucede en el ámbito del Registro civil confiado a la buena fe y la veracidad del declarante y del facultativo obligado a dar parte escrito, al ser la comprobación del Encargado supletoria (cfr. art. 23, 27 y 28 de la LRC con carácter general; 44 y 85 para nacimientos y defunciones) y estar destinada a dilucidar o complementar aspectos que casi nunca cubren la totalidad de los datos que proporciona la declaración, v.gr. la identidad de los terceros afectados, a saber del nacido o del difunto concretamente.

En el caso del Registro civil, habrá que considerar que cuando un tercero, facultado u obligado a declarar los hechos registrables, miente sobre los datos esenciales de identidad de las personas a las que se supone implicadas en el hecho relativo al estado civil de que se trate, es "como si" diera por supuesta la intervención de personas en un acto, intervención que no ha existido (390, 3º), aunque ello puede aparecer forzado en ocasiones.

-Cuando el autor de la declaración tergiverse datos relativos a su propia identidad o a sus características esenciales y ello se hace en relación al título destinado a ingresar en un Registro público, sin duda *altera un elemento esencial del documento en cuanto se pueda dudar de la atribuibilidad del mismo documento a quien fue el autor real de la declaración*. Se producen fraudes en el Registro a propósito de los expedientes de inscripción de nacimiento fuera de plazo a fin de obtener una doble identidad; el promotor del expediente se hace pasar por distinta persona y consigue una doble o triple identidad para eludir la persecución penal o la eficacia de antecedentes penales etc...

Fuera de algún supuesto de usurpación de estado civil "de otra" persona concreta y determinada, viva o fallecida, *cuando los datos que propor-*

ciona la declaración sean imaginarios, el título que inicia el expediente está afecto de falsedad ideológica y puede decirse simulado pues induce a error sobre la atribuibilidad, aparte de la falsedad ideológica total que afecta al título.

-Pero si quien declara sobre el estado civil, sin ocultar esencialmente su identidad, se limita a tergiversar datos relativos a su situación o a la de terceros implicados en los hechos acaecidos en torno al estado civil, o datos esenciales relativos a estos hechos, este "faltar a la verdad en la narración de los hechos", es una conducta muy semejante al falso testimonio "en causa judicial civil". Estamos ante actos de jurisdicción voluntaria (cfr art. 16 RRC) encomendados a los Jueces y atinentes a cualidades esenciales de las personas; pero existe la dificultad de que al declarante no se le trata como testigo y por tanto no se le exige juramento o promesa de decir verdad al tiempo de recoger su manifestación (en teoría oral, en la práctica impresa) en la partida de nacimiento o de defunción.

Estas conductas no deben quedar sin sanción, fuera de los casos en que podamos estar ante un delito de ocultación de la filiación o relativo al estado civil especialmente tipificado, como el de suposición de parto (cfr. art. 220 del CP). Cuando la persona, sin dejar de estar identificada, se inscribe en el Registro con datos falsos sobre fecha y lugar de nacimiento o con falsa filiación en que pueden intervenir reconocimientos irreales, testigos falsos o dudosos, muestra de documentos falsos etc... existe falsedad ideológica evidente. Se crea un falso título de legitimación registral.

A veces la madre que promueve la inscripción fuera de plazo asegura que es distinta de la que figura en el parte de alumbramiento pues entonces usó del DNI o de la cartilla de la abuela, tía o amiga etc...(Res. de la DGRN de 9-5-95). En este caso media falsedad ideológica en el parte médico del nacimiento. El parte médico es documento oficial incontrovertible y sin que se declare falso en el proceso penal (lo que integra cuestión prejudicial penal) se ha de impedir la inscripción materna.

Se debe considerar que *en estos casos el declarante altera datos esenciales en un documento público u oficial incidiendo en el art. 390 1º del CP*. Mediante la falsa declaración se afecta a la eficacia probatoria "inmediata y fortísima" de que disponen las actas del Registro civil (art. 2 y 3 LRC).

El TS, en una época en que el problema de la filiación estaba mal resuelto en nuestro derecho, unas veces absolvió por falta de dolo (24-5-32) a

quienes inscribieron al hijo como "legítimo" sin alterar su procedencia biológica, y otras veces condenó (STS de 2-1-91), sin discutir la tipicidad. Es más, por falta de culpabilidad, la STS de 15-4-44 absolvio a quienes alteraron la procedencia materna; la de 16-2-62 condenó a la madre que atribuyó el parto a una hermana casada haciendo pasar al hijo como legítimo de ésta. La STS de 6-6-80 R.A. 2512 condena por falsedad en documento oficial (por destino) a la partera que por dinero dio un parte facultativo falso y atribuyó el nacimiento a la tía de la mujer que dio a luz, haciendo todos pasar al niño por hijo matrimonial en el Registro civil.

La STS de 30-3-92 condena al varón que reconoció a un hijo no matrimonial con aquiescencia de la madre a sabiendas ambos de la inexactitud del reconocimiento. El hijo había sido reconocido ya en el extranjero por otro varón pero se le inscribió de nuevo en España con filiación paterna desconocida.

¿Cómo conceptuar este caso en la nueva legalidad?. Es un problema. La STS de 24-6-92 R.A. 5877 estima delito contra el estado civil, ocultar al hijo dado a luz para inscribirlo como de padres desconocidos y darlo a otra mujer que lo adopta. La STS de 19-10-92 R.A. 8343 condenó por falsear expedientes de inscripción de nacimiento fuera de plazo al objeto de cambiar de identidad todo ello con carácter continuado. No se trata de documento privados, luego incorporados, pues son la base del expediente. La de 8-3-93 R.A. 1989 pena por falsedad en documento oficial a los abuelos, los cuáles declararon que era hijo suyo quien era en realidad el nieto. Condena a la ATS por imprudencia, al no asesorarse y dar el parte de nacimiento incorrecto. El contenido del documento está destinado a ser incorporado al Libro oficial de nacimientos en el Registro.

En las declaraciones de ciencia que acceden inmediatamente a las actas del Registro, se ha de tener en cuenta que el documento creado, sea a través del impreso de la OM de 1958, sea a través del acta que permite el art. 44 del RRC en las grandes ciudades, sea mediante la firma directa en la partida o Libro (art. 36 LRC), constituye mediáticamente un título de legitimación que afecta a lo más esencial de la persona: a su estado civil o posición en la organización familiar o política. Si algo que es esencial queda sin sanción penal, el sistema se revela totalmente insatisfactorio. La base de la confianza puesta en los títulos notariales y de las inscripciones derivadas, parte de

que los autores del documento se identifican por el DNI. El DNI se otorga en base a una certificación registral expedida *ad hoc*.

Los asientos del Registro civil no sólo son la base de una publicidad meramente formal sino que están dotados de una especial publicidad material basada en el principio de legalidad y calificación registral: los asientos de inscripción dan fe de los hechos que publica y de ciertos datos esenciales mientras que el asiento subsiste y no sea impugnado con éxito, de modo incontrovertible, a diferencia de las anotaciones, o de las declaraciones con valor de simple presunción; también pueden tener un efecto de oponibilidad hacia terceros a partir de la inscripción como sucede con la emancipación, matrimonio, divorcio, indicación del régimen de bienes etc...

3º) También creemos que seguiría siendo falsedad delictiva por sí misma el mentir para, con finalidades non sanctas, provocar un empadronamiento en Municipio que no corresponde o provocar un doble empadronamiento. La STS de 25-1-93 R.A. 173 condenó a quien de modo falso, con tal de poder importar un vehículo obtuvo un indebido empadronamiento. También lo hizo la STS de 27-4-93 R.A. 3224. Como vemos nuevamente, la inscripción en un Registro público en base a datos inveraces fue determinante de falsedad: creo que la declaración de ciencia que encierra el empadronamiento implica alterar un elemento esencial del documento: el padrón municipal constituye la base del censo electoral y acaba legitimando para el ejercicio de derechos tan importantes como los relacionados con las elecciones (art. 23 CE y 32-35 de la LOREG 5/85).

La STC 148/99 de ha destacado que, fuera del delito que pueden cometer los funcionarios (delito especial que admite por supuesto la participación de extraños, especialmente tipificada sin embargo en el art. 141, 2 de la LOREG) consistente en "realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación o escrutinio" (art. 140, 1 d) de la LOREG), existe una laguna legal en la LOREG "al no establecer cauces legales idóneos para que los actores políticos puedan impugnar con eficacia durante el período electoral las posibles irregularidades del Censo, que puedan ser determinantes de los resultados electorales; lo que posibilita de hecho, en la medida en que no existe remedio adecuado, que eventuales maniobras fraudulentas lleguen a alcanzar su torpe designio, al margen de la hipotética reacción penal". Tal laguna no permite distorsionar los límites legales de los procedimientos

impugnatorios (recursos contencioso-electorales), tal y como han quedado diseñados por el propio legislador. Una cosa es la impugnación de vicios afectantes a la Administración del Censo y otra el régimen de recursos contencioso-electorales dirigidos a controlar los actos de la Administración electoral durante las elecciones... Situación ciertamente lamentable. (39)

En definitiva, todo Registro responde a la necesidad de garantizar la seguridad en el tráfico jurídico mediante la publicación frente a todos de los actos, derechos o situaciones que en el mismo se reflejan. Esta publicidad, sean las inscripciones declarativas o constitutivas, es no sólo formal (objetivo mínimo de todo Registro) sino material por los efectos que añade al tráfico jurídico, efectos que pueden concebirse con una mayor o menor intensidad y que pueden ser diversos.

En los tres Registros, civil, mercantil y de la Propiedad, dada la cualificación de los respectivos encargados de su llevanza y las exigencias de titulación (principio de legalidad y calificación), media un principio o presunción de exactitud o legitimación, dotada de mayor o menor intensidad, a favor de los contenidos que se asientan o registran y a favor en su caso de los titulares de los derechos que en los mismos se inscriben.

Baste esta breve referencia para situar en su contexto la importancia que puede tener cualquier manifestación de ciencia, inveraz, relativa a un elemento esencial de algún documento que tenga acceso inmediato a los Registros públicos. En cuanto estas manifestaciones o declaraciones inveraces no estén comprendidas en algún delito específico del CP, es absolutamente necesario incardinárlas en el tipo genérico de la falsedad documental, pues de otro modo quedan sin protección aspectos importantísimos del tráfico jurídico. Que esto, por la torpeza del legislador, sea más difícil tras la supresión de la falsedad ideológica comisible por los particulares, no es excusa para que no realicemos un intento serio y razonado de incardinación en alguno de los tipos de falsedad recogidos por el vigente CP.

(39) La Ley de 10-1-96 (R.A. 92/96) que reformó la Ley de Bases de régimen local de 2-4-85, a fin de suprimir la distinción entre residentes (vecinos o domiciliados) y transeuntes y la necesidad de renovar el Padrón municipal cada cinco años, estableció que en lo sucesivo, toda persona que vive en España está obligada a inscribirse en el Padrón del Municipio "en que resida habitualmente"; y quien vive en varios municipios "deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año". El conjunto de las personas inscritas en el padrón son los vecinos del Municipio, condición que se adquiere al inscribirse en el Padrón (art. 15). El Padrón es el Registro administrativo donde constan los vecinos del Municipio y sus datos constituyen prueba de la residencia en el Municipio y del domicilio habitual en el mismo (art. 16, 1).

En estos casos la falsedad ideológica del particular ciertamente no afecta a la función probatoria del documento: esta función queda afectada cuando la verdad de lo percibido la altera el propio Notario o funcionario público. Pero la falsedad ideológica que derive de la declaración de ciencia invierte *afecta a la función mediataamente legitimadora de situaciones o relaciones jurídicas de que está legalmente investido el título o documento que accede al Registro*. Así sucede con las declaraciones de ciencia que junto con la comprobación o parte médico integran el título de las declaraciones de nacimiento o defunción. En estos casos, la falsedad ideológica que afecta a esta función del documento deben entrar en la categoría de alteraciones esenciales del documento. *Se altera el documento en un elemento esencial porque queda afectada esta "otra y distinta" función del documento, aunque se trate de una falsedad simplemente ideológica.*

No puede limitarse la alteración prevista en el art. 390 1º del CP a la falsificación puramente material introducida en un documento genuino; tampoco a la alteración ideológica que afecte a la función garantizadora de la autenticidad del documento lo que sucede cuando una persona se hace pasar por otra al redactar o intervenir en el documento. *Hay datos esenciales que tienen repercusión inmediata en una relación o situación jurídica y que trastornan el tráfico jurídico con enorme perjuicio para terceros.* Si la ley ha confiado en la veracidad de los datos históricos proporcionados, sin establecer una comprobación efectiva del transfondo real existente y sin que exista en perspectiva una defraudación patrimonial evidente, la ley ha de sancionar estas conductas contrarias a la buena fe, presupuesta y exigida a la hora de crear el título correspondiente.

Si el Registro civil está influido por el principio de legitimación y la declaración de ciencia integra un título que, una vez inscrito, produce efectos probatorios quasi absolutos, erga omnes, de modo además monopolístico, a favor del titular inscrito mientras no se cancele la inscripción, las falsedades ideológicas correspondientes acaban atacando un bien jurídico importantísimo cual la seguridad, fijeza y estabilidad del estado civil.

Lo mismo se diga en relación a extremos del Registro de la Propiedad que, referidos a situaciones de hecho de las fincas, situaciones falsamente expuestas, tiendan a producir una doble inmatriculación; o a datos sobre el estado civil que influyen en el tráfico de los bienes: no estamos ante la simple incorporación al Registro de declaraciones negociales de voluntad (contenido dispositivo documental).

Se ha de tener en cuenta pues, que determinadas afirmaciones inveraces, sólo sujetas a una eventual comprobación que no puede abarcar todos los datos, entran directamente en el tráfico jurídico configurando situaciones al sumo relevantes al ingresar o poder ingresar en los Registros públicos. *El documento que contiene estas afirmaciones tiene pues un valor o fuerza, más que probatoria, mediáticamente legitimadora. El documento desempeña una función mediáticamente legitimadora. Esta función se ve alterada en sus elementos esenciales por las afirmaciones inveraces y por tanto se ha de extender a los mismos la protección del art. 390, 1º del CP cuando la realicen los particulares ex art. 392.*

EXTRANJERÍA Y CAUSAS DE DETENCIÓN.

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO.

Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla.

SUMARIO. I. RELEVANCIA PRÁCTICA DEL ESTUDIO LAS CAUSAS DE DETENCIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. IMPERATIVOS CONSTITUCIONALES SOBRE APARICIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE DETENCIONES GUBERNATIVAS DE EXTRANJEROS, Y DE OTRAS GARANTÍAS. IV. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO INCURSO EN PROCESAMIENTO DE EXPULSIÓN EN EL DECRETO 522/1974. V. REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO. VI. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL: CONSIDERACIONES GENERALES. VII. EXÁMEN DE LAS CAUSAS DE EXPULSIÓN QUE PUEDEN JUSTIFICAR LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO. VII 1. *Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del estado o realizar cualquier tipo de actividades que pueda perjudicar las relaciones de España con otros países* Art. 50 a) Lodeeis. VII 2. *Participar en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana.* Art. 50 b). Lodeeis. VII 3. *Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español.* VII. 4 *La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales.* Art. 49.g) Lodeeis. VIII. CAUSAS DE RETORNO O DEVOLUCIÓN QUE PUEDEN JUSTIFICAR LA DETENCIÓN DE UN EXTRAJERO. 3.4. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

I. RELEVANCIA PRACTICA DEL ESTUDIO LAS CAUSAS DE DETENCIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

El correcto conocimiento de las causas de detención en la materia que conocemos como extranjería tiene para la práctica judicial una importancia doble: en primer lugar, porque a los efectos de resolver las solicitudes de *hábeas corpus* formuladas ante los Juzgado de Instrucción por extranjeros privados de libertad por infracciones en esta materia deberá efectuarse un examen inicial de la concurrencia de los presupuestos materiales de las causas de detención; y en segundo lugar, porque el conocimiento de los presupuestos materiales justificativos de la detención constituye un primer elemento inexcusable a valorar –pero no el único, aunque su falta de concurrencia hará innecesario el análisis de la concurrencia de esos otros factores- en la mayoría de los casos en los que se requiere el pronunciamiento judicial sobre procedencia o no de la figura del *internamiento*.

En lo concerniente al *hábeas corpus* esta conclusión se anticipa desde la la STC 12/1994, de 17 de enero, en la que se señala que "*por esta razón, corresponde al Juez del habeas corpus examinar en cualquier caso el fumus boni iuris que justifica la adopción de toda medida de privación de libertad, la cual, si es dispuesta por la Administración, ha de revestir siempre naturaleza cautelar... El mandato contenido en el art. 17.1 CE, según el cual debe el Juez comprobar si el privado de libertad se encuentra en los casos previstos en la Ley [o en los supuestos legales a los que se refiere el art. 1 a) de la LOHC] conlleva, en este tipo de detenciones, la obligación de revisar, aunque de manera provi-*

sional, el presupuesto material que justifica la medida cautelar de privación de libertad, revocándola o convirtiéndola en menos interina a través de alguna de las soluciones previstas en el art. 8 LOHC, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que el particular reaccione posteriormente contra el acto administrativo denegatorio del asilo o la orden de expulsión a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo en el que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo podrá revisar con plenitud de jurisdicción la adecuación del acto al ordenamiento con adopción, en su caso, de las medidas cautelares que estime pertinentes. Dicho en otros términos, en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del habeas corpus dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo Contencioso ostentan la última y definitiva palabra".

Y respecto al internamiento judicial, la propia STC 115/1987, de 7 de julio, proclamó que "...lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de 72 horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes entre otros aspectos a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del artículo 17.2 CE, sino, al mismo tiempo, también del artículo 25.3 al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad. Tampoco entraría el precepto en colisión con el artículo 24.2 CE, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento.

El presente estudio tiene por objeto exclusivamente el análisis de los presupuestos materiales justificativos de la detención gubernativa en el marco de la normativa de extranjería, en la medida que su conocimien-

to constituye un instrumento imprescindible en el desenvolvimiento forense del procedimiento de *hábeas corpus* y de la figura del internamiento judicial, en el marco específico de la normativa de extranjería, aplazando para otra ocasión el examen específico de estos dos cauces de control jurisdiccional del derecho fundamental a la libertad de los extranjeros.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El control judicial de legalidad de las situaciones de privación de libertad de los extranjeros acordadas por la Autoridad Gubernativa -concebidas como medidas cautelares tendentes a asegurar la ejecución de las expulsiones y otras figuras de repatriación- constituye una conquista reciente en el derecho español. La detención y eventual ingreso en un Centro Penitenciario de los extranjeros incursos en un procedimiento administrativo de expulsión ha venido siendo acordada en nuestro derecho histórico en virtud de una orden o mandato de la autoridad gubernativa, ajena a cualquier control judicial inmediato¹, pese a lo cual, no obstante, la regulación del ingreso acordado por dichas autoridades gubernativas, curiosamente, no siempre obtuvo su correlativo reconocimiento expreso en la normativa penitenciaria de la época².

Siguiendo esta constante histórica, al tiempo de aprobarse la Constitución Española –en lo sucesivo CE- se encontraba en vigor el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador del régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español, que contemplaba en su artículo 29

¹ Así resulta del examen de la normativa contenida en los artículos 13 a 15 del Real Decreto sobre condición de los extranjeros en España, aprobado por RD de 17 de noviembre de 1852; artículos 24 y 26 de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933; artículo 41 del Decreto de 4 de octubre de 1935, regulador del régimen de extranjeros y frontera, y de la Ley 45/1959, de 30 de julio, sobre Orden Público.

² El Reglamento de Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, vigente hasta 1981, en sus artículos 6 y siguientes; no contemplaba la competencia de la Autoridad Gubernativa para ordenar este tipo de ingresos. Sí se previó, pero de manera indirecta, en los Reglamentos de los Servicios de Prisiones aprobados por Real Decreto de 14 de noviembre de 1930, y por Decreto de 5 de marzo de 1948, cuyos artículos 108.5º y 173.5º respectivamente consideraban Autoridades competentes para librar órdenes de ingreso a "los Gobernadores Civiles para el ingreso de los arrestados por su Autoridad conforme al Estatuto Provincial, y demás leyes especiales...", así como al "Director General de Seguridad".

las causas de expulsión, y que conceptuaba la decisión de expulsión como una atribución del Director General de Seguridad, delegable en los Gobernadores Civiles; dicho Decreto, en su artículo 30 preveía la posibilidad de la detención e ingreso en prisión de los extranjeros incursos en un procedimiento de expulsión.

El repaso de la normativa histórica española preconstitucional en materia de expulsiones de extranjeros y de las medidas cautelares privativas de libertad, nos permitiría, en definitiva, formular las siguientes conclusiones: primera, la posibilidad de acordar medidas privativas de libertad de extranjeros en el marco de los procedimientos de expulsión aparecía expresamente contemplada en la normativa preconstitucional, pero dicha normativa tenía usualmente un rango escasamente reglamentario; segunda, no se reconocía la posibilidad de asistencia letrada preceptiva de los ciudadanos extranjeros detenidos como presuntamente incursos en causas de expulsión; tercera, tampoco se preveía la posibilidad de formular una reclamación de hábeas corpus frente a la situación de detención, impugnando la ilegalidad de dicha situación; cuarta, se confería atribuciones a la Dirección General de Seguridad, y por su delegación a los Gobernadores Civiles, para acordar el ingreso en Centros Penitenciarios de extranjeros detenidos a su disposición; quinta, no se preveía la intervención judicial para legalizar la continuidad de la privación de libertad del ciudadano extranjero detenido más allá de las 72 horas siguientes a su detención, reconociéndose derivadamente la posibilidad de la prorrogação de la situación de detención cautelar *sine die* del ciudadano extranjero detenido e ingresado en prisión.

³ Delegación de la que se hizo uso limitado durante el periodo de vigencia del Decreto 522/1974, conforme a las normas generales establecidas a partir de RD 1617/1978, de 2 de junio, sobre delegación de facultades de la Dirección General de Seguridad en los Gobernadores Civiles, en materia de entrada, permanencia y salida de los extranjeros; así, por Resolución de la Dirección General de Seguridad –en lo sucesivo RDGS- de 24 de enero de 1984, se delegan dichas facultades de expulsión en el Gobernador de Madrid; por RDGS de 22 de mayo del mismo año, en el Gobernador Civil de Valencia; por RDGS de 26 de octubre del mismo año, en el Gobernador Civil de Las Palmas; por RDGS de 10 de enero de 1985, en el Gobernador Civil de Barcelona; por sendas RDGS de 12 de abril de 1985, en los Gobernadores Civiles de Alicante, de Gerona, y revisorías en favor del de Madrid; RDGS de 23 de abril de 1985, en el Gobernador Civil de Pontevedra; RDGS de 22 de mayo de 1985, facultades revisorias a favor del Gobernador de Valencia; RDGS de 23 de mayo de 1995, a favor del Gobernador Civil de Orense. Con posterioridad a la publicación de la LODLEE, el uso de la delegación se multiplicó por sucesivas y múltiples resoluciones de la Dirección de Seguridad del Estado a favor de los gobernadores civiles de la mayoría de las provincias.

III. IMPERATIVOS CONSTITUCIONALES SOBRE APARICIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE DETENCIONES GUBERNATIVAS DE EXTRANJEROS, Y DE OTRAS GARANTÍAS.

Examinados los artículos 29 y 30 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador del régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español, resulta patente concluir que entraban en colisión frontal con uno de los preceptos constitucionales, concretamente el artículo 17, regulador del derecho a la libertad. Establece el artículo 17 CE que

- "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*
- 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*
- 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*
- 4. La ley regulará un procedimiento de "hábeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".*

A la luz de estas previsiones constitucionales, quedaban en entredicho todas y cada una de las premisas configuradoras del régimen de detenciones cautelares acordadas en el marco del procedimiento de expulsión de extranjeros, y así: primera, constitucionalmente las detenciones preventivas solo podrían practicarse en los casos previstos por una norma con rango de ley, y conforme a lo establecido en el artículo 81.1 CE -por afectar a un derecho fundamental, la libertad- quedaba sujeta al principio de reserva de ley orgánica: la definición del catálogo de casos en que pudiera proceder la detención de los extranjeros debería en el futuro estar prevista en una norma con rango de ley, y específicamente de ley orgánica; segunda, el ciudadano extranjero detenido en trámites de expulsión, una vez que se regulara por ley el procedimiento de

hábeas corpus, podría hacer uso de este derecho para ser inmediatamente puesto a disposición judicial, a fin de que por la Autoridad judicial pudiera evaluarla la eventual ilegalidad de su detención, por imperativo del art. 17.4 CE; tercera, el ciudadano extranjero detenido en el marco de los procedimientos administrativos de expulsión, tendría que contar con asistencia de abogado en las mismas diligencias policiales, por imperativo del art. 17.3 CE; cuarta, la detención gubernativa vendría cronológicamente limitada al tiempo estrictamente imprescindible, y a un máximo de 72 horas, por exigencias del art. 17.2 CE; quinta, cualquier prolongación de dicha situación de privación de libertad tenía necesariamente que venir acordada por la Autoridad judicial, conforme a exigencias del art. 17.2 CE precitado; y sexta, pese a que no lo estableciera específicamente el art. 17.4 CE, por aplicación analógica, debería regularse por ley orgánica un plazo máximo de privación judicial de libertad legalizadora de la detención gubernativa.

A efectos dialécticos, ciertamente podía inicialmente oponerse que la Constitución admitía con matices el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros. Efectivamente, el artículo 13.1 CE establece que "*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*". Sin embargo, con posterioridad, la propia jurisprudencia constitucional se encargaría de reconocer la proyección de las consecuencias dimanantes del art. 17 CE a esta materia, señalando que

"no supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades y que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal" –STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º.

La misma STC 107/1984 diferencia seguidamente –FJ 4º- tres supuestos:

"existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertene-

cen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio".

La primera categoría, esto es, la de aquellos derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos, dice la STC precitada en su FJ 3º, englobaría "aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles".

Pese a que el FJ no mencionaba explícitamente el derecho a la libertad consagrado en el art. 17 CE entre la categoría de aquellos derechos que pertenecían a las personas en cuanto tales, y no como ciudadanos, resultaba indudable su inclusión en este grupo, como posteriormente se encargarían de ratificar la STC 115/1987, de 1 de julio y otras muchas posteriores.

IV. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO INCURSO EN PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN EN EL DECRETO 522/1974.

Como ya hemos visto, el mandato de que una norma con rango de ley orgánica debía regular los supuestos que justificaban la detención preventiva de los extranjeros en el marco de los procedimientos de expulsión no se garantizaba al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución Española, pues la norma reguladora –Decreto 522/1974- no tenía ni era tan siquiera ley ordinaria, sino que tenía rango escasamente reglamentario; dicha norma conservaría su vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, de 7 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España –en lo sucesivo LODLEE.

El rango reglamentario del Decreto 522/1974 no fue óbice para su vigencia y aplicación hasta la fecha de la entrada en vigor de la LODLEE, ya que para los supuestos de inconstitucionalidad formal sobrevenida el TC había consagrado el principio de la irretroactividad de dicha exigencia, conservando su vigencia las normas preconstitucionales, siempre que en el momento de haberse aprobado se ajustaran al sistema de fuentes establecido, sin perjuicio de considerar la eficacia de futuro del mandato de rango formal de las normas reguladoras, para hipótesis como la presente⁴.

Los casos contemplados como causas de detención eran los que seguidamente se exponen:

1º.- "Cuando por su forma de vida, actividades que desarrollean, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan, u otras causas análogas, así resulte procedente". Art. 29.1 Decreto 522/1974.

2º.- "Cuando los extranjeros se hallen implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado, o, una vez extinguida la responsabilidad criminal, cuando hayan sido condenados por delitos de la misma naturaleza". Art. 29.2 Decreto 522/1974.

3º.- "Cuando exista disposición legal o resolución judicial que así lo determine" Art. 29.3 Decreto 522/1974.

V. REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO.

Conforme al art. 26.1 LODLEE, "los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

⁴ Así, desde la tempranísima STC 15/1981, de 7 de mayo, se formuló la regla de que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada. Y por eso, la STC 177/1992, de 2 de noviembre, en su FJ 2º, señaló expresamente, recapitulando toda la doctrina dictada al respecto: "ahora bien, no puede olvidarse que, como también este Tribunal ha señalado expresamente, no es posible exigir la reserva de la Ley de manera retroactiva para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía, de acuerdo con el Derecho preconstitucional y, en concreto, por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, aun cuando las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por Leyes preconstitucionales, incompatibles con el art. 25.1 CE, deben entenderse caducadas por derogación desde la entrada en vigor de ésta (SSTC 11/1981, fundamento jurídico -STC 15/1981, FJ 7; 42/1987, FJ 4; 101/1988, FJ 4; 29/1989, FJ 2; 83/1990, FJ 3").

- a) *Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.*
- b) *No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.*
- c) *Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.*
- d) *Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.*
- e) *Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.*
- f) *Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales.*

Sin embargo, no todos los supuestos examinados, que justificaban la expulsión del extranjero infractor, podrían servir de presupuesto material para acordar la detención. Efectivamente, el artículo 26.2 LODLEE reservaba los supuestos de detención a los apartados a), c) y f) del artículo 26.1; y así, textualmente establecía que "*en los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior; se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente*".

Y así fue como la LODLEE consagró por vez primera la vigencia del principio de reserva de ley orgánica en materia de la definición del catálogo de supuestos justificativos de la detención de extranjeros en materia de expulsiones gubernativas de extranjeros.

VI. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL: CONSIDERACIONES GENERALES.

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en lo sucesivo LODLEEIS–, tiene

rango de ley orgánica. La LODLEEIS establece el catálogo de supuestos justificativos de detención en materia de extranjería conforme a una técnica de definición doblemente indirecta.

Así, en primer lugar, propiamente la LODLEEIS no establece el catálogo de supuestos que justifican la detención, sino el de los casos en que puede acordarse el internamiento por la autoridad judicial. Ciertamente puede oponerse que para acordarse judicialmente el internamiento de un extranjero, previamente este debe haber sido detenido gubernativamente, y solo entonces pasar a disposición judicial, conforme a la *naturaleza de las cosas*; pero sucede que esto no necesariamente tiene que ser así, como veremos en el caso del internamiento de extranjeros a quienes se acuerda denegar la entrada en España, respecto de los cuáles no puede afirmarse propiamente que hayan sido previamente detenidos. Así pues la técnica utilizada por la ley podría merecer críticas de vulneración del artículo 17.1 CE, que se salvan gracias a la mención tácitamente definitoria de los supuestos de internamiento como justificativos de la detención, enunciada por el artículo 58.4 LODLEEIS, cuando establece que "*la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado de su país*". Queda así salvadas las exigencias establecidas en el art. 17.1 CE.

En segundo lugar, la LODLEEIS -siguiendo en este punto la estela marcada por la LODLEE- no contempla los supuestos en que existe la posibilidad legal de acordar la detención, sino que cataloga primero los presupuestos justificativos de la expulsión, y excluye acto seguido ciertos supuestos especiales; y posteriormente procede a determinar la relación de supuestos en que se puede acordar la detención y solicitar el internamiento. Estos supuestos se concretan en el art. 58.1 –en relación con el apartado 4 precitado- que establece que

"Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en los apartados a), b) y c) del artículo 50 así como el g) del artículo 49, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado".

Pero sucede que la detención no se perfila como posibilidad exclusiva de ciertos casos de expulsión en la LODLEEIS, sino que además en el art. 54.2 LODLEEIS se establece implícitamente para dos supuestos de retorno o devolución. Dicho precepto establece que

"no será preciso expediente de expulsión para el retorno de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.*
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado".*

Aunque resulta necesaria la detención en estos casos, conforme a la ya mencionada *naturaleza de las cosas*, sin embargo el art. 54.2 LODLEEIS no prevé sin embargo dicha detención; dicha posibilidad legal se admitirá de manera explícita en el art. 56.4 LODLEEIS, conforme al cual "*la detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado de su país*".

Sin embargo, no asistiremos propiamente a supuestos de detención en los supuestos de denegación de entrada conforme al art. 24 LODLEEIS, conforme al cual

"1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que tengan prohibida la entrada en algún país con el que España tenga firmado convenio en tal sentido.

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada".

El supuesto contemplado en el art. 24.2 LODLEEIS tiene un antecedente expreso en la jurisprudencia constitucional, pues fue específicamente examinado en el ATC 55/1996, de 22 de marzo⁵, que rechazó que dichas situaciones constituyeran propiamente detenciones, ya que tras diferenciar los ámbitos de los arts. 17 y 23 CE, concluye la resolución estableciendo

que lo que la denegación de entrada entraña no es una detención, sino una negativa a la libre entrada y circulación del extranjero en España.

Esta afirmación de que los supuestos de denegación de entrada no entrañan de suyo una detención no puede sin embargo conducir a la errónea conclusión de que en determinados supuestos de extranjeros albergados en las denominadas "*zonas internacionales*" o "*zonas de rechazo*" no podamos asistir a determinadas situaciones de privación de libertad.

La doctrina constitucional ha contemplado dos supuestos hasta la fecha.

En primer lugar, se ha definido *el supuesto de las personas sorprendidas en suelo español con vulneración de una prohibición de entrada en España vigente*. La STC 174/1999, de 27 de septiembre⁶, señaló en su FJ 4º que "la ejecución forzosa de una orden de devolución (que actualiza una obligación de no entrar en territorio español adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de realizar un nuevo expedien-

⁵ En este caso, los demandantes de amparo, de nacionalidad nigeriana, se encuentran en la Sala de rechazados del aeropuerto de Barajas: su documentación es insuficiente para entrar en España, al carecer de visado, y su solicitud de asilo ha sido inadmitida a trámite por el Ministerio de Justicia e Interior. Formulan petición de hábeas corpus y su defensa califica esta situación como una detención, en contra de la tesis sustentada por el Auto impugnado, que considera que son libres para viajar hacia cualquier otro Estado, por lo que no existe detención. El criterio es confirmado por el TC, que inadmite el recurso de amparo, sosteniendo que, en el supuesto enjuiciado, aquella denegación judicial no confirmó una situación ilegal de privación de libertad. Señala el TC que "el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho a entrar en España; mientras que el art. 17 CE protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad, por el contrario, quienes no son españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España -art. 19 CE y STC 94/1993-, por lo que sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes, que incluyen la necesidad de obtener visado, salvo que la solicitud de asilo presentada por la demandante hubiera sido admitida a trámite -arts. 4.2 y 5.1 de la Ley de Asilo, Ley 5/1984, reformada por la Ley 9/1994. De la anterior afirmación no cabe, sin embargo, deducir que la llamada zona internacional del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español, ya que tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran los arts. 1, 3, 42 y 47 de la Ley sobre Navegación Aérea, de 1960, y los arts. 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, y ratificado por España en 1969. Es, pues, claro que la limitación impuesta a su libertad deambulatoria por la policía española venía dirigida exclusivamente a impedir su entrada ilegal en España, y sirve a una finalidad lícita, no carece de cobertura legal -arts. 11.3 y 33 LODLEE-. En cuanto al tiempo que dura su situación, nada indicaba en sus alegaciones que induzca a sospechar siquiera que su mantenimiento resulta imputable a la Administración de fronteras, ya porque les impida llevar a cabo las gestiones precisas para embarcarse en un vuelo internacional, ya porque no lleve a cabo con la diligencia debida las gestiones encaminadas al mismo fin: embarcarlos en un vuelo con destino fuera del territorio español. En tanto en cuanto la situación de los demandantes de amparo depende de la disponibilidad de un vuelo aéreo que les permita regresar al país de origen de su viaje, y no de una decisión o vía de hecho de los poderes públicos españoles es una situación ajena a las garantías establecidas por el art. 17 CE".

te administrativo, según establece el art. 36.2 de la LODLEE)) sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la LODLEE). Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. *En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una "orden de devolución" tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de "devolución". Pero si a la situación de compulsión personal en la "zona de rechazados" no precede de una orden actual de expulsión o devolución, entonces la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad. La libertad de salida a otros países desde la "zona de rechazados" de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera "situación fáctica" de detención preventiva con respecto al resto del territorio español".*

⁶ El supuesto es el siguiente. Liji Chun, ciudadano chino, había sido expulsado de España por Resolución gubernativa de 6 de octubre de 1997, Resolución que fue ejecutada el día 19 de octubre. La Resolución de expulsión llevaba aparejada, conforme al art. 36.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la prohibición de entrada en el territorio nacional por un período de tres años. En la mañana del día 22 de marzo de 1999 agentes del Grupo Operativo de Extranjeros núm. 1, de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de las Palmas, procedieron a la detención de don Liji Chun, por carecer de documentación que autorizara su estancia en España. Durante la detención policial, el recurrente en amparo negó a los agentes de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación cualquier tipo de información que pudiera acreditar su identidad, lo que requirió la práctica de indagaciones policiales hasta la averiguación del verdadero nombre del detenido y las condiciones de su situación en España. El mismo día 22 de marzo, una vez aclarada la identidad del detenido, se cursó la solicitud de "orden de devolución" a la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas. La detención originaria se mantuvo hasta el día 25 de marzo, en que fue trasladado a la "zona de rechazados" del aeropuerto de Las Palmas de Gran Canaria. La STC señala que sólo el día 26 de marzo (sin fecha y hora de notificación conocidas) se dicta la "orden de devolución" por la Subdelegada del Gobierno en Las Palmas. En consecuencia, desde las diez horas del día 25 de marzo hasta un momento indeterminado del día 26 (o posterior, pues no está acreditada la fecha de notificación) don Liji Chun estuvo retenido en la "sala de rechazados" del aeropuerto de Las Palmas en una situación jurídica de detención preventiva. Señala la STC que el hecho de que a don Liji Chun le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la calificación jurídica de detención. Pues aparte de esa hipotética libertad de salida, lo cierto es que don Liji Chun se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase. Aclarado que la situación no puede ser otra que la de detención preventiva, resulta ya sencillo comprobar que el día 26 de marzo se había superado con creces el plazo máximo de setenta y dos horas impuesto por el art. 17.2 CE Entre las once horas del día 25 y una hora indeterminada del día 26, por tanto, señala la STC precitada, es imputable a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Las Palmas la detención preventiva ilícita de don Liji Chun.

El segundo supuesto es el de los extranjeros albergados en las zonas internacionales, *cuando formulada solicitud de asilo, la misma se resuelve desfavorablemente*. El supuesto se ha examinado en la STC 179/2000, de 26 de junio⁷, que en su FJ 3º establece que "en el caso que ahora enjuiciamos nos encontramos también ante un supuesto en el que la privación de libertad que ha padecido el recurrente tiene como objeto garantizar la ejecución del acto administrativo por el que se le deniega la petición de asilo ya que este acto, a tenor de lo dispuesto en el art. 17.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, determina, en este caso, el rechazo del extranjero en frontera cuando, como aquí ocurre, el solicitante no reúne los requisitos exigidos para entrar en España. Esta privación de libertad tiene, por tanto, una finalidad lícita –impedir la entrada ilegal en España de un extranjero; supuesto expresamente previsto en el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos como uno de los casos en los que, en principio, se puede acordar una medida privativa de libertad– y además, como ya se ha señalado, se encuentra legalmente prevista". En este caso el TC admite que no se ha vulnerado el derecho a la libertad en cuan-

⁷ John Fallar Faryo llegó a España procedente de Senegal el día 2 de diciembre de 1999 a las 6:30 horas. El 4 de diciembre de este mismo año se entrevistó con un funcionario de la Oficina de Asilo. A las 13:15 horas presentó su petición de reconocimiento de su condición de refugiado y la concesión de asilo. Por Resolución del Ministerio del Interior de 7 de diciembre de 1999 se acordó inadmitir a trámite la solicitud para la concesión de asilo formulada por el recurrente en amparo. Esta Resolución le fue notificada a las 13:15 horas de ese día. Ese mismo día, a las 16:00 horas, solicitó el reexamen de la solicitud de asilo. El día 9 de diciembre a las 20:30 horas se le notificó la Resolución del Ministerio del Interior de ese mismo día por la que se acordaba desestimar su petición de reexamen de su solicitud de asilo. El 13 de diciembre el Abogado que fue designado de oficio al recurrente para que le asistiera en su solicitud de asilo instó ante el Juez de Instrucción el procedimiento de hábeas corpus. A través de las actuaciones aportadas se comprueba que, según consta en un informe emitido por el Inspector jefe del puesto fronterizo del aeropuerto de Barajas, el recurrente se negó a embarcar en un vuelo con destino a Dakar, que era su lugar de procedencia, el día 10 de diciembre de 1999, lo que determinó que permaneciera en la sala de inadmitidos del aeropuerto, en principio, hasta el siguiente día 13 en el que estaba previsto que embarcara a las 17:30 horas en otro vuelo con destino a la misma ciudad. Sin embargo, tampoco abandonó España en aquella ocasión, ya que ese mismo día solicitó que se iniciara un procedimiento de hábeas corpus. Este procedimiento fue resuelto el mismo día 13 por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 46 de Madrid por el que se acordó la denegación de la incoación del procedimiento de hábeas corpus solicitado. Junto a estos datos debe tenerse en cuenta también que el puesto fronterizo del aeropuerto de Barajas puso en conocimiento de la Sala que el recurrente en amparo fue devuelto a Dakar el 15 de diciembre de 1999, por lo que hasta ese momento permaneció en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas. Se subraya que el recurrente no ha alegado en ningún momento que los motivos que determinaron que su devolución no se efectuara de modo inmediato fueran imputables a la Administración.

to a la duración de la situación de privación de libertad, atendidas las circunstancias del caso –véase nota anterior-, pero sí al denegarse a límíne el recurso al *hábeas corpus*.

Con independencia de los dos casos examinados, dada la penosa situación repetidamente denunciada por los medios de comunicación correspondiente a las denominadas "zonas de rechazo" o "zonas internacionales", pese a no tratarse de situaciones de detención en sentido estricto, ante la previsión de que la situación se prolongue más allá de 72 horas la normativa vigente a previsto en los casos de denegación de entrada un tratamiento análogo al de los internamientos, cuando en el art. 56.1 LODLEEIS establece que "*los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno*".

VII. EXAMEN DE LAS CAUSAS DE EXPULSION QUE PUEDEN JUSTIFICAR LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO.

Como ya se ha señalado, la técnica definitoria utilizada por la Ley parte de diferenciar entre infracciones muy graves, graves y leves –arts. 47- definiendo seguidamente el catálogo de las infracciones muy graves en el art. 48, el de las infracciones graves en el art. 49, y el de las leves en el art. 49 del texto legal precitado. Una vez definidas las infracciones, se procede a reseñar el catálogo de sanciones, previendo un sistema de *númerus clausus* en relación con los presupuestos materiales en que se reserva la posibilidad de imposición de la sanción de expulsión. Ello tiene lugar en el art. 53.1 LODLEEIS, conforme al cual

"Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados d), e) y g) del artículo 49 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo".

Pero conviene significar que seguidamente el propio art. 53 LODLEEIS establecen dos previsiones sobre supuestos en los que, ni tan siquiera concurriendo dichas causas, podrá llegar a aplicarse la sanción de expulsión.

La primera previsión restringe la consecuencia jurídica de la expulsión de determinados extranjeros solo a los casos de reincidencia en la comisión de infracciones muy graves. Son los casos previstos en el art. 53.2 LODLEEIS, conforme al cual

"La sanción de expulsión no podrá ser impuesta excepto en los casos de reincidencia en infracciones muy graves a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.*
- b) Los que tengan reconocida la residencia permanente, salvo que estén inmersas en los apartados a), b), c) y f) del artículo 50 y g) del artículo 49.*
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.*
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral, salvo que la sanción se proponga por haber realizado alguna de las infracciones reconocidas en los apartados a), b), c) y f) del artículo 50 y g) del artículo 49."*

La segunda previsión restrictiva excluye o bien en unos casos la imposición misma de la sanción de expulsión con relación a determinados extranjeros, o en su caso del cumplimiento de la medida bajo determinadas circunstancias. Se prevé en el art. 53.3 LODLEEIS, conforme al cual

"Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre".

Obsérvese que los dos primeros supuestos -el caso de los cónyuges de los extranjeros, y el de los ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años- excluyen la posibilidad de imponer la sanción de expulsión; el tercero -mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre- podría permitir la interpretación de que no excluye la imposición de la sanción, pero si su cumplimiento inmediato, que se dilata en el tiempo, hasta tanto cese la situación del embarazo y sus riesgos derivados.

Una vez fijados los casos en que procede la imposición de la medida de expulsión, no en todos se puede acordar la detención preventiva, y solicitar el internamiento del extranjero, sino en los casos tasados por la LODLEEIS, en su art. 58.1, conforme al cual

"Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en los apartados a), b) y c) del artículo 50 así como el g) del artículo 49, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado".

Si se observa con atención el precepto, se comprobará, como señalábamos anteriormente, que no se prevén casos de detención, sino de internamiento; pero conforme a la naturaleza de las cosas procederá la detención, y así lo reconoce a continuación la propia norma en el apartado 4 del art. 58 LODLEEIS, ya examinado:

"La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado de su país."

Así pues, serán causas de detención las previstas en los apartados a), b) y c) del art. 50, y en el apartado g) del art. 49, con las limitaciones y exclusiones previstas en el art. 53.2 y 3 LODLEEIS, que procederemos a examinar:

1º. PARTICIPAR EN ACTIVIDADES CONTRARIAS A LA SEGURIDAD EXTERIOR DEL ESTADO O REALIZAR CUALQUIER TIPO DE ACTIVIDADES QUE PUEDAN PERJUDICAR LAS RELACIONES DE ESPAÑA CON OTROS PAÍSES. ART. 50.A) LODLEEIS.

Esta causa coincide parcialmente con la contemplada en el art. 26.1.c) LODLEE –“estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países”: sólo desaparece la mención al perjuicio a los intereses españoles.

Puede tener elementos de coincidencia con conductas tipificadas como delitos de traición (véase artículo 586 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre –en lo sucesivo CP), e incluso delitos contra la Comunidad Internacional, pero en este caso, se suscitará el problema del principio non bis in idem. En este aspecto, la solución viene a complicarse si partimos de la premisa previa de que el régimen sancionador en materia de extranjería es un régimen sancionador común, y no un régimen disciplinario, pero menos si consideramos que nos encontramos ante relaciones especiales de sujeción, y no ante una relación de sujeción general (lo que puede ser cuestionado, y no ha sido hasta ahora abordado según mis conocimientos ni por doctrina ni jurisprudencia. El conflicto deberá resolverse conforme al art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

⁸ El art. 130.1 LRJAPPAC, relativo a concurrencia de sanciones, establece que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

A su vez, el art. 7 RPS, epigrafiado como vinculaciones con el orden jurisdiccional penal, establece:

1.- *En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.*

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se esté desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. *Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordar su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.*

3. *En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.*

de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Comùn (en lo sucesivo LRJAPPAC), y conforme al art. 7 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por RD 1398/1993, de 8 de agosto⁸ (en lo sucesivo REPS)-, y del principio de subordinación de la actividad sancionadora a la actividad penal, consagrado en la STC 77/1983, de 3 de octubre, y desarrollado en el terreno normativo por el art. 7.3 REPS, con las sustanciales correcciones establecidas en la STC 177/1999, de 11 de octubre.

No obstante pueden darse casos no comprendidos en los tipos penales, que han sido en ocasiones analizados en su jurisprudencia por el TS⁹.

⁸ Así, la STS de 24 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso, -RA 1989/1148- analiza el siguiente caso: F., sùbito inglés, había sido condenado en Inglaterra por los Tribunales de ese país, por un delito de homicidio, en calidad de encubridor, así como que figura en los archivos policiales de ese país como sospechoso de hallarse relacionado con unos robos a mano armada allí perpetrados, en la casa central de Security Express, y en el Aeropuerto de Londres, en los que respectivamente fueron sustraídos seis millones de libras y oro por valor de otros veinticinco millones, y así mismo que tiene en Inglaterra autos pendientes en relación con delitos asociados con la supuesta obtención de pasaportes falsos. Todo ello según afirmación de un Letrado de nacionalidad inglesa, que actuó por cuenta del imputado en fase administrativa. El TS señala que esos hechos son susceptibles de ser encuadrados en el apartado c) del art. 26 LODLEE, como determinantes de la conducta que la norma describe, de realizar actividades que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, en cuanto que, como bien dice el Letrado del Estado en sus alegaciones apelatorias, las relaciones de cooperación y auxilio internacional entre las actividades Policiales españolas e inglesas se verían dificultadas si las de nuestro país facilitaran la estancia en España de personas implicadas en hechos como los reseñados. De modo que ha de entenderse correcto el uso de las potestades de expulsión sometido a enjuiciamiento.

Un segundo supuesto se contempla en el caso de la STS de 22 de junio de 1993, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta -RA 1993/4405. Se examina una resolución del Delegado del Gobierno de Las Palmas, denegando el permiso de residencia, y que se funda en concretos informes policiales y en documentos que, unidos al expediente administrativo acreditan que el solicitante del Permiso de Trabajo y Residencia lleva a cabo actividades, cual son facilitar en la oficina de la empresa en que trabaja el encuentro de ciudadanos libios que viajan a la ciudad de Las Palmas, procedentes de la península y del extranjero, pertenecientes a los servicios de información libios, que afectan globalmente a la seguridad pública de la Provincia de Las Palmas y que más ampliamente pueden afectar tanto a la seguridad interior como exterior del Estado. La Sala de primera instancia, después de haberse practicado en el juicio la prueba interesada por las partes, establece, una serie de premisas de hecho con indicación precisa de las pruebas de las que deduce tales hechos. El TS acaba concluyendo que los informes policiales son tan minuciosos y rigurosos, mediante la referencia a días, horas, personas y lugares, que despejan cualquier duda sobre su veracidad, y reseña la confusa situación laboral y profesional del apelante, evidenciándose la existencia de actividades descritas en los informes policiales después de un prolongado seguimiento de las personas que se entrevistaban con el apelante en su paso por la ciudad. El TS confirma la conclusión de que la conducta del apelante es contraria a la seguridad interior y exterior de España.

2º. PARTICIPAR EN ACTIVIDADES CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO PREVISTAS COMO MUY GRAVES EN LA LEY ORGÁNICA SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA. ART. 50.B) LODLEEIS.

Las actividades contrarias al orden público aparecían previstas en el art. 26.1.c) LODLEE, pero en la LODLEEIS se acomoda con mayor vigor al principio de taxatividad, por cuanto dichas actividades deben ser expresamente las previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana –en lo sucesivo LOPSC.

La LOPSC no define directamente cuáles un catálogo específico de faltas muy graves, sino que en el art. 23 refiere una relación de faltas graves, añadiendo en su art. 24 que determinadas infracciones graves pueden considerarse muy graves bajo determinadas circunstancias.

Efectivamente, el art. 24 LOPSC señala que "*las infracciones tipificadas en los apartados a), b), c), d), e), f), h), i), l) y n) del artículo anterior podrán ser consideradas muy graves, teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieren alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieren producido con violencia o amenaza colectivas*".

Veamos seguidamente los supuestos contemplados en los apartados del art. 23 que potencialmente pueden catalogarse como infracciones muy graves, bajo las circunstancias previstas en el art 24 LOPSC.

Conforme al art. 23 LOPSC, "*a los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:*

- a) La fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o excediéndose de los límites permitidos, cuando tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.*
- b) La omisión o insuficiencia en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o de los explosivos.*
- c) La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los arts. 8, 9, 10 y 11 LO 9/1983,*

reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

d) La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma. Supuesto contemplado en STS de 2 de febrero de 1998 –RA 1998/2060.

e) La admisión en locales o establecimientos de espectadores o usuarios en número superior al que corresponda.

f) La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente.

h) La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

i) El incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad.

l) La negativa de acceso o la obstaculización del ejercicio de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en la presente Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves.

n) La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento sin autorización o sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquellas no funcionen o lo hagan defectuosamente, o antes de que la autoridad competente haya expresado su conformidad con las mismas. (Supuesto contemplado en STC 57/1998, de 16 de marzo, y STS de 28 de enero de 1999 –RA 1999/1119).

Nuevamente se suscita aquí la problemática del non bis in idem, si bien en este caso no parece suscitar duda la existencia de una clara identidad de sujeto, objeto y fundamento del hecho infractor, determinante de la necesidad de elección entre uno u otro cauce procedural sancionador –procedimiento sancionador de la seguridad ciudadana versus procedimiento sancionador de la ley de extranjería.

Un segundo problema suscitado por este precepto vendrá a determinarse por el hecho de si los hechos constitutivos de faltas graves conforme a la LOPSC podrían tener encaje en la causa de expulsión y de detención con-

templada en el art. 49.g) de realización de actividades ilegales, lo que no puede descartarse gramaticalmente.

3º. INDUCIR, PROMOVER, FAVORECER O FACILITAR, FORMANDO PARTE DE UNA ORGANIZACIÓN CON ÁNIMO DE LUCRO, LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS EN TRÁNSITO O CON DESTINO AL TERRITORIO ESPAÑOL.

Se trata de un supuesto de expulsión y detención no contemplado en la LODLEE, que sin embargo aparentemente coincide con el contenido de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, rúbrica del nuevo Título XV bis introducido en el CP por la Disposición Final –en lo sucesivo DF- 1^a LO 4/2000, de 11 de enero; este Título se contrae a un único artículo, el 318 bis. Decimos que existe una aparente coincidencia, pero con un sorprendente elemento diferenciador: el delito del art. 318.bis CP no exige "ánimo de lucro", que sí se exige paradójicamente en la infracción administrativa, dándose la curiosa peculiaridad de que se exigen más requisitos a la infracción administrativa que a la infracción penal, lo que permite razonablemente anticipar y prever interpretaciones restrictivas de la jurisprudencia en

¹⁰ «Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Artículo 318 bis.

1. *Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*
2. *Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*
3. *Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.*
4. *En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*
5. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.»*

Disposición final tercera. Modificaciones en los artículos 5 15, 5 17 y 5 18 del Código Penal.

1. Se añade un nuevo apartado 6.^º en el artículo 515 con la siguiente redacción

«6º Las que promuevan el tráfico ilegal de personas.»

orden a la aplicación del tipo penal. Puede entenderse comprendida en esta rúbrica la conducta tipificada en el nuevo apartado 6º del artículo 515 CP¹⁰.

4º. LA PARTICIPACIÓN POR EL EXTRANJERO EN LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ILEGALES. ART. 49.G) LODLEEIS.

Se trata de una causa de expulsión, internamiento y detención coincidente parcialmente con el antiguo art. 26.1.f) LODLEE. Sobre el concepto de ilegalidad, gramaticalmente es claro que se extiende a todo aquello que sea contrario a una ley.

El problema por excelencia se suscita ante la determinación de si las conductas que quebrantan las leyes penales –infracciones penales- deben entenderse comprendidas en esta causa. Como argumentos contrarios a una respuesta afirmativa pueden objetarse determinadas razones. Así, en primer lugar, que las infracciones contra el orden público tienen la consideración de infracciones muy graves a la legislación de extranjería, por lo que difícilmente puede catalogarse como infracciones graves la comisión de delitos y/o faltas. No obstante, el que una conducta tenga un reproche mayor que otra y sin embargo reciba una calificación más benigna no puede erigirse en argumento eventualmente excluyente de su tipificación. Si existe una conducta ilegal por excelencia, sin duda lo es la conducta que infringe las leyes penales. En segundo lugar, se puede oponer el principio non bis in idem, en la medida en que un mismo hecho protagonizado por el mismo sujeto, sufre dos respuestas punitivas del Estado; argumento que decae en la medida en que el art. 133 LRJAPPAC, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha establecido que "*no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*".

Sin entrar en más cuestiones doctrinales, es lo cierto que la jurisprudencia se ha venido decantando por considerar dentro del concepto de actividades ilegales la comisión de hechos tipificados como infracción penal. Seguidamente analizaremos varios casos.

Primero. STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de marzo de 1987, -RA 1987\1531- analiza un supuesto de expulsión de extranjeros del territorio nacional, por comisión de actividades ilegales no probadas suficientemente, declarándolo improcedente. La Sección Primera de la

Audiencia Nacional había dictado sentencia en 31 de octubre de 1986, en recurso seguido al amparo de la Ley 62/78, estimando en parte el deducido por Jean Adonis D. y otros, contra resoluciones del Gobierno Civil de Gerona de 12 de agosto de 1985 por las cuáles se les expulsó del territorio nacional. *El fallo de dicha Sala declara que tales resoluciones son contrarias a derecho y en su consecuencia las anula. El FJ 2º señala textualmente que "en el caso que nos ocupa las órdenes de expulsión del territorio nacional se produjeron, según se dice en las mismas, por realizar los hoy apelados actividades ilegales en España. A esta conclusión llegó la autoridad gubernativa a la vista de la información policial obrante al folio 7 de los dos expedientes remitidos. Pero como ya puso de relieve el Tribunal a quo, y se sostiene por el Ministerio Fiscal en esta apelación, del expresado informe solo puede inferirse la existencia de meras sospechas acerca de la comisión de unos robos que fueron atribuidos a aquellos junto a otras personas con las que -se dice- forma un clan unido. Es claro que las meras sospechas acerca de la comisión de unos hechos delictivos no son suficientes para destruir la presunción de inocencia ni para fundamentar, por consiguiente, la realización de actividades ilegales. Prueba de ello es que si aquéllas hubiesen tenido alguna entidad habría sido obligado la denuncia a la autoridad judicial, quedando entonces subordinada la expulsión a la autorización del Juez en los términos que previene el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio".* Aparece así que no descarta la procedencia de la expulsión el hecho de constituir la conducta del sujeto infracción penal, sino el que dicha conducta no quedara probada, por tratarse de meras sospechas y conjeturas. Y en segundo lugar, el TS llama la atención de la posibilidad en todos casos de que el Juez de Instrucción tiene como cauce procesal idóneo para posibilitar la expulsión la expresa autorización que entonces preveía la LODLEE en su art. 21.2, actualmente contemplada en el art. 53.4 LODLEEIS.

Segundo. Un nuevo caso lo encontramos en la STS de 20 de febrero de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo -RA 1989\1128. Se analiza el caso de la expulsión del territorio nacional de un súbdito senegalés carente de medios lícitos de vida y desarrollando actividades ilegales. Con fecha 7 de mayo de 1987, el Juzgado de Instrucción num. 7 de Valencia dictó auto en el que acordaba la libertad, entre otros, del ciudadano senegalés don D. C., al que le había sido intervenida cierta cantidad de droga y respecto del que se decía que estaba comprendido en el art. 26-f) LODLEE,

por lo que se ponía a disposición del Jefe Superior de Policía, con el fin de que se incoase el correspondiente expediente de expulsión, que una vez tramitado, dio lugar al acto administrativo por el que el Delegado del Gobierno en la Comunidad Valenciana ordenaba el 14 del mismo mes y año su expulsión del territorio español por un período de tres años. En su FJ 2º la STS examina una de las objeciones: *"por lo que se refiere a esta segunda argumentación, observamos que, en efecto, el 7 de marzo de 1988 el Juzgado de Instrucción num. 10 de Valencia dictó sentencia contra don D. C., condenándolo a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor por un delito contra la salud pública, con la agravante de reincidencia. Traer a colación esta sentencia para considerar la legalidad del anterior acto administrativo de expulsión constituye una razonable invocación probatoria de que realmente la Administración estaba en lo cierto cuando entendió que el citado señor carecía de medios lícitos de vida y desarrollaba actividades ilegales, en cuanto que dicha condena viene a ratificar con posterioridad que realmente la conducta del ciudadano senegalés se movía dentro del ámbito que, según el artículo 26-f) LODLEE, posibilita la expulsión de los extranjeros de España"*. En el presente caso se legitima que el Juez de Instrucción hiciera uso del cauce previsto en el art. 21.2 LODLEE –actual 53.4 LODLEEIS-, y que la decisión gubernativa se ve corroborada por la existencia de una sentencia condenatoria sobrevenida. El TS descarta seguidamente que sobre estas consideraciones pueda prevalecer el matrimonio posterior del recurrente con una ciudadana española.

Tercero. Otro supuesto se examina en la STS de 18 de mayo de 1990 de la Sala de lo Contencioso, Sección Tercera -RA 1990\4907-, donde se contempla otra expulsión del territorio nacional de un ciudadano extranjero por ejercicio de actividades ilegales. El recurrente, de nacionalidad austriaca, nació en Madrid, donde prácticamente ha residido siempre, habiendo trabajado en la Embajada de Austria desde 1977 a 1986, siendo en la época de autos era socio fundador, accionista y vocal del Consejo, de la Sociedad denominada "De aquí a Lima, S. A". Con motivo de un control policial que se estaba realizando el día 15 de agosto de 1987 en la confluencia de las calles Narváez y O'Donnell, sobre las 18,25 horas, fue identificado el recurrente, quien llevaba una cartera de mano con 123. 500 ptas. y una sustancia en polvo de color blanco, al parecer estupefaciente, de un peso aproximado de unos cinco gramos. En dicha época, se hallaba procesado por auto

de 24 de noviembre de 1986 del Juzgado de Instrucción num. 19 de Madrid, dictado en el sumario 109/86 por presunto delito contra la salud pública, que se hallaba pendiente de recurso ante la Sección 7^a de la Audiencia Provincial. En su FJ 3º la STS señala "*no existe prueba alguna complementaria sobre la naturaleza real del llamado polvo blanco, ni de su peso exacto, lo que con arreglo a los más estrictos principios de hermenéutica probatoria impide a esta Sala tener por suficientemente acreditado el hecho básico de que tal sustancia tuviese la naturaleza indicada de estupefaciente -al parecer-, por la fuerza policial, ni mucho menos que el portador de la misma la destinase a cualquier género de tráfico, que tampoco es deducible de la circunstancia de poseer la cantidad de 123.500 ptas, una persona que tiene una actividad mercantil reconocida, y que días antes de los hechos aquí mencionados tenía en su cuenta cartilla de ahorros bancaria depositadas 300.000 ptas. En base a tal resultancia fáctica, se decretó por resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 28 de agosto de 1987 ratificada en reposición por la de 11 de noviembre de 1987 confirmadas por la Sentencia impugnada, la expulsión de España, del apelante en aplicación del art. 26.1.f) de la L. O. 7/85 de 1 de julio, donde se contempla como causa de expulsión, el carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales. Descartados en el supuesto aquí contemplado los dos primeros enunciados de ese precepto, es claro que la autoridad gubernativa estimó aplicable la causa de desarrollar actividades ilegales: pero como ya hemos apuntado, el hecho de llevar consigo la cantidad de 123.500 ptas., y unos polvos blancos de ignorada naturaleza, en cantidad aproximadas de unos cinco gramos, no constituye, a los efectos pretendidos y de acuerdo con la prueba practicada, actividad ilegal alguna que lleve aparejada la consecuencia legal de la expulsión del territorio nacional en base al apartado f) del art. 26.1 de la L. O. de 1 de julio de 1985. Tampoco cabe predicar tal medida respecto de la existencia de un proceso penal en trámite actualmente contra el aquí apelante, hasta que por la autoridad judicial competente se dicte la correspondiente resolución condenatoria o autorice la salida en el supuesto contemplado en el art. 21.2, en su caso, de la Ley 7/85".*

Así pues, nuevamente el TS insiste en la legalidad de la expulsión por causa de actividades ilegales de haberse hecho uso por la Autoridad judicial competente del cauce legal del art. 21.2 LODLEE, o de haber recaído sentencia condenatoria.

Cuarto. Un nuevo supuesto lo encontramos en el caso contemplado en la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a, de fecha 30 de abril de 1993 –RA 1993\2875-, que textualmente señala: *"centrando el enjuiciamiento en los derechos fundamentales invocados por el señor G., se aprecia en primer término que se debe compartir el razonamiento que se expone en el Fundamento Cuarto de la sentencia impugnada, concerniente a que es insostenible la afirmación de la Administración de que el demandante realizaba actividades ilegales, del art. 26.1.f), de la Ley 7/1985, en función de una serie de antecedentes policiales, algunos de ellos por delitos tan graves como el de violación, o en consideración a la causa criminal aun abierta -sumario de urgencia 64/1987, instruido por el Juzgado de Instrucción num. 4 de Valencia-, por cuanto que no hay constancia que aquéllas hayan determinado alguna condena penal ni que la causa criminal abierta haya conducido al menos a la adopción de alguna resolución acusatoria; por lo que la actitud de la Administración debió tenerse por contraria al principio de presunción de inocencia, si en virtud de esos hechos se quería adoptar una medida tan grave como la de expulsión del territorio nacional de un extranjero"*. Pese a que las consideraciones precedentes determinan la revocación del Decreto de expulsión, nuevamente se deja patente que la existencia de una sentencia condenatoria hubiera determinado una solución confirmatoria de la expulsión.

Por lo que se refiere a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia, suele igualmente aceptarse que la comisión de delito no puede contemplarse como actividad ilegal en tanto no exista sentencia condenatoria firme, sin que baste auto de procesamiento. Así, SSTSJ del Tribunal Superior de Andalucía, Salas de lo Contencioso de Sevilla, de 15 de octubre de 1997 –1997\2926-, de Málaga, de 4 de diciembre de 1998 –RA 1998\5134-, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, num. 782/1999, de 28 de mayo –RJCA 1999\1324-; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, num 88/1999, de 10 de febrero, –RJCA 1997\400-; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso de Barcelona, num. 715/1998, de 7 de julio, -RJCA 1998\3003-.

Un problema de enorme importancia práctica viene constituido por la cuestión de si se exceptúa a la regla general de la condena firme la expresa autoriza-

zación de expulsión gubernativa por parte de la Autoridad judicial que conoce de la causa penal. Aunque así lo ha admitido la STSJ de Andalucía, Sevilla, 6 de abril de 1998 –RJCA 1998\1498-, resulta altamente discutible conforme al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Por ello entiendo como opinión muy personal que no resulta factible la posibilidad de activar el cauce de la autorización judicial prevista en el art. 53.4 por el mero hecho de apertura de las Diligencias Previas, si de su contenido no se desprenden causa de expulsión diferentes a los hechos constitutivos de infracción penal objeto de la instrucción penal –v. gr., decreto de expulsión firme-, dándose además la circunstancia añadida de que la medida resulta poco operativa, ya que si el procedimiento penal se paraliza de facto, el procedimiento administrativo sigue su curso ordinario, con las posibilidades derivadas del recurso contencioso-administrativo, incidente de suspensión, etc- lo que aplazará (si es que no frustrará) los pretendidos fines expeditivos de la medida contemplada.

Un segundo capítulo de actividades ilegales se contempla en el ejercicio habitual de la prostitución –véase STS de 18 de octubre de 1993 –RA 1993\7500- y 20 de diciembre de 1995 –RA 1995\9802-, aunque no por el ejercicio del alterne –STS 21 de julio de 1995 –RA 1995\5948-, y de 4 de diciembre de 1995 –1995\9405- de 17 de octubre de 1995 –1995\9591. Ciertamente la prostitución no constituye delito, pero ello no excluye que se trate de una conducta legal, proscrita por convenciones internacionales suscritas por España.

Un tercer apartado de actividades ilegales justificativas de expulsión, según doctrina establecida por el TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso de Barcelona, lo constituye la venta de tabaco sin timbre fiscal. Véase Sentencia 38/1998, de 20 de enero, -RJCA 1998\1189-, *conforme a la cual "conviene precisar que no estamos en presencia del ejercicio de una actividad lícita en cuyo normal desarrollo se comete una infracción administrativa, al modo de lo que ocurre cuando el que conduce un vehículo de motor debidamente habilitado incurre en una infracción tipificada en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, sino ante el ejercicio de una actividad que es ilícita desde su nacimiento, ya que constituyen infracciones administrativas la circulación y tenencia, con fines comerciales, de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, cuando no se acredite, en la forma en que reglamentariamente se establezca, haberse satisfecho el impuesto en España, así como la tenencia, con fines comerciales, de*

labores de tabaco objeto del impuesto especial de fabricación, que no ostenten marcas fiscales o de reconocimiento, todo ello de conformidad con lo que establece el artículo 19.2, b) y 7 de la Ley 38/1992, de 28 diciembre, de Impuestos Especiales.-Una vez sentado lo anterior, es el momento de examinar si la medida de expulsión adoptada resulta proporcionada, teniendo en cuenta los hechos determinantes de la misma. En este sentido, debe decirse que en tanto que la ilicitud de la conducta se consuma con la tenencia con fines comerciales de labores de tabaco sin haberse satisfecho el correspondiente impuesto o que no ostenten marcas fiscales o de reconocimiento, resulta proporcionada la sanción de expulsión del territorio nacional adoptada contra el recurrente, teniendo en cuenta que no concurre ninguna circunstancia atenuante que pudiera paliar mínimamente tal proceder. Es verdad que la jurisprudencia constitucional, contenida en la Sentencia de 22 marzo 1993 (RA 94/1993), modula la medida de expulsión, al exigir que concurran razones que justifiquen que, en lugar de imponer la multa que, con carácter general, prevé, el artículo 27 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, haya de imponerse la decisión, más gravosa, de expulsión. Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que el apartado 3 del mismo precepto dispone que @las infracciones que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la presente Ley, den lugar a la expulsión de los extranjeros, no podrán ser objeto de sanción pecuniaria. Tal es el caso del ciudadano extranjero recurrente que, no obstante haber sido acogida su petición de residir y trabajar en España, se dedica a realizar una actividad ilícita con una finalidad de enriquecimiento personal que perjudica al resto de la ciudadanía, no sólo desde el punto de vista de la salud personal, sino también impidiendo que se generen unos ingresos al Estado que, en definitiva, redundan en beneficio de toda la comunidad La doctrina anterior; por lo demás, es la reiteradamente seguida por esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta, en Sentencias números 473/1996, de 9 julio, 49/1997, de 21 enero y 1038/1997, de 19 diciembre, entre otras".

VIII. CAUSAS DE RETORNO O DEVOLUCIÓN QUE PUEDEN JUSTIFICAR LA DETENCIÓN DE UN EXTRANJERO.

Como ya hemos reseñado, una de las principales novedades de la LOD-LEEIS en esta materia se cifra precisamente en la previsión expresa de

supuestos de detención por razón de retorno o devolución. Estos casos son los siguientes:

1º. Haber sido expulsados y contravenir la prohibición de entrada en España –ART. 54.2.A)- siempre que se detecte su presencia en el país, habiendo burlado los puestos fronterizos, ya que si se detecta su presencia en frontera, procederá la denegación de entrada, de conformidad con lo establecido en el art. 24.1 LODLEEIS.

No debe confundirse este supuesto con la causa de expulsión prevista en el art. 49.d) LODLEEIS *de haber entrado en territorio español contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas*. La diferencia debe encontrarse en la existencia de una previa resolución sancionadora de expulsión, ya que caso de existir dicha resolución, carece de sentido volver a decretarla mientras la sanción de expulsión no esté prescrita.

A los efectos de la prescripción de la sanción de expulsión deben tenerse presentes varias precisiones. En primer lugar ha de tenerse en cuenta que los plazos de prescripción de la expulsión son variables, 5 y 2 años, en función de que se impusiera por una falta muy grave o grave, ya que conforme al art. 52.2 LODLEEIS *"las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año"*. En segundo lugar debe significarse que la orden de expulsión tiene un efecto accesorio previsto en el art. 54.1 LODLEEIS, cual es la prohibición de entrada: *"toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez"*. Por ello el art. 52.3 LODLEEIS establece una norma especial para el inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la sanción de expulsión: *"si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años"*.

Ahora dejaremos aclarado definitivamente el problema. No hay que incoar expediente de expulsión respecto de quien, expulsado previamente, es sorprendido en España contraviniendo la prohibición de entrada accesoria a su sanción de expulsión, bastando en estos casos con dictar una resolución de retorno, instrumento suficiente para hacer cumplir la prohibición. Por eso podremos concluir afirmando que *no hay que expul-*

sar a quien está ya expulsado. En este sentido se pronuncia el art. 54.2.a), con la particularidad agregada de la pérdida del cómputo del tiempo transcurrido de la prohibición, reiniciándose desde cero el tiempo de la prohibición de entrada. Así resulta del contenido del art. 54.4 LODLEEIS, conforme al cual "*el retorno acordado en aplicación de la letra a) del apartado 2, conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada. Asimismo, en este supuesto, cuando el retorno no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa podrá solicitar de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión*".

La Autoridad que acuerda el retorno es el Subdelegado del Gobierno, ya que conforme al art. 54.3 LODLEEIS "*el retorno será acordado por la autoridad gubernativa competente para la expulsión*".

En estos casos, si el retorno se prevé que no pudiera materializarse en el plazo de 72 horas, la ley contempla un nuevo supuesto de intervención judicial, ya que la autoridad gubernativa que acuerda el retorno habrá de solicitar de la autoridad judicial el internamiento del extranjero detenido. Así se contempla expresamente en art. 54.4 LODLEEIS, conforme al cual "*asimismo, en este supuesto, cuando el retorno no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa podrá solicitar de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión*".

2º. Pretender entrar ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado. El intento de entrada ilegal se materializa bien tratando de eludir los puestos fronterizos legalmente habilitados –acceso por lugar no habilitado-, o bien burlar los controles establecidos en dichos puestos mediante una entrada inadvertida para los servicios policiales encargados de la frontera –entrada inadvertida por puesto habilitado-. Gramaticalmente no cabe duda que el presupuesto de aplicación viene determinado por un intento frustrado de entrada en el país; pero surgen aquí problemas de interpretación. La práctica policial y gubernativa viene ofreciendo una aplicación extensiva, cifrada en supuestos similares al paradigmático en este sentido caso de Mijas¹¹, sobre la base de la interpretación de que la aplicación de este supuesto a personas que física-

mente ya han entrado en España, pero que aun no han establecido una relación con el tejido social español, ya que fueron sorprendidas en su desplazamiento en el interior de un vehículo con el que han burlado de manera clandestina los controles fronterizos, o bien en el que han sido recogidos inmediatamente después de su entrada en España por puesto no habilitado. Frente a esta interpretación se opondría una más restrictiva que se inclina por aceptar que la normativa vigente prevé como causa de retorno *pretender entrar*, cuando aquí el extranjero *ya ha entrado*, lo que le situaría en la órbita de una causa de expulsión, pero no de detención, prevista en el artículo 49.d) LODLEEIS. Esta interpretación más restrictiva establecería que el marco de aplicación del segundo supuesto de retorno, tal y como se contempla en el art. 54.2.b) LODLEIS, se reduce a los supuestos en que se frustra el intento en el momento de producirse la entrada por lugar que no sea puesto habilitado, o en el peor de los casos inmediatamente después, con una persecución ininterrumpida del infractor, cuya entrada hubiera sido visualizada por los agentes actuantes. Fuera de estos casos asistiríamos a la causa de expulsión –pero no de detención-, contemplada en el art. 49.d) LODLEEIS.

¹¹ La Guardia Civil descubrió el martes 20 de julio de 2000 a 37 inmigrantes irregulares en Mijas (Málaga), encinados en el interior de una furgoneta y en condiciones infrahuumanas; dichos extranjeros irregulares fueron repatriados pocas horas después a Marruecos de modo fulminante el martes por la noche, a bordo del ferry que cubría la línea Algeciras-Ceuta. La subdelegación del Gobierno en Málaga, según un portavoz, les aplicó el artículo 54.2.b. de la Ley de Extranjería, sin que se les facilitara la asistencia de un abogado ni llegasen a prestar declaración contra los responsables de traficar con ellos poniendo en peligro su vida. Partidos políticos, como el PSOE e IU, organizaciones de apoyo a los inmigrantes, como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y Andalucía Acoge, y asociaciones judiciales, como Jueces para la Democracia, coincidieron en que el Gobierno ha vulnerado en este caso la vigente Ley de Extranjería. El diario *El País*, en editorial del 22 de julio, hacía la siguiente reflexión: "la autoridad gubernativa ha apoyado esta decisión en el artículo 54, 2 b) de la vigente Ley de Extranjería, que es de aplicación a quienes pretenden entrar ilegalmente en el país. La norma admite la deportación inmediata en este caso, como excepción al principio general de que la expulsión debe ser el resultado de un expediente administrativo. La pregunta que cabe hacerse es si ese artículo era aplicable a quienes llevaban ya cuatro días en territorio español. ¿Y por qué no a quienes llevan 40 días o 40 semanas?". Con este motivo, la Diputación permanente de las Cortes Generales en sesión número 2 celebrada el 13 de julio de 2000 se abordó las peticiones formuladas por un número suficiente de Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, y por los Grupos parlamentarios Federales de Izquierda Unida y Mixto de que se acuerde la celebración de una sesión extraordinaria de la Comisión de Justicia e Interior, con inclusión en el orden del día: comparecencia del Ministro del Interior, para explicar las circunstancias y razones de la expulsión de 36 inmigrantes, interceptados por la Policía en el término municipal de Mijas (Málaga), y sobre la situación y procedimiento seguido con los inmigrantes detenidos.

En el fondo late en este problema la modificación de los términos de la antigua redacción de la figura de la devolución, tal y como aparecía en el artículo 32 de la LO 7/1985, conforme a la cual "no será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado". En la LO 7/1985, la entrada ilegal era no ya causa de expulsión, sino de devolución; en la LO 4/2000 la entrada ilegal pasa a ser causa de expulsión, pero no de detención, salvo en los casos en que se sorprenda al extranjero pretendiendo entrar, pero sin haberlo aun logrado.

3.4. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000.

No se aprecia en el texto de la iniciativa remitida a las Cortes Generales modificación en las causas de detención por razón de retorno –art. 57.2-, pero sí en las motivadas por causa de expulsión, que se definen en el art. 61.1 –en relación con apartado 4-, conforme al cual "*cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 53, así como a), d) y f) del artículo 52, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado*".

Dichas causas son las siguientes:

Primera. *Participar en actividades gravemente contrarias al orden público, a la seguridad interior o exterior del Estado, o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles, o que puedan afectar las relaciones de España con otros países. Falta muy grave, art. 53.1.a)*

Segunda. *Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en*

tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituye delito. Falta muy grave, art. 53.1.b).

Tercera. *Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente. Falta grave, art. 52.a).*

Cuarta. *El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. Falta grave, art. 52.d).*

Quinta. *La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales. Falta grave del artículo 52.f).*

Se ha añadido en el art. 63.1 una sexta causa, no contemplada en la LO 4/2000, para los supuestos de incumplimiento de la orden de salida motivada por la expulsión. El precepto –que cubre un vacío apreciado en la redacción de la LODLEEIS- aparece redactado en los siguientes términos:

"Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días".

EXTRANJERÍA Y CRIMINALIDAD

JESÚS M^a GARCÍA CALDERÓN

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Lugo

SUMARIO : 1 EXTRANJERÍA Y CRIMINALIDAD: NOTA INTRODUCTORIA. 2 LA TRATA DE BLANCAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1.995. 3 LA ACTUACIÓN COACTIVA Y LA CONTINUIDAD EN LA TRATA DE BLANCAS. 4 LA POSIBLE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. 5 UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DIFERENCIADO. 6 EL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA EXTRANJERA. 7 REFERENCIA AL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS: EL MATRIMONIO FINGIDO. 8 LA ASOCIACIÓN ILÍCITA. 9 FISCAL DE EXTRANJERÍA Y POLICÍA JUDICIAL

1. EXTRANJERÍA Y CRIMINALIDAD: NOTA INTRODUCTORIA

Las habituales reflexiones que suelen hacerse con cierta frecuencia y en distintos ámbitos de la administración pública española¹ acerca del problema de la extranjería, suelen aludir al carácter administrativo o policial del fenómeno no abordándose mas que de forma muy puntual los aspectos estrictamente criminales de la cuestión. Parece que se trata de problemas

¹ Por razones obvias y al objeto de completar lo que en este Curso se indique, cabría recordar el realizado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en el mes de Marzo de 1.999, entre los Cursos de Formación para la Carrera Fiscal y referido a la Extranjería. Se publicaron -Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 1.999, Volumen II- las ponencias de Juan B. Calvo Rubio Burgos con el título *Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: Autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento*; de Jorge Brioso Diaz con el título *Tratamiento del extranjero en la vía administrativa y ante la jurisdicción contencioso-administrativa: Infracciones y sanciones. Especial referencia al procedimiento administrativo sancionador. La devolución. El internamiento y su problemática*; de Alejandro Blanco de Castro con el título *La Unión Europea y el Tratado de Schengen: Repercusión sobre la inmigración en España*; de Juan Andrés Bermejo Romero de Torres (Director del Curso) con el título *El extranjero privado de libertad: Particularidades en la legislación penitenciaria. Especial referencia a la libertad condicional: La cooperación jurídica internacional. Régimen de los centros de detención*; y de José María López Cervilla con el título *La inmigración por el Estrecho: Particularidades de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Especial referencia a los menores extranjeros, al derecho de asilo y la condición de refugiado. Las zonas internacionales*. Asimismo, en relación con la problemática de la emigración laboral clandestina, cabe examinar entre los cursos realizados por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y en el mismo volumen citado, el trabajo de Bartolomé Vargas Cabrera *Delitos contra los derechos de los trabajadores*.

Conviene recordar la importante Circular 1/94 de 15 de Febrero de la Fiscalía General del Estado *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España* en la que se abordaban las cuestiones procesales afectadas por la expulsión gubernativa de extranjeros en situación ilegal al amparo de la Ley 7/85.

con distinta proyección y naturaleza, lo cual es obvio, no abundando casi nunca en las zonas comunes que engloban los dos aspectos -el penal y el administrativo- de este grave fenómeno.

Hay que tener en cuenta sobre el particular que, desde un punto de vista administrativo, la preocupación esencial del jurista en esta materia debe centrarse en el establecimiento de diversas garantías que permitan conjugar adecuadamente los derechos fundamentales que asisten al ciudadano extranjero en situación irregular con la legítima actividad estatal destinada a controlar el flujo migratorio². El extranjero inmerso en la inmigración clandestina y ajeno a las organizaciones criminales que operan con el tráfico ilegal de personas no realiza ninguna actividad criminal, tan sólo es autor de infracciones administrativas más o menos graves o responsable, en todo caso, de una *permanencia clandestina* y moralmente justificada en nuestro territorio, actuaciones las anteriores que -en todo caso- deben acarrear una actuación *proporcionada* por parte del Estado. En muchas ocasiones, incluso, el inmigrante ilegal alcanza la condición de víctima y hasta cabría estimar la aplicación de medidas administrativas de control, internamiento o expulsión como una forma de *victimización secundaria*.

La expulsión del extranjero y el sometimiento provisional a distintas privaciones de derechos fundamentales debe inspirarse por ello en un criterio claramente restrictivo. Hay que pensar, de otro lado, que el fenómeno de la inmigración comporta no sólo la coordinación y el control de los flujos de población excesivos e incontrolados que pueden alterar el orden social sino que, además,

² Con independencia del art. 13 de la Constitución que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, disposiciones de la envergadura del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966, recuerdan (art. 13) el derecho del extranjero *que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte a ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley*.

Buena prueba de esta especie de tensión es la Ley 4/2000 de 11 de enero *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Ya es muy significativo que en esta Ley -en la que se hecha mucho de menos una completa Exposición de Motivos- no exista ni una sola mención en su rúbrica al problema de la expulsión y al régimen sancionador por las infracciones en materia de extranjería, materias a las que se refiere una buena parte de su articulado. Preciamente, habría que recordar la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 7 de Julio de 1.987 tras la presentación de recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley 7/85 de 1 de Julio.

³ El art. 60.1 de la Ley 4/2000 establece que el *Gobierno llevará a cabo una observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno migratorio con objeto de analizar su impacto en la sociedad española y facilitar una información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas*.

comporta la necesidad de integración de aquellas personas procedentes del extranjero que tienen una clara voluntad de establecer una residencia permanente y comporta -incluso- la cooperación al desarrollo sociopolítico y económico de los países de origen. Esta acumulación de factores otorga a esta materia un claro sentido multidisciplinar que obliga a extremar las funciones de coordinación entre diversas instituciones del Estado⁴ y que genera una legislación administrativa especialmente profusa que, sin embargo, debe enfrentarse a los continuos retos que plantea una realidad social siempre cambiante. Lo mismo cabría decir con respecto a la legislación internacional, máxime desde la creación de *espacios comunes de libertad y seguridad* como los que acota la Unión Europea desde el Tratado de Amsterdam o el llamado *Espacio Schengen*.

No es frecuente, a salvo de algunas aportaciones puntuales y como decíamos antes, abordar desde una perspectiva criminal el problema de la extranjería. No sabemos al día de hoy y con certeza si existen una serie de infracciones penales que tengan como característica común no sólo la de referirse al fenómeno de la inmigración ilegal sino -sobre todo- la de contar con un bien jurídico diferenciado del que se protege en cada una de las tipologías delictivas concretas que afectan a este fenómeno. No lo sabemos porque -quizá- no haya sido al día de la fecha una cuestión debatida profundamente por la doctrina.

Cabe establecer con claridad que algunas conductas delictivas requieren como elemento indispensable para su producción el fenómeno -en mayor o en menor medida- de la inmigración ilegal. Así ocurre con la *trata de blancas*⁵ que, si bien no se conceptúa necesariamente como el tráfico de muje-

⁴ La propia Circular de la Fiscalía General del Estado citada recordaba en su último párrafo la vigencia de la Instrucción 7/91 sobre *Criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden social* y destinada a dotar del amparo suficiente a las relaciones laborales ofrecidas a los extranjeros, labor que comporta una actuación intensamente coordinada con la Inspección de Trabajo. Previamente se creaban los *Servicios de Extranjería* en las Fiscalías con amplias facultades de coordinación interna y con autoridades gubernativas y penitenciarias.

En el mismo sentido, convendría recordar el Título V de la nueva Ley 4/2000 genéricamente referido a la *Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración* y en el que se contempla (art. 61) la creación del Consejo Superior de Política de Inmigración y (art. 63) del Foro para la Inmigración.

⁵ Efectivamente, las primeras definiciones técnico jurídicas de la trata de blancas no aluden al fenómeno de la inmigración clandestina. Así el Diccionario Tecnológico de Jurisprudencia editado en 1.931 en Barcelona se refiere al *tráfico de mujeres para dedicarlas a la prostitución*. Desde un principio, la legislación española sobre la materia se inspiró en distintos instrumentos internacionales como el Arreglo Internacional de 1.904 y los Convenios Internacionales de 1.910 y 1.921 para la represión de la trata de mujeres y de niños que aludían al carácter internacional del fenómeno.

res desde países extranjeros, si alcanza una regulación internacional⁶ en los primeros años del siglo que ya considera como uno de sus elementos constitutivos la consumación del delito a través de distintas acciones ejecutadas en diferentes países; circunstancia la anterior que se erige como su principal seña de identidad.

Es obvio que por *trata de blancas* entendemos, básicamente, el traslado de mujeres extranjeras para el ejercicio de la prostitución y aprovechando situaciones de pobreza y necesidad. Obviamente, también ocurre con el tráfico ilegal de personas que alcanza entidad delictiva, como posteriormente veremos, con independencia de que la intención del inmigrante sea la búsqueda de un puesto de trabajo o una simple residencia estable. Y puede ocurrir, en tercer término, con la aparición de diversas conductas que tienen como finalidad encubrir el tráfico ilegal de personas o la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución; así ocurre con diversas falsedades o con los llamados *matrimonios blancos*, fraudulentos o fingidos, a los que nos referiremos puntualmente durante la presente ponencia.

Hemos dicho que todo el repertorio delictivo someramente citado parte del supuesto de la inmigración ilegal. La cuestión que ha de resolverse

⁶ El artículo 1º del Convenio de 4 de Mayo de 1.910 manifestaba que *debe ser castigado cualquiera que para satisfacer pasiones ajena haya reclutado, inducido o desencaminado, aunque sea con su consentimiento, una mujer o una joven menor para la prostitución, aún en el caso de que los diversos actos de la infracción hubiesen sido realizados en diferentes países.*

Asimismo -añadía el precepto en su apartado segundo- *debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer pasiones ajena, por fraude o por medio de violencias, amenazas o abuso de Autoridad o cualquier otro medio de imposición, haya reclutado, inducido o desencaminado una mujer o joven mayor para la prostitución, aún en el caso de que los diversos actos que son elementos constitutivos de la infracción hubiesen sido realizados en diferentes países.*

En términos parecidos se expresa el vigente Convenio de Lake Success (Nueva York) para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de Marzo de 1.950 donde se establece el compromiso de los Estados firmantes de castigar a *toda persona que para satisfacer las pasiones de otra realiza actividades de concierto, inducción a la prostitución o corrupción, así como la explotación aún cuando sea consentida por la víctima*. Asimismo se refiere el Convenio a diversas actividades de arriendo, administración o explotación de edificios o locales. Sólo en su artículo 4 se manifiesta que *en la medida en que lo permitan las leyes nacionales, será también punible la participación internacional en los actos delictivos mencionados*.

Recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de Junio de 1.986 sobre agresiones a la mujer vuelve a referirse a la trata de mujeres en términos muy expresivos al indicar la necesidad de establecer, entre otras muchas cosas, cauces de cooperación internacional suficientes para combatir el fenómeno.

El carácter internacional de estas conductas criminales está fuera de toda duda pero lo cierto es que no existe un concepto penal que requiera de forma estricta que la prostitución esté referida exclusivamente al traslado de mujeres extranjeras.

posteriormente es la de señalar si cabe establecer un concepto penal *diferenciado* de la extranjería que permita establecer la existencia de un nuevo bien jurídico protegido distinto del que puntualmente se acoge en cada una de las infracciones que, de algún modo. aluden a este problema y que se ubican el Títulos diferenciados del Código Penal. De estimarse así podría ser aconsejable una modificación sistemática que ordenara estas tipologías. Algo de ello ha ocurrido con la introducción en el Código Penal de 1.995 de un nuevo Título, el XV bis, referido genéricamente a los *Delitos de los ciudadanos extranjeros*⁷ e integrado por el nuevo artículo 318 bis.

La rúbrica de este nuevo Título parece lo suficientemente expresiva al establecer un marco legal de defensa de los derechos del ciudadano extranjero cualquiera que sea su situación administrativa y abre una importante discusión acerca de cual sea el bien jurídico tutelado en el nuevo precepto y la relación que tenga con el resto de tipologías que cuentan entre sus elementos constitutivos con el de la inmigración ilegal.

2. LA TRATA DE BLANCAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1.995

Coincide la doctrina en señalar que la regulación que el antiguo Código contenía sobre la prostitución, era una regulación desafortunada y plagada de defectos perfectamente superables. La nueva regulación ha resuelto el defecto del excesivo e injustificado casuismo, abandonando intenciones moralizantes y puesto enfasis en un bien jurídico que se identifica con una forma de libertad individual⁸. Como es sabido, la nueva regulación sancio-

⁷ La introducción se produce con la entrada en vigor de la Ley 4/2000 de 11 de Enero que deroga la antigua Ley Orgánica 7/85 de 1 de Julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁸ No me resisto a recordar lo que manifestara este mismo ponente en su trabajo *Los delitos de detención ilegal y secuestro a raíz del bien jurídico tutelado en esta clase de delitos: Es obvio que a la hora de configurar el espíritu de estas tipologías, no podemos entender que se encuentren referidas a la libertad individual o psicológica ni a la libertad entendida como la libertad política que se configura, a tenor del art. 1 de la Constitución española, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. El Código Penal se viene a referir a determinados aspectos concretos de la libertad que merecen una tutela singular y diferenciada por cuanto todas las disposiciones penales, en definitiva y de algún modo, abundan siempre en una tutela mínima e indispensable de la dimensión social de la libertad personal. En el terreno penal, por tanto, se ha entendido que la protección de la libertad se refería a la llamada libertad jurídica o social, libertad caracterizada por su carácter relativo o por su disponibilidad y referida a la proyección del sujeto en la vida social y que, a su vez, quedaría protegida en un triple sentido. En primer lugar, en su aspecto físico de libertad ambulatoria, a través de los delitos de detención ilegal y secuestro; en segundo lugar, en su aspecto de relaciones con los demás y*

na, básicamente y a salvo de agravaciones específicas, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución entre personas mayores de edad⁹.

En un principio, el Código Penal de 1995 no contaba con una tipología específica referida a la trata de blancas, entendiendo por tal la recluta o traslación ilegal o clandestina de personas hacia o desde el extranjero, a través del engaño o aprovechando situaciones de necesidad o superioridad, con o sin su consentimiento, para el ejercicio de la prostitución. La creciente problemática de la extranjería provocó, sin embargo, la inclusión de un precepto específico.

Al día de hoy, tras la reforma operada en el mes de Abril de 1.999, la trata de blancas debe encuadrarse en el segundo de los cinco apartados que se contienen en el renovado¹⁰ art. 188 del Código Penal¹¹.

Si observamos la realidad española comprenderemos la necesidad de la reforma y la falta de previsión inicial del Código del 95 ya que es muy posi-

ejercicio de los derechos subjetivos, a través de figuras como las coacciones y amenazas; y por último, en tercer lugar; en su aspecto sexual, a través del amplio catálogo de infracciones contra la libertad sexual que se encuentran incluidas en el Título correspondiente, mereciendo estas últimas, por variadas razones, un tratamiento sistemático diferenciado en los distintos textos penales. (Cursos de Formación para la Carrera Fiscal sobre Delitos contra la libertad, C. E. J. A. J. y Gobierno Vasco, Guipúzcoa, Noviembre de 1.998.

⁹ Desde un punto de vista práctico, la mayor incidencia de la reforma se operó con la despenalización de la mera explotación de un local donde se ejercía la prostitución -la llamada *tercería locativa*- que se castigaba en el art. 452 bis d) 2º derogado.

¹⁰ La redacción del nuevo precepto se produjo en virtud de la reforma operada a través de la Ley Orgánica 11/99 de 30 de Abril de modificación de Título VIII del Libro II del Código Penal relativo a *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*.

¹¹ Recordemos el contenido del artículo 188 del Código Penal que establece:

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, previéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

4. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciárla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

ble que la inmensa mayoría de los casos criminalmente relevantes de prostitución existentes en España se refieran -cuando menos entre personas mayores de edad- a la inmigración ilegal¹². Las nuevas condiciones económicas de nuestro país y su conversión en un país receptor y no emisor de emigrantes, la mejora asistencial y laboral, así como el tradicional ambiente de marginación que acompaña las formas más comunes de prostitución y su relación con las toxicomanías y otras enfermedades de transmisión sexual, son circunstancias que han influido decisivamente en la existencia de organizaciones criminales que optan por acudir a la trata de blancas como medio de aprovechar un mercado inevitable y obtener rápidos beneficios a través del negocio de la prostitución, negocio que ha cobrado una importancia y extensión en nuestros días que no cabía imaginar hace pocos años. Es difícil por ello encontrar, a salvo de algunos casos concretos referidos a la prostitución de menores, otros en los que aparezcan mujeres españolas prostituidas en las condiciones que se encuentran las inmigrantes ilegales y menos aún encontrar redes de proxenetas que asocien necesariamente su actividad criminal a otras formas de criminalidad. La *trata de blancas* genera un verdadero elenco delictivo en el que suelen encontrarse de forma casi inevitable supuestos de detención ilegal, falsedades, delitos contra el orden social o tráfico ilegal de mano de obra.

A título de ejemplo y de forma muy breve cabría recordar que se ha sostenido en ocasiones la relación de afinidad existente entre la trata de blancas y la problemática criminal del maltrato doméstico. Si entendemos por maltrato habitual¹³ el ejercicio de forma continuada o permanente sobre la base o con la intención de establecer una relación estable de superioridad y añadimos que dicho maltrato alcanza el carácter de *doméstico* cuando se ejerce en el lugar que constituye, con mayor o menor grado de continuidad, la residencia de la víctima, comprenderemos que la *trata de blancas* podrían participar, cuando menos en parte, de la respuesta institucional ofrecida en España a los numerosos problemas que genera el maltrato habitual. Sólo el carácter restrictivo que el art. 153 del Código Penal otorga al maltrato

¹² Recuerda en ocasiones la doctrina (Orts Berenguer por ejemplo) que el concepto penal de prostitución no se encuentra adjetivado y que no hay que olvidar los supuestos de prostitución masculina. En la realidad española, lo cierto es que, a salvo de algunos casos de pederastia, sólo aparecen tramas organizadas de prostitución masculina asociadas, de un modo u otro, a la inmigración ilegal.

¹³ Recordemos que el concepto de habitualidad en el maltrato es un concepto naturalístico o grammatical que no requiere previos pronunciamientos judiciales.

familiar llevando a cabo una delimitación subjetiva muy estricta que incluso excluye del concepto a la relación fraternal, obliga a excluir de la problemática creciente de la *mujer maltratada* a la mujer prostituida y, sobre todo, a la mujer prostituida extranjera. Quizá la razón de esta exclusión -y de otras muchas- radice en que no se llevó a cabo más que una reflexión incompleta sobre el particular ya que debería haberse decidido si se optaba o no por dar una respuesta global al fenómeno del maltrato otorgando a posteriori un tratamiento diferenciado a la relación familiar. De hecho, algunas de las instituciones implicadas en la solución del conflicto establecen aclaraciones diferentes (y quizás más acertadas) a la establecida en el Código Penal, como ocurre con la Dirección General de la Guardia Civil ya que los EUMEs (Equipos de la Mujer y el Menor) creados para la mejora de la atención prestada a las mujeres y menores víctimas de maltrato habitual y agresiones sexuales abarcan como ámbito de actuación propia los *actos delictivos relacionados con la explotación de personas y trata de blancas*¹⁴.

El Código castiga, en términos generales, la *determinación* para el ejercicio de la prostitución obligando a establecer algunas precisiones acerca de qué debía entenderse por *determinar*. Desde un punto de vista estrictamente gramatical, por determinar podemos entender *tomar o hacer tomar alguna resolución*¹⁵ e, incluso -circunstancia esta que parece pasar desapercibida para los comentaristas del nuevo Código- puede encontrarse una acepción forense del término en el *Diccionario Ideológico* del académico Julio Casares¹⁶ que entiende por tal *sentenciar o definir*. Es evidente que, conforme a su sentido gramatical y forense, el *determinar* al que alude el art. 188 significa privar a la persona de su capacidad de decisión, es decir *sentenciarla* a seguir el curso o destino previamente fijado por el agresor, *definir* su futuro, hacerse dueño de algún modo de su voluntad o lo que es igual privarla de su libertad y hacerlo, además, a través de las cuatro modalidades que cita el artículo y que son modalidades alternativas: La coacción, el engaño, el abuso de la situación de necesidad o de la situación de superioridad¹⁷. Cuando el Código, por tanto, castiga la prostitución de personas

¹⁴ Extraído de un Dossier de Prensa confeccionado en su día por la Oficina Periférica de Comunicación de la Guardia Civil. Sin fecha.

¹⁵ Diccionario de la R. A. E., 21^a edición, Madrid, 1.992.

¹⁶ Diccionario Ideológico de la Lengua Española, 2^a Edición, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1.988.

¹⁷ La doctrina suele asociar el concepto de *superioridad* al de prevalimiento del art. 181.

mayores de edad, parece estar pensando en las habituales formas de criminalidad asociadas a la *trata de blancas*.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina que esta amplitud de medios comisivos tenía el fundamento político criminal de poder afrontar *fenómenos masivos de prostitución en donde fraude y necesidad se combinan*¹⁸ o, dicho en otros términos, la amplitud comisiva se estimaba necesaria para afrontar los supuestos cada día más frecuentes en nuestro territorio de *trata de blancas*.

Tales argumentos permiten considerar que el concepto previamente aludido de *determinación coactiva* equivale a la *violencia, intimidación o engaño* que el art. 188.2 indica cuando se refiere a la trata de blancas por cuanto no tiene sentido establecer un diferente umbral coactivo según se trate de explotación sexual de mujeres nacionales o extranjeras. De hecho resulta lógico considerar, en principio, más vulnerable y proclive a la coacción a la persona inmigrante que a la que ejerce la prostitución, con una grado mayor o menor demarginación, en su propio país.

Se critica por la doctrina la gradación punitiva porque la determinación coactiva o intimidatoria para prostituirse ofrece una sanción similar a la prostitución inducida por el abuso de superioridad o de una situación de necesidad. No estoy tan seguro de que tal equiparación sea desafortunada. En mi opinión y en contra de lo indicado por algunos autores, la defectuosa gradación punitiva tiene mas bien lugar por no dar un trato diferenciado a las organizaciones criminales estables que desarrollan estas funciones, como antes se dijo, con un carácter masivo ya que habría que distinguir -en lo que a personas mayores de edad se refiere- aquellos supuestos concretos, individualizados o colectivos, de prostitución coactiva sin la constancia de una verdadera organización, de aquellos otros que comportan un atentado planificado no sólo contra la libertad sexual *individualizada* sino contra otros bienes jurídicos tutelados por el derecho, vinculados a los flujos migratorios que merecen un mayor sanción y que no aparecen claramente identificados en nuestro Código.

De hecho, esta oportuna agravación punitiva que abona la idea de un bien jurídico diferenciado, ha sido introducida en nuestro Código no a través de una tipología específica sino otorgando el carácter de *asociación ilícita*.

¹⁸ Así lo indican Morales Prats y García Albero en los Comentarios al Código Penal de 1.995 dirigidos por el Profesor Quintero Olivares, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1.996, pág. 911.

cita a las que promuevan el tráfico ilegal de personas, según establece el nuevo art. 515, apartado 6º del Código Penal¹⁹. Con ello, los supuestos referidos a la trata comportan la existencia de un concurso ideal por cuanto lo hechos se configuran no sólo como un delito de prostitución del art. 188 sino, además, como un delito de asociación ilícita que se enmarca en el Título correspondiente a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Continuando con esta reflexión, podríamos preguntarnos hasta qué punto no sería más adecuado establecer no sólo una tipología específica dedicada a la *importación de personas para la prostitución*, sino incluso un tratamiento sistemático diferenciado, habida cuenta las especialidades probatorias y las singularidades propias de esta actividad criminal. Como razones que aconsejan esta medida legal cabría recordar:

1º La existencia, como venimos sosteniendo, de un bien jurídico difícil de perfilar pero vinculado en todo caso a la libertad personal y que se extiende algo más allá de la libertad sexual en un sentido estricto. Tampoco cabría identificar sin más dicho bien jurídico con el derecho del trabajador extranjero a *no ser explotado* que parece proteger el nuevo art. 312.2 del Código Penal, es evidente que participaría del mismo por cuanto la trata comporta necesariamente un fenómeno más o menos masivo de inmigración ilegal pero presenta sutiles diferencias por cuanto en la trata cabe estimar la existencia de una limitación de la *libertad de acción y decisión de la víctima*²⁰ que no supone necesariamente una alteración de las condiciones laborales previamente pactadas, ni tampoco un engaño en el trabajo ofrecido o una agresión directa a la libertad sexual, sino una limitación deliberada de la capacidad de decisión aprovechando las especial condiciones de la mujer inmigrante en situación irregular. Podríamos hablar, en definitiva y como posteriormente veremos, de un bien jurídico diferenciado para las infracciones de extranjería y, dentro del mismo, de una tutela específica de la mujer extranjera explotada en la prostitución.

2º La posible superación de algunas dificultades técnicas habida cuenta los caracteres diferenciados que plantea la *trata de blancas*. Así ocurre, como posteriormente veremos, con el problema de la continuidad delictiva

¹⁹ La reforma se operó a través de la Disposición Final Tercera de la Ley 4/2000 de 11 de Enero que estableció la modificación de los art.. 515, 517 y 518 del Código Penal.

²⁰ STS 74/98 de 26 de Enero.

y su *possible* aplicación. La introducción de un tipo que establezca la recluta de varias mujeres como elemento constitutivo permitiría esta aplicación, como posteriormente veremos²¹, sin dificultad.

3º La insuficiencia, como posteriormente veremos, de las agravaciones específicas tradicionalmente utilizadas en la persecución penal de la prostitución en esta clase de delitos. Sus especiales caracteres aconsejan la adopción de medidas *diferenciadas*. A título de ejemplo cabría decir que el ánimo de lucro que no se requiere para la consumación de los delitos de prostitución en general, cobra una gran importancia en la *trata de blancas*, debiéndose establecerse, además de las penas privativas de libertad, otras penas de exclusivo contenido patrimonial. Lo mismo cabría indicar respecto de la clausura de locales que en los supuestos que analizamos no debe tener el carácter potestativo que ofrece el art. 194 sino un carácter vinculante para el Tribunal.

4º La figura de la *exención de responsabilidad administrativa* que ha introducido la Ley 4/2000 y que posteriormente abordaremos, por cuanto sólo se aplica a los delitos directamente relacionados con el fenómeno de las migraciones fraudulentas.

5º La adopción de un criterio uniforme que permita otorgar o no a las personas extranjeras prostituídas la condición de trabajadoras al objeto de que pueda darse con claridad una situación de concurso con el tráfico ilegal de mano de obra extranjera de los arts. 312 y 313 del Código Penal o buscarse alguna fórmula propia.

3. LA ACTUACIÓN COACTIVA Y LA CONTINUIDAD EN LA TRATA DE BLANCAS

El Tribunal Supremo ha llevado a cabo en diversas sentencias una cierta *interpretación diferenciada* de la *trata de blancas* en relación con los delitos comunes de prostitución.

La apreciación de la *determinación coactiva* en los casos *comunes* de prostitución requiere la posible consideración de la conducta como un delito de coacciones del art. 172 del Código Penal. La Sentencia 74/98 de 26 de Enero (Ponente Sr. Bacigalupo) así lo pone de manifiesto al indicar que

²¹ Así lo indicaba la STS 143/98.

cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima permite considerar dicha conducta como coactiva y determinante para el posterior ejercicio de la prostitución.

Los casos de prostitución coactiva de mujeres introducidas ilegalmente en España desde el extranjero presentan caracteres menos rígidos. Así la Sentencia 184/99 de 15 de Febrero estima coactiva la retención de un pasaporte hasta el pago de la deuda supuestamente contraída con los proxenetas, también la vigilancia de las salidas a una ciudad próxima, la conducción en una misma furgoneta al Club donde trabajaban, el control de los servicios realizados con los clientes o algunas amenazas de sanción económica por falta de rendimiento en el trabajo. Es evidente que los casos enunciados merecen todo el reproche penal pero es discutible que fueran apreciados -cuando menos en algún supuesto- como coactivos de no tener en cuenta la situación de necesidad en la que se ve inmersa la mujer extranjera en situación irregular, máxime si desconoce el idioma del país receptor o pertenece a una cultura muy diferente. Se ha estimado también que el hecho de haberse producido reiteradas inspecciones policiales en los lugares de trabajo sin que las mujeres extranjeras denunciaran las coacciones de las que eran víctimas ante los agentes, no impide su apreciación posterior, ni constituye indicio que permita desvirtuar las denunciadas con posterioridad²².

Pero no sólo establece la jurisprudencia una cierta diferenciación en la *determinación coactiva*, el Tribunal Supremo en la Sentencia 143/98 de 5 de Febrero se refiere a la posibilidad de tipificación de la trata de blancas como delito continuado. Establece la resolución tantas veces citada que el art. 452 bis a) 1º del Código Penal²³ derogado permitía esta posibilidad de aplicación de la continuidad delictiva en la prostitución. Se indicaba que la libertad sexual protegida con estas tipologías delictivas es un bien jurídico eminentemente personal, por lo que la posibilidad de que les sea aplicada la figura del delito continuado debe ser examinada cuidadosamente atendiendo a la naturaleza del hecho. Añadía la sentencia que los supuestos de prostitución son difícilmente compatibles con la continuidad, pero no así los casos de recluta por cuanto el tipo penal incluía de forma expresa la alusión como sujeto pasivo del delito *a una o varias personas*.

²² Así lo establece al Sentencia 263/98 de 5 de Octubre (Ponente Sr. Marañón Chavarri).

²³ Recordemos que el art. 452 bis a) 1º derogado castigaba con la pena de prisión menor en grado máximo, multa de 100.000 a 500.000 ptas. e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de esta y especial para el que no lo fuere al que *cooperare o protegiere la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma*.

Otra sentencia posterior -muy próxima temporalmente a la anterior- la 263/98 de 5 de Octubre (Ponente Sr. Marañón Chavarri) volvió a referirse al problema de la continuidad delictiva en la prostitución de mujeres extranjeras. En este caso, la aplicación del tipo penal referido al art. 452 bis a) 3º del Código Penal²⁴ derogado impidió la consideración del hecho²⁵ como delito continuado por cuanto se estimaba que la tipología sancionaba la *retención a una persona en prostitución contra su voluntad en la cual se integra un delito independiente por cada actuación prostituidora con una mujer no pudiendo englobarse en un sólo delito las actividades corruptoras coactivas respecto a varias mujeres*. La sentencia recordaba la dictada con fecha 9 de Febrero de 1.984 que admitió la continuidad para el caso de la tipología previamente citada del nº 1, referida a la recluta. La razón fundamental para estimar un sólo delito o uno por cada mujer prostituida giraba en torno a la expresión gramatical utilizado en los dos apartados del precepto por cuanto el tercero quedaba referido a **una persona** mientras que el primero -referido a la recluta- se refería a **una o varias personas**.

Ciertamente, el tipo del antiguo art. 452 bis a) 1º contenía la referencia a un posible sujeto pasivo colectivo que permitía -en definitiva- la aplicación de la continuidad. Pero no olvidemos que la sentencia hablaba, sobre todo, de la *naturaleza del hecho*. Los hechos que dieron lugar al fallo que comentamos son idénticos a los supuestos que siguen produciéndose en España y que se refieren a organizaciones que llevan a cabo actuaciones sobre un sujeto pasivo colectivo, circunstancia que cuando menos teóricamente, permite el planteamiento de la continuidad.

Siguiendo con esta problemática en orden a la decisión de la continuidad delictiva en la prostitución *organizada*, hay que recordar que el actual art. 188.2, tras la reforma operada en nuestro Código Penal, ha optado por referir un sujeto pasivo colectivo por cuanto no se habla de *una persona* sino de la *entrada o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual*, permitiendo este carácter plural y la utilización conjunta del término *explotación* considerar la aplicación de la continuidad delictiva.

²⁴ El art. 452 bis a) 3º del Código Penal derogado castigaba al que retuviere a una persona contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico immoral.

²⁵ Se trataba de la traída a España de mujeres checas y eslovacas para ejercer la prostitución en clubes, repartiéndose el dinero obtenido por ellas y vigilándolas para que no salieran de esos locales.

Otra solución con respecto a la posible continuidad delictiva vendría determinada por la aplicación de un concurso²⁶ -que parece inevitable entre el delito de prostitución y el delito de asociación ilícita cuando encontremos, con independencia del carácter plural que tenga la *trata*, la existencia de una organización estable dirigida a esta finalidad. Recordemos que la incriminación de la asociación ilícita destinada al *tráfico de personas*, como posteriormente veremos, está prevista en nuestro Código Penal e integrada en el extenso Título XXI referido a los delitos *contra la Constitución*, concretamente en el Capítulo IV que lleva la rúbrica de *los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*.

El concurso al que nos referimos resulta inevitable habida cuenta queda configurado como delito autónomo lo que constituye un elemento constitutivo de la *trata*. No parece que la aplicación del concurso comporte la inaplicabilidad de la continuidad delictiva en la *trata de blancas*. Es obvio que la asociación ilícita no requiere la producción de un resultado concreto ni la producción efectiva del delito perseguido y parece posible que en el concurso descrito apareciera la consideración de la prostitución como un delito continuado por cuanto, como manifestó el Tribunal Supremo, lo esencial seguiría girando alrededor de la *naturaleza del hecho* y, sobretodo, alrededor de la existencia de un sujeto pasivo colectivo.

Antes de finalizar este apartado convendría recordar, por último, que es relativamente habitual la contradicción en sus declaraciones de la mujeres explotadas, ya sea durante las actividades de instrucción o durante el acto del juicio oral. Sobre el particular, la Sentencia 74/98 de 26 de Enero recuerda que la *rectificación de la acusación en el juicio oral por parte de la víctima no tiene el efecto automático del desistimiento de la acción penal*, considerando que la rectificación de las declaraciones *no vincula al Tribunal* que puede fundamentar la condena sobre declaraciones previas de la víctima aun cuando sean contradictorias con las ofrecidas en juicio.

²⁶ Parece que se trataría de un concurso medial del art. 77.1 del Código Penal. Hay que destacar - como ha reflejado la doctrina (Tamarit Sumalla, Carbonell Mateu)- la autonomía del delito de asociación ilícita, como luego veremos, que se ve consumado por la concurrencia de actos preparatorios.

4. LA POSIBLE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La relación de la *trata de blancas* con diversas especialidades probatorias y procesales es consecuencia de la relación inevitable que se establece entre la responsabilidad penal de los autores de la infracción y la responsabilidad administrativa en la que incurren las víctimas de tales delitos a consecuencia de su estancia ilegal. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido en varias ocasiones a esta cuestión que, al día de hoy, ha adquirido carta de naturaleza en el art. 55²⁷ de la Ley 4/2000 de *los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

La expulsión de las mujeres extranjeras en situación irregular y explotadas en la prostitución y la no prestación de su testimonio, provocaba en ocasiones la frustración de la investigación judicial y no pocas veces la falta de acreditación de los hechos en el Juicio Oral. La descoordinación institucional resultaba -y aún resulta muchas veces- patente, no sólo porque dejaban de adoptarse las medidas necesarias para el aseguramiento de la prueba

²⁷ El art. 55 de la Ley 4/2000 está rubricado -como todos los preceptos de esta Ley- y se refiere a la *Colaboración contra redes organizadas y establece*:

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad administrativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/94, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales.

sino porque no se tomaba ninguna otra decisión en orden a la protección o asistencia de la mujer explotada que, en muchas ocasiones y tras serle recibida declaración en sede policial o en el Juzgado, debía volver a su lugar trabajo y convivir nuevamente con sus explotadores²⁸.

Por regla general -y no en todos los casos- se optaba por la *preconstitución* de la prueba de acuerdo con lo establecido en el art. 448 de la L. E. Cr., alegando en el transcurso del Plenario su imposible o muy difícil reproducción, llevando a cabo la lectura de la declaración sumarial conforme a lo establecido en el art. 730 del mismo texto legal y estimándose suficiente para apreciar tal dificultad la mera constancia en autos de la nacionalidad del testigo extranjero y su domicilio o residencia previa en el mismo, así como la acreditación de su expulsión del territorio nacional. Así, la Sentencia 263/98 de 5 de Octubre (Ponente Sr. Marañón Chavarri) se refiere extensamente al problema e indica que *se agotaron razonablemente las diligencias para localizar y citar a las testigos. Previendo tales dificultades -continua diciendo la sentencia- y teniendo en cuenta que las testigos eran naturales de Chequia, en donde habían tenido su residencia, se practicaron las declaraciones sumariales de las mismas por el juzgado Instructor con arreglo a las disposiciones del art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*²⁹. Posteriormente la sentencia citada llega a indicar que no era necesaria la citación a las partes con indicación expresa de que iba a ser preconstituida la prueba, alegando que *el letrado del acusado tenía que saber que, al asistir el Fiscal y los Letrados a las diligencias sumariales para la que se les citaba, tales actos procesales pasaban a integrar prueba anticipada o preconstituida, que podían desplegar directamente su eficacia probatoria, si las diligencias no podían reproducirse en el juicio oral.*

Al día de hoy, la entrada en vigor del citado art. 55 de la Ley 4/2000 obliga a un profundo replanteamiento del problema. La posible exención de responsabilidad administrativa, es decir, la posible inejecución de la expulsión viene determinada por dos requisitos:

²⁸ A nivel policial son frecuentes los comentarios de agentes que indican como la mujer explotada, ante la actuación judicial, veía incrementada su deuda con sus explotadores por la supuesta asistencia jurídica recibida en sus comparecencias judiciales.

²⁹ La sentencia citada lleva a cabo un sencillo y aconsejable recordatorio de las condiciones que requiere la apreciación del quebrantamiento de forma para los supuestos de denegación de la suspensión por incomparecencia del testigo.

a) que el extranjero que se encuentre en situación irregular tenga el carácter de víctima, perjudicado o testigo.

b) que tal condición la adquiera en una investigación referida exclusivamente a delitos directamente relacionados con las migraciones fraudulentas: El tráfico ilegal de mano de obra del art. 312 del Código Penal; el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis; la asociación ilícita de los arts. 515, 517 y 518 y, por último, los casos de prostitución en los que se aprecien organizaciones destinadas a la introducción ilegal de personas.

En cuanto al contenido de la exención no sólo comporta la inejecución de la expulsión sino, además, la elección entre el retorno al país de procedencia o la estancia y residencia legal en España, con permiso de trabajo y facilitando la integración social.

La Ley administrativa ha extendido de forma muy amplia la delimitación subjetiva de la persona favorecida por la exención al no referirla estrictamente a la *victima*. No parece excesivamente problemática la configuración de quien deba ser considerado *perjudicado*, pero sí lo parece establecer qué debamos entender por *testigo*³⁰. En un principio, cabría pensar que -prácticamente- cualquier extranjero en situación irregular que tenga conocimiento de la existencia de alguna red organizada que se dedique a tal actividad y pueda ofrecer alguna confidencia policial podía ser beneficiado por la medida. Sin embargo, de no tener la condición de víctima o perjudicado, es discutible que así ocurra por cuanto el concepto de testigo es un concepto procesal que parece requerir la presencia del extranjero colaborador en un procedimiento judicial o, cuando menos, en un atestado policial que ineludiblemente se incorpora a unas Diligencias Previas y comporta su consideración como testimonio, con independencia de su ratificación o no en el acto del Juicio Oral, circunstancia -de otra parte- que será la más habitual y lógica. Nos quedaría por decidir ni podemos entender por testigo al que lo presta en un expediente administrativo. En mi opinión ello no es posible por cuanto el testimonio siempre está referido a un hecho delictivo -las actividades enumeradas en el apartado primero del propio artículo 55- y por testigo sólo cabe entender el que colabora con el esclarecimiento de una actividad criminal ante la Policía, Ministerio Fiscal o Autoridad Judicial.

³⁰ Conforme a la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de Noviembre de 1.995, por testigo debe entenderse *toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o de datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales*.

De cualquier manera y con independencia del carácter limitado que otorguemos al concepto de *testigo*, parece claro que la actividad del extranjero exento de la sanción de expulsión no comporta necesariamente su comparecencia en una diligencia judicial ya que basta con la denuncia de los hechos o la *colaboración con funcionarios policiales competentes en materia de extranjería*. La exigencia está referida por tanto a la mera aportación de datos durante la investigación policial ya que no se cita a la autoridad judicial y se indica tan sólo y con carácter alternativo, *o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores*. El texto del precepto permite adoptar la exención de responsabilidad por la autoridad administrativa correspondiente al margen de la futura actuación judicial.

Resulta más discutible la aplicación exclusiva de la exención tan sólo a los delitos relacionados con las migraciones fraudulentas. En principio el testimonio del extranjero en situación irregular puede resultar de mayor importancia en otros hechos delictivos que merezcan la suspensión de la ejecución por razones diferentes de aquellas que otorgan unas especiales características a la extranjería. De cualquier manera se trata de una medida de política criminal que se encuentra fuera del Código Penal ante el carácter administrativo de la sanción a imponer.

Hemos indicado con anterioridad que la exención de responsabilidad administrativa no siempre comporta la permanencia del extranjero en España, ya que puede optar por el retorno a su país de origen. Ello otorga una especial importancia al apartado 4 que obliga la Ministerio Fiscal al control de aquellas personas contra las que *se haya dictado una resolución de expulsión siempre que tal persona aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales*. La situación obliga a una relación fluída entre la autoridad gubernativa y el Ministerio Fiscal quien deberá extremar el cuidado en el conocimiento de testimonios relevantes que deba preservar para el resultado del juicio. Lo que realiza el Ministerio Fiscal, en definitiva, es una solicitud a la autoridad gubernativa para que valore la situación y permita la permanencia del extranjero en España o permita su regreso *durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas*. Si la autoridad gubernativa no autorizara la permanencia o regreso, la única posibilidad que le

queda al Fiscal y al propio Juez es la aplicación del art. 448 estimando la necesidad de preconstitución de la prueba, sin que quepa obligar a la autoridad administrativa a que disponga durante todo el proceso la presencia del testigo.

La alusión *in fine* del art. 55 a la posible aplicación de la Ley Orgánica 19/94 de protección de testigos y peritos en procedimientos criminales³¹ no supone la posibilidad de aplicación de un régimen diferenciado en orden a la permanencia de tales testigos, caso de producirse la negativa por la autoridad gubernativa a la inejecución de la expulsión. En las disposiciones la Ley Orgánica citada, no se dispone ninguna medida expresa que esté dirigida a la suspensión del procedimiento de ejecución por orden judicial. Habrá que estimar que sólo será exigible a la autoridad gubernativa la permanencia del expulsado en España durante el tiempo imprescindible para llevar a cabo las diligencias judiciales que se estimen necesarias. No obstante, a través de una resolución motivada parece lógico que la autoridad judicial pueda exigir la permanencia del testigo en territorio nacional para que preseñe su declaración en el acto del juicio.

Si es preciso señalar que la entrada en vigor del art. 55 de la Ley 4/2000, promueve la discusión acerca de cuáles deban ser los requisitos que resulten necesarios para estimar -en el transcurso de la investigación judicial- la conveniencia de preconstituir la prueba o -en el acto del Plenario- de interesar la lectura de la declaración sumarial en los términos del art. 730 de la LECr. En principio, y a la espera de nuevos pronunciamientos jurisprudenciales, parece correcto estimar que el Ministerio Fiscal debe solicitar la preconstitución de la prueba en el caso de personas extranjeras que puedan ser expulsadas por su estancia irregular y, en todo caso, cabría dejar constancia en los autos de la solicitud realizada a la autoridad gubernativa de inejecución de la medida de expulsión, al objeto de que resulte plenamente acreditada la imposible o muy difícil reproducción de la prueba por causas que no sean imputables a la acusación pública.

³¹ Es muy llamativo que la promulgación de esta Ley en España sea anterior a la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de Noviembre de 1.995 relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional. La citada Resolución nada establece con respecto a la permanencia del testigo extranjero.

5. UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DIFERENCIADO

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido en ocasiones al bien jurídico protegido con la incriminación del tráfico ilegal de personas, como la tutela de un derecho o conjunto de derechos que escapan del ámbito estricto de la libertad. Sobre este particular, merece recordarse la afortunada STS 143/1.998 de 5 de Febrero (Ponente Sr. Jimenez Villarejo) que se refiere con cierta extensión al problema. La sentencia citada lleva a cabo una reflexión amplia sobre el problema del tráfico ilegal de la mano de obra y las migraciones fraudulentas y estima que el *bien jurídico protegido no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y el mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal como un verdadero delito de riesgo abstracto para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo.*

La sentencia citada utilizaba el expresivo término de *delito de intervención en migración laboral fraudulenta*, definiendo tales migraciones como la *recluta y traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro*. Es obvio que podríamos hablar también, más genéricamente, de delitos de *intervención en migraciones fraudulentas*, al referirnos sin más al tráfico de personas. Como venimos sosteniendo, es posible que cualquier actividad delictiva relacionada con el fenómeno de la inmigración ilegal cuente con un *elemento común* que le permite participar -de algún modo- de un bien jurídico *diferenciado*.

Todas las tipologías relacionadas con la inmigración requieren esta traslación de personas, variando sólamente la finalidad concreta que inspire la *intervención* en dicha traslación. Esta intervención puede buscar la introducción de extranjeros en el mercado laboral o dirigirse a la explotación de personas en la prostitución e incluso, tras las reformas operadas en virtud de la Ley 4/2000, las posibles traslaciones de personas pueden configurarse como una finalidad en si misma, sin necesidad de acreditar siquiera la intención de lucro, como ocurre con la tipificación de los nuevos *delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros* y con la consideración de las redes de inmigración ilegal como asociaciones ilícitas. Es obvio que el legislador español ha optado por otorgar un tratamiento diferenciado a esta clase de delitos

como lo demuestra el hecho, previamente apuntado, de que la exención de responsabilidad administrativa del art. 55 de la Ley 4/2000 sólo pueda tener aplicación en relación con los delitos que están directamente relacionados con la inmigración ilegal. Pero lo importante ahora es decidir si la traslación de personas desde un país a otro viene siempre definida por el aprovechamiento de las condiciones socioeconómicas del inmigrante. Se trata de establecer si todos estos delitos buscan proteger la capacidad de decisión del inmigrante o de establecer, desde otra perspectiva, si se trata de castigar en todo caso la *instrumentalización de la pobreza o de la necesidad*.

Antes de proseguir es necesario señalar que un hipotético bien jurídico propio de la extranjería, no pude identificarse sin más con el conjunto de derechos que asisten al ciudadano extranjero. Sabemos que estos delitos protegen distintos valores que no son puramente personales como ocurre con la libertad sexual en la *trata de blancas*. Y sabemos que además se protegen otros valores de signo colectivo que afectan a la comunidad en su conjunto y que se identifican con las razones que asisten a cualquier Estado para llevar a cabo un control razonable del flujo migratorio de manera que este no afecte a lo que podríamos llamar el *equilibrio social*.

El interés estatal por el control del flujo migratorio es plenamente legítimo y no está reñido en modo alguno con la protección de aquellos derechos fundamentales a los que acabamos de referirnos. Mas bien ocurre lo contrario. Se trata de un interés que no sólo está relacionado con la seguridad pública o con la política común de visados o con cualesquiera otras razones *internas* vinculadas al orden público. Este interés público resulta condición necesaria para que pueda desplegarse con toda su amplitud el conjunto de derechos que asisten al inmigrante y que son consecuencia de un compromiso estatal. Tal compromiso no es otro que el respeto a las disposiciones de diversos instrumentos legales internacionales suscritos por España y del respeto a los propios valores que consagra nuestra Constitución. La falta de control migratorio haría imposible el cumplimiento de este compromiso estatal por razones de carácter económico y por la situación clandestina de la estancia ilegal.

Cabe preguntarse por tanto si, con independencia del interés estatal en el control del flujo migratorio y de los derechos que asisten al inmigrante, cabe entender como bien jurídico propio de la extranjería, la *instrumentalización de la pobreza o de la necesidad*.

En un principio parece que el art. 318 bis castiga el tráfico de personas sin necesidad de acreditar, no ya cualquier aprovechamiento o abuso de una situación de necesidad, sino incluso el ánimo de lucro. Habría por tanto infracciones penales que no comportarían necesariamente la instrumentalización de la pobreza. Sin embargo, al encontrarnos ante un delito de riesgo abstracto -como nos indicaba el Tribunal Supremo al hablarnos de la migración laboral fraudulenta- quien interviene en cualquier actividad que impobilite el control de la inmigración por parte del Estado y la oportuna actualización de los derechos fundamentales del inmigrante, de algún modo asume que la entrada clandestina en nuestro territorio deberá relacionarse lógicamente con situaciones de pobreza o de necesidad, de forma que el bien jurídico tutelado gira en torno a una situación de riesgo que sería la imposibilidad de tutelar adecuadamente al inmigrante ilegal si ello fuera preciso.

El Bien jurídico tutelado, por tanto, no sería propiamente *la instrumentalización de la pobreza* sino el *riesgo inherente a la inmigración clandestina* o lo que es igual, la falta de seguridad jurídica o la puesta en peligro de la dignidad personal del inmigrante y de sus derechos fundamentales ante la clandestinidad de su estancia y la falta de control estatal. Podemos hablar, en definitiva, de un bien jurídico directamente relacionado con el compromiso estatal de actualización de los valores constitucionales.

6. EL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA EXTRANJERA

El Código Penal se refiere en su Título XV a los *Delitos contra los derechos de los trabajadores* otorgando una protección específica al trabajador como titular de una serie de derechos tutelados por el Estado. Lo que se garantiza con estas tipologías es el derecho a la seguridad de las condiciones de trabajo por cuanto, su quiebra, de algún modo, afectan al mercado laboral en su conjunto y al equilibrio social. El legislador de 1.995, haciéndose eco del sentir de la doctrina, sistematizó en el nuevo Título todas las posibles infracciones que, de algún modo, *lesionan o ponen en peligro los derechos de los trabajadores en un sentido amplio*³² poniendo fin a la dispersión de infracciones contenida en diversos Títulos del Código derogado.

³² Carbonell Mateu y González Cussac

Ello otorga una carácter eminentemente plural al bien jurídico tutelado³³ que cuenta como única referencia común la de referirse en todo caso al trabajador como sujeto pasivo. Como indicábamos anteriormente, parece que lo *protégido* gira en torno al riesgo que conlleva la precariedad de las condiciones de trabajo o el interés estatal por su cumplimiento ya que, de otra forma, no es posible desplegar el conjunto de derechos inherentes a la actividad laboral.

La extranjería tiene su cabida en el grupo de delitos contra los derechos de los trabajadores en los artículos 312 y 313 de nuestro Código Penal³⁴ castigando el primero la *explotación de trabajadores extranjeros* y el segundo la *inmigración o emigración laboral clandestina*.

El art. 312 se refiere a la forma más grave de tráfico ilegal de mano de obra en relación con la extranjería. Es evidente la importancia creciente que el legislador español otorga a la cuestión por cuanto la entrada en vigor de la Ley 4/2000 fue *aprovechada* para llevar a cabo una elevación sustancial de la pena de prisión que se imponía con anterioridad³⁵.

Cuando el precepto citado alude a la extranjería, se refiere al *súbdito extranjero sin permiso de trabajo* y al que se imponen condiciones que limitan sus derechos reconocidos en la ley, en convenios colectivos o en contrato individual.

Por *súbdito extranjero*, conforme a lo establecido en el art. 1 de la Ley 4/2000 hay que entender los *que carecen de la nacionalidad española* con las excepciones previstas en la ley³⁶ y en cuanto a cual sea el concepto de

³³ Muñoz Conde

³⁴ El art. 312 establece que

1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones trabajo engañosas o falsas, y quienes 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.

Por su parte, el art. 313 establece

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

³⁵ La pena que imponía el Código con anterioridad a la Ley 4/2000 de 11 de Enero era de seis meses a tres años.

³⁶ El art. 2 y el segundo apartado del art. 1 establecen, respectivamente, las exclusiones del ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería a los agentes diplomáticos y consulares y otros funcionarios asimilados y el régimen de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. En este punto conviene recordar, además, las disposiciones de la 5/84 de 26 de Marzo sobre el derecho de asilo y la condición de refugiado.

permiso de trabajo, es necesario acudir al art. 35 de la ley citada que lo define como *la autorización para realizar en España actividades lucrativas por cuenta ajena*. No obstante la anterior definición, la carencia de permiso de trabajo no se limita al concepto establecido en el art. 35 sino a otras situaciones laborales del extranjero en España que aparecen configuradas como regímenes especiales en el Capítulo II de la Ley. Por tales hay que considerar a la *autorización para la realización de actividades lucrativas* (art. 33), la *autorización administrativa para trabajar* (art. 34), así como los supuestos de trabajadores de temporada (art. 41), *trabajadores transfronterizos* (art. 42) y los que integran el *contingente de trabajadores extranjeros* que se establece anualmente por el Gobierno tras la audiencia al Consejo Superior de Política de Inmigración y a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (art. 37). Todas las situaciones citadas pueden entenderse desde la perspectiva penal como *permiso de trabajo* ya que conllevan una serie de derechos para el trabajador extranjero que deben ser respetadas por los empleadores.

Algunas de las situaciones descritas, sin embargo, resultan difíciles de compaginar con el tipo penal ya que, tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que el sujeto pasivo en el tráfico ilegal de mano de obra debe ser necesariamente un *trabajador por cuenta ajena* y se dan situaciones que están referidas a la concesión de autorizaciones administrativas para el desarrollo de funciones lucrativas o profesiones³⁷. En tales casos la cuestión radica en la necesidad de que exista un empleador del que dependa el extranjero, con independencia del trabajo que concretamente desarrolle. La ausencia de empleador provocaría la inexistencia del delito ya que el sujeto activo se circunscribe a *quienes emplean*, precisando la apreciación del extranjero como empleado, entendiendo por tal quien realiza una actividad laboral a cambio de un sueldo o salario.

Es obvio que el sujeto activo no tiene que ser necesariamente un empresario, basta con que se configure como la persona que establece con el trabajador una *relación permanente de dependencia laboral*. Ello nos conduce a otro problema habitual que es la decisión de otorgar o no la condición de trabajadores a los inmigrantes ilegales que ejercen la prostitución en los clubes de alterne. Si respondemos afirmativamente conforme al criterio

³⁷ Los arts. 34 y 35 se refieren, por ejemplo, a actividad lucrativa profesional, trabajo por cuenta propia, comerciante, industrial, agricultor o artesano.

abierto que estamos otorgando al término *emplear*, con independencia de su determinación coactiva, en los casos de explotación en la prostitución tendría lugar la consumación del art. 313 o, incluso, del art. 312 por cuanto sus condiciones de trabajo pueden suponer una merma evidente de sus derechos fundamentales. Podrían darse, además, situaciones de concurso que al día de hoy, no creo que hayan sido debidamente analizadas por la jurisprudencia.

De otra parte, es necesario decidir si para la consumación del tipo de la migración laboral fraudulenta basta sin más con la dación de empleo al extranjero sin permiso o es necesario que el trabajo, además, tenga lugar en condiciones *que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que -los trabajadores extranjeros- tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*. No resulta fácil responder a la pregunta por cuanto, si seguimos el tenor literal del precepto, parece ser condición para la existencia del tipo la restricción apreciable de derechos fundamentales. En realidad, es necesario distinguir dos situaciones:

1.- La primera estaría referida a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo que realizan sus funciones en condiciones razonables. En tal caso, parece que no podría estimarse este tipo penal sino el del art. 313 que castiga la simple promoción o el favorecimiento *por cualquier medio* de la inmigración laboral clandestina.

2.- La segunda situación vendría determinada por la inmigración clandestina que, además, conlleva condiciones restrictivas de los derechos de los trabajadores extranjeros, que sí sería castigada conforme al art. 312.2 del Código Penal.

Lo que no resulta lógico es que ambos delitos tengan establecida la misma pena por cuanto la tipología del art. 312 se configura como una actividad de mayor reproche ya que no sólo supone la aceptación de la actividad migratoria fraudulenta sino el atentado contra los derechos esenciales del trabajador, llevando a cabo su explotación. Hubiera sido, por tanto, más razonable, establecer en estos supuestos una agravación específica.

Cabría pensar que la inmigración clandestina a la que se refiere el art. 313 está referida siempre al traslado de un número plural de personas mientras que la explotación del trabajador extranjero en condiciones injustas cabe apreciarse de una forma individualizada. Ello podría explicar la asimilación punitiva entre ambos conceptos. Sin embargo, tradicionalmente, la

doctrina ha entendido que ambas tipologías pueden consumarse de forma individual o colectiva, si bien no hay acuerdo en orden a la apreciación de continuidad.

La inmigración sin más dar lugar a la apreciación de un sólo delito aún cuando se refiera a un número plural de trabajadores; sin embargo la explotación de inmigrantes ilegales, en tanto afecta a un bien jurídico eminentemente personal, siempre dará lugar a la apreciación de un delito por cada uno de los trabajadores explotados y ello aún cuando el artículo 312 se refiera a *súbditos extranjeros* en plural. Conforme a la idea anterior, la explicación de la identidad de las penas vendría dada por el hecho de que mientras en el supuesto -ciertamente menos grave- de la *inmigración laboral fraudulenta* apreciaríamos un sólo delito sea cual fuere el número de trabajadores introducidos en España; en el caso de la *explotación ilegal del inmigrante* sería obligado apreciar un delito por cada uno de los trabajadores explotados y ello provoca de hecho una intensidad mucho mayor en la sanción.

Como notas comunes a los dos preceptos que se refieren a la inmigración laboral cabría señalar su carácter doloso y el que sean perfectamente asumibles formas imperfectas de ejecución. La duda surgiría a la hora de establecer cuando tiene lugar la consumación de cada uno de los delitos que podría ser -para el caso de la *inmigración laboral fraudulenta*- con la llegada física a nuestro territorio y -para el caso de la explotación- con el inicio efectivo de la actividad laboral o la llegada al lugar de trabajo. En ambos casos, como mecanismos de engaño, cabrá estimar situaciones de concurso con delitos de estafa y falsedad.

Otra duda vendría referida, por último, a la existencia del tipo del art. 312 *en todo caso* por cuanto, de hecho, la introducción de un inmigrante ilegal supone su estancia clandestina y -como anteriormente indicábamos- ello supone *per se* una merma considerable de algunos de sus derechos más esenciales como, por ejemplo, el derecho a la documentación o a la participación pública de los arts. 4 y 6 de la Ley 4/2000. De estimarlo así, sin embargo, no cabría ningún contenido penal para la simple inmigración laboral -cuando menos en este Título- por lo que parece que el legislador ha querido distinguir la entrada de extranjeros para abastecer el mercado sumergido de otras situaciones laborales próximas a la esclavitud o identificadas con ella que merecen un reproche mayor y que se refieren, en un sentido estricto, a los derechos laborales.

Por su parte, el apartado segundo del art. 313, tipifica la conducta inversa, es decir la emigración fraudulenta a través de la simulación de contrato o cualquier otro engaño semejante, tipo que no se circunscribe a los trabajadores españoles por cuanto refiere el sujeto pasivo como alguna persona que emigra de un país a otro.

7. REFERENCIA AL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

La más importante novedad producida en el ámbito criminal en los últimos años en relación con la extranjería, viene determinada por la entrada en vigor de un nuevo Título, el XV bis, del Código Penal que lleva la rúbrica de los *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* y que está integrado por un sólo art., el 318 bis del Código Penal³⁸.

La creación de una categoría delictiva sobre el tráfico ilegal de personas pone de manifiesto la envergadura de un fenómeno que no ha cesado de crecer y que ha generado a su alrededor toda una serie de conductas criminales de importancia. El Código ha optado por castigar en términos muy amplios la inmigración clandestina, estableciendo un tipo básico en el apartado primero del art. 318 bis y cuatro subtipos agravados en los números siguientes del mismo precepto, tipologías que pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) El apartado primero castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses el *tráfico ilegal de personas* en toda su

³⁸ El art. 318 bis establece:

1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos previéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

extensión. Se castiga el tráfico de personas desde España al extranjero o viceversa, así como la estancia de personas en tránsito hacia terceros países o desde terceros países. La actividad comisiva es muy amplia, casi la mayor posible y se refiere tanto a la promoción como al favorecimiento y a la facilitación del tráfico de personas. En realidad, cualquier actividad vinculada a la inmigración ilegal, siempre y cuando el sujeto activo sea consciente de la situación irregular del extranjero o, incluso, pueda sospecharla con facilidad, cabrá integrarla en el tipo penal. La definición del *tráfico ilegal de personas* ha de ser referida, necesariamente, a cualquier flujo transfronterizo que no cumpla los requisitos administrativos previamente establecidos. Como hemos reiterado en esta ponencia, la estancia clandestina impide la *cristalización* del conjunto de derechos del ciudadano extranjero y esta es -justamente- la tutela que pretenden llevar a cabo las tipologías que abordan las materias de extranjería.

El tipo básico parece requerir la apreciación de un *dolo de consecuencias necesarias* con los perfiles que la jurisprudencia ha venido otorgándole en los últimos años³⁹ de manera que las conductas promovedoras o facilitadoras de la estancia de personas indocumentadas extranjeras o con circunstancias que permitan sospechar la misma, debe provocar la existencia del dolo necesario para la consumación del delito. Bastará -en definitiva- un conocimiento *aproximado* de la estancia o tránsito clandestina.

La consumación del delito tiene lugar con la entrada en España del inmigrante o con la salida de los nacionales hasta un tercer país, si bien parecen posibles, como indicábamos con anterioridad al referirnos al *tráfico de mano de obra*, formas imperfectas de ejecución y situaciones concursales, principalmente con delitos de estafa y falsedad.

Característica esencial del delito de *tráfico ilegal de personas* es que no precise siquiera el ánimo de lucro. Caso de existir se produce una agravación específica que supone la elevación de la pena de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, como veremos a continuación.

³⁹ Respecto a los límites actuales del llamado *dolo de consecuencias necesarias*, cabría citar, últimamente, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1.996, 21 de Enero de 1.997, 29 de Enero de 1.997, 14 de Febrero de 1.997, 16 de Junio de 1.998, 26 de Noviembre de 1.998 y, más recientemente, la de 14 de Mayo de 1.999. La aplicación del *dolo de consecuencias necesarias* se refiere a tipologías delictivas muy diversas como ocurre con las lesiones, el atentado o los delitos sobre el Patrimonio Histórico en los que se erige como elemento esencial para su persecución. Como es sabido, viene a configurarse como aquel en el que el sujeto acepta el resultado producido como consecuencia necesaria de su actuación aunque persiga otros fines.

b) Las conductas que determinan la aplicación del primer supuesto de agravación, son las siguientes:

- El ánimo de lucro.
- El empleo de violencia o intimidación.
- El engaño.
- El abuso de una situación de necesidad de la víctima.

Se trata, por tanto, de elementos que no son precisos para la consumación del tipo.

c) Se produce otra forma de agravación común a los dos apartados anteriores que sería la puesta en peligro de la *vida, salud o integridad* de los inmigrantes o aquellos casos en los que estos son menores de edad, minoría de edad que siempre habría que referirla a la legislación española. En tales casos *se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior*.

d) Por razón del sujeto activo, el apartado cuarto establece la pena, además de las que correspondan, de inhabilitación absoluta de seis a doce años, si los hechos se cometan por *autoridad, agente de esta o funcionario público prevaliéndose de su condición*.

e) El apartado quinto impone las penas superiores en grado *cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades*.

El problema más significativo que, a primera vista y con independencia de la amplitud del precepto, se plantea es el que alude a la posible inclusión en el nuevo tipo penal de los comúnmente llamados matrimonios de conveniencia y las posibles situaciones de concurso que plantea el art. 318 bis con el delito de asociación ilícita tipificado en el nuevo art. 515 6º del Código Penal, así como la propia acotación del concepto de asociación que contiene el apartado quinto anteriormente referido.

Parece que el término más adecuado para estos matrimonios sería el de *matrimonios fingidos*, entendiendo por tales aquellos que buscan la estancia legal de una persona extranjera a través de su *fingida* celebración. El matrimonio *realmente* celebrado, con independencia de cual sea la finalidad realmente perseguida por los contrayentes no parece que pueda entrañar responsabilidad penal. Hay que recordar en este punto que la Sentencia del Tribunal Supremo 1004/97 estableció la imposibilidad de incriminar las habituales conductas falsarias en estos expedientes matrimoniales civiles, considerando que los efectos de esta conducta deben configurarse como un ilícito civil o administrativo y quedar al margen de derecho penal.

La entrada en vigor del nuevo art. 318 bis del Código Penal obliga, sin embargo, a llevar a cabo un profundo replanteamiento del problema por cuanto, en la actualidad, me parece obvio que la realización de tales matrimonios supone una conducta en algún modo promovedora, favorecedora o facilitadora del tráfico ilegal de personas. El nuevo delito no requiere que este tráfico ilegal tenga un carácter plural, teniendo lugar la consumación del tipo con independencia del número de personas con las que se trafique. No es preciso ni el ánimo de lucro ni presencia de una organización por lo que la mera prestación del consentimiento por parte de quien contrae un matrimonio fraudulento permite, en principio, la apreciación del hecho como delito.

La incriminación de los matrimonios fraudulentos entrañará ciertas dificultades probatorias, en modo alguno insalvables, debiendo inferirse la ausencia de voluntad matrimonial y por tanta la actividad de *fingimiento* de diversos factores tales como la ausencia de convivencia, la propia estancia clandestina de la persona extranjera que lo contrae o la propia actividad falsaria habitualmente desplegada en los expedientes civiles, actividades que - desde ahora- si pueden tener la consideración delictiva que antes se les negaba a través de la figura del concurso medial. Tengamos en cuenta que la conducta es eminentemente una conducta falsaria a la que el Código otorga una entidad delictiva en atención a la necesidad de control del flujo migratorio y a la necesidad de actualización de los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros. Esta circunstancia, es decir, la relación del bien jurídico tutelado con los derechos fundamentales del ciudadano extranjero, es la que obliga a considerar impune su conducta al encontrarse incluida en la esfera de protección de la norma.

Mayores dificultades tendrá la delimitación de lo que debamos entender por organización, tal y como aparece configurada en la agravación específica contenida en el apartado 5º del artículo 318 bis, por cuanto -como establece el precepto- puede tener un carácter meramente *transitorio*. Ha pesar de lo dicho, el propio concepto de asociación entraña una habitualidad o permanencia temporal, por breve que sea, que obliga a estimar que se requiere la misma para apreciar la agravación citada. Cuando se habla de *organización transitoria* no creo que podamos estimar como tal al grupo que se *organiza* para realizar un matrimonio fraudulento sino que debemos entender, cuando menos, una organización creada para llevar a cabo estas

conductas con un mínimo de estabilidad, con una entidad suficiente y aún cuando no cuente de manera efectiva con una voluntad de permanencia. Hablaríamos, por ejemplo, de *organización transitoria*, cuando un grupo determinado de personas se organiza para la introducción a través de matrimonios fingidos de distintas personas de una misma familia o de mujeres que trabajan en un local determinado o para el mismo empresario, cesando -una vez conseguida la estancia legal- en dicha actividad. De lo contrario no le daríamos prácticamente ninguna virtualidad al tipo básico por cuanto la celebración de estos matrimonios comporta casi siempre la existencia de una mínima organización o la puesta en común de un concurso de voluntades. Así pues cabría estimar que la *organización transitoria* a la que lude el art. 318 bis sería un estado intermedio entre la actividad básica descrita en el precepto y la asociación ilícita a la que se refiere el art. 515 6º y a la que aludiremos brevemente a continuación.

8. LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

Otra de las novedades introducidas por la Ley 4/2000 en el Código Penal es la tipificación en el art. 515.6º como asociación ilícita de la que se integra por quienes *promuevan el tráfico ilegal de personas*.⁴⁰

Con la introducción de una figura delictiva de *asociación ilícita* referida a la extranjería se completa la esfera de protección criminal para el fenómeno de las migraciones fraudulentas. Con su tipificación, el legisla-

⁴⁰ Las alusiones citadas a la problemática de extranjería se contienen en el extenso Título XXI que lleva la rúbrica de Delitos contra la Constitución. Concretamente, el Capítulo IV -donde se integran los artículos- está referido a los *delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*. Además del art. 515 6º que configura como *asociación ilícita a los que promuevan el tráfico ilegal de personas*, se refieren al problema los arts. 517 y 518 del Código Penal. El art. 517 establece:

En los casos previstos en los números 1º y 3º al 6º del art. 515 se impondrán la siguientes penas:

1º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por su parte, el art. 518 establece:

Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1º y 3º al 6º del art. 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

dor español sigue poniendo énfasis en la idea de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros. De hecho, esta tipología se enmarca en el Capítulo IV del Título XXI -Delitos contra la constitución- que está expresamente referido a la protección penal del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Dicha protección se dispensa por cuanto la situación clandestina del inmigrante ilegal impide, como hemos reiterado, la actualización de sus derechos fundamentales. El bien jurídico tutelado necesariamente se relaciona con el respeto a la voluntad estatal de protección del ciudadano extranjero conforme a los valores constitucionalmente consagrados y con independencia del propio orden social que igualmente se protege a través del control del flujo migratorio.

Esta forma delictiva participa de los elementos propios del concepto global de *asociación ilícita* entre los que destaca la incriminación de los actos preparatorios establecida en el art. 519. Viene configurada por las notas de organización y de voluntad de permanencia, sin que requiera la comisión del delito la producción de ningún resultado efectivo, bastando con la existencia del fenómeno asociativo como tal. Con respecto a la necesidad organizativa, esta hay que referirla a la de coordinación entre las diversas personas que la integran por cuanto pueden existir sujetos que habitualmente realicen actos de tráfico ilegal de personas y que no pertenezcan propiamente a ninguna organización. Como acabamos de indicar la nota esencial viene referida a la relación permanente entre las distintas actividades comúnmente necesarias en estas actividades, desde la captación de inmigrantes, hasta el cobro de cantidades por el transporte o actos de vigilancia, transporte o control posterior.

Baste recordar, por último, los habituales concursos que pueden tener lugar con la trata de blancas y las migraciones laborales fraudulentas.

9. FISCAL DE EXTRANJERÍA Y POLICÍA JUDICIAL

Hoy día no resulta posible llevar a cabo una respuesta institucional adecuada a la problemática de la extranjería sin una creciente coordinación entre las autoridades gubernativas y las judiciales. Estas funciones de coordinación pueden desarrollarse, principalmente, por el Ministerio Fiscal y con el auxilio eficaz de la Policía Judicial.

A modo de conclusión en esta ponencia cabría citar una serie de medidas urgentes y aconsejables, perfectamente asumibles por la administración española⁴¹ y que redundarían en una mejora notable de la actuación institucional en materia de extranjería y que serían -muy sucintamente- las siguientes:

1º Reforzamiento del carácter de Policía Judicial de los Grupos de Extranjería dependientes de la Policía Nacional y la asunción por estos Grupos de competencias similares a las establecidas para los *Equipos de la Mujer y el Menor* de la Guardia Civil ya que estos realizan funciones de asistencia a la mujer extranjera explotada en prostitución.

2º Reforzamiento de la figura del Fiscal de Extranjería con funciones de coordinación *preprocesal* para la actuación de los Grupos de Extranjería y Policía Judicial y con periódicas reuniones acerca de futuras actuaciones y posibles testimonios relevantes para la correcta aplicación del art. 55 de la Ley de Extranjería. Debe establecerse la obligación de comunicación al Fiscal de Extranjería de todos los expedientes de expulsión para la adecuada aplicación de la *exención de responsabilidad administrativa* establecida en el art. 55 de la Ley 4/2000.

3º Coordinación con los Servicios de Inspección del Ministerio de Trabajo para establecer criterios uniformes de actuación contra el tráfico ilegal de mano de obra y acerca de la consideración laboral de la mujer explotada en prostitución. Las inspecciones realizadas con anterioridad en centros de ocupación de inmigrantes adquieren un valor incriminatorio decisivo. La Inspección, además, debe servir para advertir a la Policía Judicial de migraciones laborales fraudulentas.

4º Coordinación *interna* del Ministerio Fiscal controlando diversos aspectos esenciales vinculados a la extranjería, tales como el seguimiento penitenciario de internos extranjeros o posibles situaciones de maltrato familiar que resultan especialmente difíciles de combatir en el mundo de la inmigración ilegal.

5º Seminarios de Especialización dirigidos a todos los colectivos implicados para la correcta aplicación de la Ley 4/2000 y del propio Código Penal con intervención de la nueva Delegación del Gobierno en materia de extranjería.

⁴¹ La oportunidad de llevar a cabo algunas de las recomendaciones citadas nos la ofrece la Disposición Final Sexta de la Ley 4/2000 al indicar que el Gobierno en el plazo de seis meses deberá aprobar su Reglamento.

Con independencia de la coordinación institucional y para finalizar estas breves consideraciones, es necesario insistir en que la entrada en vigor de la nueva Ley de Extranjería ha supuesto un cambio cualitativo y esencial en la respuesta penal al fenómeno de las migraciones fraudulentas. A partir de ahora cabe considerar la existencia de una nueva categoría de protección que está llamada a contar en el futuro con una mayor y más precisa cabida en los textos penales. Muy probablemente, el fenómeno de la inmigración ilegal supondrá uno de los más complejos problemas a los que tendrá que enfrentarse en derecho penal del próximo siglo.

ARRESTOS DE FIN DE SEMANA, DEPÓSITOS MUNICIPALES DE DETENIDOS Y OTROS PROBLEMAS PRÁCTICOS

JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS

Abogado-Fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva

La pena de arresto de fin de semana, de reciente implantación en nuestro sistema penológico, está produciendo una serie de disfunciones e inadecuaciones en la práctica cotidiana, que nos parece de interés reseñar en las siguientes líneas, de modo que puedan abrirse vías de reflexión y, en su caso, de modificaciones puntuales en la legislación que regula la citada pena. La justificación de la implantación de una pena tan novedosa sólo puede hacerse en base a una serie de razones que llevan a considerarla como adecuada para unos supuestos en que se hace óptima la aplicación de un tipo de pena privativa de libertad (como sin lugar a dudas se considera a la pena de arresto de fin de semana en base a la dicción literal del art. 35 del Código) que implica una especialísima forma de ejecución que, según se resalta en la Exposición de Motivos del Real Decreto 690/96, pretende evitar que se produzca el contagio criminógeno que se daría en un régimen de normal convivencia con otros internos en un Establecimiento Penitenciario.

Nada habría que objetar a lo anterior si no fuese porque el Código Penal ha hecho *tabula rasa* con una pena que por sus especiales características parece claramente destinada sólo a delincuentes con un determinado perfil, a saber, delincuentes primarios y que hayan cometido infracciones penales que por su no excesiva gravedad no sean merecedoras de una pena más gravosa como la de prisión. Pero, como decimos, el Código penal no contiene una norma que impida la aplicación de esta pena a sujetos respecto de quienes es claramente superfluo pretender excluirles de un posible contagio criminógeno (pensemos, por ejemplo, en sujetos reincidentes o con un

largo historial delincuencial). ¿Tiene justificación respecto de estos sujetos la aplicación de una pena que conlleva una serie de especialidades en su ejecución -señaladamente, la de cumplirse en celda individual y en régimen de aislamiento- tendentes a evitar dicho contagio? ¿Tiene sentido aplicar esta pena a aquellos que se encuentren sujetos al cumplimiento de penas de prisión, de modo que deberían esperar a extinguir éstas para, a continuación, comenzar un peregrinar al Centro Penitenciario para extinguir la pena de arresto? El absurdo de esta situación ya ha sido reconocido implícitamente por el prelegisla-dor al proponer la reforma del art. 37.4 en el marco del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, para permitir el cumplimiento ininterrumpido de los arrestos de fin de semana sin las limitaciones actualmente existentes. Asimismo, ha recibido un tratamiento coherente con la finalidad y fundamento de la pena en la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 1/98¹. Pero más allá de estos intentos, continúan presentándose situaciones fácticas de difícil solución.

Por lo que se refiere a los presos preventivos con penas de arresto de fin de semana pendientes, aun cuando podría entenderse que la estricta aplicación de la normativa vigente llevaría a soluciones distintas, parece de lógica y de Justicia -y así se ha venido interpretando por parte de diversos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria- una lectura de esta situación más acorde con las finalidades perseguidas por el legislador -en la línea de la ya mencionada Consulta-, de modo que se acuerde en estos casos el cumplimiento ininterrumpido de aquellas penas de arresto de fin de semana que han perdido su sentido último de evitación de contagio criminógeno, por hallarse el penado en situación de prisión provisional. Lo contrario llevaría al absurdo de tener que aguardar a la libertad del preso para

¹ Conviene recordar el sentido de las conclusiones de la citada Consulta:

1.- No se puede ejecutar ininterrumpidamente un arresto de fin de semana en casos distintos a los previstos en el art. 37.3 del Código Penal, en relación con el art. 23 del Real Decreto 690/96 (supuesto de incumplimiento reiterado por parte del penado), y en el art. 193.2 del Reglamento Penitenciario de 1996 (supuesto de refundición de condenas).

2.- Las decisiones anteriores corresponden a la fase de ejecución de la pena y, por tanto, competen al Juez de Vigilancia Penitenciaria y no al órgano sentenciador.

3.- Cuando en una sentencia se condene a la misma persona a pena de prisión y a pena de arresto de fin de semana, el juez o tribunal sentenciador puede incluir en la liquidación de la prisión los días de arresto en orden a su ejecución unificada.

4.- En los casos anteriores, cada arresto de fin de semana equivaldrá a dos días de privación de libertad.

que comience a extinguir los arrestos o, lo que quizás sería más correcto pero igualmente chocante, a tener que conducir los fines de semana al preso preventivo desde el módulo que ocupase a otro en el que pudiese estar con las condiciones de aislamiento en celda individual que requiere el R.D. 690/96.

Como se ve por el anterior ejemplo, se dan en la práctica un buen número de supuestos en los que la aplicación de la pena de arresto de fin de semana es claramente inconveniente; señaladamente, respecto de aquellos delincuentes con un determinado historial penitenciario, o de aquellos que se hallen cumpliendo otras penas privativas de libertad. En estos casos sería conveniente evitar en lo posible la imposición de la pena de arresto de fin de semana, dado que poca virtualidad tendría respecto de sujetos con las mencionadas características.

La escasa coherencia de la regulación existente con su propio fundamento viene agravada por la falta de cuidado con que se ha atribuido esta pena en relación con algún tipo en concreto. Así, no es descabellado suponer a priori que un gran número -por no decir la inmensa mayoría- de quienes resulten condenados por delitos tales como el robo y hurto de uso de vehículos de motor no serán precisamente delincuentes primarios. No obstante, se prevé la pena de arresto de fin de semana para estos supuestos. El hecho de que no se trate de pena única hará posible que se reaccione a tiempo, evitando solicitar este tipo de penas a la vista de las concretas características personales de los acusados. No obstante, no pocas de las dificultades derivadas de la aplicación de esta pena encuentran su origen en esta falta de cuidado en la delimitación del perfil del sujeto condenado, como algún informe del Defensor del Pueblo Andaluz -que citamos más abajo- se ha encargado de poner de manifiesto. En el mismo sentido, creemos de interés reproducir una parte del informe al Congreso de los Diputados realizado por el Consejo General del Poder Judicial con fecha 12 de julio de 1999, en el que se hace constar que

"Esta pena se está imponiendo con mucha frecuencia junto con otras penas de larga duración en delincuentes multirreincidentes y, aunque el Código Penal no contiene ninguna norma que impida la aplicación de esta pena a quienes es claramente superfluo pretender excluirles de un posible contagio criminógeno, ello supone que la norma pierde su carácter y que su naturaleza se desvirtúa al no tener ningún sentido como medida alternativa a la pena

de prisión. Además, al ser aplicada a internos multirreincidentes, agrava la situación al dificultar su ejecución en el medio más adecuado, como son los centros abiertos y los depósitos municipales."

A todo ello hemos de añadir que si la existencia de una pena que descargue su fuerza punitiva periódicamente parece ajustado en lapsos de tiempo concretos -hasta el punto que el propio Código Penal coloca su límite máximo en 24 fines de semana, salvo que por aplicación del art. 70.1 llegue a ser de 36-, no lo es tanto cuando, por aplicación de las reglas de la sustitución del art. 88, podemos encontrarnos ante penas de duración desmesurada -hasta 208 fines de semana, prolongando durante 4 años lo que no deja de ser un sempiterno peregrinar hasta el lugar de cumplimiento- con lo que, de nuevo, vemos cómo pierde absolutamente su razón de ser el fundamento que sustenta la propia pena. Si unimos este punto con el anterior, lo que encontramos es una probabilidad más que alta de un quebrantamiento de condena.

De igual modo, no podemos dejar de reseñar las prevenciones que ha suscitado el arresto de fin de semana desde el punto de vista de su ajuste a determinados principios constitucionales. Por lo que se refiere al punto de vista del principio de legalidad penal, llama poderosamente la atención que se haga remisión a una regulación por vía de reglamento en materia que afecta tan directamente a los derechos fundamentales como las circunstancias de ejecución de una pena privativa de libertad. También se han alzado voces en la doctrina dudando de la vigencia de la reeducación y reinserción social consagrados por el art. 25.2 de la Constitución, por cuanto que el aislamiento a que se somete al penado no parece que pueda reconducirse a una tarea relacionada con los anteriores; a menos que admitamos tesis como las defendidas por **G. Potvin** -felizmente no seguidas por nuestra regulación actual- según las cuales la reeducación vendría dada por el período de reflexión (¿obligatoria?) a que se vería sometido el sujeto, al que debería privarse de la posibilidad de realizar trabajo alguno, e incluso de leer o tener cualquier otra distracción.

No cabe lugar a duda, por otra parte, de que el sistema de ejecución de la pena de arresto de fin de semana se ha convertido en una especie de cabeza de puente para el cambio más profundo que ya contiene el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, en el sentido de atribuir el control de la ejecución de la pena

de arresto, no al juez o tribunal sentenciador, sino al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Este cambio, que implica una alteración de esquemas más profunda de lo que a primera vista podría parecer, está produciendo diversas disfunciones. No es el momento de exponer ahora las diversas interpretaciones que se han hecho en la doctrina acerca de la obligatoriedad o no de la entrevista con el penado, del momento de inicio de la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, etc. Pero sí hay que poner de manifiesto que la ejecución de la pena de arresto de fin de semana requiere una concatenación de actuaciones de órganos y Administraciones diversas, que suele conducir en la práctica a que no puedan respetarse las fechas inicialmente pretendidas para la ejecución. El hecho de que sea necesario que el juez o tribunal sentenciador remita mandamiento de ejecución a la Administración penitenciaria, que se cite al penado para practicar la entrevista, que se remita la propuesta de plan de ejecución al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que se apruebe por éste dicho plan y que se notifique debidamente al encartado, implica el paso de una serie de fechas que, a poco que se produzcan retrasos en uno o varios de los escalones citados, hace que se sobrepasen las fechas previstas (por ejemplo, si en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se devuelve el plan sin aprobar; o si hay dificultades para la notificación del auto que apruebe el mismo) o, sobre todo en el caso de las faltas, que se produzca la prescripción de la pena.

Incluso para el caso en el que el penado haya acudido normalmente a la realización de la entrevista previa -caso que no es el más frecuente, por cierto- se viene produciendo un curioso efecto, quizás de índole psicológica, que tiene una muy negativa repercusión en las posibilidades de ejecución. Y este no es otro que el de entender el penado que nos hallamos ante una pena "a la carta" y, dado que se le ofrece la posibilidad de elegir fechas y horario de cumplimiento, el penado tiende a extender esta posibilidad a todo lo largo de la ejecución de la pena, de modo que es frecuente que se produzcan inasistencias a fines de semana concretos con alegaciones del tipo de "*no me vino bien*", "*me salió un trabajo ese fin de semana*", y similares.

Pero no es el anterior el único ni el más importante problema que nos encontramos en los casos en que ya existe plan de ejecución aprobado. A la vista de la dualidad de órganos judiciales ejecutantes -juez o tribunal sentenciador y Juzgado de Vigilancia Penitenciaria- resulta fundamental una adecuada conexión entre ambos. Nos estamos refiriendo a datos tan esen-

ciales como la comunicación del domicilio, la suspensión de la ejecución o los pagos de las multas. En cualquier ocasión en que el penado se ponga en contacto con el juez o tribunal sentenciador para hacer constar su cambio de domicilio, este órgano debería tener la previsión de ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Administración Penitenciaria a la que se libró el mandamiento de ejecución para que no se frustren, por ejemplo, las finalidades de una entrevista a la que no podrá acudir el penado por no ser adecuadamente citado en su verdadero domicilio. No siempre se hace así, con las consecuentes disfunciones.

Del mismo modo, deberán controlarse actuaciones por parte de los órganos sentenciadores como la admisión del pago de multas si éstas ya fueron convertidas en responsabilidad personal subsidiaria y se hubiese decidido que se cumpliesen en régimen de arrestos de fin de semana, puesto que se corre el riesgo de que el penado reciba dos penas por el mismo hecho (multa y arrestos) toda vez que ni la Administración Penitenciaria ni el Juzgado de Vigilancia tienen modo de conocer este pago por sí mismas.

Igualmente sucederá con decisiones adoptadas por el órgano sentenciador en orden a la concesión al penado del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena. Pese a que podría argumentarse que el órgano que decide liberar mandamiento de ejecución está implícitamente decidiendo que no otorgará el beneficio (máxime si partimos de la obligación que tiene de plantearse su concesión, en base al art. 82.1 del Código penal), no es menos cierto que el penado tiene derecho a que se le dé conocimiento de esta denegación. Por ello, ante la práctica habitual en algunos órganos -sobre todo en el ámbito de las faltas- de no plantearse la concesión del referido beneficio sino en el caso de que sea expresamente solicitado por el interesado, hay que concluir que cualquier concesión del mismo tras haber librado mandamiento de ejecución requiere que de inmediato se comunique a la Administración penitenciaria para que de este modo se paralice la ejecución del arresto de fin de semana. La solución ideal -y legal-, no obstante, pasa porque todos los órganos sentenciadores se planteen de oficio y decidan sobre una eventual suspensión, antes de librar mandamiento de ejecución alguno.

Descendiendo más aún a los concretos problemas detectados, nos encontramos con aquellos sujetos que se personan en el lugar de cumplimiento, pero que no pueden ser admitidos por razones varias. Entre estos, resaltaremos por su habitualidad, aquellos casos de impuntualidad acusada.

En una pena de tan sólo treinta y seis horas de duración y en la que la hora de ingreso viene determinada por el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, puede resultar un tema de especial importancia la presentación tardía de los penados, así como determinar qué margen de flexibilidad debe otorgarse. En la práctica y según los Juzgados, no se están admitiendo ingresos más allá de transcurrida una o dos horas de la señalada en el Auto aprobatorio del plan de ejecución.

De igual modo, se están rechazando a los indocumentados, o a aquellos que no se encuentran en condiciones objetivas de ingresar, por ejemplo -y varios casos se han producido en este sentido- por hallarse bajo una fuerte intoxicación etílica o por otras sustancias tóxicas². Al hilo de esto y de los problemas que pueden dar determinados penados durante las 36 horas del arresto, conviene no olvidar que otro de los puntos débiles de la actual regulación es la dificultad, por no decir la imposibilidad, de aplicar el régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario a pena tan peculiar como el arresto de fin de semana. La obligación de mantener el buen orden y la seguridad del Establecimiento penitenciario sigue plenamente vigente en estos casos, y parece lógico que no se permita la entrada en un Centro Penitenciario a personas que no se encuentran en situación de ser admitidas. Los destrozos y problemas de convivencia que ocasionan un buen número de estos penados se añade al panorama descrito. El reciente informe -Diciembre de 1999- del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el desarrollo de los arrestos de fin de semana es claro al respecto:

"Sin embargo, nos parece lo más reseñable, por su anómala reiteración, según las informaciones recibidas, los destrozos y daños causados en las celdas y dotaciones materiales de las mismas; los numerosos casos de embriaguez y estados de excitación producidos por otras toxicomanías; las desobediencias y malos modos respecto de los funcionarios... en definitiva, los muy numerosos casos de malas conductas de los arrestados. Todo ello parece seguir en relación con el más que frecuente perfil de <delincuente habitual toxicómano> ya comentado".

² El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada se ha visto incluso en la necesidad de dictar un Auto, de 6 de abril de 1999, por el que señala no haber lugar a admitir a aquellos penados que presenten, a juicio del facultativo que los examine, un estado de embriaguez o signos externos evidentes de hallarse bajo la influencia de drogas tóxicas o estupefacientes.

En el caso de quien alegue haber perdido su documentación -con la consecuente y lógica imposibilidad de admitir a cumplir una pena privativa de libertad a una persona cuya verdadera identidad no consta a los funcionarios-, nos hallamos con los problemas ya referidos de fechas del plan a punto de ser sobrepasadas, y en la necesidad de volver a acudir a los mecanismos de reforma o nueva realización del plan. De nuevo, la posibilidad de prescripción si hablamos de faltas.

Por lo que hace al régimen de cumplimiento en los Centros Penitenciarios, se detectaron en los primeros momentos determinadas dificultades, derivadas básicamente de las iniciales intenciones de la Administración penitenciaria, plasmadas en la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nº 8/96 que pretendía admitir el cumplimiento en celdas compartidas. Entendemos que ello conculca los principios de celda individual y régimen de aislamiento proclamados en el art. 17 del Real Decreto 690/96, con lo que debe impedirse que esta práctica se lleve a cabo por entender que, además de ir contra la literalidad de la norma, contraviene el fundamento mismo de la pena, ya que la función punitiva y de reflexión que parecen mover al legislador al implantarla queda vacía de contenido si se permiten celdas dobles (que el tiempo y las necesidades dirán si no terminarían convirtiéndose en celdas triples o en auténticas *brigadas* por emplear la terminología penitenciaria al uso). A este respecto no cabrá argumentar que en los Establecimientos penitenciarios ordinarios no se cumple esta ocupación individual de las celdas, puesto que el fundamento de la pena de prisión es básicamente diferente, y dado que la prioridad de evitar el contagio criminógeno es uno de los argumentos fundamentales que sostienen la pena de arresto de fin de semana. Con independencia de lo anterior, hay que reconocer que choca con la sensibilidad penitenciaria que se generalice un régimen -el de aislamiento en celda- que constituye una sanción -la más grave de las posibles- en el sistema penitenciario español.

Pero, al margen de todo lo reseñado hasta el momento, hemos de destacar que es en lo tocante al lugar de cumplimiento y a las posibilidades de desplazamiento hasta el mismo, donde verdaderamente nos encontramos con los casos más sangrantes y que repugnan más claramente al sentido común. En primer lugar y de modo coherente con la bienintencionada idea de evitar en lo posible el desarraigó del condenado a este tipo de pena, el

legislador ha previsto que se pueda cumplir la misma en depósitos municipales de detenidos. Una vez más nos encontramos con una norma que no pasa de ser un mero *desiderátum*, toda vez que la cruda realidad lo que nos indica es que el conjunto de depósitos municipales de detenidos se halla en una condición tan deplorable que no admite ni el mínimo examen crítico. Llama además poderosamente la atención que la regulación actual hace que sea el juez o tribunal sentenciador, que puede estar a cientos de Kms. de distancia y sin posibilidad de conocer el estado de los depósitos municipales de detenidos, quien decide acerca de si la pena debe o no cumplirse en dicho depósito (art. 37.2 segundo inciso, del Código Penal). Parecería lógico que tal decisión correspondiese al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es el único que tiene una información y control de primera mano al respecto.

Pero por lo que se refiere al concreto estado de los depósitos municipales -instrumento imprescindible, no se olvide, si queremos dotar a esta pena de un verdadero carácter contrario al desarraigo social y al eventual contagio criminógeno- hay que convenir con Fernández Arévalo³ en que no ha recibido hasta ahora el debido tratamiento por parte del legislador -ni tampoco, justo es decirlo, por sectores amplios de la doctrina o jurisprudencia-

No se trata de enumerar ni concretar aquí el estado y carencias de estos depósitos, dado que ya existen exhaustivos y, por qué no decirlo, desalentadores informes elaborados por diversas Instituciones -señaladamente el Defensor del Pueblo-; sino más bien de dar una visión general de los mismos, de sus carencias, de sus inadmisibles defectos y, lo que es más importante, de poder aportar alguna vía de solución para una situación que afecta a diario a un sinfín de ciudadanos. No olvidemos que el proceso de positivación y refuerzo de los derechos humanos del que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es más que un eslabón, tiende precisamente a añadir métodos concretos de aplicación y defensa de esos derechos que, de lo contrario, quedarían reducidos a meras declaraciones programáticas de principios.

A falta de una concreta regulación específica, debemos optar -en base a la habilitación general que en esta materia contiene el art. 10 de la Constitución española- por el estudio y la aplicación de las normas penitenciarias españolas a la luz de las Reglas Mínimas para el Tratamiento

³ Fernández Arévalo, L., "Aproximación al régimen penitenciario aplicable en los depósitos municipales". Memoria de la Fiscalía General del Estado. 1997.

de los Reclusos⁴, aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1984/1997 de 25 de mayo (Reglas de Ginebra), así como en las Normas Penitenciarias Europeas, aprobadas como Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, el 12 de febrero de 1987. Partiendo de la dificultad derivada de que las anteriores no constituyen verdaderas normas jurídicas -al margen de su valor interpretativo, que sí reivindicamos plenamente, máxime a la vista de que la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce la inspiración en tales textos- y por si ello no fuese suficiente, podemos remontarnos a la prohibición expresa de los tratos crueles, inhumanos o degradantes (contenida en el art. 15 de la Constitución española o en el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), así como al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (plenamente aplicable en nuestro país en virtud de los arts. 96.1 de la Constitución española y 1.5 del Código civil) que declara solemne -y hemos de entender que también con trascendencia práctica- que

"Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

En el mismo sentido, no deberemos perder de vista la concreción que respecta del concepto de trato inhumano o degradante nos ofrece la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, perfectamente recogida por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, cuando indica que consiste en aquél trato que ocasiona al interesado

"ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad, y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso"⁵".

⁴ Como precisión terminológica podemos aclarar que los detenidos son técnicamente reclusos por cuanto se encuentran recluidos en una Institución destinada a su retención y custodia. De igual modo conviene advertir que nuestra legislación penitenciaria utiliza el término interno como comprensivo de detenidos, presos (preventivos) y penados, por lo que la regulación que se establece en la misma, como veremos, tiene plena vigencia y es de aplicación respecto de los detenidos.

⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 -caso Campbell y Cosans- y STC 57/94, entre otras.

Por lo que hace a la legislación concreta en la materia, el art. 13 de la Ley Orgánica General Penitenciaria consagra la obligación de la Administración de garantizar un mínimo de medios en relación con los establecimientos de retención y custodia y, en concreto, los arts. 19.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y art. 14 del Reglamento Penitenciario nos hablan de la necesidad de respeto a unas condiciones de espacio, ventilación, luz, agua y calefacción. Si a esto unimos la obligación derivada de los arts. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 4.1 del Reglamento Penitenciario de velar por la vida, integridad, salud, intimidad y dignidad de detenidos y presos, creemos de vital importancia que se vele por la existencia de unos mínimos a respetar en todas las instalaciones inspeccionadas.

Por tanto, y partiendo del conjunto de preceptos a que hemos hecho alusión, no será de recibo la existencia de depósitos en los que no existan, al menos:

A) ventanas al exterior que proporcionen luz y aire naturales (en base a la Ley Orgánica General Penitenciaria -art. 19.2- y Reglamento Penitenciario -art. 14-).

B) condiciones mínimas de salubridad en local, cama, colchón, sábanas y mantas (exigidos por las Reglas de Ginebra -regla 14- y Europeas -regla 19-, que exigen "*máxima limpieza e higiene*" así como "*desinfección y desinsectación periódicas*"; y de igual modo -Regla 19 de Ginebra y Regla 24 Europea- se recoge la obligación de "*facilitar ropa de cama*" que debe "*mantenerse limpia con muda periódica*").

C) condiciones de calefacción y aislamiento (cristales en ventanas, etc) tal y como se exige en los arts. más arriba citados de la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario.

D) servicios higiénicos con mínimo de intimidad (derivado del propio art. 18 de la Constitución española).

E) control directo de los detenidos por parte del cuerpo de guardia o, al menos, existencia de dispositivos que permitan llamar la atención del mismo en caso de necesidad.

F) control médico adecuado (derivado de los arts 3 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 43 de la Constitución española y arts. 36 y ss. de la Ley Orgánica General Penitenciaria y arts. 207 y ss. del Reglamento Penitenciario).

G) alimentación adecuada (Regla 20 de Ginebra y 25 Europea).

La falta de lo anteriormente expuesto determinará que no se puedan entender cumplidas las mínimas condiciones para que un ser humano sufra detención sin que se afecten sus elementales derechos consagrados por los instrumentos internacionales ratificados por España y contenidos, como hemos visto, en la propia Constitución española y legislación orgánica de desarrollo. Y es este punto el verdaderamente trascendente porque la experiencia nos muestra que en un buen número -por no decir en la mayoría de los depósitos municipales de detenidos- no se cumplen, ni mínimamente, las anteriores condiciones. Con carácter general, además de estudios territoriales más concretos del mismo sentido, la institución del Defensor del Pueblo ha tenido ocasión de poner de manifiesto en su informe sobre los depósitos municipales de detenidos de 1997 que

"...la realidad de las instalaciones de los depósitos no son apropiadas, ni prácticamente en ningún caso cumplen los requisitos mínimos para el internamiento en condiciones de respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales que reconoce la Constitución."

La principal responsabilidad en cuanto a ello corresponde a los Ayuntamientos cabeza de Partido Judicial, como claramente se deriva de la Disposición Final Quinta de la Ley reguladora de Bases de Régimen Local (ley 7/85 de 2 de abril), en régimen de competencia delegada, en la línea que consagra el art. 27 del mencionado texto legal. Diversas normas de distinto rango han recogido la atribución de fondos en esta materia (Real Decreto 2715/86, Órdenes ministeriales de 8 de enero de 1987 y 12 de abril de 1988, e incluso el propio Reglamento Penitenciario en su art. 378.1), si bien hemos de reconocer que con un carácter marcadamente insuficiente en cuanto a las dotaciones previstas (1.325 ptas. por detenido y día, cuando el informe de 1996 del Defensor del Pueblo recoge un informe de la Federación Española de Municipios y Provincias en el que se calculaba como imprescindible una cantidad mínima de 7.000 ptas. por persona y día).

Las posibilidades son de un doble orden, teniendo en cuenta además los problemas derivados de la posible competencia para la intervención, según se trate o no de detenidos puestos a disposición judicial:

A) Respecto de los detenidos a disposición judicial, entendemos que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es competente para controlar las insta-

laciones en que se encuentren, tal y como establece el art. 8 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que incluye dentro de su definición de Establecimiento de Preventivos aquéllos encargados de la custodia de *detenidos*, punto éste que es ratificado por el art. 1º del vigente Reglamento Penitenciario -que extiende su aplicabilidad al "*régimen de los detenidos a disposición judicial*"-, y dado que el art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece claramente que corresponde al Juez de Vigilancia "*salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse*". Esta competencia resulta tanto más lógica cuanto que la propia jurisprudencia ha consagrado como correcta la extensión de las competencias de los Ayuntamientos cabeza de Partido no sólo a los detenidos a disposición judicial, sino también a aquellos presos preventivos y/o penados a disposición judicial que se encuentren en el Depósito Municipal de que se trate (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1990), siendo así que respecto de estos últimos colectivos no cabe duda de la competencia de vigilancia y control del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria⁶. En el marco de esta competencia resulta especialmente de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986, dictada en el marco de un conflicto de jurisdicción, que *admitió la clausura de dependencias penitenciarias por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*

"en tanto no reúnan las mínimas condiciones higiénicas y de salubridad que permitan su habitabilidad sin grave riesgo para la salud de los internos".

B) En los casos en que se trate de detenidos que aún no hayan pasado a disposición judicial, habida cuenta de que es posible que la dificultad para determinar la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sea mayor, estimamos de interés que sea directamente el Ministerio Fiscal

⁶ Así sucede en los casos en los que se haya decidido por el órgano sentenciador el cumplimiento de una pena de arresto de fin de semana en el depósito municipal. En no pocos casos, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria han tenido que oponerse a la ejecución de la pena en tales instalaciones, a la vista de sus condiciones.

⁷ En el marco territorial que más directamente conocemos, nos constan informes del Defensor del Pueblo e incluso del Servicio Andaluz de Salud en los que se hace referencia a que las dependencias de cierto depósito "*no reúnen las mínimas condiciones de habitabilidad, higiene, intimidad o seguridad para las personas que pudiesen ocuparlas*". Por desgracia, como decimos, esta no es una circunstancia excepcional sino todo lo contrario.

quien dé las recomendaciones oportunas a la autoridad gubernativa de que dependan -que podrán convertirse en órdenes, en el caso concreto- para impedir que se ingrese a los detenidos en locales que no reúnen los mínimos requisitos, dado el incumplimiento por los mismos del marco legal establecido al que nos hemos venido refiriendo; si bien lo más deseable sería que una adecuada información acerca de las condiciones reales de los depósitos hiciese que las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuasen en tal sentido, no haciendo ingresar a persona alguna en dichas instalaciones.

En ambos casos, deberá hacerse un constante seguimiento de los locales para proceder a su inmediata apertura en cuanto varíen las circunstancias o, caso de que las autoridades competentes no adopten las medidas necesarias para su mejora, actuar como resulte procedente en Derecho⁸.

En efecto, en el umbral del siglo XXI no puede permitirse que se produzcan condiciones de salubridad tan infames como las que concurren en no pocos casos. Piénsese en el supuesto -desgraciadamente real y muy común- de depósitos en los que las mantas y colchones que se proporcionan (las sábanas constituyen un lujo que rara vez aparece en los depósitos) sólo se cambian tras varios meses de uso continuado en un medio absolutamente faltó de higiene. La exposición a cualesquiera infecciones y enfermedades de unos detenidos que en no pocos casos ya adolecen de graves problemas de salud, es algo que se aprecia no sólo como probable, sino desgraciadamente como inevitable. La ausencia de adecuados servicios higiénicos, de ventanas exteriores en las celdas, de condiciones de aislamiento y calefacción, y, en definitiva, el desolador panorama ofrecido por la mayoría de los depósitos impide cualquier intento de contraste con la normativa española o con las Reglas internacionales expuestas más arriba, puesto que la absoluta falta de respeto de las mismas hace que nos hallemos ante deficiencias que exceden el marco meramente cuantitativo. La definición de trato degradante que exponíamos anteriormente tiene plena vigencia en estos casos, puesto que de largo se superan los límites de humillación y

⁸ Nos parece de especial interés la facultad que otorga el art. 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal -información a la opinión pública- como medio de que la presión de ésta sea el principal acicate para lograr medidas de carácter positivo (incremento de dotación económica y mejora de condiciones concretas de los Depósitos) y que, al mismo tiempo, se gratifique de algún modo -siquiera sea en el plano moral- a aquellas Corporaciones Locales que hayan cumplido adecuadamente con sus obligaciones legales, en no pocos casos con actuaciones alejadas de intereses electorales a corto plazo.

envilecimiento que pudieran considerarse admisibles por el propio sentido de la medida de detención.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, no son pocos los casos en los que el cumplimiento en los depósitos municipales ha devenido materialmente imposible -existiendo incluso órdenes directas de cierre por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria- por lo que el Centro Penitenciario se ha convertido en el único lugar para la ejecución de los arrestos. Los problemas de desplazamiento son enormes y se agudizan por la ubicación de los Centros fuera de los núcleos urbanos y la falta de ayuda económica para los trasladados -pese a los esfuerzos en tal sentido de la Administración Penitenciaria⁹. Se han producido casos tan bochornosos como los de un penado que se ha tenido que desplazar en bicicleta un buen número de Kms. bajo un fuerte temporal de lluvia, o el de otro penado que tomó el único autobús desde su pueblo que le permitía efectuar conexión con el Centro, lo que implicaba llegar la tarde anterior, teniendo que pernoctar a las puertas del Centro Penitenciario, cubierto por cartones. Mal se compadecen estas situaciones con el pretendido carácter de la pena.

Además, una adecuada y lógica valoración de todo este cúmulo de circunstancias está afectando a las posibilidades de formular acusación por los presuntos quebrantamientos de condena producidos por las numerosas incomparencias, cuando las condiciones y la asiduidad en que deben producirse los trasladados hasta el Centro Penitenciario son tan onerosas para el penado, que difícilmente puede hablarse de un voluntario incumplimiento de la pena, y habrá que determinar hasta qué punto es responsable un sujeto que carece de medios económicos y que tiene que acudir a un centro situado a una cierta distancia, periódicamente -y puede que por períodos absurdamente largos, como hemos tenido ocasión de ver-, si en algún momento no puede -o no quiere- cargar con esas cantidades dinerarias¹⁰.

⁹ En el caso concreto del Centro Penitenciario de Huelva incluso se facilitan gratuitamente y a priori billetes de autobús. Desgraciadamente, esto sólo es posible respecto de aquella exigua minoría de penados que deciden acudir a la entrevista previa con los servicios sociales, donde pueden plantear este tipo de problemas.

¹⁰ Es quizás esa particular consideración a la especial naturaleza de la pena y a las condiciones en que tiene que desarrollarse, una de las bases que subyace en la dulcificación del rigor penal atribuido a los quebrantamientos que se cometan, y que ha sido recientemente tratada en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 3/99, de 7 de diciembre.

Como puede imaginarse, del conjunto de circunstancias que hemos ido poniendo de manifiesto, se sigue que la efectividad en el cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana es francamente decepcionante. Desde la introducción del arresto de fin de semana en nuestro edificio penológico sólo un mínimo número de los que se han impuestos han podido ser ejecutados sin alguna incidencia. A modo de botón de muestra y por lo que se refiere al ámbito territorial dependiente del Centro Penitenciario de Huelva, baste indicar que entre los años 1997 y 1998 se ejecutaron -o, por ajustarnos más a la verdad, se intentaron ejecutar- un total de 141 procedimientos en los que se impusieron un total de 1.127 arrestos de fin de semana. De éstos, tan sólo se llegaron a cumplir efectivamente 227, por lo que el porcentaje de incumplimientos sube hasta la nada desdeñable cifra de un 79,68% de los arrestos impuestos. Y, desgraciadamente, la tendencia no es optimista, puesto que si nos centramos en los 824 fines de semana correspondientes a 1998, el porcentaje de incumplimientos asciende hasta el 83,37%¹¹.

En definitiva, la constatación de los continuos y numerosos problemas a que nos hemos venido refiriendo llevan a la conclusión de que el cumplimiento normal de la pena se ha convertido en un hecho excepcional. Habrá que adoptar las medidas conducentes a hacer del arresto de fin de semana una pena que resulte útil a la Sociedad y al propio penado. Para ello, quizás sirvan de ayuda las siguientes propuestas generales:

I- Adaptación de la pena para un determinado perfil de delincuente y para determinados tipos penales.

II- Limitación de la duración máxima de la pena con criterios realistas y evitando duraciones excesivas que prácticamente abocan a un quebrantamiento.

III- Incremento de las posibilidades de control sobre la pena por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, para una mejor adaptación a las concretas circunstancias concurrentes.

IV- Dotación adecuada por parte de las Corporaciones Locales de los depósitos municipales de detenidos.

¹¹ La tónica general de los arrestos del año 1999 se mantiene en iguales parámetros, si bien en el momento de redactar el presente trabajo no hemos podido tener acceso a cifras concretas.

EL DELITO ELECTORAL DE DENEGACION DE AUXILIO

ALVARO REDONDO HERMIDA

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO I. DEFINICION. II. NOMEN IURIS. III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. IV. NORMATIVA APLICABLE. V. LEGISLACION HISTORICA. VI. TIPO PENAL VII. ELEMENTOS DEL TIPO VIII. COAUTORIA. PARTICIPACION. IX. FORMAS DE RESOLUCION MANIFESTADA X. PROVOCACION XI. GRADOS DE EJECUCION XII. ANTIJURIDICIDAD XIII. FORMAS DE CULPABILIDAD XIV. PENALIDAD XV. ESPECIALIDADES PROCESALES

En el presente trabajo se estudia el delito de denegación de auxilio debido al proceso electoral por parte de quienes, por designación, están obligados a prestarlo en concepto de presidentes o vocales de mesa, esto es, funcionarios públicos a efectos del proceso electoral de que se trate.

Como recuerda Oscar ALZAGA, en sus comentarios a la Constitución, citando a Bertrand de Jouvenel, *el milagro de la obediencia civil depende de la credibilidad de los procesos electorales*. Ello determina que merezca estudio la obligada colaboración ciudadana para garantizar precisamente la credibilidad de estos procesos, fundamentales para la democracia.

I. DEFINICION.

Podemos definir esta conducta delictiva como la cometida por los presidentes y vocales de las mesas electorales, así como sus respectivos suplentes, en cuanto dejan de concurrir o desempeñar sus funciones, o incumplen sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone la ley electoral.

II. NOMEN IURIS.

Existen dos posturas doctrinales respecto de la denominación de estas figuras delictivas. Por un lado, quienes admiten que nos encontramos ante diversas formas de abandono, figura que así identifica todas estas conductas, genéricamente estudiadas. Esta es la postura de LUZON CUESTA, el

cual, en su compendio de Derecho Penal Especial , las engloba dentro del abandono de funciones.

En sentido de diferenciar la nomenclatura se pronuncia JIMENEZ DIAZ.

Creo que es admisible la denominación genérica de estas figuras, y me inclino por la omnicomprensiva de denegación de auxilio, por los siguientes motivos:

En primer lugar, por denominación históricamente aceptada, cuando no se regulaba específicamente el abandono. En este sentido Rodríguez Devesa, al comentar la anterior legislación de 1907 en su Tratado de Derecho Penal.

En segundo lugar puesto que parece que el abandono electoral, por las características del mismo, el bien jurídico protegido y demás elementos, puede en definitiva conducirse a una conducta de denegación del auxilio esperado a la autoridad que debe conducir a buen término el proceso electoral.

III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Hay diversas posturas doctrinales sobre cuál ha de reputarse el bien jurídico protegido por la ley penal especial reseñada.

Esta cuestión no es baladí, pues el interés de la determinación del bien protegido no es sólo científico, esto es, orientado al mejor estudio y clasificación de estas conductas, que ya sería mucho, sino además, de índole hermenéutico, como herramienta fundamental del operador jurídico a efecto de determinar la lesión efectiva de la convivencia provocada por estas conductas, y el grado de intolerabilidad de las mismas, fundamental para la valoración jurídico-penal. Estas consideraciones, por otra parte, valen en general para todos los delitos, pero especialmente para aquellos que, como el que nos ocupa, han sido poco estudiados doctrinalmente, no obstante la creciente importancia social de los mismos

A este respecto es interesante reseñar la postura de MUÑOZ CONDE:

"Establecido a nivel constitucional el principio de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art.1.2 CE) es necesario que dicho principio se realice a través de unas elecciones competitivas

en que los ciudadanos eligen entre varios candidatos quién o quiénes deben representarlos en los diversos sectores del poder público al que las elecciones se refieren. El régimen electoral es tan importante para hacer realidad el principio democrático que el artículo 81,1 de la Constitución exige que tenga carácter de Ley Orgánica la que apruebe el régimen electoral general."

"Estas normas tratan de proteger el proceso electoral mismo, sancionando aquellos comportamientos que impiden o dificultan la libertad de decisión de los electores o falseen el resultado electoral...con un afán preventivo evidente y en algunos casos con finalidad agravatoria de las penas de los delitos comunes."

Para este autor pues la ley electoral, y con ella estas previsiones ahora estudiadas, en definitiva tienen por finalidad la de "hacer realidad el principio democrático" de que la soberanía reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado. Más concretamente, están destinadas a impedir el falseamiento del resultado electoral y en definitiva, que se dificulte la libertad de decisión del electorado.

Oscar Alzaga, en sus comentarios a la Constitución de 1978, afirma que en lo que se refiere a nombramientos de altas autoridades, " nuestra Constitución no admite hoy otra fuente de legitimidad que la representación extraída de elecciones auténticas y competitivas ...elecciones libres, para contraponerlas a los cuatro supuestos (cita el autor a Mackenzie) de patología electoral:

las elecciones confusas, las compradas, las preparadas y las por aclamación".

Las normas que regulan el proceso electoral, pues, tendrían por finalidad evitar las aberraciones del sistema democrático antes expresadas.

En mi opinión, el bien jurídico protegido es el funcionamiento democrático, el que permite la convivencia y mantiene el orden social, basado en los valores y principios políticos fundamentales. Si para el creador de la Fisiología, BICHAT, la vida es el conjunto de funciones que combaten a la muerte, la democracia es también un conjunto de funciones, cuya finalidad es mantener la vida del cuerpo social, para la realización de los valores que constituyen el objetivo de nuestra convivencia. Entre estas funciones destacan las relativas a los procesos electorales, a través de los cuales se garantiza la legitimidad de los mandatarios. Así, determinadas conductas que obstaculizan esos procesos merecen máximo reproche, como hechos sociales intolerables que la sociedad no puede ni quiere permitir.

IV. NORMATIVA APLICABLE.

La configuración típica de este delito viene dada por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, RCL 1985/1463, del régimen general electoral, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 20-6-85, número 147, páginas 19110 y siguientes. Concretamente, la regulación viene contenida en el artículo 143 del texto reseñado.

Es por tanto uno de los delitos de la llamada legislación penal especial, exorbitante al Código Penal, pero que está en íntima relación con esta norma básica. En efecto, se establece en el artículo 138 que en lo que no se encuentre expresamente regulado en el capítulo correspondiente de la ley, que es el VIII, se aplicará el Código Penal.

V. LEGISLACIÓN HISTÓRICA.

En nuestro derecho histórico encontramos, como los más importantes anteriores al actual, dos textos legislativos que se han ocupado de regular y sancionar este delito. Se analizan a continuación dada la evidente importancia de conocer la evolución legislativa, por el interés hermenéutico que posee.

La ley electoral de 8 de agosto de 1907 recogió en su título VIII la regulación de este delito, que realizó del modo siguiente:

Dedicaba el primer capítulo de dicho título a los delitos electorales, y dentro de él, se encontraba el artículo 62, que establecía sanción penal para

"el presidente y adjuntos designados por la Junta Municipal del Censo para constituir las mesas electorales, durante el período legal de sus cargos, cuando dejases de concurrir a desempeñarlos sin causa legítima, que deberán haber puesto oportunamente en conocimiento de la misma Junta".

La ley electoral de 1977 (RCL 1977/612), Decreto-Ley 20/1977, de 18 de Marzo, Boletín Oficial del Estado de 23/3/77, regulaba, también en su octavo título, los delitos electorales, y entre ellos, esta modalidad, para la que establecía que

"el Presidente y los Adjuntos de las Mesas Electorales, así como sus respectivos suplentes, que dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las

abandonen sin causa legítima o incumplieren sin causa extremadamente justificada las obligaciones de excusa o aviso previos que le(s) impone el artículo 27 de esta Ley", incurrián en sanción penal.

VI. TIPO PENAL.

El artículo 143 de la ley electoral vigente establece:

"El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas."

El artículo 137 establece:

"Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo."

El artículo 136 establece:

"Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos."

El artículo 138 establece:

"En lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo se aplicará el Código Penal."

VII. ELEMENTOS DEL TIPO.

A) SUJETO ACTIVO.

Los posibles autores del delito son solamente:

a) los Presidentes de mesa electoral;

b) los Vocales de mesa electoral;

c) los "respectivos suplentes" de unos y otros:

Quedan por tanto fuera de la previsión legal los Interventores de mesa.

Los "Vocales" de mesa son los que históricamente eran llamados "Adjuntos", en las leyes de 1907 y 1977. Es por primera vez en la legislación de 1977 que aparecen los "respectivos suplentes" entre los posibles autores del delito, previsión importantísima como más adelante se verá, dada la incidencia de esta modalidad delictiva precisamente respecto de dichos "suplentes".

Esto significa que el delito que estudiamos es de los llamados especiales propios, esto es, que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas que se encuentran en una determinada situación o relación previamente regulada por la ley. Esto tiene una gran importancia en orden a la posibilidad de admitir la coautoría o la autoría mediata, lo que analizamos con más detalle en el epígrafe correspondiente.

B) ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.

Elemento del tipo, relativo a la condición de sujeto activo, es el acto de investidura. Para que podamos hablar de un posible sujeto activo del delito, es necesario que previamente el ciudadano haya sido investido de la cualidad de miembro de la mesa electoral y por lo mismo, de la condición de funcionario público, a efectos electorales.

Doctrinalmente se entiende que la investidura se produce por la notificación del nombramiento, en tiempo y forma.

La ley electoral se encarga de proclamar que "*a los efectos de este capítulo (de los delitos) son funcionarios públicos...los Presidentes y Vocales...de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes.*"

Según la jurisprudencia, el acto de investidura determina la asunción de las obligaciones correspondientes. En su Sentencia de 30-10-81, RJ 3930/1981, el Tribunal Supremo afirma que

"...una vez hechas las designaciones...se comunicarán acto seguido a los interesados..."

"... la condición de miembro de la mesa...tiene carácter obligatorio... los interesados...en el plazo de cinco días (ese era el plazo entonces) pueden alegar excusa, justificada documentalmente..." Parece que ha de admitirse que una vez notificada la designación, si no se formula excusa, se entiende

efectuado el nombramiento para cargo obligatorio, que impone necesariamente el cumplimiento de la función.

De ello se infiere que si no hay comunicación en forma del nombramiento, no puede cometerse el delito, pero no por falta de dolo o de antijuridicidad, sino simplemente por falta de un elemento del tipo, cual es la investidura con las obligaciones que ella conlleva.

C) LA CONDUCTA TÍPICA.

La descripción de la conducta delictiva es la siguiente:

Se prevén cuatro modalidades alternativas, dos de ellas reconducibles a la figura genérica de la denegación de auxilio y otras dos a la del abandono de funciones.

Figuras de denegación de auxilio:

- a) dejar de concurrir a desempeñar sus funciones;
- b) incumplir sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone la ley electoral.
- c) Figuras reconducibles a la modalidad de abandono de funciones :
 - a) dejar de desempeñar las funciones;
 - b) abandonar las funciones sin causa legítima.

Cabe destacar que esta regulación representa una notable ampliación tipológica respecto de la regulación contenida en la antigua ley de 1907.

En efecto, en dicha norma sólo se preveía la modalidad consistente en "dejar de concurrir a desempeñar (los cargos) sin causa legítima ". No se contemplaban pues especialmente ni el acto de "dejar de desempeñar las funciones", ni el "abandono" de las mismas.

La legislación de 1977 contenía una regulación sustancialmente igual que la actual, aunque cabe destacar que no preveía como delito la figura específica de "dejar de desempeñar" las funciones electorales, la primera modalidad de abandono contemplada por la vigente ley, la cual por tanto puede afirmarse que introduce esta descripción típica en nuestro ordenamiento penal.

Primera figura.

El hecho de *dejar de concurrir a desempeñar* las funciones electorales es pues la primera modalidad típica regulada por la vigente legislación.

En principio, no parece que esta tipificación tenga que suscitar demasiados problemas hermenéuticos para el operador jurídico.

Las mesas electorales funcionan en locales perfectamente delimitados, por lo general cerrados y protegidos, por lo que la ausencia física del miembro de la mesa no plantea, como es obvio, ningún problema de interpretación: la ausencia física y material del lugar en el que la Mesa ha de constituirse, sin duda debe considerarse como falta de "concurrencia" a la formación de la misma, y por tanto, realización de la conducta típica.

Segunda figura.

Se regula en segundo término, como posible figura delictiva, el hecho de *incumplir sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que (les) impone la ley*.

Esta modalidad, más bien constituye un elemento negativo del tipo, que será analizado más adelante, en el epígrafe correspondiente.

Tercera figura

La tercera modalidad delictiva prevista consiste en *dejar de desempeñar las funciones*.

En esta figura se supone la previa incorporación del obligado a la función electoral, el comienzo del ejercicio de la misma, conforme a Derecho, y la posterior "cesación" en el desempeño de la misma.

Por tanto cabe decir que no nos hallamos ante una modalidad de "denegación de auxilio" sino de "abandono de funciones" electorales.

La figura fue creada por la legislación de 1977, y se diferencia de la primera figura, la no concurrencia, en el fundamental aspecto de que, en el orden práctico, viene a eliminar la problemática del elemento objetivo del injusto del "conocimiento de la antijuridicidad", que analizamos más adelante. En efecto, asumida ya la función, no cabe hablar de falta de conocimiento de la designación para el cargo, o de las circunstancias de orden material que deben conocerse para su desempeño, todo ello con las enormes repercusiones de carácter procesal probatorio que conllevan.

En nuestra opinión, para que se entendiera realizada la previsión típica, el abandono ha de ser total o sustancial, y no momentáneo. Así, una ausen-

cia, aún no plenamente justificada, de muy poca duración, y que no afecte ni pueda, en hipótesis, afectar de modo importante al desarrollo de la votación, no parece que pueda conducirse a esta modalidad delictiva, dados los principios de intervención mínima y de protección del bien jurídico que sin duda han de ser aplicados en el análisis de las conductas.

Doctrinalmente, el abandono de función electoral viene concebido por algún autor como "dejar (la función) ya emprendida, lo que en el seno de esta figura implica el dejar de desempeñar unas funciones cuyo cumplimiento fue ya iniciado." Esta es la opinión de MORILLAS CUEVA ("Los delitos electorales").

VIVES ANTON llama la atención, al estudiar el delito de abandono de funciones por parte de funcionario público, de que es posible cumplir aparentemente, con dejación de hecho equivalente al abandono, recordando a este respecto la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11-6-93, RJ 5055/1993. En efecto, en dicha Sentencia se afirma que "*el delito de desobediencia y denegación de auxilio...puede tener como modalidades ... (entre otras) la apariencia del acatamiento a lo mandado a fin de simular en lo externo el deseo de cumplir ... acompañada de tales dificultades que significan en el fondo el propósito de anularlas prácticamente (las decisiones de la autoridad).*" Aunque esta doctrina se vierte en relación con el delito de denegación de auxilio a la autoridad por parte de funcionario, creo que puede aplicarse perfectamente al abandono de su función por parte del miembro de la Mesa Electoral, en relación a su obligación de cumplir la misión que le ha sido encomendada por la Junta Electoral.

Es fácil imaginar un supuesto relacionado con esta doctrina, como puede ser el Presidente de la Mesa que, de hecho, bloquea o dificulta el proceso electoral, de mil formas imaginables, sin que haya un abandono directo y palpable del lugar o el puesto asignado.

Cuarta figura.

Creo, con un sector de la doctrina, que en realidad esta figura y la anterior son la misma, pueden conducirse, sin más, al abandono de funciones, con lo que en realidad la Ley prevé no cuatro, sino tres figuras diferentes. En este sentido cabe citar la opinión de María-José JIMENEZ DIAZ, en su trabajo sobre "delitos electorales y su configuración según la ley orgánica 5/1985, de 19 de Junio", ya citado anteriormente.

D) ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO.

Aunque admito que doctrinalmente la presentación de excusas o el aviso de imposibilidad de cumplimiento puede ser abordado desde el punto de vista de la antijuridicidad, lo cierto es que parece más adecuado considerar la no presentación o aceptación de excusas o avisos, como un elemento negativo del tipo. De este modo, para que se entienda realizada la conducta típica, por un lado es necesario omitir la conducta esperada en las diversas figuras, como la presentación, la asunción de funciones, y por otro lado que no se haya producido la aceptación por la autoridad correspondiente de ninguna excusa o aviso.

Para estudiar este elemento del tipo hemos de analizar cuáles son las alegaciones posibles en este sentido.

Según establece el texto normativo, recibida por el interesado la notificación de su nombramiento, se entiende que los ciudadanos interesados se hallan ya investidos de la cualidad de funcionarios, a efectos del proceso electoral de que se trate, tal como se deduce del artículo 135.1 de la Ley.

A partir de esta investidura, el ciudadano dispone de un plazo legal de siete días para alegar una causa justificada y documentada que le impida aceptar el cargo.

Si no lo hace, se entiende que el cargo público ha sido deferido y consolidado, aunque naturalmente puede surgir una circunstancia sobrevenida que impida el desempeño del mismo.

Esta circunstancia debe comunicarse a la Junta Electoral no menos de setenta y dos horas antes del acto electoral, aportándose la correspondiente justificación.

Si el impedimento sobreviene dentro de las setenta y dos horas anteriores al comienzo del acto electoral, debe avisarse a la Junta de modo inmediato, antes de la constitución de la Mesa Electoral.

De este modo, para que se entienda realizada la conducta típica se requieren, al parecer según la doctrina más recibida, dos requisitos:

Primero.

Que se realice la omisión de la conducta descrita en el tipo, si no concurren circunstancias que justifiquen una excusa o un aviso;

Segundo.

Que en caso de concurrir estas circunstancias, no se efectúe la alegación o aviso, o se efectúe de modo no admitido por la ley, o que tal excusa o aviso no sean admitidos por la correspondiente autoridad electoral.

De no concurrir todos estos elementos, la conducta, aunque sea antijuídica, dañosa e incluso antisocial o insolidaria, no es típica, y por tanto, no constituye delito alguno.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya de antiguo entiende que deben darse expresamente todos estos elementos, tanto negativos como positivos, del tipo penal, para que podamos afirmar la existencia de este delito.

Así en su Sentencia de 30-10-81, RJ 1981/3930, se estudia la conducta de un miembro de mesa electoral que por un lado "*no (se presentó) en el día señalado para la constitución de la Mesa y desempeño del cargo para el que había sido designado, (no habiendo admitido) la Junta de zona la excusa justificada documentalmente que formula el miembro de la mesa...*"

Se hacen independientemente necesarios pues, por un lado el elemento conductual positivo, la no presentación en el día señalado para la constitución de la Mesa y desempeño del cargo, y, por otro lado, la inexistencia de excusa válida, o por no formulación de la misma, o por no aceptación de la misma por la Junta, supuesto de autos en la resolución comentada.

VIII. COAUTORÍA Y PARTICIPACION.

No me parece posible la coautoría, dada la estructura del tipo, aunque pueden, por conexión procesal, enjuiciarse los delitos respectivos cometidos por diversos miembros de la Mesa Electoral, en un mismo proceso, conforme a las reglas generales.

La autoría mediata queda completamente descartada, al encontrarnos frente a delitos especiales propios, remitiéndome en este punto a lo dicho al estudiar la estructura y tipología del delito.

No obstante tratarse de delitos propios, la inducción es perfectamente posible, conforme a las reglas generales. De tal modo que el que induce directamente a otro u otros a denegar el auxilio electoral, incurre en este delito como inductor, tal como establece el artículo 28 del Código Penal.

IX. FORMAS DE RESOLUCIÓN MANIFESTADA.

Las formas de resolución manifestada, esto es, la proposición y la conspiración, deben entenderse impunes, dado lo dispuesto en el artículo 17.3

del nuevo código, que despenalizó estas conductas en términos generales, desde su entrada en vigor el 25 de mayo de 1996.

X. PROVOCACION.

De todos modos, debe tenerse en cuenta la posibilidad de incriminar la provocación para cometer estos delitos, si va seguida de la comisión de los mismos. En efecto, establece el Código Penal que "*la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito*". (artículo 18.1º del Código Penal.) Respecto de esta conducta agrega: "*la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.*" (artículo 18.2º del mismo texto).

XI. GRADOS DE EJECUCION.

Los actos preparatorios son impunes, dado lo dispuesto en el Código Penal, cuyo artículo 15 sólo permite la incriminación de los mismos cuando ésta esté especialmente prevista. De todos modos es posible que un acto preparatorio de este delito sea incardinable en otro tipo delictivo. Así por ejemplo una comparecencia ante la autoridad para hacer constar una voluntad de desobediencia civil que anuncia un bloqueo al proceso electoral, podría ser, dándose las circunstancias, constitutiva de injurias, si de algún modo se vierten expresiones que lesionen la dignidad, menoscaben la fama o atenten contra la estimación del destinatario o de otra persona.

La tentativa debe descartarse, dada la naturaleza de delitos de omisión de conducta esperada.

XII. ANTIJURIDICIDAD.

Debemos diferenciar entre la presentación de excusa o aviso como elemento del tipo, de la existencia de causas de exclusión de la antijuridicidad.

Pueden en efecto coincidir, pero no necesariamente. Así, si se presenta excusa en forma y tiempo hábil, y ella es admitida por la autoridad, nos encontramos con que la posterior conducta omisiva no es delito por no reunir los elementos del tipo, y ello con total independencia de la virtualidad de la excusa como causa justificante de la omisión.

Por ejemplo, si se alega ante la Junta no poder formar parte de la Mesa por coincidir la fecha electoral con un examen de inglés del interesado, y la Junta, por error, o incluso de modo incorrecto, lo acepta, ya no es necesario preocuparse de la virtualidad de tal examen para justificar la conducta, pues nos encontramos en el nivel previo de la tipicidad, y los hechos, por falta de elementos del tipo, no son constitutivos de delito.

A la inversa, si la Junta no acepta una excusa basada en una circunstancia claramente excluyente de la antijuridicidad, como grave enfermedad, la posterior incomparecencia a la Mesa sería típica, y debería el operador jurídico analizar la existencia o no de causa de justificación.

Por ello nuestro estudio debe profundizar sólo en las verdaderas causas de justificación, esto es, las que no han sido alegadas, o habiéndolo sido, no fueron aceptadas por la autoridad administrativa.

A) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: EL ESTADO DE NECESIDAD.

La doctrina admite, como no podía ser de otro modo, las causas que impiden seriamente el desplazamiento del ciudadano a la Mesa electoral, o el desarrollo normal de las funciones de miembro de la misma.

Así JIMENEZ DIAZ menciona, en su trabajo ya citado, la producción de un accidente, especialmente producido en el trayecto hacia el lugar en que se constituye la Mesa, accidente que además no permite efectuar el aviso previo reglamentario.

Menciona la autora además la posibilidad de una enfermedad, considerada ésta como "circunstancia sobrevenida", que en principio permite formular el aviso previo, en cuyo caso entiendo que, como se dijo antes, nos mantendríamos en el ámbito de la determinación de la concurrencia o no de los elementos del tipo.

Conforme a las normas generales, la concurrencia del estado de necesidad, está sujeta a lo dispuesto en el Código Penal, norma supletoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley: "En lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo, se aplicará el Código Penal."

El Código en efecto establece en su artículo 20.5º, que está exento de responsabilidad quien para evitar un mal, "...infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor del que se trata de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Me parece interesante la previsión del segundo inciso, esto es, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. En este caso no se alcanza justificación, al encontrarnos ante lo que se denomina doctrinalmente una "*actio libera in causa*". Así si el interesado, ya investido conforme a derecho de la condición de miembro de la Mesa, se sitúa en la obligación ineludible de cumplir otro servicio público o privado, aún de gran importancia, me parece que no se encuentra amparado por la causa de justificación estudiada. Imaginemos el supuesto de un viaje de estudios o negocios al extranjero, programado o realizado después de la investidura electoral.

Me parece indudable que, o bien nos hallamos ante una obligación que no puede ni remotamente compararse, en importancia, a la de colaborar con el proceso electoral, o nos encontramos ante una "*actio libera in causa*", que no puede tampoco amparar la conducta de incumplimiento. En todo caso, a mi modo de ver, este supuesto, por lo demás de cierta frecuencia en la práctica, no puede de ningún modo constituir una causa de justificación.

El operador jurídico, para realizar la adecuada ponderación de bienes en conflicto, no debe olvidar que la función electoral es de gran importancia, afectando gravemente al orden político cualquier trastorno del proceso electoral. Me remito a este respecto a lo dicho en el epígrafe relativo al bien jurídico protegido.

B) PRUEBA DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.

Es importante destacar la doctrina y la jurisprudencia exigen de consumo y por cierto terminantemente que la causa de justificación esté plenamente acreditada (cuestión procesal) y que claramente ampare el incumplimiento (cuestión jurídico-penal).

Así ya la ley anterior se ocupaba de exigir la justificación, con gran rigor, diciendo que "...(los miembros de la mesa) que incumplieren sin causa extremadamente (sic) justificada las obligaciones..."

El adverbio "extremadamente" es eliminado por la ley actualmente en vigor.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4-12-95, RJ 9035/1995, dice que

"...la prueba de los hechos impeditivos que, una vez acreditados los de la acusación, hayan de impedir sus efectos punitivos, es carga de quien los alega, ya que el equilibrio procesal de las partes en el proceso impone a cada una de ellas el "onus probandi" de lo que al proceso pretende aportar, y así, tras la prueba del hecho y de la participación en él del acusado, sobre éste último recae probar hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier elemento excluyente de la punibilidad..."

En este mismo sentido se muestra contundente, en cuanto a la prueba del estado de necesidad, la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 20-9-96, Sección Tercera, Ponente María Pilar Pérez de Rueda, la cual en su Fundamento Jurídico primero afirma lo siguiente:

"...el acusado, a pesar de conocer su nombramiento como vocal de la mesa electoral, no entró en comunicación con la Administración electoral para alegar la causa que le impidiese actuar en el cumplimiento del cargo, ni acudió al acto constitutivo de la mesa electoral correspondiente...La alegación de que se encontraba indispuesto, de ningún modo ha quedado acreditada delante de este Tribunal, ya que los testigos aportados por su defensa, uno de ellos la misma madre del acusado, no han podido adverar esta indisposición , que le impedía cumplir su deber ..." (traducción del catalán).

XIII. FORMAS DE CULPABILIDAD.

De siempre la doctrina sólo ha admitido la posibilidad de cometer este delito de forma dolosa.

Desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, no cabe plantearse la cuestión, pues el nuevo texto establece que *"las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley."* (artículo 12).

No existiendo incriminación por imprudencia relativa a esta modalidad delictiva, puede afirmarse rotundamente que este delito sólo puede cometerse de forma dolosa.

Ahora bien, parece que bastaría un dolo eventual para permitir la incriminación, aplicando lo que puede reconducirse a la fórmula de Franck, el autor se representa como probable la producción del daño o amenaza al bien jurídico, y la acepta.

En la Sentencia de 4-12-95, RJ 9035, el Tribunal Supremo condena a un Presidente de Mesa que alega que su incomparecencia a la misma se debió a un accidente, entendiendo que se trata de un caso fortuito, sin culpa (entonces punible) ni dolo.

En el supuesto de autos, el interesado sufrió avería de su vehículo el día de autos, por lo que alquiló un taxi el mismo día para trasladarse al lugar de ubicación de la mesa. El Tribunal rechaza el argumento con el siguiente razonamiento: no queda probado que el recurrente, EN EL MOMENTO CONCRETO DEL DÍA (de autos) se encontrara en la situación alegada, por lo que no declara admisible que "*la inasistencia del recurrente a la mesa electoral que debía presidir se debió a un accidente...*"

Jurisprudencia más reciente viene a afirmar que en la notificación ha de advertirse del carácter obligatorio del desempeño de la función, y de las consecuencias jurídicas del incumplimiento.

En este sentido, da por implícita la necesidad de esta advertencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-4-95, RJ 2891, en que se afirma que "...para que exista delito es necesario que el sujeto tenga conciencia del significado de la conducta que va a realizar...el hecho probado no deja dudas sobre la advertencia recibida del organismo oficial encargado de velar por la celebración de las elecciones..."

La Audiencia de Barcelona, sección segunda, en su Sentencia de 11-12-95, RJ ARP 1995/1345, absuelve a un presidente incomparecido porque "...no hay ni la más mínima prueba acreditativa de que al acusado se le informase de la posible responsabilidad criminal en que pudiera incurrir de no acudir a la constitución de la mesa..." En el caso de autos no constaba la recepción del nombramiento con las advertencias correspondientes.

CULPABILIDAD: EL ERROR DE PROHIBICION.

La jurisprudencia rechaza sistemáticamente la posibilidad de alegar error de prohibición en virtud de la creencia del interesado de su derecho a incumplir sus obligaciones por razones religiosas.

Así se ha ocupado el Tribunal Supremo del caso, planteado en numerosas ocasiones ya, de los Testigos de Jehová, en relación a los cuales afirma el alto tribunal:

"las creencias religiosas ...autorizan a sostener una postura abstencionista sobre la participación en la vida política y no se puede discutir la legitimidad de esta postura basada en ...ideas religiosas. Ahora bien, la participación en una mesa electoral no constituye en sí misma una actividad política que pueda entrar en colisión con dichas creencias, ya que es sabido que los miembros que la componen, no sólo por conciencia sino por imperativo legal, ...deben actuar con total imparcialidad y neutralidad, sin implicarse ni directa ni indirectamente en la contienda política..."

Esta es la postura sostenida por el Tribunal en su Sentencia de 17-4-95, RJ 2891/1995.

Sin embargo, no siempre se sostuvo la misma postura. En efecto, en la única sentencia discrepante que hemos encontrado, la de 30-1-79, RJ 277/99, Ponencia de Gómez de Liaño y Cobaleda, se absuelve a testigo de Jehová que se ausenta de la mesa, por falta de dolo, esto es, por no concurrir el requisito de culpabilidad en la conducta antijurídica del encausado, con el siguiente razonamiento:

"...la presencia en la Mesa electoral, unos minutos antes de constituirse, para hacer constar su propósito de no intervenir en el acto electoral, ante lo cual se hizo cargo de la repetida Mesa electoral su vicepresidente, ...permite apreciar a la Sala...la ausencia de dolo, en cuanto que el significado de la conducta del procesado el alcance de la misma no ponen de relieve, de forma clara y terminante, la antijuridicidad material que daría lugar a la reprochabilidad penal del acto, al no constar de forma indubitable que el procesado tuviera conocimiento de la significación antijurídica de carácter penal..."

El Fiscal había sostenido ante la Sala que *"...no debe aplicarse a los hechos la no concurrencia del...dolo, en cuanto que el procesado tiene conciencia de los actos que realiza y de la condición injusta y antijurídica que los mismos encierran , y su libertad en el obrar no ofrece anormalidad alguna..."*

Me parece que la absolución del acusado por no constar que tuviera "conocimiento de la significación antijurídica" no tiene suficiente fundamento, al contrario, la manifestación efectuada por el acusado demostró cla-

ramente que sabía precisamente que su acto era antijurídico, si no, no habría efectuado tal manifiesto, puesto que carece de sentido efectuar una declaración pública para fundamentar el hacer algo legal, o no hacer algo que la ley no manda.

Por ello la afirmación del Fiscal en ese proceso, de que el acusado "tiene conciencia de los actos que realiza y de la condición...antijurídica (de los mismos) " me parece realista y acertada, y creo que debió atenderse por la Sala.

De todos modos, lo cierto es que el Tribunal Supremo viene siguiendo la doctrina contraria, esto es, la de entender concurrente el dolo, en sus sentencias de 30-12-92, 30-3-93, 8-6-94 y 18-10-94, además de la ya reseñada de 17-4-95.

Esta última resolución además, realiza valoraciones sobre otros elementos del delito, además del dolo.

En cuanto al bien jurídico lesionado, lo describe de la siguiente manera:

"...absteniéndose (el acusado) de colaborar en la realización de un acto cívico por excelencia en una sociedad democrática como es la expresión de la voluntad de los ciudadanos por medio del voto..."

En cuanto a la antijuridicidad, afirma:

"...la participación en una mesa electoral es un deber cívico...si existía algún error de valoración sobre la antijuridicidad de la conducta la contestación de la Junta...despejaba sus dudas, ... (el acusado debió) reflexionar ante la situación que podía crear su ausencia en la marcha del proceso electoral que correspondía a la mesa para la que había sido llamado...prefirió desoír el llamamiento, absteniéndose de colaborar en la realización de un acto cívico..."

Me parece muy interesante el análisis de la Sentencia sobre la relación existente entre el injusto de la conducta analizada y la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido: " la participación ...es un deber ..." (mandato que se desoye, incurriendo en conducta antijurídica), ..." la situación que podía crear su ausencia en la marcha del proceso electoral ..." (lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

De todos modos es necesario detenerse ante el problema del conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, como elemento integrante del dolo.

Por un lado puede sostenerse razonablemente que basta el conocimiento probado de la significación antijurídica de la conducta para permitir hablar de la existencia de dolo, pero hay quien sostiene que es necesaria la previa advertencia de la posible comisión de delito para que el dolo sea posible.

Así la Audiencia de Barcelona, en la ya reseñada Sentencia de 11-12-95 afirma que "...(no se incurre en delito) salvo que expresamente se advierta previamente de la responsabilidad criminal en que se puede incurrir de incumplirse la obligación..."

Ello lo fundamenta la Sala entre otros argumentos, en el siguiente, que me parece de extraordinaria importancia: "...la culpabilidad debe abarcar, necesariamente, el conocimiento exacto de la ilicitud del hecho...(el acusado) no era consciente de que su comportamiento aparecía descrito en una norma como delictivo...es obvio que, por la naturaleza de los hechos, es perfectamente factible que el común de las personas no se imaginen que caso de no acudir a la constitución de la Mesa Electoral incurrirán en un delito, máxime si se ha sido designado suplente..."

El Tribunal Supremo, por lo menos en tres Sentencias, a mi modo de ver, parece no exigir la advertencia específica de que se cometerá delito, para admitir la existencia del dolo, bastando el conocimiento cabal y probado de la significación antijurídica de la conducta y la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Así en su Sentencia de 8-6-94, RJ 4548, la Sala afirma que "...alega la recurrente...que no se ausentó del Colegio hasta que vio la Mesa constituida, y que nadie le dijo que cometaría delito si se ausentaba..." El argumento se rechaza pues..." requiriendo el dolo, como forma de culpabilidad, la existencia de un elemento intelectivo, consistente en que el sujeto activo conozca el supuesto fáctico que contempla la norma penal, y su significación jurídica, y de otro volitivo, inherente al libremente, esto es, sin causas eliminatorias de su libertad en el actuar, ...con pleno querer o aceptación de los hechos con sus resultados y consecuencias, surgido conocimiento de la obligación impuesta...la acusada no asistió a la constitución de la mesa, quedando patente la existencia de una conducta dolosa..."

La misma doctrina parece sostenerse en las Sentencias de 30-3-98, RJ 2939, y 14-12-94, RJ 9810, por lo que entiendo que no es requisito inexcusable para la comisión de estos delitos el que previa y fehacientemente la

autoridad administrativa haya advertido al designado de la posible comisión de delito, bastando el conocimiento de que el cargo es una función pública de carácter estrictamente obligatorio, con posibilidad de excusas y avisos en tiempo y forma y por los motivos tasados por la ley.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 13-12-95, RJ 9244/1995, en la cual se confirma la absolución de un miembro de mesa electoral que no se presentó, absolución pronunciada por la sección Séptima de la Audiencia de Barcelona en Sentencia de 6-4-95, dictada en base a que

"no consta que el...acusado hubiese sido notificado en forma de (la) obligación de comparecer ...y de las consecuencias penales de su inasistencia al acto para el que había sido designado..."

El Tribunal Supremo confirma la absolución, con este razonamiento:

"...no ha quedado acreditado que hubiera sido notificado en debida forma de la obligación de comparecencia , ni de la posibilidad de alegar excusas, ni tampoco de las consecuencias penales de su inasistencia al acto..."

"Tal ausencia de prueba...debió suplirse...con una certificación suficiente del contenido de la papeleta que realmente se hizo llegar al imputado, habida cuenta de que al folio 3 de los autos tan sólo consta la mera notificación del nombramiento."

En definitiva, creo que caben dos interpretaciones:

a) basta la notificación del nombramiento, con indicación de la posibilidad de excusarse, y con advertencia de la obligatoriedad jurídica de desempeñar el cargo;

b) además es necesario que se advierta al investido, de las consecuencias jurídico-penales del incumplimiento.

En todo caso es evidente que la jurisprudencia exige la acreditación en juicio de que se han cumplido estas esenciales formalidades de la investidura, cuya forma normal de acreditación es la documental pública. El Tribunal Supremo habla, en la Sentencia reseñada, de "*certificación suficiente del contenido de la papeleta que ...se hizo llegar al imputado...*", expresión relativa a exigencias de prueba cuya claridad no deja lugar a dudas.

XIV. PENALIDAD.

La ley establece en el reseñado artículo 143 que la pena por este delito es la de "...arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas".

A estas penas privativa de libertad y pecuniaria se suma, en todo caso, una privativa de derechos:

"Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio activo y pasivo."

Esta penalidad significa una cierta moderación represiva, al haberse suprimido la agravación facultativa del artículo 81 de la anterior ley de 1977, el cual establecía: "Los Tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia y gravedad de los hechos delictivos enjuiciados y la personalidad del delincuente, podrán imponer las penas inmediatamente superiores a las señaladas."

La multa era, hasta la entrada en vigor de la actual ley, de 10.000 a 50.000 pesetas.

De todos modos, en un análisis de la evolución histórica de la penalidad de esta modalidad delictiva, se aprecia un endurecimiento.

Así, la ley electoral de 1907, ya reseñada se remitía, en su artículo 62 a la pena establecida en el artículo 383 del entonces vigente Código Penal, el de 1870. Esta norma, llamado Código Penal Reformado, mandado publicar por Ley de 17 de Junio de 1870, establecía en su artículo 383 que "el que rehusare o se negare a desempeñar un cargo público de elección popular, sin presentar ante la autoridad que corresponda excusa legal, o después que (sic) la excusa fuere desatendida, incurrirá en la multa de 150 a 1.500 pesetas."

Esto significa que en 1977 se introdujo pena privativa de libertad para este delito, desconocida hasta entonces en nuestra legislación histórica.

Respecto de la pena actualmente aplicable ha de destacarse lo siguiente:

La pena privativa de libertad de arresto mayor fue abolida por el nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, entrado en vigor el 25 de mayo de 1996. En su lugar, la disposición transitoria XII establece la pena, también privativa de libertad, de arresto de siete a quince fines de semana. Esta pena se encuentra regulada en los artículos 35 y 37 del nuevo Código.

La ley electoral prevé también, como cumulativa, la inhabilitación para el derecho de sufragio activo y pasivo, debiendo tenerse en cuenta que la privativa del sufragio activo no figura en el nuevo Código Penal, que establece, en la reseñada disposición transitoria que "...cualquier otra pena

suprimida por este Código, (será sustituída) por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse. En caso de duda será oído el reo."

Durante dicho tiempo, el condenado queda privado del derecho de ser elegido para cargos públicos. (artículo 44 del NCP).

Aunque de todos modos procedería actuar en aplicación del principio de alternatividad, que establece que "*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*" (artículo 8.3 NCP), lo cierto es que, para evitar toda duda, la ley electoral establece que "*los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.*" (artículo 137).

De modo que podemos hablar de la existencia de un concurso apparente de normas. La resolución del mismo debe tener en cuenta, como advierte Rodríguez Devesa, que "...deberá examinarse cuidadosamente en cada caso si concurre o no un precepto penal de preferente aplicación "

Me parece que estas modalidades delictivas no pueden ser superadas punitivamente por el Código, dado que se trata de delitos propios, y el principio de especialidad no permite la incriminación por estas conductas aplicando el tipo de la desobediencia grave a la autoridad, del artículo 556 del nuevo Código, aunque tiene aparejada pena superior.

De otro lado, no me parece posible la aplicación del tipo de la denegación de auxilio para prestar un servicio esencial, cometida por funcionario, porque la pena prevista por la ley especial es claramente superior, al ser privativa de libertad, en tanto que el artículo 412 del Código prevé la de multa y suspensión.

Coincido plenamente con Muñoz Conde en que " con un afán preventivo evidente y en algunos casos con finalidad agravatoria de las penas de los delitos comunes, la ley de

1985 sigue manteniendo vigente una serie de tipos delictivos casuísticos..."

Haciendo un análisis de penalidad comparada hallamos que la actual ley rompe con la tradición histórica de imponer igual pena por este delito que por el abandono de la función de jurado. En efecto, el Código Penal de 1870 establecía, en el segundo párrafo de su artículo 383, luego de regular la pena

por abandono de funciones, lo siguiente: " En la misma pena incurrirá el jurado que voluntariamente dejare de desempeñar su cargo sin excusa admitida..."

Resulta difícil de explicar que la pena actual por este delito sea más grave que la establecida por la actual Ley del Jurado para el delito de abandono de funciones de los miembros del tribunal popular. En efecto, la Ley Orgánica 5/95 de 22 de Mayo, RCL 1995/1515, del Tribunal del Jurado establece, en su disposición adicional segunda que "*los jurados que abandonen sus funciones sin causa legítima... incurrirán en la pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas*".

XV. ESPECIALIDADES PROCESALES.

En orden a la legitimación para el ejercicio de la acción penal, la ley electoral vigente establece que

"la acción penal que nace en (sic) estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna." Así lo dice el artículo 151.2 del texto estudiado. Esto significa una modificación del régimen general de ejercicio de la acción popular, que facilita la actuación coadyuvante de la del Fiscal permitida a todo ciudadano español por la Constitución y la Ley.

En lo que se refiere a la regulación procedural de las causas por este delito, la ley establece que estas actuaciones tendrán "...carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible..."

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de esta cuestión en su Sentencia de 21 de Mayo de 1987 (RTC 1987/67), en cuyo segundo fundamento jurídico se afirma que "...como recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, el proceso electoral es por su propia naturaleza un procedimiento extremadamente rápido, con plazos perentorios en todas sus fases y tanto en su vertiente administrativa como en los recursos jurisdiccionales que se establecen para el control de la regularidad de todo el proceso. Tal naturaleza requiere en todos los partícipes una extremada diligencia ..."

La ley establece además una obligación de información que afecta a los órganos jurisdiccionales encargados de la "ejecución de las Sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se refiere este Título " y establece que el órgano "...dispondrá la publicación (de las Sentencias firmes)

en el Boletín Oficial de la Provincia y remitirá testimonio de las mismas a la Junta Electoral Central".

Coincido con MORENO CATENA en que estas son las tres únicas especialidades procesales existentes en relación con estos delitos, quien señala especialmente la aplicación a estas cuestiones de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la reseñada Sentencia.

Aunque no puede conceptuarse estrictamente como una especialidad procesal, debe tenerse en cuenta que la ley electoral establece en su artículo 80.4 que "...la Junta (Electoral) informará al Ministerio Fiscal de lo sucedido para el esclarecimiento de la posible responsabilidad penal de los miembros de la mesa o de sus suplentes que no comparecieron..." Se establece pues la obligación de deducir testimonio de los particulares relativos a posible delito electoral y de remitir el mismo al Ministerio Fiscal.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. NOTAS Y COMENTARIOS

LA INTERVENCIÓN EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL ÁMBITO COMUNITARIO EUROPEO

PALOMA ABAD ARROYO

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La expulsión del Ministerio Fiscal de los litigios seguidos ante el TJCE con los nº C-400/97, C-401/97 y C-402/97 iniciados como consecuencia de la "cuestiones de interpretación" planteadas ante dicho Tribunal por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Autónoma del País Vasco nos induce a plantear , lo que entendemos, es una necesidad, de dar una regulación nacional concreta que permita un tratamiento homogéneo en la tramitación procesal de tales cuestiones, aclarándolas en general, pero sobre todo, y por lo que a la participación del Ministerio Fiscal se refiere, cuando las mismas se planteen en relación a un procedimiento en el cual, el Ministerio Público, no haya sido parte procesalmente hablando.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la CA del País Vasco, y en los recursos contencioso-administrativo que ante la misma se trataban con los nº 2671, 2678 y 2679, todos ellos de 1993, promovidos por el Abogado del Estado y contra respectivas Norma Foral de las Juntas Generales de Guipuzcoa, Vizcaya y Alava en materia de Medidas Fiscales Urgentes de apoyo a la inversión e impulso a la actividad económica, acordó, de conformidad con lo establecido en el art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la redacción dada por el art. G del Tratado de la Unión Europea) y en consideración a lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de Octubre del Tribunal Constitucional, dar traslado a las partes "incluido el Ministerio Fiscal" (que no era parte en dichos procedimientos al tratarse de procedimientos ordinarios) sobre la conveniencia de plantear ante el TJCE la cuestión prejudicial (respectiva) ateniente a si el art. 52 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo una reglamentación fiscal relativa a

los Impuestos de Sociedades y de la Renta de las Personas Físicas, sustentadora de un régimen especial de ayudas dirigido exclusivamente a las sociedades y personas domiciliadas en el respectivo Territorio Histórico, y no a las demás sociedades y ciudadanos del propio Estado Español ni de otros Estados miembros de la Unión Europea, al quedar sometidos a la normativa de Derecho Común, según lo previsto en el art. 9 y 17 de la Ley 12/1981 de 13 de Mayo por la que se aprueba el Concierto Económico de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Tal traslado a la Fiscalía, a los efectos ya reseñados, no fue objeto de impugnación por ninguna de las partes intervenientes en los mencionados recursos y, por el Fiscal, se emitieron sendos informes en los cuales, tras los razonamientos que pasaba a exponer, , entendía que:

1º.- no se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial en los términos establecidos por la propia Sala

2º.- interesa de la Sala asuma el planteamiento, que él mismo efectuaba, de la cuestión prejudicial en relación con el art. 92 del Tratado en el sentido de si cabe interpretar el referido precepto de tal modo que conduzca a establecer que la regulación efectuada por las respectivas Normas Forales (idénticas todas ellas) produce una reducción de cargas así como no sopor tar determinados costes que normalmente hubieran debido recaer, impi diendo, de tal forma, a las fuerzas presentes en el mercado, producir sus efectos normales, confiriendo una ventaja, sobre las empresas de la compe tencia que deben sentirse afectadas..

Ni el Abogado del Estado, las Juntas Generales de los respectivos Territorios Históricos, Gobierno Vasco y las respectivas Diputaciones Forales, se mostraron partidarios del planteamiento de la cuestión expuesta por la Sala.

No obstante todo ello, la Sala acordó plantear las respectivas cuestiones prejudiciales, en relación con los art. 52 y 92 del Tratado, asumiendo "en su integridad" las argumentaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, notifi cando dichas resoluciones "a las partes personadas en el proceso" incluido el Ministerio Público

Ello dio lugar a los litigios seguidos ante el TJCE con los núms. C-400/97, C-401/97 y C-402/97 los cuales fueron "acumulados" por Auto del presidente del tribunal de Justicia de 18-12-1997 dictado en el asunto C-400/97

Por Resolución del Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de fecha 21-1-1998, tras serle notificado al Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el precitado Auto, conforme al párrafo 2º del art. 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CE, se le concedía traslado por el plazo de dos meses a fin de presentar ante el Tribunal alegaciones, u observaciones escritas, así como para aportar todos aquellos documentos relativos al asunto como así lo efectuó mediante escrito de 25 de febrero de 1998 remitido al TJCE.

En tal situación procesal, por el Gobierno Vasco, con fecha 17-12-98, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la C.A. del País Vasco, se presentó escrito interesando de la Sala informara al TJCE sobre la circunstancia de que el Ministerio Fiscal no era parte en el procedimiento y, ante dicha solicitud por la Sala se dictó Providencia, en fecha 24-12-98 en la cual, y según lo solicitado, acordaba "libresé atento oficio al TJCE, con el fin de poner en su conocimiento, a los efectos que procedan y de conformidad con lo que dispone el art. 104 del Reglamento de Procedimiento del TJCE que el Ministerio Fiscal no ha sido parte procesal en los recursos contencioso-administrativos, nº 2671, 2678 y 2679, todos ellos de 1993, respecto de los cuales pende resolución en cuestiones prejudiciales ante este Tribunal planteadas, asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97 (acumulados); habiéndosele dado audiencia en los procesos nacionales indicados, únicamente, con motivo de las cuestiones prejudiciales suscitadas ante el TJCE".

Como consecuencia de lo anterior, por resolución de fecha 27-1-99 del TJCE dicho Tribunal acuerda "ANULAR" las observaciones del Ministerio Fiscal que son devueltas a dicho órgano, lo cual le fue notificado así a la Fiscalía.

Ante tal eventualidad, por la Fiscalía se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el que, tras una serie de consideraciones, y entre otras, que no se le había dado traslado de la solicitud planteada por el Gobierno Vasco, , interesaba de ésta dictara providencia por la que librando atento oficio al TJCE, pusiera en conocimiento del mismo, y de conformidad con el art. 104 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la CE que, el Ministerio Fiscal si es parte procesal en cuestiones prejudiciales ante el mismo planteadas por estar así regulado en el ordenamiento jurídico nacional de conformidad con el art. 124 CE y art. 35 y 37

LOTC, debido a lo cual, la Sala acordara remitir nuevamente a dicho Tribunal las observaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal en dichas peticiones de decisiones prejudiciales.

A dicha solicitud se contesto por la Sala mediante providencia de fecha 1-3-99 en la que ordenaba "estese a lo acordado" en tanto, consideraba que, la representación del Ministerio Público no había sido parte procesal en los respectivos recursos contencioso-administrativo, ni era atributiva de tal condición la aplicación analógica a la tramitación del planteamiento de la cuestión prejudicial, regulada en el art. 177 del Tratado, la regla de audiencia al Ministerio Fiscal que, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad establece el art. 35 de la LOTC

Frente a tal resolución se interpuso Recurso de Súplica en fecha 18-3-99 reiterando la anterior solicitud y, alternativamente, dada la ausencia de concreta regulación, en el ordenamiento jurídico español, sobre este tema, se planteó *Cuestión prejudicial complementaria*, a la ya planteada, sobre si "atendida la función encomendada al Ministerio Fiscal en el ordenamiento jurídico español, así como la eficacia erga omnes de las sentencias dictadas por el TJCE, la decisión de la Sala de no considerarlo parte en una cuestión prejudicial que la misma Sala acuerda plantear en un procedimiento en que el Ministerio Fiscal no es parte, puede resultar contrario al art. 117 del Tratado de la CEE"

Dicha solicitud fue, igualmente, desestimada por la Sala mediante Auto de fecha 10-6-99, entendiendo, en su Razonamiento Jurídico Tercero, que "no concurren elementos normativos que permitan determinar con certeza la posición procesal del Ministerio Fiscal en el incidente que sirve de cauce a la cuestión prejudicial prevista en el art. 177 del Tratado de Roma, de tal suerte que el Estatuto del Tribunal, en su art. 20, al referirse a la notificación que ha de hacer el Secretario de dicho tribunal de la decisión nacional de plantear la cuestión prejudicial, se refiere, sin más precisión, a *las partes implicadas*; por su parte el Reglamento de Procedimiento del TJCE, en su art. 104.2, remite para su aplicación en los procedimientos prejudiciales, en lo que se refiere a la representación y a la comparecencia de las partes en el litigio, a las reglas de procedimiento aplicables ante las jurisdicciones nacionales que hayan planteado la cuestión prejudicial. De lo que cabe deducir legitimación en el incidente que se resuelve ante el TJCE sólo a favor de quienes han sido parte en el proceso principal, en cuyo cauce se

vertebra el incidente prejudicial" y, la tramitación de las cuestiones prejudiciales nº C-400/97, c-401/97 y c-402/97 continúan ante el TJCE sin que ya, ninguna de las partes, interese la estimación de dichas cuestiones en los términos que fueron planteadas por el T.S.J. del País Vasco, es decir, interesando se dicte sentencia por al que, interpretando los art. 52 y 92 del TUE, se entienda que la regulación contenida en las distintas Normas Forales de los respectivos Territorios Históricos resultan contrarias a los mencionados preceptos.. Tal situación, como no podía ser de otra forma, ha causado gran estupor en el TJCE

La intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones prejudiciales a que nos hemos venido refiriendo se desarrolló de forma pacífica hasta la presentación, de forma absolutamente extemporánea del escrito de fecha 17-12-98 del Gobierno Vasco al que ya hemos hecho mención; debiendo hacerse hincapié en la circunstancia de que, en el caso de que no se hubiera presentado o, presentado, no hubiera sido admitido por la Sala, la presencia del Ministerio Público en la tramitación de las mencionadas cuestiones se hubiera llevado a efecto hasta la resolución final de las mismas. Fue el Tribunal nacional quien determinó quienes estaban legitimados para intervenir en la cuestión prejudicial; y fue, igualmente, el Tribunal nacional el que, de forma extemporánea, a instancias del Gobierno Vasco "informó" al TJCE que no debía ser considerado como parte en la tramitación de dichas cuestiones pues, como la propia Sala recoge en el Razonamiento Jurídico al que nos acabamos de referir, el Estatuto del TJCE habla de "partes implicadas", y para la determinación de quiénes sean éstas, el art. 104.2 del reglamento del Tribunal remite a las reglas de procedimiento aplicables ante las "jurisdicciones nacionales" que hayan planteado la cuestión prejudicial. Pero se da la circunstancia de que, en nuestro ordenamiento jurídico carecemos de tales reglas de procedimiento "específicas" en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere.

Todo ello evidencia, la necesidad de una regulación clara y específica referente a la tramitación de tales cuestiones pues, la trascendencia de las mismas desaconseja de todo punto que puedan quedar sujetas a la voluntad de las partes intervenientes, como ha ocurrido en este caso así como, por otro lado, que pueda ser objeto de soluciones distintas por parte de los diferentes T.S.J del estado Español en aspectos tan importantes como, por ejemplo, la determinación de las partes intervenientes

El criterio mantenido por esta Fiscalía en relación a la cuestión sobre la cual versa esta exposición fue la de considerar que cuestión prejudicial es toda cuestión jurídica cuya resolución constituye un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio (Manzini).

Con mayor precisión, perfilando más claramente el concepto, la cuestión prejudicial no es solo aquellos presupuestos y puntos de interés para la decisión final de un proceso, sino que, precisamente, el conocimiento de ese antecedente lógico corresponde a otra jurisdicción distinta de la que viene conociendo de la cuestión principal.

En el ámbito del Derecho Contencioso-administrativo, cabe distinguir entre las denominadas cuestiones prejudiciales situadas en la órbita del Derecho Comunitario y del Derecho Constitucional, esto es, las previstas, respectivamente, en el art. 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, y en el art. 163 C.E. y 35 y siguientes de la LOTC

Como señala Pilar Teso Gamella, existen muchas y muy cualificadas coincidencias entre la cuestión prejudicial prevista en el art. 177 TCEE y la cuestión de inconstitucionalidad, lo que permite al operador jurídico trabajar sobre la base de dicho paralelismo, y de las interconexiones que de ello se derivan, en el afianzamiento, desarrollo e interpretación de los problemas suscitados respecto a ambas vertientes (constitucional y comunitaria) de esta peculiar prejudicialidad.

Establecido el paralelismo anterior, atendida la ausencia de una regulación legal nacional que establezca el procedimiento a seguir a la hora de plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 177 TCEE, y atendido lo dispuesto en el art. 4.1 Cc que permite acudir a la aplicación analógica de las normas "cuando estas no contemplan un supuesto específico pero regulan otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón", a la hora de dilucidar la cuestión que nos ocupa, procede acudir al Derecho Procesal Constitucional y, concretamente, a las normas que regulan la "Cuestión Prejudicial de Inconstitucionalidad".

Es la LOTC, en su art. 35.2 al regular la "cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Magistrados" y, concretamente, el tema del "planteamiento" por el órgano jurisdiccional, la que establece que "antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal... para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad". A continua-

ción, el art. 37.1 dice que "recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones...podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad..." en los supuestos que el mismo establece. Finalmente, el art. 37.2 señala que "el TC dará traslado de la cuestión...al Fiscal General del Estado" ..

Tal intervención del Ministerio Fiscal trae su razón de ser en el art. 124 CE que delimita las funciones del Ministerio Fiscal el cual, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social; igualmente prevé que ejercerá sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. En consecuencia, la función principal del Ministerio Fiscal es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

En estos supuestos, la decisión final que resuelve dichas cuestiones prejudiciales, está reservada a la jurisdicción constitucional; el órgano jurisdiccional ante el que se tramita el proceso en el que tal cuestión se invoca, nunca tendrá jurisdicción para la decisión, y surgirá la cuestión prejudicial. Tal es lo que sucede en el presente caso; la decisión final sobre la cuestión prejudicial planteada corresponde al TJCEE, sin que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, ante la cual pende el procedimiento original, tenga jurisdicción sobre la decisión, motivo por el cual surge la cuestión prejudicial.

En la medida en que el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria implica una cesión parcial de funciones jurisdiccionales, a favor del TJCE, lo más procedente es que el juzgador oiga previamente al Ministerio Fiscal, al igual que ocurre con los supuestos de planteamiento de una cuestión previa de inconstitucionalidad. Por otra parte, en último término, al estudiar los requisitos formales del planteamiento de la cuestión prejudicial observamos que, en realidad, se trata de una cuestión de competencia que es manifiestamente de orden público que habrá de ser formulada de oficio. Como señala Ruiz Jarabo Colomer, parece razonable que el órgano jurisdiccional nacional, antes de

plantear la cuestión, consulte a las partes y al Ministerio Fiscal, ya que éste último está calificado en España como defensor de la legalidad y su intervención es necesaria siempre que se discuta la jurisdicción o la competencia de un órgano judicial. Igual de razonable debió de resultar, en un principio, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ País Vasco pues, en un primer momento, por propia iniciativa, así lo hizo.

Pero es que la presencia del Ministerio Fiscal debe mantenerse durante toda la tramitación de la cuestión prejudicial ante el TJCE y ello porque, en definitiva, la cuestión prejudicial determina un procedimiento distinto de aquel, principal, en el que la misma surgió; procedimiento a tramitar ante un órgano jurisdiccional, también distinto, TJCE, de aquel de cual pende el procedimiento principal, y cuestión que ha de ser resuelta por un órgano jurisdiccional distinto, TJCE, de ese a quien le corresponde resolver aquel litigio para cuya resolución es necesaria aplicar una disposición comunitaria y, en este incidente prejudicial es parte el Ministerio Fiscal conforme a las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico español

En definitiva, el problema deviene a la hora de determinar la legitimidad, o no, del Ministerio Fiscal para intervenir en las cuestiones prejudiciales comunitarias y, básicamente, cuando las mismas surgen en procedimientos en los que el Ministerio Público no es parte, y el origen de tal problemática se encuentra en la circunstancia de que en nuestro ordenamiento jurídico carecemos de una concreta regulación procesal para este tipo de Cuestiones.

En resumen:

1º.- nos encontramos ante un proceso contencioso autónomo, en el que se enfrentan contradictoriamente las partes, para que el órgano jurisdiccional que conoce del mismo, TJCE, resuelva el litigio planteado. Organo jurisdiccional distinto del que conoce del proceso contencioso ordinario, y que no va a resolver el objeto litigioso de éste, sino que va a sentar los presupuestos jurídicos que habrán de aceptarse en la fundamentación de la sentencia definitiva, con todas sus consecuencias.

2º.- el TJCE tiene una función decisiva, a través del procedimiento incidental prejudicial del art. 177 del TCEE, de asegurar la unidad de interpretación del Derecho Comunitario como medio imprescindible para conseguir su uniformidad sustancial, creando una competencia jurisdiccional, cuyos efectos han terminado por constituir la pieza clave del Derecho Comunitario; para ello se ha optado por introducir en los procesos nacionales el "Incidente

"Prejudicial" como mecanismo indirecto por el cual se somete al Tribunal las cuestiones de validez y de interpretación por medio de un proceso en el que intervienen las instituciones que normalmente ejercen una influencia directa en la formación y aplicación del Derecho Comunitario (Sentencia 16-1-74, Asunto 166-73 "Rheinmühlen-Düsseldorf contra Einfur-und Vorratsselle für Getreide und Fatternittel (Recuril 1974, pag 33)

3º.- además, no hay que olvidar, como ha señalado la propia jurisprudencia del TJCE, la eficacia *erga omnes* de la sentencia dictada en un incidente prejudicial en la medida en que, respecto de temas ya decididos por la jurisprudencia comunitaria, vale el criterio precedentemente sentado (Sentencia 6-10-82, Asunto 283-81 "Srl. Cilfit y Lanificio di Gavardo Spa contra Ministerio de la Salud Italiano " (Remil 1982).

Pese a movernos en una situación de carencia absoluta de normas que regulen concretamente, lo que consideramos, tan trascendental cuestión, la intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones prejudiciales, la entendemos clara, dada la función que al mismo le corresponde en materia de "competencia" de los Tribunales y de salvaguarda del "principio de legalidad". En última instancia, la intervención del Fiscal traería su razón de ser del art. 124 C.E. en virtud del cual tiene encomendada la función principal de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad que, en el ámbito del Derecho Comunitario, viene encomendada al procedimiento regulado en el art. 177 del TCEE; ordenamiento jurídico comunitario caracterizado, como notas directas, por los principios de "eficacia directa" y "primacía" respecto de los Estados miembros.

Atendida la trascendencia señalada, la intervención del Ministerio Fiscal, en estos casos, no puede quedar abandonada a la voluntad de las partes intervenientes en el procedimiento original dependiendo, en muchos casos, de que el criterio mantenido por él se acople o no a sus pretensiones particulares, ni tampoco al criterio de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los distintos TSJ de España que, sobre este tema, podrían sostener criterios diferentes unas de otras.(Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, (Bilbao)

DE NUEVO SOBRE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL POR EL MARIDO. - DÍA INICIAL DEL PLAZO.- ART. 136 DEL CÓDIGO CIVIL

LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Valladolid

SOLEDAD MARTÍN NÁJERA.

Fiscal de la Audiencia Provincial de Valladolid

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO. II. EL DIES A QUO EN LA JURISPRUDENCIA. 1. *Es el día en el que el marido conoce que no es el padre.* 2. *Es el día de la inscripción de nacimiento o aquel en que el marido conoce el mismo si fuera posterior.* III. UNA REALIDAD SOCIAL DIFERENTE. IV. DIES A QUO E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. V. DIES A QUO E IGUALDAD. VI. CONCLUSIONES

I. PLANTEAMIENTO

Cada vez con mas frecuencia nos encontramos con demandas de impugnación de filiación matrimonial entabladas por el marido de la madre después de transcurrido ampliamente el plazo que establece el art. 136 CC.

Son demandas que casi siempre surgen cuando ya existe una situación de ruptura matrimonial, coetáneas o posteriores al proceso de separación o divorcio, en las que el marido señala que sólo a raíz de la ruptura ha conocido que alguno o algunos de quienes creía sus hijos en realidad no lo son.

En otras ocasiones es el conocimiento de la imposibilidad de que el hijo sea suyo (por ejemplo por esterilidad) o de la infidelidad de la esposa (art. 82.1 CC) el que da lugar a la ruptura matrimonial y al ejercicio de la acción de impugnación de la filiación.

En todos los casos se tiene la certeza o la sospecha fundada de la discordancia entre la realidad jurídica y la realidad biológica.

Y cuando el marido ejerce la acción, tales certeza o sospecha han afectado de forma esencial a su relación con quien ha llamado hijo durante años, en su trato con él, incluso en su convivencia.

Esa es la realidad con la que trabajamos , pero a la que el art. 136 CC responde con una acción limitada en los siguientes términos : *"El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento".*

Este plazo no es de prescripción sino de caducidad. La cual opera "*ipso iure*", de forma automática y apreciable de oficio. No es susceptible de interrupción por las causas previstas en el art. 1973 CC. Y no afecta a su cómputo ni la inactividad del titular de la acción, ni tampoco el conocimiento que el marido pueda tener del hecho de que el hijo no es suyo.

Sentado lo anterior, las principales cuestiones surgidas con respecto a ello se han centrado en cuál sea el momento a partir del cual la acción puede ser ejercitada, el día a quo del cómputo del plazo.

Dos son las posturas: es el día de la inscripción de nacimiento o el del conocimiento del mismo (art. 136), o bien es el día el marido conozca que no es el padre

II. EL DIES A QUO EN LA JURISPRUDENCIA

1.- El TS ha mantenido una tendencia a considerar "*dies a quo*" aquel en que el marido conoció que no era el padre.

Esa tendencia se muestra en sentencias como la de 4.feb.92 o 10.feb.97. En ellas, el Alto Tribunal, para estimar caducada la acción, no consideró suficiente razonar el transcurso del año desde la inscripción o desde que el padre conociera el nacimiento, lo que habría bastado según el art. 136 CC, sino que se preocupó en destacar que también había transcurrido el plazo desde que el marido conoció que no era el padre. Lo hace contrariando el criterio general sobre la fijación del día inicial del plazo de caducidad cuando la norma establece la fecha o el hecho "*per relationem*".

Pero la STS de 30.ene.93 llegó más lejos. Estimó la acción del marido, a pesar de haber transcurrido el plazo de un año desde la inscripción en el Registro Civil, y no desde que conoció que no era el padre.

a.- Comienza el tribunal valorando los hechos.

"*Una actuación fraudulenta*" (de la esposa) mantuvo al marido en la creencia de que el nacido era hijo suyo. En cuanto fraudulenta, tal actuación es "*contraria, desde su origen, a Derecho*" (art. 6.4 CC.)

Inmediatamente de tener mera sospecha de que no era el padre, puso en marcha, la decisiva investigación biológica. De modo que no hay indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión de impugnar la paternidad.

La investigación biológica demostró su esterilidad, descartando su paternidad fuera de toda duda.

Todo lo cual hace al marido "*acreedor, en este caso, de una particular atención*".

b.- Admite el Tribunal que la rigurosa observancia del art. 136 CC. aisladamente considerado, llevaría a la desestimación de la acción entablada por el marido.

c.- Por tanto, existe una colisión frontal, en el caso, entre la realidad y la norma. *"La hiriente discordancia, según acertada y sincera expresión del representante del Ministerio Fiscal, entre la solución que en el recurso se postula (aplicar el art. 136 CC) y la realidad investigada y acreditada desde todas las perspectivas incluida la del interés, tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa, manifestado allanándose a la pretensión del marido, amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocada en pro de mantener, pasado un cierto tiempo, la situación paterno-filial creada con la presunción legal de paternidad..."*

d.- Para solucionar tal colisión entre la norma y la realidad, el Tribunal interpreta la norma desde los principios informadores de la Constitución que reclamaron la reforma del Código por la Ley de 13 de mayo de 1981.

En el plano constitucional:

El art. 39 CE "asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor". En consecuencia la Constitución "ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones ... contra la realidad y la voluntad del interesado (marido) expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello".

Pero el art. 136 CC marca una limitación, derivada de que el marido desconociera "cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral". De ahí que no se ajuste a la normativa constitucional: Conlleva "un efecto de indefensión vedado por el art. 24 CE"

La sentencia no aplica el art. 136 CC por estimarlo inconstitucional. Con ello el Tribunal Supremo toma facultades que no son propias suyas sino del Tribunal Constitucional. El Supremo, como órgano jurisdiccional que es, debería haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad pues el art. 136

CC, modificado por una Ley de 1981, es posterior a la Constitución. Si hubiera planteado tal cuestión en 1993, la problemática actual ya estaría resuelta del todo.

En el plano legal:

Aplicar el art. 136 en el caso y desestimar la acción impugnatoria del marido, *"ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981"*. Pues uno de sus presupuestos es *"asentir la filiación sobre la verdad biológica"*, *"en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial"*. Así lo proclama la misma ley, y de ello *"deja constancia el art. 127 del código al admitir toda clase de prueba en los juzgados sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, entre ellas la del art. 116"* (padre es el marido de la madre).

Esta presunción queda *"desvanecida"* *"por su acomodo al sentido que en la normativa del código, informa como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor"*. *"La prevalencia de la presunción pater est, pese a que no se corresponde con la realidad"* sería desconocer *"los imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas -art. 3.1 y 2 CC-"*.

No tiene valor en contra el argumento de la paz familiar , pues *"la tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo sustentado sobre una actuación fraudulenta"*.

La sentencia abre una brecha enorme en la presunción pater is est con la afirmación de que la esposa actúa fraudulentamente cuando no dice al marido que no es el padre del hijo que ella ha tenido.

La consecuencia fluye sola. La presunción dicha (art. 116) exige fijar como dies a quo del plazo de la acción impugnatoria del marido el de la inscripción en el Registro o el del conocimiento del nacimiento (art. 136). Desvanecida la presunción, cae la exigencia de que el día inicial sea el indicado.

2.- El Tribunal Supremo no ha seguido este criterio en ninguna de sus sentencias ulteriores, las cuáles han sostenido que el *"dies a quo"* es el de la inscripción del nacimiento o el del conocimiento del mismo si fuera posterior .

La STS.252/96 de 20 de junio, trata de una demanda entablada cuando *2el hijo menor tenía cinco años y dieciséis el mayor, habiendo sido inscritos desde su nacimiento*".

Rechaza "la "conjunción" de los arts. 138 y 141 CC, ... de los que, a juicio del recurrente, parece deducirse la voluntad legislativa de "reconducir a un mismo régimen, el establecido en el art. 141, la acción de impugnación del título de determinación legal de cualquier tipo de filiación matrimonial por vicios en el consentimiento"."

"... el art. 138 distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1º, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el art.141.

... esta acción (del art. 141) difiere de la ... regulada en el art.136, la cual, se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el art. 116 ... siendo este el supuesto que concurre en autos puesto que la paternidad de D. Mariano no es consecuencia de una situación de reconocimiento, sino de la presunción legal acabada de indicar, razón por la que no resulta aplicable el art.141...".

La STS 1245/98 de 31.dic.: rechaza expresamente la tesis de la STS de 30.ene.93 porque resolvió "un litigio con problemática distinta", y "no ha sido reproducida como lo prueba, entre otras, la sentencia de 20.jun.96". Transcribe la fundamentación de esta última para concluir que su doctrina, "con ese terminante anclaje legal de repetido art. 136.1º CC, es, sin duda la vinculante"

III. UNA REALIDAD SOCIAL DIFERENTE

La reforma de 1981 inspirada en los principios del art. 39 CE fue, en su momento, un gran avance. El cual, en la acción del art. 136 se plasmó en la unificación y ampliación de los plazos establecidos en la legislación anterior (dos , tres y seis meses) y en la admisión de todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas (art.127 CC, frente al antiguo art. 108 que no las admitía).

Pero el avance que la modificación supuso, no agotó toda posible aplicación de los principios de que partía (los del art. 39 CE).

Su rodaje en estos casi veinte años ha puesto de manifiesto los defectos de que adolece. Y, sobre todo, ha ido distanciándose de una realidad social en la cual los avances científicos, la mayor autonomía e igualdad efectiva de la mujer, la propia identidad como parte de la dignidad, la responsabilidad personal, la conciencia social de la posibilidad de acudir a los Tribunales y esa justicia proclamada en el art. 1º del texto constitucional, dan lugar a que se viva como un agravio el que la legislación no contemple la posibilidad de que se declare como "no hijo" a aquel que no lo es, cuando la acción no ha sido ejercitada en tiempo por desconocer esa circunstancia.

Así que las razones que en su día fueron la base de la regulación limitada del art. 136 CC hoy, o bien no alcanzan sus objetivos, o bien no responden a los fines de la norma. Al menos en lo que a continuación se expone.

a.- Consolidar la filiación por el transcurso del plazo no impide que el hijo se vea inmerso en los conflictos conyugales de sus padres. La práctica demuestra que se impugna la relación de paternidad cuando ya está rota la relación entre los cónyuges.

El hijo se ve inmerso en el conflicto porque afecta a su propia identidad, con independencia de que llegue o no a los Tribunales.

El impedir el acceso a los mismos no asegura la paz familiar y es contrario a la justicia como fundamento de la paz social (art. 1º CE).

b.- El conocimiento por parte de quienes figuraban como padre e hijo de que no lo son, aunque la relación siguiere inamovible jurídicamente, modifica sus relaciones de hecho, y afecta a la atención moral y material recíproca.

Quien aparecía como hijo ya no será tenido por tal por el padre, por mucho que en el Registro Civil así conste, ni siquiera cuando coactivamente se le imponga el cumplimiento de la obligación alimenticia de ella derivada.

c.- Las razones para prohibir que se declare la filiación verdadera pasado un plazo desde el nacimiento son la seguridad jurídica, la necesidad de dotar de estabilidad al estado civil de las personas, y la paz familiar.

La seguridad, la estabilidad, la paz se esgrimen en beneficio del hijo. Pero ¿realmente es interés del hijo que se mantenga una situación jurídica contraria a la verdad biológica? Y ese interés abstracto ¿se traduce del no

ejercicio por la madre en su nombre?. Más parece el interés de la madre que el del propio hijo

Y, desde luego, enfrente están otros derechos de la misma o mayor importancia, de quienes aparecían como hijo y como padre.

Son muchas las voces , de los mismos hijos, que consideran el conocimiento de su origen biológico como esencial en la construcción de su personalidad , y lo ligan a la dignidad de la que son acreedores. No podemos olvidar que el problema del *dies a quo* se plantea en los mismos términos con la acción reconocida al hijo, en los supuestos de posesión de estado (art. 137.I CC).

En cuanto al supuesto padre. Existe una postura doctrinal en la disciplina constitucional, muy discutida, que afirma la existencia de un derecho a la reproducción humana vinculado al derecho a la libertad del art. 17.1 CE ., el cual, en su aspecto negativo implicaría el derecho del varón a no ser identificado jurídicamente como padre cuando no lo es. Peña, en tesis extraordinariamente atractiva, señala que, si la falta de impugnación tiene su origen en la imposibilidad subjetiva, se vulnerará el derecho del marido al respeto de su propia vida familiar que, con deshonor, parece violado por la atribución de una falsa paternidad

Aquellas seguridad, estabilidad y paz habrían de ceder ante estos derechos.

Y han cedido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios por ejemplo a la hora de admitir la acción de impugnación de la filiación matrimonial implícita en la de reclamación de la filiación no matrimonial en la acción mixta del art. 134 CC.

No lo ha permitido así, sin embargo, el Tribunal Supremo respecto al art. 136, como quedó indicado antes.

De la línea del Alto Tribunal se separa la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1^a) en su sentencia de 15.may.2000 en un caso "*en que el actor no tuvo conocimiento hasta que el menor tenía trece años de que no era el padre biológico*".

Plantea la cuestión como lo hizo aquella solitaria STS.20.ene.93: " ... se vulneraría lo previsto en los arts. 24 y 39 de la Constitución si tomáramos en cuenta solamente lo previsto en el art. 136 CC, cuyos términos son objetivos y no están sujetos al conocimiento que el progenitor pueda adquirir posteriormente por vía de presunción".

Pero no se atreve a dejar de aplicar el precepto por considerarlos inconstitucional. Elige la solución de hacer "*una interpretación sistemática e integradora*" del art. 136 y del 141, esto es, la que rechazó frontalmente la STS. de 20.jul.96.

Reconoce la diferencia entre ambos preceptos "...*teniendo el art. 136 un alcance más bien general, y siendo el art. 141 un precepto que recoge una especialidad respecto a aquél. ... El fundamento en virtud del cual se determina la filiación, en ambos preceptos, es diferente: en el caso del art. 141 es el conocimiento de haber incurrido en error, y en el art. 136 la vía son las presunciones, ya que se supone que el mecanismo del tiempo y el vínculo matrimonial determinan la filiación.*

Pero es posible "*una interpretación sistemática e integradora*" de ambos. "... *el art. 141 CC establece la posibilidad para el progenitor de impugnar el reconocimiento realizado por error, que es el supuesto en que nos encontramos, ya que el actor creyó ser el padre biológico durante, al menos, los primeros trece años de su vida. ... en este caso se ha efectuado el reconocimiento en base a un vicio del consentimiento,*

En consecuencia, debe "*considerarse que si, en virtud del art. 141 CC, el plazo de caducidad comienza a computarse desde que se tiene conocimiento de los hechos*", asimismo debe comenzar a computar el plazo de la acción de impugnación del marido al momento en que "*pudo destruir su vicio de consentimiento*" por conocimiento de los hechos "*que dejan sin efecto presunción prevista en el art. 136 CC*".

La sentencia está recurrida en casación por la esposa.

(Hay otro proceso en trámite con igual problemática, el 235/00 del Juzgado dos de Valladolid)

Esta sentencia demuestra el choque frontal entre la realidad y la norma. Pero, el hecho de que Tribunal Supremo siga aplicando el art. 136 "aislado" nos enfrenta directamente con la posibilidad de que el mismo vulnere principios esenciales del ordenamiento constitucional. Es lo que a continuación se analiza.

IV. DIES A QUO E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1.- Cuando existe matrimonio, la filiación viene determinada por la presunción parteris est (art.116 CC)

El hecho-base de la presunción es el matrimonio. Y en concreto, el cumplimiento de dos de los tres deberes básicos de los cónyuges: vivir juntos y guardarse fidelidad. (art. 68 CC).

a.- Como la convivencia es un deber, a su vez se presume (art.69 CC), salvo separación legal o de hecho. Así que el hecho-base de la presunción "principal" (*pater is est*) es otra presunción (la de convivencia, que implica la cohabitación).

b.- La fidelidad es un deber. Y el derecho supone que la esposa es fiel. Esta es la otra parte del hecho-base de la presunción "principal": otra suposición

Así que la inferencia que el Derecho sigue al construir la presunción es ésta: hay matrimonio; los cónyuges deben convivir, se presume que conviven y cohabitán; deben ser fieles y se supone que la esposa lo es; por tanto se presume que el marido es padre de los hijos de la esposa.

Prevé el Derecho el incumplimiento de alguno de tales deberes, o de los dos. Por eso la presunción es *iuris tantum*. Se destruiría con la prueba de la falta de convivencia, o de la infidelidad de la esposa. Y, en suma, desde la Constitución con la biológica que investigara la paternidad, que sólo un juez puede acordar dentro del proceso en que se ventile la acción impugnatoria del marido.

El marido, obviamente, conoce cuando ha cesado la convivencia.

Y, dadas las circunstancias familiares y sociales, el marido "tiene que" conocer o sospechar la infidelidad de la esposa en seguida de producirse. Sin duda, "tiene que" conocer o sospechar que su esposa ha concebido un hijo de otro desde el mismo momento de la concepción, y desde luego, desde el nacimiento, o a lo más, desde la inscripción de éste.

Por eso el día inicial del plazo del plazo para ejercitarse la acción impugnatoria de su paternidad es aquel en que conozca el nacimiento o su inscripción. (art. 136).

Con ello, además, se logran aquellas estabilidad, seguridad y paz, pues el día inicial es muy temprano y porque el plazo es muy corto (un año) y de caducidad.

Pero las circunstancias familiares y sociales han variado. El incumplimiento por su esposa del deber de fidelidad lleva implícito un engaño y por ello es algo que el marido, por lo general, ignora durante tiempo. En muchos casos el conocimiento o la sospecha del marido llega cuando ya ha transcurrido el año desde la inscripción del nacimiento.

2.- Incluso entonces tiene derecho, traído de la Constitución a investigar la paternidad.

"La ley posibilitará la investigación de la paternidad" (art.39, párrafo final, CE). Cuya finalidad es "... *la defensa , en primer lugar de los intereses del hijo , tanto en el orden material como moral , y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica*" (STS.7/94 de 17 de enero). Tanto como resultado de reclamarla o de impugnar la inexacta.

En nuestro Derecho sólo el juez, dentro de un proceso, puede acordar la investigación de la paternidad. Y sólo la practicada así tiene el valor de prueba para que, sólo en sentencia, se declare una filiación.

En consecuencia, si el marido conoce o sospecha que no es el padre del hijo de su esposa hasta después de pasado un año del nacimiento o de su inscripción, y le ha caducado su acción impugnatoria, no podrá investigar su paternidad. El art. 136 CC impide la aplicación del art. 39.2 CE, porque el marido no puede poner en marcha la jurisdicción, con lo que ve vulnerado también su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE).

El art. 136 CC es inconstitucional por contrario a los arts. 39.2 y 24.2 CE.

V. DIES A QUO E IGUALDAD

El art. 39 declara la igualdad de los hijos ante la ley, cualquiera que sea su filiación. Implícitamente, y concordado con el art. 14, declara también igualdad de los padres, a quienes se equipara en cuanto a la asistencia legal de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio (apartado 3 del art. 39 CE).

Hay una identidad sustancial entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial .

¿Por qué, entonces, el día inicial de la acción impugnatoria de la extramatrimonial es el del cese de vicio del consentimiento (art. 141) y el de la matrimonial el del nacimiento o su inscripción (art. 136)?.

En la extramatrimonial, el reconocimiento expreso hecho por el padre puede adolecer de un vicio de consentimiento, por error basado en la creencia de que el hijo es suyo sin serlo.

En la matrimonial, la ley determina que el padre es el marido. El cual, basado en la convivencia y en la exclusividad, en la confianza en la esposa, no impugna la paternidad del hijo de su esposa, y por tanto lo reconoce tácitamente. Pero, desvanecido el error, no le asiste la posibilidad de impugnar

esa paternidad en el plazo de un año desde que la conoció, lo que le sitúa en un claro plano de desigualdad respecto del padre que hace reconocimiento expreso.

Este sería el argumento básico para interpretar el art. 163 en concordancia con el art. 141. Desechada la misma por las SSTS. de 20 jun96 y 32.dic.98, tantas veces citadas, queda planteada la inconstitucionalidad del art. 136 por contrario al art.14 CE.

VI. CONCLUSIONES

Es de lamentar que el Tribunal Constitucional no se halla pronunciado.

En su día se promovió cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 12 de la Ley de Cataluña 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones , cuyo texto era idéntico al de el actual 136 del CC .

El Pleno del TC por Auto de 9.mar.99 declaró terminado el proceso constitucional por desaparición de su objeto, al haber sido modificada la norma cuestionada por el art. 106 de la Ley de Cataluña 9/98, de 15 de julio, del Código de Familia, en el que expresamente se recoge que el plazo para el ejercicio por el marido de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial puede también computarse desde la fecha del descubrimiento de las pruebas en las que se fundamenta la impugnación.

A falta de tal pronunciamiento, somos partidarios de forma decidida de una modificación legislativa semejante a la catalana que establezca como día inicial aquel en que se tiene noticia de la discordancia entre la realidad biológica y la filiación establecida, y ello tanto para el marido (art. 136) como para el hijo (137.I).

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL: ALGUNAS CUESTIONES PUNTUALES.

AUGUSTO SANTALÓ RIOS

Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra

SUMARIO:1.-PLANTEAMIENTO GENERAL. 2.- POSIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES DEL ART.42 L.H. 3.- EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO. 4.- LAS PROHIBICIONES DE DISPONER. 5.- SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTOS CIVILES AFECTADOS POR PREJUDICIALIDAD PENAL.

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

En el procedimiento penal es preciso, en defensa del perjudicado, adoptar medidas cautelares, que, en determinado tipo de hechos delictivos (alzamiento de bienes o estafa del artículo 251 del Código penal, entre otros) pueden o deben ser distintas de las previstas de forma clásica en la ley de Enjuiciamiento Criminal: fianza y embargo.

Así, cuando se trata de *reponer el patrimonio a su estado primitivo* (alzamiento de bienes) o *simplemente de comunicar a un tercero que un contrato dispositivo de un bien puede ser anulado* (el constitutivo del alzamiento, de la estafa , del contrato simulado) *determinadas medidas previstas en la legislación hipotecaria son más efectivas e incluso menos perjudiciales* para quien debe de soportarlas que las reguladas en la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Normalmente, para evitar que la víctima resulte definitiva e irremediablemente perjudicada por el *juego del art. 34 la Ley Hipotecaria* (tratándose lógicamente de inmuebles inscritos), bastará con que el Juez de Instrucción *ordene la anotación preventiva* de la querella o, en su defecto, *acuerde la prohibición de disponer de la finca objeto del procedimiento*, medidas a través de las que se comunica a terceros que sobre la finca pende un procedimiento que puede afectar a la titularidad (anotación preventiva de la querella), o sencillamente se cierra el Registro (prohibición de disponer) a sucesivas transmisiones, evitando la necesidad de proceder a requerir de fianza y subsiguiente embargo de bienes del imputado, innecesarios, pues el objetivo de la medida cautelar en estos supuestos es meramente el evitar que la finca pueda llegar a un tercero de buena fe.

Si las *medidas previstas* en la legislación hipotecaria son, en estos casos, *más útiles* que las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ocasiones, lo que es más importante, *son las únicas que de forma efectiva pueden proteger a la víctima del delito*. Cada vez es más frecuente que la ocultación de bienes en perjuicio de la víctima, se efectúe a través de instrumentos jurídicos distintos de la transmisión simple a un tercero (típicas capitulaciones matrimoniales, venta simulada) como son la creación de falsas obligaciones a las que se sujeta la finca (deuda garantizada con hipoteca...), en las que adoptar medidas cautelares como el embargo son ineficaces, puesto que la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad va a ser posterior a la inscripción de la hipoteca; ello implica que la ejecución de la hipoteca o la transmisión del crédito hipotecario a quien aparezca como tercero de buena fe hará inútil por aplicación de las reglas registrales (prior tempore, potior iure) el embargo trabado. Sin embargo, con la simple anotación preventiva de la querella se evita que se agote la defraudación, pues el tercero estará "avisado" de que sobre el bien pende un procedimiento que finalmente puede afectarle.

No obstante las ventajas que la adopción de medidas cautelares como las analizadas suponen para el perjudicado por el delito e incluso imputado, quien preferirá una anotación preventiva sobre un determinado bien que prestar una fianza o una traba generalizada sobre los bienes, lo cierto es que por parte de los Jueces de Instrucción y también de los Registradores de la Propiedad existen serias reticencias a su adopción o anotación cuando ante un procedimiento penal nos hallamos. Estas reticencias o, en casos, clara animosidad, hace que, en ocasiones, los perjudicados acudan a la vía civil, cuando en realidad la demanda describe un hecho delictivo; jurisdicción que tampoco puede ofrecer una solución satisfactoria, al ser preciso investigar previamente una trama para la que el proceso civil no está concebido. En consecuencia, el artífice de un fraude medianamente bien concebido puede salir bien parado, porque si el perjudicado acude a la vía civil no dispone de medios para desentrañar la trama, y si acude a la vía penal, al no adoptar las medidas cautelares eficaces, agota el fraude, sin perjuicio esto de que finalmente se le imponga algún tipo de pena, que poco consuelo reporta a la víctima, sobre todo si el fraude terminó de cuajar ya abierto el procedimiento.

A pesar de las reticencias anteriormente indicadas, medidas cautelares como la anotación preventiva de querella o prohibición de disponer son

necesarias y posibles dentro del procedimiento penal; ello nos lleva a analizar cuáles son los principales obstáculos en la adopción de dichas medidas y la forma de solventarlos.

En primer lugar, se dice que el art. 42 de la LH no está pensando en el procedimiento penal, pues el número uno se refiere al que demandare y el número cuatro a la demanda en juicio ordinario, instituciones procesales ajenas al derecho penal.

En segundo lugar, y aún admitiendo que sea posible adoptar en vía penal las medidas indicadas, esto va a ser imposible cuando nos hallemos ante personas jurídicas, puesto que al dirigirse necesariamente el procedimiento penal contra personas físicas, faltará el requisito de trato sucesivo (arts. 20, 38 LH. 140.1 RH) que impide, como obstáculo insalvable, la anotación acordada. No es preciso recordar que la mayoría de los fraudes que afectan a inmuebles, son realizados mediante la intervención de personas jurídicas.

2.- POSIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES DEL ART.42 L.H.

Aunque el art.42 de la L.H. utiliza términos propios del derecho procesal civil como "el que demandare en juicio" o "el que demandando en juicio ordinario", lo que puede llevar a la creencia de que las medidas previstas en el mismo están pensadas para el procedimiento civil, ello no es exacto, pues la doctrina de la DGRN al respecto, manifestada en las Resoluciones de 1 de abril de 1.991, 9 de diciembre de 1,992, 12 de febrero de 1.998, entre otras, claramente indica:

A) que la querella no puede equipararse a la demanda civil de nulidad o eficacia de títulos inscritos.

B) Que la demanda está expresamente reconocida en el art. 42,1 de la LH, en tanto, en la querella en la que no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos, ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el art. 589 LECrim., a saber cuando resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas.

Es decir, que el procedimiento penal no es obstáculo para que se pratique la anotación preventiva; a diferencia del procedimiento civil, no es

suficiente que el mandamiento al Registro se limite a ordenar la anotación de la querella, sino que es preciso indicar que de las diligencias practicadas resultan indicios de criminalidad contra las personas titulares de los bienes a los que afecta la medida cautelar.

3.- EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO.

En cuanto a la segunda objeción, ya señalada en el planteamiento general, en aplicación del principio registral del tracto sucesivo, no podrá practicarse una anotación acordada contra un titular registral (persona jurídica), contra el que no está dirigida el procedimiento.

Inicialmente y dado el principio *societas delinquere non potest* parece que la objeción es insalvable. En consecuencia, cuando el bien esté inscrito a nombre de una persona jurídica, el Juez de Instrucción no podrá acordar u ordenar a notaciones registrales contra los bienes de la misma, dado que la investigación penal se dirige contra personas físicas.

Este tema es tratado en la resolución de la DGRN de 12 de febrero de 1.998 (BOE 3 de marzo de 1.998). Estima la DGRN que no se podrá practicar la anotación preventiva de la querella, ni la prohibición de disponer, porque en el ámbito registral no es posible realizar asientos que comprometan una titularidad inscrita si no consta que su titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita el asiento, o haya sido parte en el procedimiento del que dimana. La cuestión crucial es lograr que la persona jurídica titular del bien sea parte en el procedimiento penal, y esta posibilidad es perfectamente factible; primero, porque el CP recoge en el capítulo segundo del título quinto la responsabilidad civil de las personas jurídicas, y segundo porque la LE Crim.,en el título décimo, regula la responsabilidad civil de terceras personas, que tanto pueden ser físicas como jurídicas.

En consecuencia, si el Juez de Instrucción considera necesario, para salvaguardar los derechos de la víctima, adoptar medidas cautelares contra quienes no son querellados o imputados, procederá a abrir la correspondiente pieza de responsabilidad civil contra los mismos, como terceros responsables civiles, y en la misma adoptar las medidas cautelares precisas. Así, el Registrador no podrá objetar que el titular registral no ha sido parte en el procedimiento, puesto que una vez abierta la pieza y dado al tercero responsable civil la posibilidad de intervenir, el procedimiento ya ha sido

dirigido contra el mismo, y ello con independencia de que éste comparezca y se defienda o haga dejación de este derecho.

Evidentemente, lo anteriormente expuesto es aplicable a los supuestos en los que el Instructor adopte la más clásica medida de embargo de bienes. Si estos están inscritos a nombre de personas jurídicas es preciso que el procedimiento se dirija contra ellas, lo que se realizará en fase de instrucción a través de la pieza de responsabilidad civil.

4.- PROHIBICIÓN DE DISPONER.

La resolución de la D.G.R.N. de 12 de febrero de 1.998, en el fundamento de derecho tercero no resuelve la cuestión de si en todo caso y con independencia del obstáculo analizado del trato sucesivo, es posible anotar una prohibición de disponer aún cuando el art.42.4 LH utiliza la expresión "el que demandando en juicio ordinario...". (No se discute ya la anotación preventiva de la querella, amparada como ya se indicó por el art.42.1)

La DGRN, discrepando del parecer del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, parece dar a entender que la prohibición de disponer sólamente se puede acordar en procedimientos civiles, pues textualmente señala en el fundamento tercero: "por lo anteriormente expuesto, no procede examinar si la anotación pretendida es la de querella y si se reunían los requisitos para proceder a su práctica (vid resoluciones de 1 de abril de 1.991, 9, 10 y 11 de diciembre de 1.992) o era literalmente la de prohibición de disponer reservada a procedimientos civiles".

Estimo que la resolución anteriormente indicada no es lo definitiva que a simple vista puede parecer, ya que existen argumentos de peso en favor de la posibilidad de asentar en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de prohibición de disponer acordada en un procedimiento penal, como son:

A) La Resolución de 12 de febrero de 1.998 se centra en el obstáculo del trato sucesivo, que considera insalvable, y sólamente y de forma muy superficial menciona el tema objeto de debate en el fundamento transrito, en el que ya se comienza diciendo que "no procede examinar...", es decir, no se entra, por ser innecesario, en esta cuestión.

B) A tenor de lo informado por el Registrador de la Propiedad en el recurso que motiva la citada resolución, el obstáculo principal para proceder a la anotación, al margen del tema relativo al trato sucesivo, es el carácter del númerus clausus del art. 42 L.H. No parece este un argumento decisivo en con-

tra, puesto que si la D.G.R.N., como ya se ha indicado, admite, a tenor del art.42.1 L.H., la anotación preventiva de querella, y ello aunque el texto legal utilice el término "demanda", no se entiende porque el mismo criterio no puede extenderse al número cuatro del artículo mencionado.

C) El art. 26.2 de la L.H. dispone que se harán constar en el Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer o enajenar que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa, siendo objeto de anotación preventiva. Como se puede observar, al indicar el origen en una resolución judicial, el artículo no excluye la jurisdicción penal; es más, sería anómalo que se permitiese el asiento tratándose de una resolución administrativa y se denegase a una judicial.

D) El principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art.24 de la Constitución Española debe de informar la totalidad del ordenamiento jurídico, y se compadece mal con interpretaciones "literalistas" de determinados preceptos legales.

Antes de concluir este apartado considero necesario efectuar una reflexión acerca de uno de los argumentos utilizados por el Registrador de la Propiedad y recogido en la resolución tantas veces mencionada : "los procedimientos penales, no constituyen el cauce idóneo para declarar el carácter fraudulento de un acto jurídico, lo que sólo puede ser establecido en juicio de carácter civil". Creo importante mencionar este tipo de argumentos, que recogen una determinada "filosofía" o forma de ver el proceso penal de "profesionales distantes" a la actuación diaria de los Tribunales.

La apreciación del Registrador es absolutamente contraria a la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del resto de los Organos Jurisdiccionales, que de forma reiterada y pacífica proceden a declarar la nulidad de los negocios jurídicos a través de los que se instrumentó el delito, sin necesidad de acudir al procedimiento civil, con arreglo al principio de nuestro Ordenamiento de ejercicio conjunto (salvo renuncia o reserva) de las acciones penales y civiles (art. 108 LE Crim.).

5.- SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO CIVIL AFECTADO POR PREJUDICIALIDAD PENAL.

Finalmente, en ocasiones se detecta que los Organos Juridiccionales del orden civil son reacios, en determinadas condiciones, a suspender procedimientos civiles cuya finalización va a suponer el agotamiento del delito sobre

el que se siguen actuaciones penales (procedimientos ejecutivos, hipotecarios...basados en un título que, en principio, se denuncia como fraudulento).

En principio, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 362 de la L.E.C. y 114 de la L.E.Crim. no debe existir ninguna dificultad a que se decrete la paralización del procedimiento civil, siempre que la sentencia hubiera de fundarse en el supuesto de la existencia del delito.

Sin embargo, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley Hipotecaria, en los arts. 1464 y 132 respectivamente, recogen como supuestos de oposición (1.464 L.E.C.) o de suspensión (132.1 L.H.) la falsedad del título, por lo que al interponerse en muchas ocasiones la querella criminal por los delitos de alzamiento de bienes o estafa, el Juez de lo civil razona, para denegar la suspensión del procedimiento, que el título de la imputación no es el previsto en la norma procesal civil o hipotecaria.

Olvida el Juez de lo Civil que los delitos de alzamiento de bienes o de estafas especiales del art.251 C.P absorben las falsedades instrumentales (venta simulada, hipoteca ficticia...) necesarias para cometerlos, existiendo en estos supuestos un concurso de normas a resolver a través del art.8 C.P. (sentencias del T.S. 27 de junio de 1.990, 22 de junio de 1.992, entre otras). Por ello el Juzgador atenderá a los hechos narrados en la querella o denuncia, más que a las calificaciones jurídicas recogidas en las mismas y si en ellas (necesariamente admitidas a trámite), se narran las circunstancias que afecten a la veracidad de los títulos aportados en el procedimiento civil, deberá admitir la prejudicialidad penal y suspender el procedimiento civil.

Ciertamente, el delito de falsedad ha sufrido una profunda transformación en el nuevo Código Penal, habiéndose despenalizado, respecto de particulares, el supuesto recogido en el número cuatro del art.390; no obstante, considero que excede de las funciones del Juez civil determinar, a la hora de decidir sobre la suspensión, si el contrato de compraventa, hipoteca, arrendamiento etc. que se denuncian como fraudulentos, estarían embebidos en el número dos o por el contrario en el número cuatro del artículo 390 del C.P.

En los supuestos de falsedad material evidentemente no se va a plantear problema alguno. En todo caso, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil parece que el tema cuestionado queda resuelto de forma más clara y precisa en los artículos 40, 569 y 697 en los que además de la falsedad del título se recoge la nulidad del mismo, así como la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución.

SOBRE EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONALIDAD DE LA DECLARACIÓN TESTIFICAL (ARTÍCULO 412 L.E.CRIM.)

JAIME GAGO SEVILLA

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Pontevedra

Como es conocido, a la persona que es citada como testigo para comparecer en un procedimiento penal le corresponde una doble obligación: la de prestar declaración sobre los hechos que le sean conocidos y sea interrogado sobre ellos, y, consiguientemente, la de comparecer en sede judicial.

Obviamente, las expresadas obligaciones, no son absolutas en nuestro D. positivo, sino que ambas presentan excepciones. A la primera, la de declarar, que también comprende la de comparecer, se refiere el art. 411.1 de la LE Crim.; que exceptúa de ambas obligaciones, al Rey y a las personas de la Familia Real que menciona la obligación de declarar no opera tampoco sus efectos, respecto de los Agentes Diplomáticos acreditados en España, según el art. 411.2, si bien tal exención no es incondicional, ya que el art. 415, permite al Instructor (invita, dice la norma) a recibirlas declaración tanto a los diplomáticos referidos en el 411.2, como a los miembros de las Oficinas Consulares, siempre, entiendo, que no sean dirigidas por Consules honorarios.

En tales casos, el art. 415, obliga al Instructor a remitir al Ministerio de Justicia, un interrogatorio que comprende todos los extremos que deban ser contestados, siguiéndose para ello una tramitación diplomática.

Sin embargo, no constituye el objetivo de ésta aportación, hacer un comentario al art. 411, sino al siguiente, el 412 que es el que contempla las exenciones a la obligación de comparecer, y ello, en razón no sólo a sus peculiaridades, y naturaleza, sino por haber sido objeto de frecuentes modificaciones, no siempre acertadas, hasta la última de 10 de julio de 1.991, y siempre con la peculiar justificación de adaptar el precepto a la estructura de la Administración, que tantas alteraciones ha experimentado, pero sin

ocultar cierta inclinación, no muy explicable en ciertos casos, a ampliar y extender el ámbito de aplicación del precepto.

No en vano, el art. 412 de la L.E.Crim., dentro de la Colección de Medina y Marañoón de 1.907, que es la más antigua de que dispongo, en una breve y clara redacción, comprendió en nueve números a las personas, que dado su significado y status, exceptuaba de la obligación de comparecer.

Por el contrario, la redacción actual que fué modificada por Ley Orgánica de 10 de julio de 1.991, ha ampliado considerablemente, el contenido del precepto, ampliando así, lo que, sin duda, constituyen situaciones de excepcionalidad, hasta límites que entiendo injustificados.

Naturaleza jurídica de la excepción al deber de comparecencia como testigo.- Espigando en la muy escasa doctrina que existe sobre el tema, parece natural, al menos en principio, que en la estructura de un Estado de Derecho, existan personas que por relación familiar con quién la representa, o por los altos niveles de responsabilidad de los cargos que ostentan, mientras se encuentran en su ejercicio, puedan ver comprometida o desmembrada, la consideración que debe de rodear a la institución que representan o cargo que ejercen, ante una citación judicial y subsiguiente comparecencia en un Juzgado.

Es ésta especial consideración, la que sirve de fundamento para que el más clásico de nuestros comentaristas, Aguilera de Paz, subrayara, refiriéndose entonces al corto relato del art. 412, "que la alta representación de las personas mencionadas y la elevación de los cargos que desempeñan, así como el respeto que por consideración a ellos merecen, impide se les imponga la obligación de comparecer ante la autoridad judicial a prestar su declaración".

Es claro que en aquel entonces, la alta representación y la elevación de los cargos, constituía el fundamento de la situación de excepcionalidad de no comparecer a la citación judicial, y así lo considera en forma altisonante, Aguilera.

Pero lo cierto es, que desde aquel entonces, se ha llegado a una situación más complicada en la Administración o Administraciones, y ello ha obligado a actualizar, aunque ampliandola, la excepción a situaciones nuevas ó a adecuar aquellos cargos a actualizadas nomenclaturas del mapa administrativo.

Sin embargo, una atenta lectura del art. 412, en todo su abigarrado casuismo, nos lleva fácilmente a la conclusión de que en determinados

supuestos, a los que luego me he de referir, no existe un régimen de excepcionalidad que amparar, se trata y se ha conseguido introducir una situación de prerrogativa o de privilegio, difícilmente compatible con la letra y el espíritu de la C.E.

Recuérdese que siguiendo una filosofía dirigida a la eliminación de situaciones privilegiadas, se han derogado artículos como los que integraban el Título II de la LE Crim. (arts.757 al 778), regulador del antequicio o trámite previo a la hora de exigir responsabilidad criminal a Jueces y Magistrados. La Ley Orgánica de 22 de mayo de 1.995, consideró anacrónica y privilegiada su existencia y acertadamente procedió a derogarla.

Volviéndo al art. 412, ha tratado de justificar la ampliación de los supuestos ennumerados en él, a la necesidad de adecuar arts. de la LE Crim. "a la nueva configuración del Estado", pero de haber constituido ello la auténtica finalidad, el Legislador no se hubiese detenido en este art., hubiera modificado también otros que se refieren a cargos o instituciones hoy no existentes o nominalmente renovadas, que subsisten a lo largo y ancho de la LE Crim.

La conclusión, pues, sobre la naturaleza jurídica de la excepción a comparecer, tal como aparece redactado el art. 412, no puede ser la misma en todos los casos, constituyendo en algunos, un auténtico privilegio, injustificable en la época en que vivimos.

Examen y crítica del art. 412.- En el extenso art. del contenido cabe diferenciar las siguientes situaciones, siempre partiendo de la base del reconocimiento de la excepción de concurrir al llamamiento judicial, pero no de declarar:

- a) Obligación de declarar por escrito.
- b) Obligación de informar por escrito.
- c) Obligación de declarar en su domicilio o despacho oficial.
- d) Obligación de declarar en su despacho oficial o en la sede del Organismo del que sean miembros.

Como puede deducirse las cuatro modalidades de declaración a las que se refiere el art. 412, no se caracterizan, precisamente por su sencillez al referirse a la forma en que la declaración puede hacerse, dando con ello lugar a cierta confusión.

En este sentido, la modalidad a), se refiere a *declaración por escrito*, lo que permite entender que previamente habrá de haberse hecho llegar a las

personas disignadas en a), un cuestionario. En otro orden de cosas, no parece muy acertada, como señala Marchena, la forma residual de designar a las "demás personas de la Familia Real". Hubiese estado más justificado reducir el ámbito del art. 411.1, al Rey, e incluir en el 412.1, a las personas designadas en el primer artículo citado, dice Marchena; con lo que se hubiesen evitado problemas interpretativos, al referirse in genere, a la Familia Real, añadimos nosotros.

b) *Informe por escrito.* A ésta modalidad se refieren los números 2 y 4, y comprende a las personas designadas en el nº 2, mientras se encuentran en el ejercicio del mismo, sin embargo el nº 4, extiende la excepcionalidad y la modalidad de declarar, a aquellos casos en que el titular de la excepción haya cesado en el cargo, sin establecer siguiera una limitación de tiempo, lo que entiendo, siguiendo a Marchena, es desproporcionado, y queda fuera de lo que debía de constituir el ámbito de la excepción.

En otro orden de cosas, conviene tener en cuenta, que en estos casos, el "cuerpo de escritura", no es una declaración, como en el nº 1, sino un informe que gramaticalmente, significa una Exposición o instrucción sobre un hecho conocido y que en cuanto a su forma supone una flexible comunicación de conocimientos que el interesado tiene sobre un hecho, que constituye el objeto del informe. Probablemente habrá otros puntos de vista no propicios a la hora de distinguir una de otra modalidad, pero en mi opinión no es lo mismo declarar que informar por escrito.

c) *Obligación de declarar en su domicilio o despacho oficial.*- Al igual que en el nº 1, se refiere a "recibir declaración", centrando la modalidad, en el lugar donde se recibe que puede ser en el domicilio o despacho oficial, y siempre que sea sobre cuestiones de las que no hayan tenido conocimiento por razón de su cargo las personas designadas en el punto 2.

d) Las personas designadas en los diez números que menciona el punto 5, podrán declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros.

La especialidad de la modalidad consiste, pues, en que constituye una declaración, no un informe, y en la determinación del lugar, en el que la diligencia haya de ser practicada. Como decía, llama la atención, el número de personas que, con seguridad, aparecerán integradas en los organismos de las Administraciones, máxime teniendo en cuenta que a la Administración Central es preciso añadir las correspondientes a las 17 CC.AA., además de Ceuta y Melilla.

No deja de llamar la atención la forma equívoca y confusa de prestar declaración o de informar, a la que aluden los diferentes puntos del art. 412.

En efecto el punto 3, se expresa de la siguiente forma "si fuera conveniente recibir declaración", lo que deja en el aire los criterios de valoración de la conveniencia.

Asimismo, en los puntos 1, 2, 4 y 5, el legislador introduce un verdadero alarde de gerundios, especialmente en los tres últimos casos, y es que el verbo poder, referido al informe, cuando se utiliza en gerundio, parece reconocer la existencia de otra alternativa o modalidad que en los citados casos, curiosamente, no se menciona.

De todo lo que arriba ha quedado expuesto, podrían señalarse como principales características del art. 412, las siguientes:

a) su complicada gama de modalidades a la hora de describir las diferentes formas de obtener una declaración que puede generar incertidumbre y una serie de situaciones no pacíficas, en lo que se refiere a diferenciar la declaración por escrito y el informe por escrito, según se vió, lo que se ve acrecentado por la reiterada forma de acudir al gerundio del verbo poder que denota una abstracta idea de constituir una obligación de declarar o informar.

b) El gran número de personas que quedan acogidas en los primeros cinco puntos del art. 412, situación que mueve a hacer pensar al intérprete, que lo que fué contemplado como excepcional, en los primeros años de vigencia de la LE Crim. ha pasado a tener otro carácter que, en algunos supuestos, constituyen claras prerrogativas o privilegios.

c) El punto 5 del art. comentado no distingue, como sucede en el punto 2, los hechos de los que se hayan tenido conocimiento por razón de su cargo, de aquellos otros conseguidos al margen de sus funciones.

Parece normal que al no referirse a una doble fuente de conocimiento, el régimen de excepcionalidad solamente operará sobre hechos de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio del cargo, así lo entiende Marchena, y en tal sentido es como debe de ser interpretada una norma que contiene un régimen de excepcionalidad; pero, hubiese sido mejor, que un texto legal tan minucioso como el art. 412, lo hubiese dicho expresamente, en evitación de introducir confusas estrategias que pueden ser utilizadas en ámbitos judiciales.

d) Finalmente, sí conviene detenerse en el examen de los cargos, a mi entender excesivos, recogidos en el número décimo del punto 5. Tal como

viene redactado, los Secretarios de Estado y Subsecretarios, serán los incluídos en las estructuras administrativas de las dos Administraciones.

Sinceramente, no encuentro explicación técnica, a una extensión tan desmesurada de la excepción al deber de comparecer. Considero que si los miembros del Gobierno y los que lo son de las CCAA, ya aparecen recogidos, en el nº 1 del punto uno, y 9º del punto 5, la excepción ya ha protegido sobradamente a los responsables de los Gobiernos, en sus diferentes ámbitos de competencia, y no existe por ello, razón jurídica para hacer inacabable un tratamiento excepcional que termina por desembocar en algo diferente.

Cuestión aparte y que confirma lo que se viene apuntando, la constituye la pintoresca referencia a los "asimilados", expresión confusa, amorfa, que obligaría al Juez a introducirse en la siempre complicada organización de las Administraciones, y que permitiría al cuerpo de "asimilados" más o menos innominados, eludir una obligación ciudadana.

A modo de demostración de lo que queda dicho, el R. Decreto de 1.993, que aprueba el Estatuto de Protección de Datos, ya se apresura a decir que el Director de la Agencia gozará de los mismos honores y tratamiento que los Subsecretarios. Con ello, el concepto de "asimilados", pudiera por Decreto ser de aplicación a los Directores de la Agencia.

Entiendo pues, que con alguna otra reconsideración, el extenso grupo de cargos administrativos a que se refiere el número décimo, debe de ser excluido del marco de la excepcionalidad regulada en el art. 412, cuando menos por obsoleto, y, además, por no avenirse muy bien con ciertos preceptos constitucionales que de forma categórica, declaran que todos los españoles son iguales ante la ley; la conclusión a la que se ha llegado, no parece insólita, ya que, entre la escasa aportación sobre el tema, figuran las de Marchena, (que parece participar en la misma idea) muy especialmente, la autoradísima opinión de Carlos Granados, ex Fiscal General del Estado, en una de sus aportaciones a Cuadernos de D. Judicial, en la que manifiesta ciertas valoraciones reticentes sobre el ámbito del art. 412 (La prueba en el proceso penal).

Pero los inconvenientes que genera éste complicado art., en su redacción y contenido, no acaban aún, ya que el tan traído y llevado nº 10 del punto 5, no ha sido actualizado con respecto de la Ley de 14 de abril de 1.997, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En la expresada normativa, la figura del Gobernador Civil, fué sustituida por la del Subdelegado del Gobierno, situación que empuja a excluir a quienes

ostentan tales cargos del ámbito del art. 412, ya que en su minuciosa determinación de cargos, no figura el de Subdelegado del Gobierno, y las situaciones de excepcionalidad deben de ser interpretadas restrictivamente, lejos de tentaciones analógicas. Sin embargo, no parece ser ésta la opinión de cierto sector procedente de la Administración, que entienden que el Subdelegado, no contiene en esencia otra modificación que la puramente nominal, respecto del cargo del que trae causa. También se sostiene ésta posición ante la falta de concordancia que constituiría el hecho de mantenerse comprendido en la excepción del 412, al Delegado de Hacienda excluyéndose de ella, al máximo representante de la Administración Central en la provincia.

Para finalizar, en relación a los miembros de las Oficinas Consulares, el nº 7 del art. 412, se remite a lo dispuesto en los Convenios Internacionales en vigor.

El *status* de los Agentes diplomáticos y consulares, fué abordado por la referida Ley Orgánica de 10-VII-91, que adaptaba la normativa a los Convenios de Viena suscritos por España.

Como ya se ha reflejado, en el art. 411.2, aparecen exentos de declarar los Agentes Diplomáticos y demás personas que integran misiones diplomáticas, sin perjuicio de la invitación del art. 415, ya antes comentada.

Por el contrario los Agentes consulares y miembros de la Oficina, no gozan de tal prerrogativa, ya que la remisión contenida en el punto 7 del art. 412, obliga a acudir a los Convenios de Viena, que en art. 44 establece un régimen de obligatoriedad de la comparecencia, no pudiendo negarse a ello en causa criminal, salvo que se trate de hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones.

A modo de conclusión, una vez hechas éstas reflexiones considero, se hace necesario modificar el precepto para reducir su ámbito a los límites a que obliga su propia naturaleza, eliminando de paso, situaciones de desconfianza que, en algunos casos, suscita la comparecencia judicial.

Con ello, las personas comprendidas en los ámbitos que entiendo deben de ser eliminadas del art. 412, contribuirán con normalidad a un acto de colaboración con la Justicia, evitando, en no pocos casos, situaciones no deseables, en las que el Juez Instructor, Fiscal y partes constituidas en una causa penal, se ven obligados a acudir a despachos o dependencias que no son las idóneas para que se practique la declaración del testigo, y en la que el examinado se encuentra en situación más cómoda que la Comisión Judicial a la hora de practicar la diligencia.

LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

MAR CUESTA SÁNCHEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN AL ART. 153 a) *La estrecha relación entre las partes* b) *Pluralidad de bienes jurídicos protegidos.*
2. MEDIOS DE PRUEBA: a) *Confesión* b) *Testifical* c) *Pericial* d) *Documental*
3. COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DELITO DEL ART. 153.
4. LA PRUEBA INDICIARIA.
5. LA PRUEBA DE LOS MALOS TRATOS PSÍQUICOS.
6. EL ATAQUE A LA INTEGRIDAD MORAL
7. AMENAZAS Y COACCIONES.
8. CONCLUSIÓN.

"La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza para la justicia, en todas partes."
MARTIN LUTHER KING.

EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL.

La solución al problema de la prueba en los delitos previstos en el art. 153, ofrece algunas peculiaridades dignas de mención y que, derivan, en parte, de la estrecha relación de las partes implicadas, en parte de la diversidad de bienes jurídicos que el Legislador pretende proteger.

A) LA ESTRECHA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES.

Tal como avanzábamos, la situación de convivencia y máxima proximidad entre el/la maltratador/a y su víctima, debe ser tenido siempre en cuenta a la hora de valorar el material probatorio con el que contamos, pues la actitud de la víctima va a desconcertar no pocas veces al operador jurídico, si no toma en cuenta las presiones, miedos, erosión de la propia estima, sentimiento de culpabilidad, desvalimiento económico y afectivo, estado de confusión, en suma, que pesan sobre la persona reiteradamente maltratada.

La víctima de malos tratos continuados es, en verdad, una persona difícil, pues si bien es cierto que un episodio violento aislado y súbito desencadena en el individuo una serie de mecanismos naturales de rechazo y

defensa, la violencia gradual, repetida y mantenida, -alternada, frecuentemente, con episodios de ternura- conduce sin embargo a un estado confuso y "semianestésico" en el que la víctima habitual llega a integrar el uso de la fuerza contra ella como parte de su vida cotidiana. Resignarse a vivir en tal estado, conduce, generalmente, a los/ las afectados/as a interactuar con el/la maltratador/a de modo sorprendente. No es extraño que nieguen la situación de maltrato, o que se comporten con el/la agresor/a de modo excesivamente sumiso o seductor, llegando a justificar su proceder o implorar su perdón en caso de intervención policial o judicial.

Es algo muy similar a lo que sucede en el conocido caso de "Síndrome de Estocolmo". El miedo no es sólo un poderoso instrumento de dominio y control sobre terceros, debilita y erosiona la personalidad de quien lo padece de modo extraordinario. Es un sentimiento tan intenso y duradero que puede perturbar a la víctima durante largo tiempo, incluso, aún cuando la causa que lo produjo haya desaparecido o cesado. El miedo anula el desarrollo psíquico de quien lo padece y librarse de él requiere enormes dosis de determinación y fortaleza. En la mayor parte de los casos, la víctima precisará asistencia de terceros para reconducir su vida y este tipo de terapias no se proporciona casi nunca.

Por tal motivo, la situación de la víctima resulta tremadamente vulnerable, ya que el/la maltratador/a no sólo mantiene sometido el cuerpo físico de su víctima, sino que, las amenazas o episodios de violencia verbal y física han ido suprimiendo los mecanismos de defensa de ésta. A partir de aquí, ni su comportamiento ni el curso de su pensamiento serán "normales". Sus reacciones, a lo largo del procedimiento, pueden ser variables e impredecibles, y sus declaraciones, inesperadamente cambiantes.

No debe sorprender, por tanto que, una vez presentada la denuncia, el/la perjudicado/a, no comparezca en sede judicial a pesar de reiteradas citaciones, se niegue a ser reconocido/a por el Forense o comparezca en Instrucción o en el Juicio Oral restando importancia al incidente, deseando retirar la denuncia, atribuyendo cuadros clínicos inequívocos de agresión a inverosímiles accidentes domésticos o realizando manifestaciones autoinculpatorias, del tipo de: "en parte es culpa mía porque me salen morados en seguida", "la culpa fue mía por echarle en cara que bebiera o llegara tarde a casa" o "me puse muy nerviosa y me golpeé con una puerta, (o con el autobús o una litera o el armario de la cocina) o "caí por la escalera", "en el

fondo el muy bueno y mantiene a la familia", "me ha prometido que va a cambiar y que esto no va a volver a suceder", etcétera.

A pesar de lo anterior, el Fiscal, debe resistir la tentación de la opción más cómoda ignorando el material probatorio anterior en pos de una pretendida protección de la "paz familiar" (que ni existe ni es aceptable a tan alto precio). No podemos olvidar que nos encontramos ante infracciones persegubiles de oficio. Se hace preciso apurar, -con habilidad- el interrogatorio del/a testigo, trayendo el juicio oral sus declaraciones anteriores, poniendo de manifiesto, si fuera posible, la concordancia de éstas con el parte hospitalario primeramente aportado, así como la vaguedad, inconsistencia o incoherencia de las manifestaciones posteriores. Se trata, en suma de dar cumplimiento a lo prevenido en la Instrucción 3/98 de la Fiscalía General del Estado en la que se ordenaba a los Fiscales "reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y de malos tratos a mujeres supliendo con su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos por los naturales temores con los que las mujeres comparen en este tipo de procedimientos."

b) PLURALIDAD DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

Sistématicamente, el tipo del delito de los malos tratos habituales –artículo 153- se encuentra situado dentro del Título III del Código Penal denominado "De las lesiones".

El inmediato antecedente legal de dicho tipo se encuentra en el antiguo artículo 425 del Código Penal de 1973, introducido por la reforma operada por Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio. Tal disposición justificaba la introducción del tipo de lesiones habituales a familiares por "la creciente necesidad de protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a las conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros".

Por otra parte, el Legislador de 1989 ya había dado un importante paso adelante al considerar como bien merecedor de la protección penal la salud mental. Así, el art. 420 modificado –antecedente del 147 actual- castigaba con pena de prisión menor al que "por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental".

De este modo se ampliaba el bien jurídico protegido de la integridad física o corporal a la salud en general, comprendiendo, tanto la salud física o somática como la mental o psíquica. El Legislador, ya considera a la persona como una unidad cuyo equilibrio psico-físico es merecedor de protección en su plenitud.

No obstante lo anterior, debe considerarse la posibilidad de proteger a cualquier persona de ciertos ataques que puedan producirse contra ella y que, afectándole de un modo considerable, no causen, sin embargo, efectiva lesión en el sentido tradicional del término. Se trata de conductas que, no siendo graves consideradas aisladamente, producen con su reiteración, graves efectos nocivos en el desarrollo de la personalidad del sujeto.

Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20/12/96 afirma que: "la norma penal fue creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, en definitiva, de proteger *la dignidad* de la persona en el seno de la familia y, concretamente, *el derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno*".

En esta transcendental resolución nuestro más alto Tribunal perfila el patrimonio de derechos de que es acreedor el ser humano. El Estado social no sólo aspira a proteger al ciudadano de un ataque dirigido a menoscavar la salud física y mental, el Estado social debe avanzar un paso más y proteger la dignidad y la integridad moral de los sujetos. El ataque dirigido contra estos bienes jurídicos, debe estimarse intolerable.

El Tribunal Supremo, comienza a entender, a partir de este pronunciamiento, la radical diferencia existente entre la indudable repercusión psíquica que se produce en toda aquella víctima de la violencia en general (víctima de la violencia del extraño fuera del propio domicilio) y la situación de la víctima de la violencia reiterada en su propio hogar a manos de las personas con las que convive y, frecuentemente, se ve obligada a seguir viviendo. Tal situación merece, sin duda, un mayor reproche no sólo ético sino jurídico, por cuanto supone el quebrantamiento de específicos deberes de respeto y asistencia propios del Derecho de Familia (entre otros, art. 67 y 154 del Código Civil)

A partir de entonces y, una vez abierta esta vía de interpretación, se suceden las resoluciones judiciales que participan de la misma inquietud

por la protección íntegra del ser humano, citando las siguientes a mero título de ejemplo:

Sentencia de 9/03/98 (Audiencia Provincial de Córdoba): "...en realidad el bien jurídico que se tutela no es tanto la integridad física sino la falta de respeto que la víctima merece como consecuencia de la relación parental o afectiva que le une con el acusado" y añade: "Se trata, pues de un delito que atenta directamente contra la dignidad de la persona y su estructura está configurada por una repetición de faltas de malos tratos que el Legislador ha configurado como delito en base a la habitualidad, ya que ésta es reveladora de un mayor reproche social..."

Sentencia de 13/11/98 (Audiencia Provincial de Jaén): "En definitiva, el mayor desvalor de la acción, que justifica tal tipificación radica en la continua humillación y erosión de la personalidad de la víctima, que proviene del constante temor y angustia ante la repetición de hechos de tal naturaleza, dada su condición de habituales y la relación de convivencia con el sujeto activo de la infracción, que aprovecha su situación de prevalimiento o dominio sobre otros miembros de la comunidad familiar." Asimismo, hace suyos los postulados de la sentencia del T.S de 20/12/96, cuyo razonamiento reproduce.

Sentencia de 30/09/98 (Audiencia Provincial de Ciudad Real): "El núcleo del delito está... en la habitualidad de la violencia física que se ejerce. Tal concepto, no definido en el mismo tipo penal, se remite, desde un punto de vista literal, a aquello que se padece con continuidad o por hábito, ésto es, como modo de ser y de comportarse hacia determinada persona. Por tanto, no es necesario que se constate un número mínimo de conductas violentas, mínimo que no requiere el tipo, sino que los hechos que se acrediten demuestren esa actitud contraria a lo pasajero, efímero, discontinuo o aislado..."

Sentencia de 7/09/98 (Audiencia Provincial de Córdoba): "...el bien jurídicamente protegido, no es la salud de las personas, sino el conjunto de valores representado por su dignidad, seguridad, bienestar y equilibrio familiar o situación asimilada."

Sentencia de 20/01/99 (Audiencia Provincial de Madrid. Secc. 5^a): "El art. 153 CP ordena penar separadamente los resultados que en cada caso se causaron, redacción no muy afortunada pero nada equívoca a partir de la cual puede entenderse que se consagra legalmente una suerte de "*bis in*

idem" lo que sería inconstitucional o bien puede pensarse que en el art. 153 el bien jurídico protegido no es sólo la salud, la integridad física, sino también el derecho a vivir razonablemente tranquilo, sin miedo, sin sumisión humillante y sin dependencia absoluta del humor ajeno, de suerte que el atentado a ese derecho puede penarse separadamente del atentado al derecho a la salud, sanción separada que también previene o puede prevenir males mayores."

-Sentencia de 21/04/99 (Audiencia Provincial de Córdoba): "El bien jurídico protegido por el delito tiene por tanto, naturaleza mixta, ya que junto a la salud o integridad físicas de las personas tutela, también, la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar" y añade: "...en definitiva se trata de proteger la dignidad de la persona en el seno de la familia y, concretamente, un derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno."

-Sentencia de 24/06/00 (Tribunal Supremo): "El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15- y el derecho a la seguridad –art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado *como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja.*

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, *el bien jurídico protegido es la paz familiar*, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto *nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores conviventes.*

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el

bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar."

A la vista del contenido de las sentencias anteriores, cabe cuestionarse, muy seriamente, la consideración del tipo del art. 153 como un puro "delito de hábito". Un auténtico ejemplo de esta clase de delitos podemos encontrarlo en la recepción de las faltas contra la propiedad del art. 299.1 CP. En tal supuesto la conducta típica, consiste en la repetición de actos de aprovechamiento propio o auxilio de tercero responsable de faltas contra la propiedad. Supone, así, una serie de atentados intermitentes contra el bien jurídico protegido cual es la propiedad, seguidos de intervalos en los que el bien jurídico no es atacado. Podríamos representar, gráficamente, el delito de hábito como una luz parpadeante en la que se intercalan momentos de oscuridad.

Por el contrario, el tipo del art. 153 sólo puede clasificarse como puro delito de hábito en el caso de entender que se protege tan sólo la integridad física y la salud. Pero, si como admite ya la Jurisprudencia, son merecedores de tutela penal bienes tales como la dignidad, la seguridad, la integridad moral, la paz familiar, el bienestar o la independencia del humor ajeno, el ataque contra estos bienes jurídicos no suele ser intermitente sino continuado. De este modo, la situación de temor puede mantenerse permanente durante meses o años, si bien la integridad física o la salud sólo padecen en determinados momentos concretos e individualizados que vienen a justificar, mantener, reforzar y consolidar (alimentar) el temor permanente de la víctima. La representación gráfica del tipo del 153 sería semejante a una luz que brilla a distintas intensidades pero que nunca llega a apagarse. Habrá momentos en los que se atacan todos los bienes jurídicos protegidos (un episodio violento concreto y determinado, individualizado en hora y día) y otros en los que, si bien no existe un ataque contra la integridad física o la salud, sin embargo se mantiene la situación de miedo de la víctima (la luz se mantiene más o menos tenue, pero no llega a apagarse)

Lo anterior, no sólo tiene consecuencias sistemático-teóricas, sino también prácticas, en lo referente a la cuestión probatoria y a la apreciación de la prescripción.

Consideremos el caso hipotético del sujeto A, quien agrede a su esposa, B, en fecha 4/02/95 causándole lesiones que requieren para su sanidad una

primera asistencia y 9 días de curación, hechos que fueron declarados falta por Auto de 14/06/95. Posteriormente A vuelve a amenazar a B de modo leve en fecha 14/08/97, hecho que ha sido objeto de juicio de faltas y sentencia firme condenatoria de fecha 7/05/98. Por último, A vuelve a agredir a B, causándole lesiones que requieren para su sanidad una primera asistencia y 28 días de curación, hecho que da lugar a la incoación de diligencias previas.

En tal supuesto, el primer hecho no puede ser objeto de sanción por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131.2 CP ha transcurrido el plazo de prescripción de seis meses a contar desde el Auto declaratorio de falta (sin perjuicio de una posible interrupción). El segundo, tampoco puede ser objeto de sanción específica por haber sido ya objeto de condena previa. Sólo el tercero puede recibir respuesta jurídica a tenor de lo dispuesto en el art. 617.1 CP.

No obstante, si mantuviéramos esta única respuesta jurídico-penal, una parte del injusto típico habría quedado sin cubrir, pues no es sólo la integridad física la que ha padecido en este caso de violencia reiterada. Existe una persona privada de dignidad y cuya personalidad no puede desarrollarse por encontrarse sometida, por la fuerza física y psíquica, al imperio de la voluntad de otra. La respuesta que el Legislador de 9/06/99 pretende es mucho más ajustada a la realidad y al sentir social. Aplicando el tipo del art. 153 en los términos en los que queda redactado por Ley Orgánica 14/99, los hechos serían constitutivos de un delito de malos tratos del art. 153 y de una falta de lesiones del art. 617.1.

Por consiguiente resulta de capital importancia preguntar a la víctima desde cuándo ha tenido miedo, y si ha dejado de tenerlo en algún momento de la convivencia con el maltratador. Si el temor se ha mantenido constante, con independencia de la posible prescripción de los delitos o faltas individuales, el tipo del 153 como delito, no ha prescrito.

Hechas estas primeras consideraciones, imprescindibles para la comprensión de las dificultades probatorias que ofrece el tipo examinado, resulta conveniente estudiar cada medio probatorio al objeto de facilitar la obtención de una prueba de cargo con entidad bastante para destruir la presunción de inocencia, siguiendo, a efectos expositivos, el orden de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MEDIOS DE PRUEBA.

1. CONFESIÓN.

Si bien no suele producirse un reconocimiento completo de los hechos, si es frecuente que se produzcan, bien en Instrucción, bien en el propio Juicio oral, declaraciones de las que puedan deducirse indicios probatorios valiosos. Expresiones del tipo de: "se me escapó la mano", "se pone histérica y tengo que pararla", "discutimos con frecuencia", "la culpa es suya por sacarme de quicio", "llegué de una fiesta y como ella estaba borracha la eché de casa (ja las tres de la madrugada!)", "ella no tenía la cena hecha y entonces yo le tuve que poner las cosas en su sitio", no constituyen prueba plena, desde luego, pero tampoco deben desdeñarse, pudiendo ser objeto de valoración conjunta con cualesquiera otros medios probatorios.

En ocasiones sí es la declaración del denunciado lo que puede constituir prueba plena. Pensemos en el caso del maltratador que no tiene conciencia de serlo ni se identifica con el rol de tal que afirma que: "yo no le pego palizas a mi mujer, no soy como los de la tele. Ahora, bofetadas no digo que no de vez en cuando. O sea, lo normal."

2. TESTIFICAL.

Una vez examinadas los inconvenientes y limitaciones de la testifical de la perjudicada, procede examinar el valor probatorio que, pese a todo, su declaración pudiere llegar a tener. Uno de los motivos que inducen a las víctimas a no denunciar, deriva de la creencia de que sólo su palabra contra la del maltratador de poco puede servir.

Sin embargo, es constante y reiterada jurisprudencia que "la declaración de la víctima, obviamente sirve para enervar la presunción de inocencia siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoque en el Tribunal de instancia una duda que impida formar su convicción" (sentencias del Tribunal Supremo de 9/06/92, 9/09/92, 26/05/93, 14/05/94, 22/03/95 29/04/99 y 20/10/99 y *ad exemplum*.)

No obstante, si la prueba ha de descansar sólo en la declaración de la parte perjudicada, debe reunir ciertas garantías de credibilidad como prueba de cargo. En sucesivas y reiteradas resoluciones, el Tribunal Supremo

examina, entre otras sentencias de: 28/09/88, 8/10/90, 9/09/92, 26/05/93, 23/04/94 , 14/2/95 y 27/12/99 los requisitos que tal declaración debe reunir:

-*Ausencia de incredibilidad subjetiva* derivada de las relaciones acusado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda. (En este sentido merece la pena recordar que el resentimiento invalidante debe ser preexistente al delito, pues, tal como afirma la STS. 24/06/00. "...iría contra la naturaleza de los sentimientos exigir a la víctima de cualquier agresión la solidaridad o indiferencia respecto de la persona causante de su perjuicio. Cuando esta Sala, como criterio a tener en cuenta, hace referencia a la ausencia de incredibilidad subjetiva se refiere a la preexistencia de resentimiento o enemistad que tengan su origen en otras causas distintas al ataque sufrido por la víctima.")

-*Verosimilitud*, el testimonio ha de estar corroborado por determinados datos objetivos que le doten de actitud probatoria.

-*Persistencia* de la incriminación que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones. A este respecto, también merece comentario la STS 17/02/00 que profundiza en la posible contradicción entre las declaraciones de la testigo, víctima de una agresión sexual dadas en Instrucción y las manifestaciones efectuadas en el Juicio Oral.

Entiende la sentencia que: "Es cierto que dicha declaración no coincidía con otras anteriores prestadas por la misma. Y también lo es que esta Sala suele indicar, como criterio de veracidad, la persistencia de las declaraciones de un testigo a lo largo de un procedimiento. Pero ello no impide... que un Tribunal pueda quedar convencido, como en este caso ocurrió, por la última declaración proferida por el testigo. En definitiva, fue esta última... la que los miembros del Tribunal oyeron, pudiendo percibir *de visu* las muestras de sinceridad que a una persona experimentada no se le ocultan fácilmente. El Tribunal de instancia no se ha limitado a decir que la declaración de la mujer en el juicio oral –calificada como "dramática"- le ha parecido suficiente... sino que, cumpliendo escrupulosamente el deber de motivación, ha razonado su apreciación asumiendo la explicación que la ofendida dio de sus anteriores titubeos: su condición de mujer casada y madre de tres hijos, haber marchado la noche de autos, en estado de embriaguez, con dos desconocidos que la violaron y vejaron, la vergüenza ante sus allegados y personas que llevaban la investigación..."

Asimismo, el TS afirma que: "...dándose tales circunstancias, que dotan de racionalidad a la legitimación jurídica de esta prueba, es necesario aceptar las conclusiones a las que ha llegado el órgano de instancia a través de la *inmediación*, es decir, por la percepción directa, en uso de su facultad de valoración de la prueba, siendo tal juzgador de instancia el que, oyendo a los testigos debe ponderar el valor de sus declaraciones frente a las del acusado, decidiendo sobre la mayor veracidad de unas u otras".

En este sentido, resultan de capital importancia determinados matices de la declaración que no quedan reflejados en el acta judicial y que, sin embargo, pesan de modo decisivo en el ánimo del Juzgador, pues sólo él está en situación de poder apreciar cada gesto, manifestación y reacción de quien declara en su presencia.

Además de la testifical del/la perjudicado/a, pueden intervenir en el proceso, como testigos, personas que hayan tenido noticia de los hechos por haberlos visto u oído. No obstante, debe tenerse presente la naturaleza "reservada" de este tipo de delitos. No es frecuente la presencia directa del tercero en el momento de la agresión o la amenaza, pero sí puede haber oído gritos, llamadas de auxilio o golpes. Puede haber visto a la víctima a la mañana siguiente o días después y apreciar en ella señales de violencia. Puede haber dado refugio al/la perjudicado/a en su casa, apreciar su estado y escuchar su relato. En definitiva, la testifical de vecinos, familiares y amigos, dependerá del grado de implicación que éstos estén dispuestos a asumir.

Existe, sin embargo, un grupo de testigos cuya aportación probatoria puede ser muy valiosa a la hora de constituir una prueba suficiente. Se trata de los miembros de las distintas fuerzas policiales (Policía Nacional, Guardia Urbana, Mossos d'Esquadra, Guardia Civil...) que pueden haber llegado a apreciar actos de violencia o sus consecuencias inmediatas. No es infrecuente que la Policía intervenga a requerimiento de los vecinos y comparezca en el domicilio de los interesados, pudiendo comprobar si éste se encuentra en orden o si por el contrario, hay objetos rotos, mobiliario revuelto y, lo más importante, el estado físico y anímico de la víctima así como la propia actitud del/la agresor/a. En ocasiones, estando la Policía presente, el/la agresor/a no ha cejado en su actitud, teniendo que ser reducido por la patrulla actuante, agrediendo o amenazando de muerte a su víctima o a los intervenientes.

Tales incidencias, que pueden haber sido reflejadas de modo más o menos escueto en el atestado, deben ser objeto de descripción detallada en el Juicio Oral, a fin de crear la convicción necesaria en el Órgano Judicial. Así, por ejemplo, en sentencia de 30/09/98 (Audiencia Provincial de Ciudad Real), consideró sobrada la prueba de la habitualidad de los malos tratos a la vista de la declaración pormenorizada de la víctima en el juicio, unida a los detalles que aportó la Guardia Civil que declaró en la vista sobre la extraordinaria violencia ejercitada por el acusado cada vez que acudía al domicilio de la esposa.

3. PERICIAL.

El perito interviene en el proceso en los casos en los que, para conocer el hecho o sus circunstancias, son necesarios o convenientes conocimientos científicos o prácticos (art. 456 de la LECR)

Dada la naturaleza de esta clase de delitos, el especialista cuya intervención va a ser requerida con más frecuencia, es el médico-Forense. El dictamen emitido por éste, en el caso de lesiones físicas, tendrá tanta mayor importancia cuanto más detallada y pormenorizada sea la descripción de las lesiones o secuelas. Si se trata de probar una situación de violencia mantenida en el tiempo, resulta conveniente la aportación de varios informes médicos que reflejen agresiones acaecidas en fechas sucesivas aunque, en ocasiones, un solo informe basta para acreditar la habitualidad, siempre que en él queden reflejadas lesiones en distinto grado de evolución.

Así, sentencia de fecha 20/01/99 (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5^a). En esta resolución, la Sala condena a A.H.L como autor responsable de un delito de violencia habitual contra su compañera sentimental, considerando acreditadas cuatro agresiones en un plazo que no excede de un año. Para ello apreció, no sólo la minuciosa y coherente descripción de los hechos por parte de la víctima y la declaración de un testigo que pudo ver las lesiones y escuchó el relato de ella, sino la prueba radiológica que revelaba una fractura en la novena costilla derecha y que había formado callo (junto con otras lesiones más recientes).

También la sentencia de fecha 23/02/99 (Audiencia Provincial de Castellón) considera probados los hechos de maltrato habitual de un bebé de seis meses por parte de su padre, pues la exploración radiológica sacó

a la luz "nueve fracturas costales de una antigüedad de unos treinta días aproximadamente y con sólo mirar a D. se veían los múltiples hematomas –éstos de carácter reciente–". Esta sentencia absolvió, sin embargo a la madre del menor, motivo por el cual fue recurrida por el Fiscal en casación por infracción de ley, lo que dio lugar a que el Supremo examinara el problema de la posible comisión por omisión, que examinaremos posteriormente.

Sobre todo en aquéllos casos en los que las víctimas son menores de edad, cobra importancia la pericial aportada por psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales o pedagogos sobre el estado y situación del menor. Así, en sentencia de fecha 24/10/96 (Audiencia Provincial de Soria), se condena como autor de un delito de violencia habitual del, entonces vigente art. 425, a un padre sobre sus hijas menores. En tal resolución se afirma que: "En apoyo de la credibilidad de las declaraciones de las menores hay que tener en cuenta también que la psicóloga señora P.C y la asistente social señora A.A en su informe pericial, en el acto del juicio, después de ratificar que las niñas les contaron los hechos libremente, indican que no creen sean fruto de sus fantasías pues ninguna de las menores tiene un carácter propenso a la fabulación y tal conocimiento –de los hechos que relatan– se tiene si se ha sufrido esa experiencia realmente".

No debe olvidarse, la importancia que pueden tener como prueba de cargo, los distintos informes de los equipos técnicos (S.A.T.A.V en el ámbito de Cataluña y en el resto del territorio, servicio equivalente) a los cuales se puede solicitar un informe psico-social de la situación de la víctima, en los casos en que así se estimare necesario, así como del maltratador y, en su caso, de los hijos que padecen el ambiente familiar.

4. DOCUMENTAL.

Aunque de menor importancia, no deben dejar de aportarse a la causa, y, por lo tanto al juicio oral, los documentos (generalmente partes de asistencias médicas u hospitalarias, pero también denuncias anteriores) que contribuyan a acreditar la situación de violencia y que pueden haber formado parte de unas diligencias anteriores sobreseídas o archivadas (en cuyo caso puede solicitarse aportación por testimonio) o bien, el propio original si es que nunca ha llegado a instancia judicial.

COMISIÓN POR OMISIÓN.

En la práctica, suele plantearse la responsabilidad jurídico-penal de quien, sin maltratar directamente –o sin que pueda probarse la participación directa– consiente el maltrato de un menor por parte de tercero. Consideremos el supuesto de la sentencia anteriormente mencionada, de la Audiencia Provincial de Castellón y fecha 23/02/99, que absolvió a la madre del bebé de escasos meses de edad.

Contra esta resolución recurrió el Fiscal en casación por inaplicación, entre otros preceptos, del art. 153, dando ocasión a que el Tribunal Supremo se pronunciara en sentencia de fecha 26/06/00.

La posible comisión por omisión en este delito, ya fue admitida por la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado y también por la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda en resoluciones de fecha 22/06/91, de 31/10/91 y de 6/10/95. Debe recordarse que nos encontramos ante un delito de resultado y que, por tanto puede ser cometido por omisión impropia siempre que el agente se encuentre en posición de garante y su inactividad equivalga, en el injusto, a la producción del resultado mismo. En otras palabras, la inactividad resulta condición necesaria para la producción del daño.

Lo importante, en consecuencia, es si existe o no posición de garante ya que, de ser así, el resultado podrá imputarse objetivamente al autor.

En un caso como en el contemplado anteriormente, la posición de garante encuentra su origen, no sólo en los lazos de vinculación natural entre madre e hijo, sino en un deber estrictamente jurídico contenido en el art. 154 del Código Civil: el deber de velar por los hijos.

Por tal motivo, la antecitada STS 26/06/00 afirma que: " Con estos elementos probatorios es fácil deducir inferencialmente que la acusada y madre del menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto, y ello de forma reiterada, y si no pudo probarse su autoría directa, sí es responsable, como autora por comisión por omisión, ya que el único que podía realizar tan reprochable conducta necesariamente tenía que ser el padre, e inevitablemente su materialización en el cuerpo del bebé tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropa, baño, cuidados personales, etc., y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados, no solamente denunciando los hechos, sino material-

mente apartando al niño, para protegerle de la presencia del padre, imponiendo el auxilio judicial preciso en tal sentido. Como dice la STS de 6/10/95, muchas maneras a su alcance había para lograrlo; al no hacerlo así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones."

LA PRUEBA INDICIARIA.

No existe ningún motivo para excluir la prueba de indicios del ámbito del tipo del art. 153 CP. De hecho ya sido ya apreciada en alguna resolución judicial. Así, sentencia de 30/09/98 (Audiencia Provincial de las Palmas) en la que se condena a la madre de un menor de tres años como autora de un delito de malos tratos habituales, estimando la prueba indirecta, circunstancial o indicaria como válida para enervar la presunción de inocencia. La Sala razona: "Ciertamente, no concurre en el caso ahora enjuiciado prueba directa alguna, pero sí concurren indicios suficientes que han llevado a este Tribunal a la certeza de la realización de los hechos por parte de la acusada". A partir de aquí, la Sala examina como indicios a considerar: a) la falta de credibilidad absoluta de la acusada -quien llega a incurrir en alguna contradicción durante la vista-, b) las manifestaciones de su compañero sentimental, quien afirmó en juicio que la víctima le había contado que la madre le pegaba, c) las de la directora del colegio, quien declaró que, cuando su madre iba a buscarle, el niño no quería irse del colegio, aferrándose a su cuidador y d), el hecho de que la madre no llevara al hijo al hospital a pesar de su lamentable estado, crearon la convicción del Tribunal que acabó por condenar a la acusada.

No obstante lo anterior, deben considerarse los requisitos que una prueba de esta naturaleza debe reunir y que han ido siendo aquilatados y reiterados por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencias 63/1993, 348/1993, 206/1994, 45/1997 y 68/1998.

Tales requisitos son:

1. Pluralidad de los hechos-base o indicios (uno solo no es suficiente por su equivocidad), sin la concurrencia de otros que resulten contradictorios.
2. Tales indicios deben ser periféricos al hecho a probar pero interrelacionados entre sí

3. Deben estar plenamente probados o justificados por medio de prueba directa.
4. La fundamentación de la sentencia debe contener, al menos, los grandes hitos del pensamiento deductivo (recordemos que el deber de motivación de las sentencias condenatorias de prueba indirecta es más riguroso que en el orden normal de la prueba directa)
5. El resultado alcanzado debe descartar toda irracionalidad, incongruencia o arbitrariedad. El Juzgador debe seguir una mediación lógica suficiente entre los indicios y el resultado a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

LA PRUEBA DE LOS MALOS TRATOS PSÍQUICOS.

Ciertamente, la prueba en los supuestos de malos tratos psíquicos, ofrece dificultades añadidas que deben ser objeto de consideración especial.

Deben distinguirse desde el primer momento las conductas coyunturales de frecuente aparición en los supuestos de crisis de la pareja y que se traducen en reproches, insultos, tensiones de intensidad variable (y, normalmente, recíproca) que encuentran su solución jurídica entre las causas de separación del art. 82 del Código Civil, y otras situaciones de grave desequilibrio entre las partes, en las cuales una de ellas, la más fuerte, somete a la otra a tratos, expresiones o gestos tendentes a privar a la parte más débil del necesario respeto que por sí mismo tiene derecho a sentir todo ser humano y a acentuar su dependencia económica y emocional.

Los efectos de tal maltrato, siempre que sea continuado, dependen, en parte, de la fortaleza de la propia víctima. En este sentido, debe constatarse el hecho natural de que, algunas personas poseen mayor resistencia a la presión, a la tensión y al maltrato. Otras, sin embargo, se resienten con mayor facilidad resultando su recuperación, también, más difícil.

Debe, asimismo, aclararse que no existe un "síndrome de la víctima de la violencia doméstica" contemplado como tal en la literatura médica. Pero sí existe el denominado "síndrome de stress postraumático", definido, entre otros textos, en el DSM IV.

Son muchos los indicadores que pueden alertar sobre la situación de violencia psíquica mantenida a la que puede estar sometida una persona. Según Torres Espada, como efectos o secuelas de los malos tratos (en mujeres) pueden citarse:

-Inhibición de la expresividad: las mujeres afectadas no hablan, se expresan, visten, trabajan o hacen lo que desearían hacer, sino que cada una de sus palabras o manifestaciones están orientadas a "complacer" y no provocar la ira del maltratador.

-Adicción a substancias tóxicas, entre ellas, todo tipo de drogas, tabaco y, sobre todo, alcohol

-Alteraciones de la salud. La mujer maltratada es una persona sometida a una carga de responsabilidad excesiva y que no percibe, a cambio, recompensa o gratificación personal. Por ello, es frecuente encontrar en ellas síntomas de depresión en mayor o menor grado, ansiedad, cansancio o agotamiento crónicos.

-Alteraciones de la alimentación. (anorexia y bulimia)

-Alteraciones sexuales, aparte de otras alteraciones más graves, la mujer maltratada rara vez siente interés por el sexo. En ocasiones siente rechazo hacia él por asociarlo a episodios violentos anteriores.

-Vivir en permanente estado de alerta. La mujer maltratada se siente permanentemente amenazada, lo cual le priva de la necesaria sensación de descanso.

Por su parte, Enrique Echeburúa y Paz del Corral, en su "Manual de violencia familiar" (Ed. Siglo XXI), consideran que las consecuencias de la violencia familiar se expresan habitualmente en forma de los siguientes síntomas:

-Conductas de ansiedad extrema.

-Depresión.

-Pérdida de autoestima

-Sentimiento de culpabilidad.

-Aislamiento social

-Dependencia emocional del hombre dominante.

La colaboración del médico-Forense o del personal del servicio técnico, en estos casos, resulta de importancia extraordinaria. Una entrevista con él, suficientemente detenida y cuidadosa, aportará los datos suficientes para determinar la existencia o no del maltrato habitual. No se trata solamente de determinar si concurren o no los requisitos antedichos, sino, sobre todo, si alcanzan una intensidad suficiente y reveladora.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta el hecho de que, al incluir el Legislador el maltrato psíquico, ha facilitado, notablemente, la prueba en

el caso del delito del art. 153, pues ésta se vería facilitada si ya existiera una sentencia condenatoria anterior, aunque fuera en juicio de faltas, por amenaza, injuria o vejación injusta, ya que tal hecho probado acredita la existencia de violencia, siquiera psíquica, en un momento anterior.

OTRAS VÍAS DE INCRIMINACIÓN: EL ATENTADO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL DEL ARTÍCULO 173 CP.

Recientemente, ha aparecido en la prensa que el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, había aplicado, por vez primera, el tipo penal del artículo 173 CP.

En efecto, la sentencia de 27/01/00, considera probado el hecho de que el acusado, S.P.S mantuvo una discusión con su pareja M.A.V en el curso de la cual, golpeó a ésta con los puños en cara, brazos y cuerpo al tiempo que de daba varias patadas en las extremidades inferiores. Acto seguido... agarró un martillo y le amenazó con matarla, al tiempo que le agarraba por los cabellos y la arrastraba hasta el cuarto de baño del hogar. Después de introducir violentamente la cabeza de M en el W.C, tiró de la cadena con la consecuencia de que la víctima se empapó la cara con sensación de angustia y ahogo.

Dado que, en este supuesto no se llegó a probar la habitualidad de la conducta del autor, considerándose ésta una acción puntual y aislada, no era posible la aplicación del tipo del art. 153 CP.

Al no existir Jurisprudencia de los Tribunales internos sobre el art. 173, el Juzgador examina la correspondiente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y demás normativa internacional. En todos los supuestos que la sentencia examina, el TEDH, califica una conducta como degradante cuando considera que la humillación y vergüenza sufridas gozan de la suficiente gravedad para ser incluidas dentro del ámbito de protección del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

De este modo, el Juzgador concluye, acertadamente, que, "el tipo del art. 173 del Código Penal no exige como requisito del tipo el carácter de funcionario público del autor del delito, ni delimita el bien jurídico protegido en función de la finalidad perseguida por el trato degradante. Antes al contrario, su dicción normativa es genérica e incluye todo tipo de agente, público o particular..."

Dicha resolución de Instancia fue confirmada en apelación por la Sala 3^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 17/04/00. La Sala, no sólo hace suyos los argumentos del Juez de Instancia referentes a la posibilidad de que el sujeto activo pueda ser cualquier persona (no necesariamente funcionario), sino que insiste en el carácter novedoso del bien jurídico protegido cual es la "integridad moral".

En su Fundamento de Derecho segundo, la Sala afirma que: "...se atenta contra la integridad moral de una persona cuando se vea su dignidad de ser humano recurriendo a formas de presión sobre su voluntad, que pueden ser necesarias para seres que carezcan de razón, pero no utilizables sin humillar la dignidad del hombre cuando para él se emplean.". Más adelante, la sentencia describe lo que ha de entenderse como atentado contra la integridad moral afirmando que: "En todo supuesto de malos tratos entre parejas lo que en realidad se constata es un desprecio a la mujer, a la que se considera inferior al hombre y por tanto obligado a someterse a los dictados de éste, lo que se busca con el maltrato, ya sea físico o psíquico, es humillar a la mujer para forzar su voluntad y conseguir su sometimiento por medio del miedo que nace en la mujer, y ello evidentemente encaja en lo que se define como violación de la integridad moral. La mujer, mediante los malos tratos a que le somete su pareja, resulta degradada, vejada y humillada".

AMENAZAS Y COACCIONES.

Previstas, en su consideración como delito, en los art. 169 a 172, constituyen infracciones eminentemente contextuales. Sólo atendiendo a las relaciones anteriores entre las partes, así como a las circunstancias del momento y lugar en el que son hechas, puede tenerse idea exacta de su gravedad. Datos a tomar en consideración por el Juzgador pueden ser: la existencia de episodios de violencia anterior, la peligrosidad de quien amenaza o la alteración que tal amenaza ha producido en la vida de la persona amenazada.

Así, por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Supremo de 17/06/98, el Tribunal considera datos relevantes para la consideración delictiva de la conducta del acusado "...la actitud agresiva, persistente y grave", añadiendo que: "El acusado actuó en el marco de una atmósfera duradera y persisten-

te en la que se produce una escalada imparable con su actuar agresivo y amenazante y que ya se había exteriorizado en lesiones y daños concretos y que concluyó con la agresión física a su víctima más indefensa"

También en sentencia de fecha 12/06/00, el Tribunal Supremo vuelve a incidir en la cuestión, sintetizando toda la Jurisprudencia anterior, entendiendo que: "La diferencia entre el delito y la falta se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes.

La utilización de expresiones hiperbólicas y exageradas en el anuncio de males futuros no hace desaparecer el delito de amenazas, si es creíble, si no un mal tan grave como el que se expresa, otro inferior constitutivo de alguno de los delitos relacionados en la lista del art. 169 del Código Penal."

En este caso el acusado, "de forma furiosa y desaforada, había exteriorizado verbalmente, el propósito de acabar con la vida de su esposa y de la familia de ella, y aunque tales expresiones pudieran estimarse hiperbólicas y exageradas, sí era creíble, atendidas las circunstancias antecedentes y concurrentes... una intención del acusado de agredir físicamente a su mujer D., y de lesionarla , por lo que hay que entender que si no era creíble el propósito de matar a su mujer exteriorizado en las palabras empleadas por el acusado, si era creíble que J. Tenía intención de cometer contra ella, un delito de lesiones, comprendido en la relación que contiene el art. 169 apartado primero."

Por lo demás, la prueba en las amenazas y coacciones, ya sean constitutivas de delito o de falta, dependerá de la validez de las declaraciones de las partes, manifestaciones de testigos, escritos de autenticidad probada o grabaciones (de imagen o sonido) que pudieren aportarse siguiendo el régimen general.

CONCLUSIÓN:

La prueba, en los delitos de violencia familiar ha de reunir los mismos requisitos de validez que el resto de las infracciones penales. Por lo tanto, debe tratarse de una prueba legal, lícitamente obtenida y con entidad y peso

suficientes para destruir la presunción de inocencia.

Sin embargo, habida cuenta de la naturaleza "semisecreta" de este tipo de conductas, así como del ámbito privado en el que se producen, se hace preciso un esfuerzo adicional por parte de Forenses, Servicios técnicos, Fiscales y Jueces a la hora de reunir la carga probatoria que nuestro Derecho exige. En este sentido debe recordarse que es deber del Fiscal velar por la protección de los derechos de la víctima y del perjudicado por el delito (art. 781.1 L.E.CR.)

Es imprescindible un acercamiento a la sociedad que demanda una respuesta al problema acuciante del abuso físico y mental sobre los más desprotegidos, por lo que debe erradicarse cualquier prejuicio (consciente o inconsciente) o interpretación que conduzca a justificar, excusar o exculpar a los maltratadores.

No podemos olvidar que si bien pueden resultar justificados ciertos reductos del uso de la fuerza (piénsese en la legítima defensa o en el cumplimiento del deber sin excesos ni extralimitaciones), el abuso de la fuerza no puede estar justificado jamás, por cuanto resulta contrario a la esencia misma del Derecho y atenta contra los cimientos de la Civilización. El maltrato del varón a la mujer, del adulto al niño o del grupo al individuo, constituyen excesos intolerables contra los que debe reaccionarse con firmeza y el único límite del imperio de la Ley.

La larga batalla contra la sinrazón y la opresión injusta de unos seres humanos sobre sus semejantes, ha de pasar, necesariamente, por un cambio de actitud en los llamados a la Administración de la Justicia, quienes deben estar a la altura del reto que se les plantea.

De entre todas las interpretaciones posibles de la norma, deberá atenderse a aquélla que sea conforme con el sentir social del tiempo en el que debe ser aplicada. Por el contrario, debe repudiarse por antisocial, cualquier interpretación o práctica que de un modo u otro conduzca a la indefensión y victimización secundaria de los perjudicados y a una correlativa sensación de impunidad de los maltratadores.

Del mismo modo que pasaron a la Historia las piezas separadas unidas a la principal por "cuerda floja", debe desterrarse la vieja imagen del Juez o el Fiscal situados en un misterioso lugar por encima o al margen de la sociedad a la que se contemplaba desde una excesiva distancia (y no poca desconfianza) confundiendo imparcialidad o independencia con un peligro-

so aislamiento social. Resulta imprescindible renunciar a la cómoda visión del mundo a través del papel para alcanzar el respeto de la ciudadanía, recuperar el prestigio perdido y afrontar las exigencias de la Justicia del próximo milenio.

Sólo de este modo, a través del trabajo riguroso y la visión actual y ajustada a una realidad en constante evolución, podremos construir el auténtico Estado social y democrático de Derecho consagrado en el primer artículo de la Constitución Española. Si la sociedad cuyos intereses protegemos y representamos ha decidido que no ha de haber reductos de impunidad –ni públicos ni privados- para la injusticia y la brutalidad, es nuestro cometido procurar que esa voluntad sea respetada.

Si continuamos permitiendo que la célula fundante básica de la sociedad que es la familia, se convierta en una escuela de violencia gratuita y sumisión injusta, poco podremos hacer para evitar la creación de una sociedad igualmente enferma, pues, como ya entendió Martin L. King:

"La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza para la justicia en todas partes."

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
III. DOCUMENTACIÓN**

**CONSEJO DE EUROPA
COMITÉ DE MINISTROS**

**RECOMENDACIÓN (2000)19 A LOS ESTADOS MIEMBROS
SOBRE EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN EL
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL**

(Adoptada por el Comité de Ministros el 6 de Octubre 2000,
durante la 724º reunión de Delegados de los Ministros).

CONSEJO DE EUROPA
COMITÉ DE MINISTROS
RECOMENDACIÓN (2000)19 A LOS ESTADOS MIEMBROS
SOBRE EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN EL
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

(Adoptada por el Comité de Ministros el 6 de Octubre 2000,
durante la 724º reunión de Delegados de los Ministros)*.

El Comité de Ministros, conforme al artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,

Recordando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros;

Teniendo presente que el Consejo de Europa debe especialmente promover la preeminencia del derecho, fundamento de toda verdadera democracia;

Considerando que el sistema de justicia penal desempeña un papel de la mayor relevancia para salvaguardar el Estado de Derecho;

Consciente de la necesidad común a todos los Estados miembros de combatir mejor la criminalidad tanto en el ámbito nacional como internacional;

Considerando que para este fin conviene incrementar la eficacia tanto de los sistemas nacionales de justicia penal como de la cooperación penal internacional, en el respeto de los principios definidos en el Convenio de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales;

Consciente además de que el Ministerio Fiscal desempeña un papel determinante tanto en el sistema de justicia penal como en la cooperación penal internacional;

Convencido de que hay que promover con este fin la definición de los principios comunes a las Fiscalías de los Estados Miembros;

* Elaborada en el seno del Consejo de Europa por el Comité de Expertos sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, bajo el auspicio del Comité Europeo para los Problemas Criminales.

La presente publicación contiene el texto de la Recomendación y seguidamente su Exposición de Motivos

Teniendo en consideración el conjunto de principios y normas que se desprenden de los textos que ha adoptado en el área de los problemas criminales,

Recomienda a los Gobiernos de los Estados Miembros que se inspiren en sus legislaciones y aplicaciones prácticas en cuanto al papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, con los siguientes principios:

FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL

1. Se entiende por "ministerio fiscal" la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal.

2. En todos los sistemas de justicia penal, el Ministerio Fiscal:

- decidirá si es necesario instruir o proseguir las actuaciones;
- instará los procedimientos ante los tribunales;
- podrá interponer recursos contra todas o determinadas resoluciones judiciales.

3. En determinados sistemas de justicia penal, el Ministerio Fiscal igualmente:

- llevará a la práctica la política penal nacional, adaptándola, en su caso, a las realidades regionales o locales;
- conducirá, dirigirá o supervisará las investigaciones;
- velará por que las víctimas reciban ayuda y asistencia efectivas;
- decidirá la adopción de medidas alternativas al procedimiento;
- supervisará la ejecución de las decisiones judiciales; etc.

GARANTÍAS RECONOCIDAS AL MINISTERIO FISCAL PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

4. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para permitir a los miembros del Ministerio Fiscal que cumplan con sus deberes y responsabilidades profesionales de acuerdo con su estatuto, organización y medios sobre todo presupuestarios. Estas condiciones deberán determinarse en estricto acuerdo con los representantes del Ministerio Fiscal.

5. Los Estados adoptarán medidas encaminadas a que:

- a) El reclutamiento, promoción y cambios de destino de los miembros del Ministerio Fiscal se efectúen según procedimientos justos e imparciales, que permitan evitar cualquier elemento de parcialidad o corporativista y que excluyan toda discriminación fundada en especial sobre sexo, raza, color de piel, idioma, religión, opiniones políticas o cualesquiera otras opiniones, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación;
- b) el desarrollo de la carrera, ascensos y movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se funden en criterios conocidos y objetivos, tales como competencia y experiencia;
- c) la movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se funde igualmente en las necesidades del servicio.
- d) la ley garantice, para el ejercicio de esas funciones condiciones razonables, y establezca en particular un estatuto, una remuneración y unas pensiones adecuadas a la importancia de las funciones ejercidas, así como una edad apropiada para la jubilación;
- e) la ley prevea un procedimiento disciplinario para los miembros del Ministerio Fiscal que les garantice una valoración y decisiones justas y objetivas y susceptibles de un control independiente e imparcial;
- f) los miembros del Ministerio Fiscal tengan también acceso a un procedimiento satisfactorio de recurso y, en su caso, derecho a elevar el asunto ante un tribunal siempre que sea afectado su estatuto jurídico.
- g) los miembros del Ministerio Fiscal y su familia sean protegidos físicamente por las Autoridades cuando su seguridad personal sea amenazada por razón de sus funciones.

6. Igualmente, los Estados deberán disponer lo necesario para que se reconozca a los miembros del Ministerio Fiscal el derecho efectivo a la libertad de expresión, de creencias, de asociación y de reunión. Especialmente tendrán derecho a tomar parte en cualquier debate público que verse sobre Derecho y administración de justicia, así como sobre promoción o protección de los derechos humanos; a hacerse socio o a constituir cualquier organización local, nacional o internacional y a participar a título individual en sus reuniones, sin padecer impedimento ninguno el desarrollo de su carrera por el hecho de su pertenencia a una organización reconocida por la ley o de cualquier acción lícita efectuada en relación

con tal organización. Sólo serán admisibles restricciones a los precitados derechos si son a la vez establecidas legalmente y totalmente necesarias para garantizar la función estatuaría del Ministerio Fiscal. En el caso de que sean violados los citados derechos, se deberá establecer un recurso efectivo.

7. La formación constituye a la vez un deber y un derecho de los miembros del Ministerio Fiscal, tanto antes de tomar posesión de sus funciones como después de manera permanente. Consecuentemente los Estados deberán adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar a los miembros del Ministerio Fiscal una formación adecuada, ya sea antes de tomar posesión de sus funciones como durante el ejercicio de éstas. Es conveniente en especial que éstos hayan sido debidamente informados sobre:

- a) los principios y exigencias éticas inherentes a sus funciones.
- b) La protección garantizada por la Constitución y la ley a los sospechosos, a las víctimas y a los testigos.
- c) Los Derechos Humanos y las libertades definidos por el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en especial los derechos enunciados a los artículos 5 y 6 de este Convenio.
- d) La teoría y la práctica de la organización del trabajo, de la gestión y de los recursos humanos, en un contexto judicial.
- e) Los mecanismos y elementos que puedan contribuir a asegurar la coherencia de sus actividades.

Además los Estados deberán tomar cualquier medida útil para ampliar la formación en cuestiones o materias específicas en función de la actualidad, teniendo en cuenta particularmente las características y la evolución de la criminalidad, así como en el ámbito de la cooperación internacional en materia penal.

8. Para enfrentarse mejor a la evolución de la criminalidad, especialmente la organizada, la especialización deberá ser una prioridad, tanto en lo que se refiere a la organización del Ministerio Fiscal como a la formación o al desarrollo de las carreras. Igualmente se deberá fomentar recurrir a equipos de especialistas incluyendo equipos pluridisciplinarios, destinados a cooperar con los miembros del Ministerio Fiscal en sus tareas.

9. Por lo que se refiere a la organización y funcionamiento interno del Ministerio Fiscal en especial al reparto de los asuntos y la atribución de los

expedientes, deberán responder a condiciones de imparcialidad y ser exclusivamente guiados por la preocupación del buen funcionamiento del sistema de justicia penal, tomando en especial consideración el nivel de cualificación jurídica y de especialización.

10. Cualquier miembro del Ministerio Fiscal tiene derecho a solicitar que las instrucciones que le sean dirigidas lo sean por escrito. En el caso de que una instrucción le parezca ilegal o contraria a su conciencia, un procedimiento interno adecuado deberá permitir su sustitución.

RELACIONES ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO

11. Los Estados deberán tomar medidas apropiadas para facilitar que los miembros del Ministerio Fiscal puedan ejecutar su misión sin ingerencias injustificadas y sin riesgo de incurrir, más allá de lo razonable, en responsabilidad civil, penal o de cualquier otra clase. Sin embargo, el Ministerio Fiscal deberá rendir cuentas, periódica y públicamente, del conjunto de sus actividades, y en particular la adopción de sus prioridades.

12. No deberá el Ministerio Fiscal ingerirse en las competencias del poder legislativo o del poder ejecutivo.

13. En los países en los cuales el Ministerio Fiscal depende del Gobierno o se encuentra subordinado a éste, el Estado adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que:

- a) la naturaleza y extensión de los poderes del Gobierno en relación con el Ministerio Fiscal sean precisadas por ley;
- b) el Gobierno ejerza sus poderes de manera transparente y conforme a los tratados internacionales, al derecho interno y a los principios generales del derecho;
- c) cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada;
- d) cuando el Gobierno esté habilitado para dar instrucciones sobre las actuaciones en un asunto específico, éstas se acompañen de garantías suficientes de transparencia y equidad, en la condiciones previstas por la ley nacional; y así el Gobierno por ejemplo deberá:
 - solicitar previamente dictamen escrito del Ministerio Fiscal competente o del órgano representativo del cuerpo;

- motivar debidamente sus instrucciones escritas, en especial cuando no concuerden con este dictamen y transmitirlas por vía jerárquica;
- incorporar a los autos antes de la audiencia, las instrucciones y los dictámenes, y someterlos al debate contradictorio;
- e) el Ministerio Fiscal conserva el derecho de someter a la jurisdicción cualquier argumento jurídico, incluso cuando, habiéndolo elevado ya por escrito, esté obligado a hacerlo en el sentido de las instrucciones recibidas;
- f) las instrucciones individuales de no continuar el procedimiento estarán en principio prohibidas y, de no ser así, tales instrucciones, por supuesto excepcionales, se someterán no sólo a las normas enunciadas en los párrafos d) y e) sino también a un control específico apropiado con el fin particular de garantizar la transparencia.

14. En los países en los que el Ministerio Fiscal es independiente del Gobierno, el Estado deberá tomar cuantas medidas sean necesarias para que la naturaleza y extensión de la independencia del Ministerio Fiscal sean determinadas por la ley.

15. Para favorecer la equidad y la eficacia de la política penal, el Ministerio Fiscal deberá cooperar con los servicios e instituciones del Estado en la medida que ello sea conforme a la ley.

16. El Ministerio Fiscal deberá, de todas formas, estar preparado para ejercer sin trabas actuaciones contra los agentes del Estado por delitos que éstos hayan cometido, en particular los delitos de corrupción, abuso de poder, violaciones patentes de los derechos humanos u otros delitos reconocidos por el Derecho internacional.

RELACIONES ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LOS JUECES

17. Los Estados adoptarán toda clase de medidas para que el estatuto legal, la competencia y las funciones procesales de los miembros del Ministerio Fiscal sean definidos por la ley, de manera que no se pueda suscitar ninguna duda legítima en cuanto a la independencia e imparcialidad de los jueces. Los Estados garantizarán en particular que nadie pueda ejercer a la vez las funciones de juez y de miembro del Ministerio Fiscal.

18. Sin embargo si el régimen jurídico lo permite, los Estados deberán tomar medidas concretas con el fin de permitir a una misma persona ocupar

de manera sucesiva las funciones de fiscal y de juez, o viceversa. Estos cambios de funciones sólo podrán tener lugar cuando lo solicite de forma expresa la persona interesada y con las correspondientes garantías.

19. Los miembros del Ministerio Fiscal deberán respetar estrictamente la independencia e imparcialidad de los jueces; y en particular no podrán cuestionar las decisiones jurisdiccionales u obstaculizar su ejecución, a no ser en vía de recurso o por procedimientos similares.

20. Los miembros del Ministerio Fiscal deberán mostrar objetividad y equidad en el procedimiento judicial. En particular deberán procurar a los tribunales todos los elementos de hecho o de derecho necesarios para una buena administración de justicia.

RELACIONES ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LA POLICÍA

21. Generalmente el Ministerio Fiscal debe comprobar la legalidad de las investigaciones de la policía, por lo menos cuando decida ejercitar la acción penal. Así mismo deberá controlar la forma en que la policía respecta los derechos humanos.

22. En los países en que la policía se encuentra bajo la autoridad del Ministerio Fiscal o cuando las investigaciones policiales son dirigidas o vigiladas por éste, el Estado tomará cuantas medidas sean oportunas para que el Ministerio Fiscal pueda:

- a) dar instrucciones útiles a los servicios de policía para una aplicación efectiva de las prioridades de política penal, cuando se trata en particular de la elucidación de los asuntos, de la búsqueda de pruebas, de los medios personales a utilizar, de la duración de las investigaciones, de la información del Ministerio Fiscal , etc;
- b) en caso de pluralidad de servicios, atribuir cada concreta investigación al servicio de policía que considere adecuado ;
- c) proceder a las evaluaciones y controles necesarios respecto al cumplimiento de sus instrucciones y de la ley;
- d) sancionar o hacer sancionar, en su caso, las eventuales violaciones.

23. Los Estados en que la policía es independiente del Ministerio Fiscal tomarán cuantas medidas sean necesarias para que el Ministerio Fiscal y la policía colaboren de manera apropiada y eficaz.

DEBERES Y RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO FISCAL FRENTE A LOS JUSTICIALES

24. En el ejercicio de su misión el Ministerio Fiscal deberá entre otras cosas:

- a) actuar equitativa, imparcial y objetivamente;
- b) respetar y hacer respetar los derechos humanos, en la forma que establece el Convenio de Protección de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales;
- c) velar por que el sistema de justicia penal sea lo más rápido posible.

25. El Ministerio Fiscal deberá abstenerse de cualquier discriminación fundada en cualquier motivo como sexo, raza, color de piel, idioma, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, salud, discapacidades o cualquier otra condición.

26. El Ministerio Fiscal garantizará la igualdad de cada uno ante la ley, tendrá en cuenta debidamente la situación del sospechoso, tomará en consideración todos los elementos del caso susceptibles de presentar interés, sean a favor o en contra del sospechoso.

27. El Ministerio Fiscal no podrá instruir o seguir un enjuiciamiento cuando una instrucción imparcial ha mostrado que los cargos carecían de fundamento.

28. El Ministerio Fiscal no deberá servirse en contra de los sospechosos de pruebas de las que sabe o pueda suponer razonablemente que se obtuvieron empleando métodos contrarios a la ley. En caso de duda, el Ministerio Fiscal debe pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la admisibilidad de tal prueba.

29. El Ministerio Fiscal velará por el respeto del principio de igualdad de armas, en especial transmitiendo a las demás partes- salvo excepción prevista por ley- las informaciones en su poder susceptibles de afectar al desarrollo equitativo del proceso.

30. El Ministerio Fiscal preservará frente a terceros la confidencialidad de la información recogida, sobre todo cuando la presunción de inocencia sea cuestionada, a no ser que su revelación sea necesaria al interés de la justicia o que la ley lo requiera.

31. Cuando el Ministerio Fiscal pueda tomar medidas que supongan limitaciones a los derechos y a las libertades fundamentales del sospechoso, tales medidas deberán poder ser objeto de control judicial.

32. El Ministerio Fiscal deberá tener debidamente en cuenta los intereses de los testigos, y en especial decidir o favorecer medidas para proteger su integridad física y su vida privada o asegurarse de que han sido tomadas.

33. El Ministerio Fiscal deberá tener debidamente en cuenta de opinión y preocupaciones de las víctimas cuando sus intereses personales hayan sido lesionados y procurar que las víctimas sean informadas de sus derechos y de la evolución de las actuaciones, o facilitar esta información.

34. Las partes interesadas en el asunto, cuando sean identificables como tales, en especial las víctimas, tendrán la posibilidad de impugnar la decisión tomada por el Ministerio Fiscal de no iniciar actuaciones; tal impugnación se podrá llevar a cabo, en su caso después del control jerárquico, ya en el contexto de un control jurisdiccional, ya autorizando a las partes para que promuevan ellas mismas las actuaciones.

35. Los Estados procurarán que el ejercicio de las funciones de miembro del Ministerio Fiscal sea regido por un "código de conducta". Los incumplimientos de tal código podrán dar lugar a sanciones adecuadas conforme al anterior párrafo 5. Deberá igualmente ser objeto de control interno regular la forma en que los miembros del Ministerio Fiscal cumplen con sus funciones.

36. a. Para facilitar la equidad, la coherencia y la eficacia de la acción del Ministerio Fiscal, los Estados procurarán:

- inclinarse por una organización jerárquica sin que ello determine el establecimiento de estructuras burocráticas, ineficaces o paralizadoras;
- definir líneas directrices generales relativas al establecimiento de una política penal;
- fijar principios y criterios generales que sirvan de referencia a las decisiones en asuntos individuales con el fin de impedir cualquier arbitrariedad en el proceso de adopción de decisiones.

b) Tal organización así como estas líneas directrices, principios y criterios se adoptarán por el Parlamento o el Gobierno o, si el derecho nacional hubiera consagrado la independencia del Ministerio Fiscal, por sus mismos representantes.

c) Se dará a conocer al público esta organización y aquellas líneas directrices, principios y criterios y también podrán ser comunicados a cualquier justiciable que lo solicite.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

37. Con independencia del papel que se pueda atribuir a otros órganos en materia de cooperación judicial internacional, deberán facilitarse los contactos directos entre los miembros del Ministerio Fiscal de diferentes países en el ámbito de convenios internacionales vigentes o, en su defecto, mediante medios prácticos.

38. Habrá que esforzarse en distintas formas para facilitar contactos directos entre las fiscalías en el ámbito de la cooperación judicial internacional, y en particular:

- a) difundir medios documentales;
- b) establecer una lista de contactos y direcciones indicando los nombres de los interlocutores competentes en las distintas fiscalías así como sus especializaciones, sus áreas de responsabilidad, etc.;
- c) establecer contactos personales y periódicos entre los miembros del Ministerio Fiscal de distintos países, y en especial llevar a cabo reuniones regulares entre Fiscales Generales;
- d) establecer sesiones de formación y de sensibilización;
- e) crear y desarrollar la actividad de magistrados de enlace en los países extranjeros;
- f) enseñar idiomas extranjeros;
- g) fomentar transmisiones por vía electrónica;
- h) organizar seminarios de trabajo con otros Estados, tanto en cuestiones de ayuda mutua como en cuestiones penales comunes.

39. Con el fin de mejorar la racionalización y conseguir la coordinación de los procedimientos de ayuda mutua, los esfuerzos tenderán a:

- a) promover en el conjunto de los miembros del Ministerio Fiscal la conciencia de la necesidad de su participación activa en la cooperación internacional; y
- b) facilitar la especialización de determinados miembros del Ministerio Fiscal en el campo de la cooperación internacional.

Con este fin, los Estados deberán conseguir que el Ministerio Fiscal del Estado requirente, cuando esté encargado de la cooperación internacional, pueda dirigir peticiones de ayuda mutua judicial directamente a la autoridad del Estado requerido, competente para su ejecución, y que ésta pueda remitirle directamente los elementos de prueba que se hayan obtenido.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

Bajo la autoridad del Comité Europeo para Problemas Criminales (CDPC), fue encargado al Comité de Expertos sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema judicial penal (PC-PR) el estudio del estatuto del Ministerio Fiscal y de su papel en el sistema judicial penal con el fin de elaborar unas recomendaciones.

El PC-PR se ha reunido siete veces entre octubre de 1996 y noviembre de 1999.

El comité ha redactado un cuestionario que ha sido distribuido a todos los Estados Miembros y las contestaciones les han servido de base de trabajo. Se adjunta en el anexo a la presente exposición de motivos una síntesis de aquellas respuestas.

En su última reunión el Comité ha adoptado el proyecto de recomendaciones y el proyecto de exposición de motivos. Durante su 48^a reunión plenaria (junio de 2000), el CDPC ha examinado tales textos. Ha aprobado el proyecto de recomendación y lo ha elevado al Comité de los Ministros. Además ha aprobado la exposición de motivos.

Durante la 724^a reunión de Delegados de los Ministros en octubre de 2000, el Comité de los Ministros ha adoptado el texto de la recomendación y autorizado la publicación de la exposición de motivos.

CONSIDERACIONES GENERALES

Desde su creación el Consejo de Europa se ha esforzado sin cesar en promover la armonización de las leyes, de las estructuras y de los usos de los distintos Estados Miembros, relacionados con la lucha contra la criminalidad.

Primero porque los problemas criminales constituyen un área donde se ponen directamente en práctica los principios en que tiene sus bases el Consejo de Europa y que éste está llamado a defender: como son la preeminencia del Derecho, de la Democracia y de los Derechos Humanos.

También, porque "*la eficacia de respuestas dadas a la criminalidad depende en gran parte de su armonización en el área de una política europea coherente y concertada*"¹

Esa exigencia es hoy día más fuerte por el hecho de la existencia de fenómenos criminales, tales como la criminalidad organizada, y la corrupción, cuya dimensión internacional es cada vez más importante y frente a los cuales los dispositivos nacionales pueden mostrarse insuficientes.² Esta situación precisa, además de una redefinición de la cooperación represiva, de unos principios y unos modos de acción más armonizados, e incluso comunes.

Si la Europa judicial sigue dividida entre dos culturas - ya se trate de la organización del procedimiento penal (acusatorio o inquisitorial) o de la puesta en práctica de la investigación (sistema dicho de "legalidad" o de "oportunidad"), tal división histórica tiende a disminuir con las modificaciones normativas introducidas por los distintos Estados Miembros en torno a unos principios europeos ya comunes y más en especial los del Convenio de Protección de Derechos Humanos.

Sin embargo, puesto que se trata de los actores de la represión, y en ocasiones, de la propia autoridad encargada de instar las actuaciones contra los presuntos delincuentes, el deseo de armonización ha surgido más tarde probablemente porque esta cuestión tocaba más de cerca a las instituciones y a la organización de los Poderes Públicos de cada Estado.

Varios textos del Consejo de Europa ya han definido sin embargo unas orientaciones en áreas relacionadas con la presente Recomendación, textos que el Comité ha tomado cuidadosamente en cuenta:

- Recomendación nº R (80) 11 relativa a la prisión preventiva;
- Recomendación nº R (83) 7 sobre participación del público en la política criminal;
- Recomendación nº R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el cuadro del derecho penal y del procedimiento penal;
- Recomendación nº R (87) 18 relativa a la simplificación de la justicia penal, sobre todo en la parte relativa a la oportunidad del procedimiento;
- Recomendación nº R (87) 21 sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización;

¹ Preámbulo de la Recomendación N° R (96) 8 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la política criminal en una Europa en transformación.

² Ver en especial la Resolución (97) 24 sobre los Veinte Principios directores para la Lucha contra la Corrupción.

- Recomendación nº R (92) 17 relativa a la coherencia en el pronunciamiento de penas;
- Recomendación nº R (94) 12 sobre independencia, eficacia y papel de los jueces;
- Recomendación nº R (95) 12 sobre la gestión de la justicia penal;
- Recomendación nº R (97) 13 sobre intimidación de testigos y derechos de la defensa;
- Recomendación nº R (99) 19 sobre la mediación penal.

Pero tenemos que constatar que, hasta el momento, el estatuto, el papel y la manera de actuar de la autoridad encargada de instar unas actuaciones contra presuntos delincuentes no había sido objeto de un profundo examen de conjunto con el fin de conseguir una armonización europea.

Los enormes cambios políticos que ha experimentado Europa central y oriental, así como las profundas reformas iniciadas por determinados Estados (Italia, Países Bajos, Francia...) han propiciado la ocasión para el Consejo de Europa de apuntar esta cuestión entre sus prioridades actuales. El número de estados (25) que han designado un participante para formar parte del Comité restringido de expertos encargados de estudiar el problema demuestra el interés y la actualidad del esfuerzo de armonización a llevar a cabo.

Sin embargo sería totalmente ilusorio considerar que tal armonización es una tarea fácil y se pueden dar sobre ello varias razones:

Para empezar, el mismo concepto de autoridad encargada de instar unas actuaciones contra presuntos delincuentes es dual en Europa, y se inspira históricamente de dos grandes sistemas distintos:

- el modelo francés del "Ministerio Público", que confía un quasi monopolio del procedimiento a agentes públicos en un marco inquisitivo;
- el modelo anglosajón, en el cual los procedimientos se inician tradicionalmente a instancia de la víctima, o de la policía, en un marco acusatorio.

Hoy día todos los Estados miembros conocen una autoridad pública de procedimientos cualificada, según los casos de *procureur*, *procureur* o de *Ministerio Fiscal*³ que desempeña un papel esencial en el conjunto de los sistemas de justicia penal, pero en grados distintos en función de la antigüedad de la institución. El estatuto y el papel de los Ministerios Fiscales han experimentado igualmente una evolución importante si se tiene en consideración la importancia de las reformas empezadas en el último decenio en numerosos Estados Miembros.

³ Se dará preferencia a esta última denominación en el texto de esta Recomendación.

En segundo término, el sitio institucional atribuido al Ministerio Fiscal es profundamente diferente entre un Estado y otro, por una parte en cuanto a sus relaciones con el poder ejecutivo, que van de la subordinación a la independencia; por otra parte frente a los mismos jueces, puesto que algunos sistemas prefieren la pertenencia a un cuerpo único, y otros la de dos cuerpos totalmente distintos.

El Comité ha considerado que su papel no era el de extrapolar a partir de los sistemas actuales para definir una tercera vía eventual, ni el de proponer una unificación de los sistemas vigentes, ni de sugerir un modelo supranacional. No ha pensado tampoco en limitar sus trabajos a la búsqueda del menor denominador común. Al contrario, al privilegiar una perspectiva dinámica, ha deseado extraer los grandes principios directores comunes que deberían, en su opinión, regir los Ministerios fiscales al amanecer del IIIº milenio, al mismo tiempo que recomienda alcanzar objetivos concretos para conseguir un equilibrio institucional del cual dependen en gran parte la democracia y la preeminencia del Derecho en Europa.

El texto de la Recomendación, al no ser jurídicamente vinculante, cualquiera otra formulación hubiera podido ser interpretada como imposición de una obligación a los Estados, por lo que sólo pretende indicar que incumbe al Estado llevar a establecer el principio en cuestión.

Comentarios sobre cada punto de la Recomendación.

FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL

1. Se entiende por Ministerio Fiscal la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal.

En consideración al mandato del Comité de Expertos, en la presente Recomendación se trata únicamente del papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal. Sin embargo, en algunos países se puede atribuir al Ministerio Fiscal otras funciones en materia comercial o civil por ejemplo.

La expresión de *ley penalmente sancionada* indica el derecho penal en el sentido más amplio. Si se ha descartado este último concepto es porque hace referencia, en la mente de muchos, a una fuente normativa determinada (Código Penal), cuando precisamente hoy día una parte creciente

te y cada vez más heterogénea de la legislación puede ser cualificada de "penal" no por encarnarse en un texto jurídico cuya naturaleza penal se reconoce, sino más bien porque la violación de las normas que conlleva es sancionada penalmente de manera sistemática.

Como los jueces, los miembros del Ministerio Fiscal tienen la función de aplicar y hacer aplicar la ley: los primeros de manera reactiva, en los asuntos en los cuales actúan; los segundos de manera pro-activa, "velando" por esta aplicación. Los jueces se reúnen y disponen ; los miembros del Ministerio Fiscal observan, actúan y llevan el asunto ante el juez.

Puesto que no actúa en nombre de otro poder que sea político o económico, ni en su propio nombre, sino en nombre de la sociedad, el Ministerio Fiscal debe guiarse en el ejercicio de sus funciones por la atención del interés general. Su acción debe respetar dos imperativos de igual importancia: uno está ligado con los derechos individuales, el otro con la necesaria eficacia que se espera del sistema de justicia penal, del que el Ministerio Fiscal es, de algún modo, el garante. El Comité ha querido insistir así en el concepto de la eficacia, en la medida en que, si incumbe a los jueces, más que al Ministerio Fiscal, el pronunciarse en los asuntos individuales queuestionan las libertades en general y los derechos de la defensa en particular, la responsabilidad de velar por la eficacia de la justicia penal en su conjunto por referencia a la noción de interés general pesa más sobre el Ministerio Fiscal que sobre el juez.

A lo largo de la presente Recomendación, el término "ley" es utilizado en su acepción más amplia, la de un conjunto de reglas jurídicas que emanen de varias fuentes, escritas o no escritas.

2. En todos los sistemas de justicia penal, el Ministerio Fiscal:

- decidirá si es necesario instruir o proseguir las actuaciones;
- instará las actuaciones ante los tribunales;
- podrá interponer recursos contra todas o determinadas resoluciones judiciales.

Cuando se analizan las funciones determinadas conferidas al Ministerio Fiscal de los distintos Estados miembros, se constata que funcionan por círculos concéntricos. El primer círculo reúne las atribuciones que se encuentran en el conjunto de los sistemas de justicia penal - de alguna manera el "núcleo duro" sobre el cual el Comité ha reflexionado esencialmente de manera más profunda.

En primer lugar, el Ministerio Fiscal desempeña un papel preponderante para instruir o proseguir las actuaciones, aunque este papel difiere si se aplica el principio de legalidad o el de oportunidad.

En segundo lugar, el ejercicio formal del impulso del procedimiento y el sostenimiento de la acusación ante los tribunales constituyen el atributo del Ministerio Fiscal.

En fin, el derecho a ejercitar un recurso contra las resoluciones judiciales no se puede separar de la función general del Ministerio Fiscal puesto que constituye uno de los medios de velar por la aplicación de la ley mientras participa a la vez en la búsqueda de la eficacia del sistema, en especial de la coherencia de la jurisprudencia y en consecuencia de la represión. Sobre este punto, el Comité ha deseado que se reconozcan al Ministerio Fiscal amplias posibilidades de recursos, lo que no es siempre el caso en determinados sistemas jurídicos de la Europa central y oriental; además esta propuesta es inseparable de las disposiciones de la recomendación relativa a las relaciones entre los miembros del Ministerio Fiscal y los jueces.

3. En determinados sistemas de justicia penal, el Ministerio Fiscal igualmente:

- *llevará a la práctica la política penal nacional, adaptándola, en su caso, a las realidades regionales o locales;*
- *conducirá, dirigirá o supervisará las investigaciones;*
- *velará por que las víctimas reciban ayuda y asistencia efectivas;*
- *decidirá la adopción de medidas alternativas al procedimiento;*
- *supervisará la ejecución de las decisiones judiciales, ... etc.*

Aquí se reúnen aunque no de modo exhaustivo, las atribuciones del Ministerio Fiscal que pertenecen al segundo círculo, y que no se encuentran en todos los sistemas jurídicos por razones institucionales, razones que se oponen a que pueda llegar hoy a un consenso a favor de su generalización.

Sin embargo revisten un aspecto muy importante para varios grandes sistemas continentales.

La aplicación práctica de la política penal definida por el poder legislativo y (o) el poder ejecutivo es una de las funciones mayores de varios Ministerios Públicos. La adaptación de la política nacional a las realidades regionales y locales no significa que el Ministerio Fiscal pueda apartarse libremente de las prioridades definidas centralmente y comprometer así la

coherencia sino que, al contrario, esa adaptación a las especificidades territoriales es una de las condiciones de la buena aplicación de aquellas prioridades.

En cuanto al papel atribuido al Ministerio Fiscal en materia de investigaciones, existen todas las situaciones entre las dos extremas que constituyen la ausencia total del poder de iniciativa y el reconocimiento de un poder general de investigación. En determinados países, sólo actúa generalmente el Ministerio Fiscal cuando se le llama la atención - lo más a menudo lo hace la autoridad policial encargada de la investigación- sobre situaciones en las cuales la ley penal parece haber sido violada. En otros países, el Ministerio Fiscal puede adelantarse y desempeñar un papel activo en la búsqueda de las ilegalidades y, así, dirigir la actuación de los servicios investigadores. Sin embargo la recomendación no se limita a tomar acta de esas diferencias, puesto que contiene unos desarrollos específicos sobre este particular. (ver puntos 21 y ss.)

Se habla de manera específica de la ayuda a las víctimas en los puntos 33 y 34 de la Recomendación.

En cuanto al papel del Ministerio Fiscal en la elección de alternativas al impulso de los procedimientos que van tomando en todos los sistemas - incluso en los que son regidos por el principio de legalidad- un lugar que se impone cada vez más, no ha sido objeto de desarrollo particular puesto que el Comité prefiere referirse a la Recomendación N° R (87) 18 sobre la simplificación de la justicia penal que describe de manera precisa los objetivos a alcanzar y las modalidades a respetar.

En cuanto a la ejecución de las resoluciones judiciales, el papel del Ministerio Fiscal es distinto según los sistemas. En algunos casos, él mismo ordena el cumplimiento; en otros, lo controla; en todos los casos, su papel es particularmente importante para las penas de privación de libertad.

Finalmente, en varios Estados miembros, el Ministerio Fiscal tiene otras funciones esenciales como:

- la petición de la pena que se haya de imponer;⁴

⁴ En algunos países de " common law ", el fiscal no propone una pena determinada, ni antes, ni después de la "conviction" (declaración de culpabilidad). El Fiscal puede decidir que acepte "pleas of guilty" (confesión de culpabilidad) por algunas bases de acusación. Eso no implica que haya un debate sobre la pena, puesto que forma parte de la competencia del Juez del fondo. Aún cuando el Ministerio Fiscal puede introducir un recurso contra unas penas que le parecen leves, el fiscal indica sólo que la pena es demasiado leve, sin recomendar al tribunal de apelación una pena determinada.

- en materia de cooperación penal internacional, cuya importancia justifica las recomendaciones 37, 38 y 39.

GARANTÍAS RECONOCIDAS AL MINISTERIO FISCAL PARA EJERCER SUS ACTIVIDADES

4. Les Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para permitir a los miembros del Ministerio Fiscal que cumplan con sus deberes y responsabilidades profesionales de acuerdo con su estatuto, organización y medios sobre todo presupuestarios. Estas condiciones deberán determinarse en estricto acuerdo con los representantes del Ministerio Fiscal.

Igualmente que para los jueces, la posibilidad para los miembros del Ministerio Fiscal de cumplir totalmente con sus deberes y responsabilidades profesionales, está directamente en función de su estatuto, de la organización adoptada y de los medios asignados, ya se trate del personal, de los locales, medios de transporte, o medios estrictamente presupuestarios... La determinación de esas condiciones en concierto con los representantes del cuerpo constituye una garantía del buen conocimiento de las necesidades existentes.

5. Los Estados adoptarán medidas encaminadas a que:

- a) *el reclutamiento, promoción y cambios de destino de los miembros del Ministerio Fiscal se efectúen según procedimientos justos e imparciales, que permitan evitar cualquier elemento de parcialidad o corporativista y que excluyan toda discriminación fundada en especial sobre sexo, raza, color de piel, idioma, religión, opiniones políticas o cualesquiera otras opiniones, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición;*
- b) *el desarrollo de la carrera, ascensos y movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se funden en criterios conocidos y objetivos, tales como competencia y experiencia;*
- c) *la movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se funde igualmente en las necesidades del servicio.*
- d) *la ley garantice, para el ejercicio de esas funciones condiciones razonables, y establezca en particular un estatuto, una remuneración y unas pensiones adecuadas a la importancia de las funciones ejercidas, así como una edad apropiada para la jubilación;*

- e) *la ley prevea un procedimiento disciplinario para los miembros del Ministerio Fiscal que les garantice una valoración y decisiones justas y objetivas y susceptibles de un control independiente e imparcial;*
- f) *los miembros del Ministerio Fiscal tengan también acceso a un procedimiento satisfactorio de recurso y, en su caso, derecho a elevar el asunto ante un tribunal siempre que sea afectado su estatuto jurídico;*
- g) *los miembros del Ministerio Fiscal y su familia sean protegidos físicamente por las Autoridades cuando su seguridad personal sea amenazada por razón de sus funciones.*

Aquí se especifican las principales garantías necesarias para el buen funcionamiento del Ministerio Fiscal, de las cuales cada Estado Miembro debería inspirarse, porque corresponden a una preocupación compartida unánimemente que está motivada, no por razones corporativistas, sino por la voluntad de poner fin a ciertas prácticas ilegítimas, en especial por parte de las autoridades políticas.

Las primeras garantías (a, b, c) tratan de la necesaria imparcialidad que debe presidir bajo formas distintas, el reclutamiento y la carrera de los miembros del Ministerio Fiscal. Tanto la organización de oposición de acceso a la profesión, como la creación de Consejos Superiores de la Magistratura o del Ministerio Fiscal *stricto sensu*, participan de esa búsqueda de imparcialidad. Por lo tanto, los miembros del Ministerio Fiscal no deben ser inamovibles, al contrario de los jueces, sino que su movilidad debe fundarse, además de en la competencia y experiencia, en unas necesidades probadas del servicio y a no proceder de medidas arbitrarias. La búsqueda de tal movilidad no debe sin embargo incitar a privilegiar reclutamientos o nombramientos temporales que puedan arrastrar efectos nefastos.

En cuanto al estatuto, a la remuneración y a la pensión (d), deben ser definidos teniendo en cuenta las necesidades de garantizar cierto equilibrio entre los jueces y los miembros del Ministerio Fiscal quienes, a pesar de la naturaleza diferente de sus funciones, participan todos en el sistema de justicia penal. Además, las condiciones materiales del ejercicio de las funciones deben reflejar la importancia y dignidad del cargo, así como el respeto que el mismo se atribuye. Para finalizar, la mejora de la condición de los

magistrados del Ministerio Fiscal de determinados Estados Miembros ayudaría a frenar la tendencia a buscar empleo en el campo privado que se observa en especial en la Europa central y oriental.

En cuanto a las decisiones disciplinarias e) éstas deben poder ser objeto *in fine* de un control por una entidad independiente e imparcial, lo que no prohíbe un control administrativo o jerárquico previo.

En el párrafo f), el término "tribunal" se utiliza en el sentido del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La exigencia de protección de los miembros del Ministerio Fiscal g) hace referencia al contenido de la Recomendación (94) 12.

6. Igualmente, los Estados deberán disponer lo necesario para que se reconozca a los miembros del Ministerio Fiscal el derecho efectivo a la libertad de expresión, de creencias, de asociación y de reunión. Especialmente tendrán derecho a tomar parte en cualquier debate público que verse sobre Derecho y administración de justicia, así como sobre promoción o protección de los derechos humanos; a hacerse socio o a constituir cualquier organización local, nacional o internacional y a participar a título individual en sus reuniones, sin padecer impedimento ninguno en el desarrollo de su carrera por el hecho de su pertenencia a una organización reconocida por la ley o de cualquier acción lícita efectuada en relación con tal organización. Sólo serán admisibles restricciones a los precitados derechos si son a la vez establecidas legalmente por la ley y totalmente necesarias para garantizar la función estatutaria del Ministerio Fiscal. Se deberá establecer un recurso efectivo para el caso de que sean violados los citados derechos.

Esta recomendación se inspira, entre otros, en el artículo 10 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos. Debe interpretarse de acuerdo con los deberes del Ministerio Fiscal, en especial su deber de reserva. Por este concepto, en determinados Estados miembros, los individuos del Ministerio Fiscal no pueden afiliarse a partidos políticos, ni tener actividades políticas.

7. La formación constituye a la vez un deber y un derecho de los miembros del Ministerio Fiscal, tanto antes de tomar posesión de sus funciones como después de manera permanente. Consecuentemente los Estados deberán adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar a los miembros del Ministerio Fiscal una formación adecuada, ya sea antes de tomar posesión de sus funciones como durante el ejercicio de éstas. Es conveniente en especial que éstos hayan sido debidamente informados sobre:

- a) los principios y exigencias éticas inherentes a sus funciones;
- b) la protección garantizada por la Constitución y la ley a los sospechosos, a las víctimas y a los testigos;
- c) los Derechos Humanos y las Libertades definidos por el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en especial los derechos enunciados a los artículos 5 y 6 de este Convenio;
- d) la teoría y la práctica de la organización del trabajo, de la gestión y de los recursos humanos, en un contexto judicial;
- e) los mecanismos y elementos que puedan contribuir a asegurar la coherencia de sus actividades.

Además los Estados deberán tomar cualquier medida útil para ampliar la formación en cuestiones o materias específicas en función de la actualidad, teniendo en cuenta particularmente las características y la evolución de la criminalidad, así como en el ámbito de la cooperación internacional en materia penal.

El Comité ha partido del principio de que, en todos los Estados europeos, la formación de los miembros del Ministerio Fiscal es un elemento fundamental de su organización, pero que conviene reforzarlo aún más, ya sea en cualidad como en cantidad antes de tomar posesión de sus funciones, ya de manera permanente, convirtiendo este principio en un verdadero derecho. De manera paralela, cada miembro debe estar convencido que su formación constituye un deber, especialmente frente a los justiciables.

Los miembros del Ministerio Fiscal deben, en particular, ser más conscientes:

- de los ideales y deberes éticos de sus funciones;
- de la protección constitucional y jurídica de los derechos del sospechoso y de la víctima;
- de los derechos humanos y de las libertades consagrados en el Convenio de Protección de Derechos Humanos, en especial los establecidos en los artículos 5 y 6 de dicho Convenio, según los interpreta la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo.

Se debe también tener en cuenta el papel asignado a los Fiscales jefes en cuestiones de gestión, administración, y animación de equipos pluridisciplinarios d). La expresión "en un contexto judicial" hace referencia a numerosos sistemas en los cuales el Ministerio Fiscal, los jueces y otros

actores deben trabajar juntos en el seno de las mismas estructuras administrativas operacionales o de estructuras distintas pero muy próximas y que dan lugar a numerosas interrelaciones. Además, la gestión y la administración judicial presentan especificidades frente a la gestión administrativa clásica, que importa tener en cuenta.

Para terminar, una mayor igualdad de tratamiento entre los justiciables pasa por una mayor coherencia de la acción de distintos miembros del Ministerio Fiscal a nivel local, regional y central, que se superpone a la toma de decisiones individual. Así la formación tiene que ser dirigida hacia los distintos organismos susceptibles de favorecer esta coherencia (e) noción que se explicita en el punto 36 a).

Generalmente estas dos últimas recomendaciones toman en cuenta y perfilan los objetivos de la Recomendación (95) 12 sobre "gestión de la justicia penal" que dispone que:

"Principios, estrategias y técnicas de gestión pueden contribuir considerablemente a un funcionamiento eficaz y eficiente de la justicia penal. A tales fines, los correspondientes servicios deberían determinar unos objetivos relativos a la gestión de su trabajo, finanzas, infraestructuras, recursos humanos y comunicación."

"La realización de una justicia penal más eficaz y eficiente puede ser facilitada considerablemente si los objetivos de los distintos servicios son objeto de un acuerdo que se inscriba en el contexto más amplio de las políticas relativas al control de la criminalidad y a la justicia penal"

En el plano técnico, y teniendo en cuenta la evolución de la criminalidad, una formación suplementaria parece deseable en sectores particulares como:

- la criminalidad transfronteriza y otras formas de criminalidad de alcance internacional;
- la criminalidad organizada;
- el tráfico internacional de substancias psicotrópicas;
- los delitos relativos a transacciones financieras complicadas como el blanqueo de dinero y el fraude a gran escala;
- la cooperación internacional en materia penal;
- los sistemas de justicia penal comparados y el derecho comparado;
- las estrategias de persecución del delito;

⁵ Ver el 8º coloquio criminológico del Consejo de Europa (1987) sobre "disparidades en el enunciado de las penas: causas y soluciones".

- los testigos vulnerables y las víctimas;
- la contribución del derecho penal a la protección del medio ambiente, en particular los textos del Consejo de Europa en este campo, como la Resolución (77) 28 y el Convenio sobre Protección del Medio ambiente por el Derecho Penal (STE 172);
- los medios de prueba científicos, en especial cuando se recurre a tecnologías recientes como las huellas genéticas.

8. Para enfrentarse mejor a la evolución de la criminalidad, especialmente la organizada, la especialización deberá ser una prioridad, tanto en lo que se refiere a la organización del Ministerio Fiscal como a la formación o al desarrollo de las carreras. Igualmente se deberá fomentar recurrir a equipos de especialistas incluyendo equipos pluridisciplinarios, destinados a cooperar con los miembros del Ministerio Fiscal en sus tareas.

Todos los miembros del Ministerio Fiscal deben tener sólidos conocimientos *en la mayoría de las ramas del Derecho*. En este sentido, deben ser generalistas más que especialistas. Sin embargo por razones de eficacia, la especialización es indispensable en los sectores de alta tecnicidad (por ejemplo la delincuencia económica y financiera), así en los campos relacionados con la gran criminalidad organizada.

Por ello, se preconizan dos tipos de especialización:

- una, de tipo clásico, que consiste en prever, en el seno de la organización del Ministerio Fiscal (en las grandes fiscalías o a nivel regional, o incluso nacional) la instauración de equipos de fiscales especializados en determinados sectores. Sobre este punto, la disociación entre grado y funciones puede estimular a que se especialicen, como ya lo dice la Recomendación (95) 12, en su punto 13, redactado de la manera siguiente: "*Habría que ponerse activamente a planificar el desarrollo de las carreras en especial facilitando la especialización, disociando, en caso necesario, grado y funciones, y dando al personal otras posibilidades de adquirir nuevos conocimientos teóricos y prácticos. (...)"*;
- y otra, que conviene fomentar, y consiste en crear, bajo los auspicios de los mismos fiscales especializados, verdaderos equipos pluridisciplinarios compuestos por personal de diversas procedencias (por ejemplo, para la lucha contra la delincuencia financiera, y el blanqueo:

auditores de cuentas, aduaneros, especialistas en banca...) y esa reunión de competencias en un polo único es una de las condiciones de la eficacia de la intervención del sistema.

9. Por lo que se refiere a la organización y funcionamiento interno del Ministerio Fiscal en especial al reparto de los asuntos y la atribución de los expedientes, deberán responder a condiciones de imparcialidad y ser exclusivamente guiados por la preocupación del buen funcionamiento del sistema de justicia penal, tomando en especial consideración el nivel de cualificación jurídica y de especialización.

El buen funcionamiento de todo Ministerio Fiscal pasa, en razón de las funciones que están conferidas, por una organización jerárquica. Importa sin embargo que las relaciones entre los distintos niveles de jerarquía respondan a unas reglas claras y transparentes con el fin de evitar consideraciones personales injustificadas. Tal es la razón de ser de las recomendaciones 9 y 10, que serán completadas por la 36 a).

La primera de estas recomendaciones (9) establece en principio que la exigencia de imparcialidad que debe presidir el estatuto de los miembros del Ministerio Fiscal deba también encontrarse en las modalidades de organización y funcionamiento interno de cada fiscalía.

10. Cualquier miembro del Ministerio Fiscal tiene derecho a solicitar que las instrucciones que le sean dirigidas lo sean por escrito. En el caso de que una instrucción le parezca ilegal o contraria a su conciencia, un procedimiento interno adecuado deberá permitir su sustitución.

Puesto que se trata de instrucciones jerárquicas, - cuestión particularmente delicada cuando el sistema jurídico reconoce el derecho de la jerarquía a emitir instrucciones en los asuntos individuales o relativos a la política penal que hay que aplicar- se deben evitar dos excesos:

Por una parte, reconocer, de manera general, a todo miembro del Ministerio Fiscal un "derecho de desobediencia" lo que entrañaría excesos que no podría subsanar la creación de organismos de recursos, que, además, conduciría a una judicialización de las relaciones jerárquicas susceptibles de poner trabas al buen funcionamiento del sistema.

Por otra, no es humanamente aceptable y sin peligro para las libertades públicas el forzar a cualquier magistrado del Ministerio Fiscal para que ejecute una instrucción que le parezca contraria a la ley o a su conciencia.

Por ello, se recomienda, en estos supuestos, prever dos tipos de garantías:

- una, de la cual se beneficia cualquier administrado y justiciable, que es poder pedir que las instrucciones que le sean dirigidas lo sean por escrito, con el fin que la jerarquía asuma de manera patente sus responsabilidades. Al ser el abanico de instrucciones jerárquicas muy heterogéneo - van de la resolución más corriente y anodina hasta la resolución de principio-, no ha parecido deseable ni posible pormenorizarlas expresamente todas de modo sistemático, a no ser que se quiera transformar el Ministerio Fiscal en una amplia burocracia (ver la recomendación nº 13 c) y d) relativa a las instrucciones del poder ejecutivo, y que difiera en este punto);
- otra consiste en la elaboración de un procedimiento interno del Ministerio Fiscal que permite el eventual reemplazo del subordinado que lo pida para ejecutar la instrucción impugnada.

Tales garantías deben entenderse establecidas tanto en interés de los miembros del Ministerio Fiscal como de la sociedad en general. Es decir, sólo se aplicarán de modo excepcional y no deberán ser utilizadas con fines abusivos, por ejemplo para poner trabas al buen funcionamiento del sistema. Además es evidente que la organización jerárquica debe dejar un margen amplio al concierto y al espíritu de equipo.

Por lo tanto el ejercicio de esas garantías por un miembro del Ministerio Fiscal en una situación que lo justifique, no deberá tener para él consecuencias nefastas al desarrollo de su carrera.

RELACIONES ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO

La Europa judicial está dividida en esta cuestión esencial entre sistemas jurídicos que defienden una total independencia del Ministerio Fiscal frente a los poderes legislativo y ejecutivo, y sistemas en los que el Ministerio Fiscal queda subordinado a uno u otro de esos poderes aunque disponiendo de un margen de autonomía más o menos amplio.

En la medida en que esta cuestión es de naturaleza institucional - se trata del reparto fundamental de los poderes del Estado- y que está hoy día en el centro de numerosas reformas internas motivadas ya por la evolución del contexto histórico, ya por dificultades encontradas en las relaciones entre

justicia y política, la idea misma de armonización europea en torno a un concepto único ha parecido demasiado precoz.

Así, el Comité se ha esforzado, al analizar los dos tipos de sistemas vigentes, en definir las condiciones de un equilibrio con el fin de evitar los excesos de una y otra parte. Además de la determinación de las reglas comunes a cualquier Ministerio Fiscal (ver recomendaciones nº 11 y 12), se ha esforzado en crear parapetos defensivos adecuados tanto para los sistemas en los que prima cierta subordinación (ver recomendaciones nº 13 y 16) como para los que favorecen la independencia (Ver recomendaciones nº 14 y 15).

11. Los Estados deberán tomar medidas apropiadas para facilitar que los miembros del Ministerio Fiscal puedan ejecutar su misión sin ingerencias injustificadas y sin riesgo de incurrir, más allá de lo razonable, en responsabilidad civil, penal o de cualquier otra clase. Sin embargo, el Ministerio Fiscal deberá rendir cuentas, periódica y públicamente, del conjunto de sus actividades, y en particular la adopción de sus prioridades.

Dos condiciones se plantean para un buen funcionamiento de cada Ministerio Fiscal:

- por una parte, sus miembros deben gozar de la independencia y autonomía necesarias para ejercer sus funciones⁶, y en especial poder actuar, cualesquiera que sean los intereses en juego, "sin ingerencias injustificadas" (es decir, en casos distintos a los previstos por la ley) por parte de cualquier otro poder, ya sea el ejecutivo o el legislativo- y esto atañe principalmente a los sistemas en que opera el régimen de subordinación-, e igualmente del poder económico o del poder político local. Esta protección la depara generalmente la misma ley, y la ingerencia injustificada puede incluso, a veces, ser sancionada penalmente. La ingerencia puede revestir formas insidiosas y emanar, por ejemplo de la insuficiencia de recursos del Ministerio Fiscal, que le hace dependiente de fuentes de financiación no estatales;
- por otra parte, si los miembros del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta los poderes importantes que se les reconocen, y las consecuencias que su ejercicio puede acarrear para las libertades individuales, deben tener que afrontar sus responsabilidades en caso de faltas personales, tanto a nivel

⁶ Ver entre otras la Resolución (97) 24 que trata de los Veinte Principios para la Lucha contra la Corrupción.

disciplinario, como administrativo, civil o penal, pero esta posibilidad debe quedarse en un plano razonable a fin de no poner trabas al buen funcionamiento del sistema; el recurso jerárquico o ante comisiones *ad-hoc*, y en vía disciplinaria debe preferirse aunque, por supuesto, el agente debe responder como cualquier otro ciudadano, por las infracciones cometidas. Es evidente, sin embargo, que la responsabilidad es tanto mayor cuando el miembro del Ministerio Fiscal goza de total independencia.

Estas condiciones van emparejadas con una exigencia de transparencia. Más allá de las decisiones individuales, que son objeto de recomendaciones particulares, cualquier Ministerio público, puesto que actúa en nombre de la sociedad, debe rendir cuentas de sus actividades en el marco local, regional, e incluso central, si está organizado a ese nivel. Esta rendición de cuentas periódica está dirigida al público en su conjunto- sea directamente por intermedio de los medios, o de publicación, sea ante las asambleas elegidas; puede adoptar la forma de un informe, de estadísticas explicativas de la actividad desarrollada, de los objetivos alcanzados, y en su caso, de descripción de la manera en que se lleva a la práctica la política penal en relación con las facultades de oportunidad de que se goza, de los fondos públicos gastados, e indicando las prioridades futuras. Tal informe, que ha sido a menudo empleado en los sistemas en que el Ministerio Fiscal goza de una amplia independencia, presenta también ventajas en los demás sistemas, permitiendo mejorar el conocimiento de las actuaciones del Ministerio Fiscal.

12. No deberá el Ministerio Fiscal inmiscuirse en las competencias del poder legislativo o del poder ejecutivo.

Corolario de la recomendación anterior, se trata ahora de replantear el principio tan conocido de la separación de poderes.

En particular, a no ser que la ley disponga otra cosa, la interpretación de los textos normativos así como el control de su constitucionalidad no son competencia del Ministerio Fiscal sino de los jueces. Si el Ministerio Fiscal puede recomendar unas modificaciones legislativas, así como, - en algunas circunstancias- dictar unos dictámenes interpretativos, no puede, por su propia autoridad, interpretar la ley.

13. En los países en los cuales el Ministerio Fiscal depende del Gobierno o se encuentra subordinado a éste, el Estado adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que:

- a) la naturaleza y extensión de los poderes del Gobierno en relación con el Ministerio Fiscal sean precisadas por ley;
- b) el Gobierno ejerza sus poderes de manera transparente y conforme a los tratados internacionales, al derecho interno y a los principios generales del derecho;
- c) cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada;
- d) cuando el Gobierno esté habilitado para dar instrucciones sobre el procedimiento en un asunto específico, éstas se acompañen de garantías suficientes de transparencia y equidad, en las condiciones previstas por la ley nacional; y así el Gobierno por ejemplo deberá:
 - solicitar previamente dictamen escrito del Ministerio Fiscal competente o del órgano representativo del cuerpo;
 - motivar debidamente sus instrucciones escritas, en especial cuando no concuerden con este dictamen y transmitirlas por vía jerárquica;
 - incorporar a los autos antes de la audiencia, las instrucciones y los dictámenes, y a someterlos al debate contradictorio;
- e) el Ministerio Fiscal conserva el derecho de someter a la jurisdicción cualquier argumento jurídico, incluso cuando, habiéndolo elevado ya por escrito, esté obligado a hacerlo en el sentido de las instrucciones recibidas;
- f) las instrucciones individuales de no continuar el procedimiento estarán en principio prohibidas y, de no ser así, tales instrucciones, por supuesto excepcionales, se someterán no sólo a las normas enunciadas en los párrafos d) y e) sino también a un control específico apropiado con el fin particular de garantizar la transparencia.

Esta recomendación concierne específicamente a los sistemas en el que el Ministerio Fiscal se ve subordinado al poder ejecutivo. Precisa la manera en que las dos entidades deben articularse no en el terreno institucional sino en sus modalidades prácticas, a fin de que la subordinación respete cierta autonomía considerada como absolutamente necesaria al funcionamiento de todo Ministerio Fiscal, sobre todo cuando se trata de asuntos individuales.

Las instrucciones de carácter general - por ejemplo la de introducir en materia de política penal - siempre deberán ser por escrito y publicadas (c), más, además para la información de los justiciables que para la garantía de los miembros del Ministerio Fiscal. Conviene igualmente que aquellas instrucciones, sobre todo cuando se trate de no perseguir tal o cual categoría

de hechos, respeten estrictamente los principios de equidad e igualdad y evitarán que bajo la apariencia de instrucciones generales, sean una oportunidad para dar solución a un asunto particular.

Las instrucciones de naturaleza individual plantean mayores dificultades, sobre todo en los sistemas que conocen el principio de oportunidad en los procedimientos; han sido además un problema, estos últimos años, en varios Estados miembros, por el riesgo de ver al poder ejecutivo inclinándose a soluciones partidistas.

En primer lugar el Comité ha considerado que el poder de dar instrucciones de naturaleza individual no era consustancial a los sistemas que mantienen el principio de la subordinación: en algunos de ellos el Ministerio Fiscal, no obstante estar relacionado con el ejecutivo e incluso con el legislativo, no puede recibir instrucciones si no son de carácter general. En el caso de que estas instrucciones sean posibles deben fundarse en una disposición legal expresa a) y d).

El Comité ha considerado, después de larga reflexión, que estas instrucciones individuales debían limitarse únicamente a las instrucciones sobre acusaciones, y recomienda que sean prohibidas las instrucciones dirigidas a obtener un archivo f) por los riesgos particulares que hacen correr al principio de igualdad de los justiciables, debido a falta de control jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, de reservar la apreciación del archivo en oportunidad, al Ministerio Fiscal, y sólo a él. En los sistemas que admiten tal posibilidad, se recomienda un refuerzo de las garantías existentes, como mínimo, a través de la creación de un control específico *a posteriori* de las instrucciones dadas, a fin de garantizar la transparencia.⁷

⁷ A título de ejemplo : la ley vigente en los Países Bajos el 1º de Junio de 1999, prevé las garantías siguientes:

- cuando tenga pensado dar una instrucción, el Ministro de Justicia tiene que consultar al Colegio de Abogados generales (que se encuentra a la cabeza del Ministerio Fiscal). El Ministro puede, sin embargo, apartarse del dictamen de ese consejo, pero únicamente motivándolo;
- la instrucción y el dictamen se deben presentar de forma escrita. El fiscal afectado tiene que unir esas piezas al sumario, de tal manera que el juez y el imputado y afectados puedan conocerlos y formular cualquier observación sobre ellas;
- aunque la instrucción tenga un carácter vinculante, el Ministerio Fiscal está facultado para elevar cualesquiera otros argumentos jurídicos al tribunal;
- cuando el Ministro dé una instrucción de no acusación, tiene la obligación de informar de ello al Parlamento, Esta información se acompaña del dictamen escrito del Ministerio Fiscal sobre el asunto. Un control público exhaustivo está pues previsto;
- las víctimas y otras partes interesadas pueden recurrir ante la justicia cualquier resolución de no acusación.

Cuando se trata de instrucciones de acusación, deberían también estar rodeadas de todas o de parte de las garantías particulares citadas en (d): consulta previa del Ministerio Fiscal; motivación de las instrucciones; incorporación al sumario; y libertad de palabra del Ministerio Fiscal durante la audiencia.

14. En los países en los que el Ministerio Fiscal es independiente del Gobierno, el Estado deberá tomar cuantas medidas sean necesarias para que la naturaleza y extensión de la independencia del Ministerio Fiscal sean determinadas por la ley.

Cuando el Ministerio Fiscal es independiente del poder ejecutivo, la ley debe precisar la naturaleza y la extensión de esta independencia, para evitar, tanto las prácticas clandestinas que podrían afectar a este principio como cualquier riesgo de derivación corporativista del mismo Ministerio Fiscal.

15. Para favorecer la equidad y la eficacia de la política penal, el Ministerio Fiscal deberá cooperar con los servicios e instituciones del Estado en la medida que ello sea conforme a la ley.

La independencia del Ministerio Fiscal conlleva el riesgo de ruptura en el seno del aparato del Estado frente a las administraciones que participan también a la dirección en ejecución de la política penal. Así se plantea la necesidad de una buena cooperación entre el Ministerio Fiscal y aquellos distintos servicios que están normalmente subordinados al poder ejecutivo, cuyos principios y modalidades deben estar subordinados a la ley.

La cooperación con aquellas administraciones supone que el Ministerio Fiscal disponga de una organización interna estricta y de representantes facultados para formalizar contratos. Tales mecanismos internos son, por otra parte, indispensables para asegurar la coherencia global de la actuación de los distintos miembros del Ministerio Fiscal, en particular en cuanto a la política penal efectivamente adoptada por ellos en el marco de los poderes de oportunidad que tienen reconocidos.⁸

16. El Ministerio Fiscal deberá de todas formas, estar preparado para ejercer sin trabas actuaciones contra los agentes del Estado por delitos que éstos hayan cometido, en particular los delitos de corrupción, abuso de poder, violaciones patentes de los derechos humanos u otros delitos reconocidos por el Derecho internacional.

⁸ Se entienden todos los poderes de oportunidad reconocidos al Ministerio Fiscal y no sólo sus prerrogativas en materia de oportunidad de acusaciones.

A pesar de su alcance general, esta recomendación concierne sobre todo a los sistemas en los cuales el Ministerio Fiscal está subordinado al ejecutivo, tal subordinación no debe obstaculizar la persecución de los agentes del Estado- y por extensión de los elegidos o miembros de los órganos políticos- que cometan infracciones, especialmente en casos de corrupción.

Por "traba" hay que comprender, no sólo las obstrucciones que podrían hacerse a la persecución en cuestión, sino también las eventuales represalias de las cuales podrían ser objeto los miembros del Ministerio Fiscal.

RELACIONES ENTRE MINISTERIO FISCAL Y LOS JUECES

El Comité ha querido afirmar claramente que, a pesar de su pertenencia común al sistema judicial y la proximidad de sus estatutos y determinadas funciones suyas, los miembros del Ministerio Fiscal no son jueces y cualquier equivoco en la materia debe ser condenado igual que debe ser prohibida cualquier forma de dominio de los primeros sobre los segundos. Al contrario, las relaciones entre los titulares de las dos funciones, forzosamente frecuentes, deben ser marcadas con el sello del respeto y objetividad y regidas por el procedimiento.

17. Los Estados adoptarán toda clase de medidas para que el estatuto legal, la competencia y las funciones procesales de los miembros del Ministerio Fiscal sean definidos por la ley de manera que no se pueda albergar ninguna duda legítima en cuanto a la independencia e imparcialidad de los jueces. Los Estados garantizarán en particular que nadie pueda ejercer a la vez las funciones de juez y de miembro del Ministerio Fiscal .

En primer lugar, se recomienda levantar cualquier ambigüedad a propósito del estatuto y del papel respectivo de los miembros del Ministerio Fiscal y de los jueces, con el fin de que unos y otros sean claramente identificados por el público y que no pueda haber ninguna confusión en el espíritu de los justiciables. Con este efecto, la determinación de reglas de procedimiento claras sobre el derecho de actuación del Ministerio Fiscal parece primordial.

En segundo lugar, se recuerda el principio fundamental según el cual no se pueden acumular las funciones de Ministerio Fiscal y de juez en un

mismo asunto. Esto no es contrario a la recomendación nº 5 h destinada a favorecer la creación de pasadizo entre las dos funciones, con el fin de permitir, a lo largo de la carrera, a un miembro del Ministerio Fiscal llegar a ser juez o viceversa. Del mismo modo, el hecho que algunos fiscales puedan, al empezar la carrera ser destinados como jueces provisionales para evaluar sus calificaciones no se opone al principio anterior.

18. Sin embargo si el régimen jurídico lo permite, los Estados deberán tomar medidas concretas con el fin de permitir a una misma persona ocupar de manera sucesiva las funciones de fiscal y de juez, o viceversa. Estos cambios de funciones sólo podrán tener lugar cuando le solicite de forma expresa la persona interesada y ello con las correspondientes garantías.

La posibilidad de "pasadizos" entre las funciones de juez y las de fiscal se funda en la constatación del carácter complementario de las funciones de unos y otros, pero también de la similitud de las garantías que deben ser ofrecidas en término de calificación, competencia y estatuto. Constituye por otra parte, una garantía para los miembros del Ministerio Fiscal.

19. Los miembros del Ministerio Fiscal deberán respetar estrictamente la independencia e imparcialidad de los jueces; y en particular no podrán cuestionar las decisiones jurisdiccionales u obstaculizar su ejecución, a no ser en vía de recurso o por procedimientos similares.

La proximidad de los magistrados del Ministerio Fiscal, y de los jueces, no debe afectar la imparcialidad de éstos últimos. Corresponde a los primeros velar, como garantes por la aplicación de la ley, sin dejar de respetar de manera escrupulosa las resoluciones judiciales las que, a menudo, tienen la función de hacer ejecutar, excepto en los casos en que normalmente procedan vías de recurso.

No hace falta afirmar que procede también la recíproca, los jueces deben respetar a los representantes de la sociedad que son los miembros del Ministerio Fiscal, y no inmiscuirse en el ejercicio de sus funciones.

Por "procedimientos similares" se entiende cualquier procedimiento que tenga los mismos efectos que un recurso sin que lo sea técnicamente.

20. Los miembros del Ministerio Fiscal deberán mostrar objetividad y equidad en el procedimiento judicial. En particular deberán ofrecer a los tribunales todos los elementos de hecho o de derecho necesarios para una buena administración de justicia.

La tercera recomendación en este capítulo trata de la necesaria objetividad de los miembros del Ministerio Fiscal y de la transparencia que deben manifestar frente a los jueces con el fin de dar a éstos últimos la posibilidad de juzgar adecuadamente. Esta transparencia debe prioritariamente ejercerse mediante la comunicación de todos los elementos útiles al procedimiento; también es oportuno que, fuera de los asuntos individuales, los jueces sean informados de las prioridades generales adoptadas por el Ministerio Fiscal y de sus criterios de actuación.

RELACIONES ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LA POLICÍA

Las relaciones institucionales entre el Ministerio Fiscal y la policía constituyen otro escollo en la voluntad de armonización europea. Los estados se dividen entre los que la policía, independiente del Ministerio Fiscal, dispone de amplias prerrogativas no sólo para llevar a cabo las investigaciones, sino también a veces para decidir seguir las actuaciones y aquellos estados que subordinan la acción de la policía al control, e incluso a la dirección del Ministerio Fiscal. Sin embargo, aquí también, las exigencias de los Derechos Humanos, y del respeto de las libertades individuales han dado origen a evoluciones recientes que- partiendo del principio que el autocontrol de la policía es insuficiente frente a los poderes considerables que tiene y a las consecuencias particularmente nefastas de eventuales ilegalidades- favorecen cierta convergencia. Esta misma convergencia ha incitado al Comité a adoptar un principio general común a todos los sistemas, previamente a emitir recomendaciones propias a cada uno de ellos.

21. Generalmente, el Ministerio Fiscal debe comprobar la legalidad de las investigaciones de la policía, por lo menos cuando decida ejercitar la acción penal. Así mismo deberá controlar la forma en que la policía respeta los derechos humanos.

Todo Ministerio Fiscal debe tener, como mínimo, una doble función en cuanto a la actuación policial: primero, averiguar la legalidad de las investigaciones empezadas antes de tomar cualquier decisión de ejercitar la acción penal; y después controlar, al mismo tiempo, la manera con que se respetan habitualmente los derechos humanos⁹.

⁹ La formulación que se adopta corresponde a un compromiso que refleja, por una parte, el máximo admitido por determinados sistemas que se inspiran en el "common law", y , por otra parte, el mínimo que otros sistemas habrían deseado.

22. En los países en que la policía se encuentra bajo la autoridad del Ministerio Fiscal o cuando las investigaciones policiales son dirigidas o vigiladas por éste, el Estado tomará cuantas medidas sean oportunas para que el Ministerio Fiscal pueda:

a) dar instrucciones útiles a los servicios de policía para una aplicación efectiva de las prioridades de política penal, cuando se trata en particular de la elucidación de los asuntos, de la búsqueda de pruebas, de los medios personales a utilizar, de la duración de las investigaciones, de la información del Ministerio Fiscal , etc;

b) en caso de pluralidad de servicios, atribuir cada concreta investigación al servicio de policía que considere adecuado ;

c) proceder a las evaluaciones y controles necesarios respecto al cumplimiento de sus instrucciones y de la ley;

d) sancionar o hacer sancionar, en su caso, las eventuales violaciones.

Esta recomendación se dirige exclusivamente a los sistemas que reconocen por lo menos, un derecho de vigilancia del Ministerio Fiscal sobre la policía y su actuación. En este aspecto, si el Comité no ha querido zanjar la problemática recurrente de la relación de toda o de parte de la policía al Ministerio Fiscal, ha querido mostrar su preocupación en cuanto a la efectividad de los poderes de dirección y de control reconocidos a este último, en tanto exista a menudo cierta distancia entre las atribuciones legales y su ejercicio cotidiano.

La efectividad de estas atribuciones supone, en primer lugar, que, además de las instrucciones susceptibles de ser dadas a los servicios de investigación con ocasión de cada asunto individual, el Ministerio Fiscal esté totalmente facultado para dar instrucciones de carácter general con el fin de que las prioridades de política penal, que, a menudo, está encargado de poner en práctica, sean plenamente respetadas. Esas prioridades requieren, por ejemplo, que se dedique la parte más importante de los esfuerzos para dilucidar tal o cual forma de delincuencia, teniendo en cuenta las preferencias adoptadas por el Estado (ver por ejemplo, los esfuerzos necesarios para dilucidar la delincuencia cotidiana de apropiación o las infracciones de blanqueo); preferir ciertos modos de obtención de pruebas (ver por ejemplo, las investigaciones a llevar a cabo en caso de robos con fuerza en la cosas o el recurso a las huellas genéticas); afectar ciertos tipos de medios a una concreta

investigación o a la búsqueda de ciertas clases de infracciones; limitar la duración de las investigaciones (a menudo demasiado largas); informar sistemáticamente al Ministerio Fiscal de cualquier infracción de cierta importancia pero también del estado de adelanto de las investigaciones.

Además, cuando varios servicios de investigación sean llamados a intervenir en una investigación concreta, incumbe al Ministerio Fiscal escoger el que estime más adecuado respetando, por supuesto, la competencia territorial y material de cada uno, así como sus exigencias materiales y operacionales.

Por último los policías estarán más dispuestos a poner en práctica de modo efectivo las instrucciones del Ministerio Fiscal si éste participa en su formación.

Si el intercambio y el acuerdo deben presidir las relaciones entre el Ministerio Fiscal y la policía, importa también que el primero disponga de medios para velar sobre la aplicación de sus instrucciones y sancionar eventuales infracciones.

23. Los Estados en que la policía es independiente del Ministerio Fiscal tomarán cuantas medidas sean necesarias para que el Ministerio Fiscal y la policía colaboren de manera apropiada y eficaz.

Cuando el Ministerio Fiscal y la policía no estén ligados por relaciones de orden institucional, corresponde al Estado definir las modalidades de una cooperación que es indispensable.

DEBERES Y RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN CON LOS JUSTICIAZABLES

Las garantías reconocidas al Ministerio Fiscal para ejercer sus actividades tienen necesariamente como contrapartida los deberes que este mismo Ministerio Fiscal debe asumir frente a los justiciazables, se trate de sospechosos, testigos o víctimas.

24. En el ejercicio de su misión el Ministerio Fiscal deberá entre otras cosas:

a) actuar equitativa, imparcial y objetivamente;

b) respetar y hacer respetar los derechos humanos, en la forma que establece en el Convenio de Protección de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales;

c. velar para que el sistema de justicia penal sea lo más rápido posible.

Se encuentran aquí los dos imperativos ya mencionados en la recomendación nº1, es decir el respeto de los derechos de los individuos y la búsqueda de la eficacia vista bajo el prisma de la celeridad, de lo cual el Ministerio Fiscal es, en parte, garante.

25. El Ministerio Fiscal deberá abstenerse de cualquier discriminación fundada en cualquier motivo como sexo, raza, color de piel, idioma, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, salud, discapacidades o cualquier otra condición.

El hecho de que el Ministerio Fiscal esté encargado de la acusación no debe hacer olvidar que es, ante todo, guardián de la ley: debe comportarse de manera imparcial, y las consecuencias prácticas de este principio están pormenorizadas en las recomendaciones que siguen.

26. El Ministerio Fiscal garantizará la igualdad de cada uno ante la ley, tendrá debidamente en cuenta la situación del sospechoso, tomará en consideración todos los elementos del caso susceptibles de presentar interés, sean a favor o en contra del sospechoso.

27. El Ministerio Fiscal no podrá iniciar o continuar investigaciones cuando una instrucción imparcial muestre que los cargos carecen de fundamento.

28. El Ministerio Fiscal no deberá servirse en contra de los sospechosos de pruebas de las que sabe o pueda suponer razonablemente que se obtuvieron empleando métodos contrarios a la ley. En caso de duda, el Ministerio Fiscal debe pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la admisibilidad de tal prueba.

Garante de la aplicación de la ley, el Ministerio Fiscal debe tomar en cuenta como fueron obtenidas las pruebas contra los sospechosos.

Por "métodos contrarios a la ley", se entienden menos las ilegalidades menores de naturaleza formal que, a menudo, carecen de incidencia sobre la validez del procedimiento global, que las ilegalidades que atentan contra los derechos fundamentales.

Dos casos se pueden dar: o bien no se pone en duda la ilegalidad de la prueba y el mismo Ministerio Fiscal debe descartar la prueba cuestionada, o bien hay dudas, y le incumbe entonces al Ministerio Fiscal solicitar del tribunal que se pronuncie sobre la admisibilidad de la prueba, antes o con ocasión del ejercicio del enjuiciamiento.

29. El Ministerio Fiscal velará por el respeto del principio de igualdad de armas, en especial transmitiendo a las demás partes- salvo excepción prevista por ley- la información en su poder susceptible de afectar al desarrollo equitativo del proceso.

Corolario de la recomendación nº 20 que obliga a que el Ministerio Fiscal se comporte de manera leal frente a los jueces; el deber de información de las partes condiciona el carácter contradictorio del debate judicial. Sin embargo el Comité ha previsto reservar los casos en los cuales un interés público primordial justifica que sea preservada la confidencialidad del documento y de la información (por ejemplo, cuando la ley prevé la protección de determinadas fuentes de información por razones de seguridad) pero estos casos sólo podrán ser excepcionales.

El principio de igualdad de armas consta en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; constituye un aspecto de la noción más amplia de proceso equitativo ante un tribunal independiente e imparcial (Caso Delcourt, sentencia del 17.01.70, párrafo 28).

"En virtud del principio de la igualdad de armas, (...) a cada parte se le debe ofrecer una posibilidad razonable de presentar su causa en unas condiciones que no la coloque en una situación de desventaja frente a su contrincante. En este contexto, el Tribunal concede igual importancia a las apariencias que a una aumentada sensibilidad de las garantías de una buena justicia." (Caso Bulut, sentencia del 22.02.96, párrafo 47).

30. El Ministerio Fiscal preservará frente a terceros la confidencialidad de la información recogida, sobre todo cuando la presunción de inocencia sea cuestionada, a no ser que su revelación sea necesaria al interés de la justicia o que la ley lo requiera.

El Ministerio Fiscal debe velar por la aplicación de la presunción de inocencia reconocida en todos los sistemas democráticos, sabiendo que se pueden dar casos - una vez más excepcionales- en los cuales sea necesario levantar la confidencialidad de la información recogida, por ejemplo durante las investigaciones: este caso debe ser autorizado o requerido por ley.

31. Cuando el Ministerio Fiscal pueda tomar medidas que supongan limitaciones a los derechos y a las libertades fundamentales del sospechoso, tales medidas deberán poder ser objeto de control judicial.

Según los sistemas jurídicos, el Ministerio Fiscal puede autorizar tomar, bien directamente, bien por mediación de los servicios que él dirija o controle, medidas contrarias a las libertades individuales. Si bien el

Comité no ha juzgado útil entrar en detalles sobre principios y garantías establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, u otros textos internacionales, sí ha querido recordar la exigencia de un control jurisdiccional, al ser el juez, en última instancia, el único garante de las libertades.

32. El Ministerio Fiscal deberá tener debidamente en cuenta los intereses de los testigos, y en especial decidir o favorecer medidas para proteger su integridad física y su vida privada o asegurarse de que han sido tomadas.

La lucha contra la criminalidad organizada, hace cada vez más necesaria la adopción de medidas destinadas a la protección de testigos. Incumbe normalmente al Ministerio Fiscal, que se encarga de la acusación, adoptar medidas útiles o velar por su aplicación por la policía.

A este respecto, conviene referirse a la Recomendación nº R (97) 13 sobre intimidación de testigos y derechos de la defensa.

33. El Ministerio Fiscal deberá tener debidamente en cuenta la opinión y las preocupaciones de las víctimas cuando sus intereses personales hayan sido lesionados y asimismo procurar que las víctimas sean informadas de sus derechos y del desarrollo del procedimiento, o facilitar esta información.

El lugar concedido a la víctima en el proceso penal varía en función de los sistemas jurídicos, en especial según que la acción civil pueda o no ser ejecutada ante la jurisdicción represiva. Por eso la consideración de las víctimas constituye hoy día un elemento esencial de las políticas penales practicadas en Europa. El Comité ha pensado también que es necesario incluir en la Recomendación los principales deberes del Ministerio Fiscal, cualquiera que sea su sistema de referencia frente a la víctima.

Claro está que numerosos sistemas son más ambiciosos: conviene referirse a los principales instrumentos ya adoptados por el Consejo de Europa en la materia, a saber:

- la Resolución (77) 27 sobre indemnización de las víctimas de infracciones penales;
- la Recomendación nº R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal del procedimiento criminal;
- la Recomendación nº R (87) 21 sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.

- El Convenio europeo relativo a la indemnización de las víctimas de delitos violentos;
- La Recomendación nº R (99) 19 sobre mediación penal.

34. *Las partes interesadas en el asunto, cuando sean identificables como tales, en especial las víctimas, tendrán la posibilidad de impugnar la decisión tomada por el Ministerio Fiscal de no iniciar las actuaciones; tal impugnación se podrá llevar a cabo, en su caso después del control jerárquico, ya en el contexto de un control jurisdiccional, ya autorizando a las partes para que promuevan a cabo ellas mismas las actuaciones.*

En todos los sistemas jurídicos y en especial en los que reconocen al Ministerio Fiscal un poder de oportunidad en cuanto al ejercicio de la acción penal, las decisiones de archivo por infracciones no obstante su comisión- resoluciones a menudo acompañadas por alternativas a las actuaciones (transacción, mediación, llamada a la ley, advertencias, condiciones...)- plantean un problema difícil cuando son controvertidas por los interesados o/y planteen cuestiones sobre su razón de ser.

Como complemento de la recomendación nº 13 e) relativa a la prohibición de las instrucciones de archivo que emanan del poder ejecutivo, el Comité ha querido contribuir a reforzar el conjunto de los controles y equilibrios que pretenden garantizar que el sistema de justicia penal no se distancia de sus objetivos y ello sin prejuicio de otros derechos atribuidos a las partes en virtud de la ley nacional.

Se ha confrontado con dos tipos de dificultades: si bien es verdad que en la gran mayoría de infracciones se producen víctimas directas, individuales, incluso colectivas pero siempre identificables, en otras- como la corrupción o la violación de los intereses financieros del Estado o de una colectividad territorial- no presentan este carácter. Establecer derechos sólo para las víctimas sería como dejar al Ministerio Fiscal sin posibilidad de control democrático en unos campos particularmente sensibles. Por el contrario, reconocer indistintamente a cualquier persona que se crea perjudicada por la infracción el derecho a impugnar el archivo decretado determinaría paralizar al Ministerio Fiscal y multiplicar recursos dilatorios.

Por eso el Comité ha querido reconocer derechos no sólo a las víctimas sino también a las que se ha llamado " partes interesadas en el asunto, cuando se les reconoce como tales o son identificables", que pueden ser, por ejemplo, una persona que señala los hechos ante la justicia (en ciertas con-

diciones), o una asociación capacitada o excepcionalmente autorizada a defender un interés de orden general.

La segunda dificultad se refiere a la introducción de mecanismos de control para que, por supuesto, no produzcan resultados indeseables- tales como la parálisis del sistema o la introducción de controles judiciales generalizados de las resoluciones adoptadas, justamente y con toda la legalidad, por el Ministerio Fiscal-. Al contrario, el control o recurso jerárquico no siempre ha parecido suficiente ni apropiado, sobre todo cuando la decisión de un miembro del Ministerio Fiscal ha sido tomada según las instrucciones de sus superiores.

Inspirándose en la Recomendación N° R (87) 18 sobre simplificación de la justicia penal, el Comité recomienda la instauración, ya de un control jurisdiccional- dando por supuesto que este concepto puede variar de un Estado a otro-, ya la autorización a las partes reconocidas como tales para instar ellas mismas las actuaciones y pudiéndose actuar esta autorización de manera general o para casos particulares.

En determinados países, aún existen disposiciones en ese sentido, sin embargo su alcance sigue siendo limitado.

35. Los Estados procurarán que el ejercicio de las funciones de miembro del Ministerio Fiscal sea regido por un "código de conducta". Los incumplimientos de tal código podrán dar lugar a sanciones adecuadas conforme al anterior párrafo 5. Deberá igualmente ser objeto de control interno regular la forma en que los miembros del Ministerio Fiscal cumplen con sus funciones.

Los miembros del Ministerio Fiscal deberán, en especial dar pruebas de excelencia en sus resoluciones y su conducta profesional.

En una época en que la independencia o la tendencia a la autonomía del Ministerio Fiscal cobra fuerza y teniendo en cuenta la necesaria responsabilidad que debe llevar aparejada, las reglas estatutarias y procesales no se detallan suficientemente para regular la deontología y la conducta de sus miembros.

Por lo tanto, como "*código de conducta*", los redactores no pretenden proponer un código formal, sino más bien un conjunto de prescripciones bastante flexibles sobre la manera de proceder, y queriendo claramente marcar límites de lo que es o no es aceptable en la conducta profesional de los miembros del Ministerio Fiscal.

El control efectivo del respeto de esas reglas de conducta supone unas inspecciones regulares.

36. a) Para facilitar la equidad, la coherencia y la eficacia de la acción del Ministerio Fiscal, los Estados procurarán:

- *inclinarse por una organización jerárquica sin que ello determine el establecimiento de estructuras burocráticas, ineficaces o paralizadoras;*
- *definir líneas directrices generales relativas al establecimiento de una política penal;*
- *fijar principios y criterios generales que sirvan de referencia a las decisiones en asuntos individuales con el fin de impedir cualquier arbitrariedad en el proceso de adopción de decisiones.*

b) Tal organización así como estas líneas directrices, principios y criterios se adoptarán por el Parlamento o el Gobierno o, si el derecho nacional hubiera consagrado la independencia del Ministerio Fiscal, por sus mismos representantes.

c) Se dará a conocer al público esta organización y aquellas líneas directrices, principios y criterios, y también podrán ser comunicados a cualquier justiciable que lo solicite.

La igualdad de los ciudadanos ante la ley como por otra parte la eficacia del sistema de justicia penal exigen cierta unidad de acción y una exigencia de coherencia, que se imponga por encima de los asuntos individuales. Estas exigencias son tanto más fuertes cuanto más se establezca al Ministerio Fiscal como autoridad independiente o disponga de mayor autonomía.

A estos efectos se deberá recurrir a tres medios:

- una organización jerárquica inteligente, que suprima cualquier efecto perverso de tipo burocrático, cada miembro del Ministerio Fiscal debiendo sentirse responsable de sus propias resoluciones y capaz de tomar las iniciativas que exija el ejercicio de sus funciones específicas (ver también en este sentido las recomendaciones nº 9 y 10);
- unas líneas directrices generales en cuanto a la realización de la política penal, definiendo las prioridades y los medios para alcanzarlas, en virtud de los poderes de oportunidad reconocidos al Ministerio Fiscal;
- unos criterios de referencia que guíen la adopción de decisiones en cada asunto, para que, por ejemplo, una misma clase de ellos no sea

sistemáticamente perseguida en una fiscalía y archivada en otra, o sea objeto de tipos de procedimientos diferentes o calificados de manera distinta.

Tales criterios deben ser determinados de manera que puedan en efecto desempeñar el papel deseado, sin presentar tal rigidez que obstaculicen la necesaria valoración de cada caso particular y en función de las situaciones locales, o puedan utilizarse por los delincuentes para actuar impunemente al margen del sistema.

De manera prioritaria, el Comité estima que esas líneas directrices, principios y criterios deben ser aprobados por el Parlamento o el Gobierno. Sólo en el caso de que el derecho nacional consagre la independencia del Ministerio Fiscal éste deberá estar facultado para fijar tales líneas de conducta.

Al no tener tales instrumentos como primera finalidad a de ofrecer garantías a los miembros del Ministerio Fiscal sino a los mismos justiciales, es necesario que sean conocidos por el público, incluso por cualquiera que tenga interés en ello. Esta exigencia alcanza especial importancia cuando el Ministerio Fiscal es independiente o cuando dispone de un gran poder discrecional.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Teniendo en cuenta el número de instrumentos y recomendaciones internacionales con que se cuenta en este campo y la existencia de una reflexión específica en el mismo seno del Consejo de Europa, el Comité se ha propuesto definir los medios capaces de mejorar la situación actual, en virtud del papel importante que desempeña, a menudo, el Ministerio Fiscal en la cooperación judicial internacional en materia penal.

37. Con independencia del papel que se pueda atribuir a otros órganos en materia de cooperación judicial internacional, deberán facilitarse los contactos directos entre los miembros del Ministerio Fiscal de diferentes países en el ámbito de convenios internacionales vigentes o, en su defecto, mediante medios prácticos.

El Comité no ignora que actualmente, y en virtud de acuerdos internacionales determinados Estados recurren a las autoridades centrales. Los contactos directos deben, sin embargo, ser preferidos sobre todo en el marco de las relaciones entre los Estados miembros del Consejo de Europa.

38. Habrá que esforzarse en distintas formas para facilitar contactos directos entre las fiscalías en el ámbito de la cooperación judicial internacional, y en particular:

a) difundir medios documentales;

b) establecer una lista de contactos y direcciones indicando los nombres de los interlocutores competentes en las distintas fiscalías así como sus especializaciones, sus áreas de responsabilidad, etc.;

c) establecer contactos personales y periódicos entre los miembros del Ministerio Público de distintos países, y en especial llevar a cabo reuniones regulares entre Fiscales Generales;

d) Establecer sesiones de formación y de sensibilización;

e) Crear y desarrollar la actividad de magistrados de enlace en los países extranjeros;

f) Enseñar idiomas extranjeros;

g) Fomentar transmisiones por vía electrónica;

h) Organizar seminarios de trabajo con otros Estados, tanto en cuestiones de ayuda mutua como en cuestiones penales comunes.

Los medios documentales incluyen, por ejemplo, los documentos que contienen información sobre la legislación aplicable en los distintos países.

Las sesiones de formación y sensibilización consistirán en organizar, a intervalos regulares, bajo el auspicio del Consejo de Europa, seminarios de formación internacionales destinados a los miembros de las fiscalías de distintos países y también una formación lingüística.

El objetivo a medio término debería ser el crear una red judicial paneuropea.

39. Con el fin de mejorar la racionalización y conseguir la coordinación de los procedimientos de ayuda mutua, los esfuerzos tenderán a:

a) promover en el conjunto de los miembros del Ministerio Fiscal la conciencia de la necesidad de su participación activa en la cooperación internacional;

b) facilitar la especialización de determinados miembros del Ministerio Fiscal en el campo de la cooperación internacional;

c) con esta finalidad, los Estados deben actuar de manera que el Ministerio Fiscal del Estado requirente, cuando esté encargado de la cooperación internacional, pueda dirigir las solicitudes de asistencia judicial directamente a la autoridad del Estado requerido competente para su eje-

cución, y que ésta pueda devolverle directamente los elementos de prueba recogidos.

Entre las medidas útiles que podrían tomarse, citemos las siguientes:

- que se faculte al Ministerio Fiscal para recibir peticiones de ayuda mutua judicial dirigidas a su jurisdicción;
- que se faculte al Ministerio Fiscal para ayudar al órgano encargado de la ejecución de las peticiones;
- que se faculte al Ministerio Fiscal para coordinar investigaciones en su caso;
- en su papel de garante de los intereses propios de la cooperación internacional, que se faculte al Ministerio Fiscal para participar personalmente o mediante notas o memorias) en todos los procedimientos relacionados con la ejecución de peticiones de ayuda mutua judicial;
- finalmente se debería estudiar la posibilidad de ampliar los dispositivos ya existentes¹⁰ que favorezcan el intercambio espontáneo de información entre las fiscalías de los distintos países

Con el fin de reforzar las cooperaciones policial y judicial en este campo, y siempre que el sistema jurídico lo permita, el Ministerio Fiscal debe tener acceso y, en su caso, estar representado en las instancias nacionales que están encargadas de la información de utilidad para la ayuda mutua represiva internacional, así como en las organizaciones internacionales de cooperación policial.

Teniendo en cuenta la situación esencial del Ministerio Fiscal en el marco del Estado de Derecho y en especial en el sistema de justicia penal, esta Recomendación se propone enunciar los principios fundamentales que deben regir su acción, sobre todo la definición de sus funciones y garantías necesarias al ejercicio de aquéllos, sus relaciones con los poderes ejecutivo y legislativo, los jueces, la policía, sus deberes y responsabilidades frente a los justiciables así como su papel en el campo de la cooperación internacional.

¹⁰ Convenio relativo al blanqueo, descubrimiento, aprehensión y comiso de los productos del crimen. Estrasburgo, 09.11.90; Proyecto de Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Ayuda Mutua Judicial en Materia Penal.

